

СУЧАСНІ ВИКЛИКИ ТА АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ СУДОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ

Матеріали V Міжнародної науково-практичної
конференція

Чернівці
29 жовтня 2021 року

Редакційна колегія:

Щербанюк Оксана Володимирівна, доктор юридичних наук, професор, завідувачка кафедрою процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича (голова);

Вдовічен Віталій Анатолійович, доктор юридичних наук, доцент, декан юридичного факультету Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича;

Слінько Тетяна Миколаївна, кандидат юридичних наук, професор, завідувач кафедри конституційного права України Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого;

Вільчик Тетяна Борисівна, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедрою адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого;

Москвич Лідія Миколаївна, доктор юридичних наук, професор, завідувачка кафедрою судоустрою та прокурорської діяльності Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого;

Хотинська-Нор Оксана Зіновіївна, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри нотаріального, виконавчого процесу та адвокатури, прокуратури, судоустрою Навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

Паскар Ауріка Лазорівна, кандидат юридичних наук, доцент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича;

Каланча Інга Георгіївна, кандидат юридичних наук, прокурор Чернівецької обласної прокуратури, асистент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича;

Бзова Лаура Георгіївна, асистент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича.

Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні: Матеріали V Міжнар. наук.-практ. конф. (29 жовтня 2021р., Чернівці)/ редкол.: О.В. Щербанюк та ін. - Чернівці: 2021. - 445 с.

До збірника увійшли матеріали V Міжнародної науково-практичної конференції «Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні» (Чернівці, 29 жовтня 2021 р.)

Редколегія не несе відповідальності за науковий зміст і виклад матеріалів, що були подані у рукописах.

ЗМІСТ

Вітальне слово Президента Національної академії правових наук України....11

СЕКЦІЯ 1. АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ РОЗВИТКУ СИСТЕМИ ПРАВОСУДДЯ

1. Бабко В.В. Проблемні аспекти та шляхи вдосконалення інституту відрядження судді.....	13
2. Байранча Л.К. Суддівський активізм: чи потрібна обмеженість дискреції суду в сфері правотворчості.....	15
3. Бакаянова Н.М. Про значення щорічної доповіді Вищої ради правосуддя «Про стан забезпечення незалежності суддів в Україні».....	17
4. Боднар С.Б. Забезпечення права на захист: національний та конвенційний аспекти.....	19
5. Гаврилюк Р.О., Пацурківський П.С. Судочинство та АВС як конкурентні взаємодоповнюючі системи вирішення спорів.....	22
6. Гончарук Ю.Г., Борик Ю.О. Деякі аспекти підготовки професійних суддів як один із елементів судової реформи: міжнародний досвід та перспективи його використання в Україні.....	26
7. Демидюк О.Б. Засади взаємодії Вищої ради правосуддя як органу судової влади з іншими органами влади.....	29
8. Казарян Е.Г. Довіра до суду як показник ефективної діяльності суду.....	32
9. Калужна О.М. Форми комунікації Верховного Суду із суддями низових ланок.....	34
10. Кондратова І.Д. Генеза відповідальності судді за порушення етичних норм.....	38
11. Кондрич В.В. Особливості відповідальності суддів Вищого антикорупційного суду.....	41
12. Кравчук О.О., Остапчук І.Б. Класифікація судової символіки.....	43
13. Крайній П.І. До питання про адміністративно-правовий статус Громадської ради доброчесності.....	45
14. Кузьмишин В.М. Судова реформа в контексті розвитку соціальної держави.....	48
15. Ленгер Я.І. Довіра до суду, як детермінанта незалежності влади.....	50
16. Нестерчук А.П. Реалізація принципу спеціалізації судів України у порівнянні з країнами західної Європи.....	51
17. Овсяннікова О.О. Обмеження для суддів, які обіймають адміністративні посади в судах: необхідність чи втручання в незалежність?.....	54
18. Овчаренко О.М. Виконання рішення суду як конституційна цінність.....	57
19. Пущкар С.І. Забезпечення сталої роботи Вищої ради правосуддя та Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії суддів України як мета судової реформи.....	60
20. Рибалко Г.С. Нормотворча функція судової влади.....	62
21. Романів Г.В. Актуальні питання розвитку системи правосуддя.....	65
22. Снідевич О.С. Щодо окремих недоліків галузевих законопроектів про примусове виконання рішень.....	67
23. Стефанчук М.М. Зближення гарантій незалежності прокурорів та суддів крізь призму національного законодавства.....	70
24. Тертишник В.М. Інституційні аспекти забезпечення захисту прав людини в інтегративній доктрині правосуддя.....	73
25. Українець О.Б. Роль судді в процесі легітимації судової влади.....	75
26. Фідря Ю.О. Суддівська етика у світлі положень Стратегії розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021-2023 роки.....	78

27. Ханик-Посполітак Р.Ю. Колегіальний чи одноособовий перегляд справи апеляційним судом цивільних справ?.....	81
28. Хотинська-Нор О.З. Професійна компетентність як вимога до членів Вищої ради правосуддя: проблеми правової регламентації.....	82
29. Худик А.М. Поняття «суб'єкт господарювання, у статутному капіталі якого частка державної або комунальної власності перевищує 50 відсотків» в аспекті визначення підсудності Вищого антикорупційного суду (п. 2 ч. 5 ст. 216 КПК України).....	85
30. Швецова Л.А. Актуальні питання застосування дисциплінарної практики Вищої ради правосуддя.....	88
31. Юрчишин В.Д. Прагматичний кримінальний процес: концептуальна модель.....	90

СЕКЦІЯ 2. ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД ТА ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ СУДОВОЇ ВЛАДИ ІДЕЇ ДЛЯ УКРАЇНИ

32. Birke R. Die Europäische Staatsanwaltschaft hat ihre Arbeit aufgenommen.....	94
33. Drăghici V., Toronciuk I. Răspunderea magistraților români prezentare generală....	98
34. Wedde R. Die neue vorgerichtlichen sanierung im deutschen Recht.....	101
35. Wölk C. Aktuelle praktische Herausforderungen bei der Verhandlung von Zivil- und Wirtschaftssachen in Deutschland in Zeiten der Pandemie.....	105
36. Аляб'єва Н., Керімов А. Міжнародно-правовий захист цивільних осіб і доступ до правосуддя в умовах збройного конфлікту.....	108
37. Волощук О.Т. Судові гарантії під час війни в ХХІ столітті.....	111
38. Ковтун В. Європейський план дій із соціальних прав: сучасні виклики.....	114
39. Ніколенко А.М. Реалізація європейських стандартів в умовах реформування процесуального законодавства.....	116
40. Паскар А.А. Європейські стандарти правосуддя.....	118
41. Перелигіна Р.В., Семенюк І.М. Практика ЄСПЛ як невід'ємна складова конвенційної системи захисту прав людини (питання звільнення від покарання).....	121
42. Присяжна А.В. Правова природа і механізм взаємодії судових органів Європейського Союзу із судами держав-членів ЄС.....	123
43. Скляр С.С. Особливості практики Європейського суду щодо податкової амністії.....	125
44. Турканова В.І. Мета цивільного судочинства: вирішити чи врегулювати? На шляху до розвитку альтернативного врегулювання спорів в Україні.....	128
45. Цісельський О.В. Судоустрійні зміни у сфері розгляду комерційних спорів у деяких країнах Європи.....	130
46. Швецова Л.А. Міжнародний досвід застосування медіації для вирішення корпоративних спорів.....	133
47. Shcherbanyuk O., Sinkevych O. Pro homine doktrine und neueste trends in der menschenrechtsauslegung.....	135

СЕКЦІЯ 3. НОВІ ВИКЛИКИ ІНСТИТУТУ АДВОКАТУРИ ТА ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ

48. Вільчик Т.Б. Адвокатська діяльність в умовах сучасних технологій.....	139
49. Гуальтай П.М. Етичні аспекти участі прокурора у судовому процесі.....	142
50. Ковальова Я.О. Конфіденційність як фундаментальний принцип адвокатської діяльності.....	144

51. Ковальчук І.С. Роль підвищення кваліфікації прокурорів у розбудові системи органів прокуратури.....	146
52. Круга Я.М. Професійне вигорання прокурора: причини виникнення та шляхи подолання.....	148
53. Крижевська О.О. Представництво адвокатом в нотаріальному процесі: актуальні питання.....	151
54. Кухнюк Д.В. Професійна відповідальність адвоката: недоліки правового регулювання.....	153
55. Лапкін А.В. Прокурор як помічник судді у судовому кримінальному провадженні.....	156
56. Маліневський О.М. Співучасть у зловживанні правом адвокатом: роль клієнта.....	159
57. Озерський І.В. Медіація в кримінальному процесі як тренінгова програма для підвищення кваліфікації прокурорів у тренінговому центрі прокурорів України.....	161
58. Попов Г.В. Окремі аспекти конституційності реформування органів прокуратури України.....	163

СЕКЦІЯ 4. ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ТА СУДОВА АРГУМЕНТАЦІЯ

59. Андрієвська Л.О. Доказова діяльність прокурора в цивільному процесі України.....	166
60. Бабенко Г.О. Щодо правового статусу неповнолітніх в цивільному судочинстві.....	167
61. Bzova L.G., Moisei G.G. Metode de interpretare a dreptului la demnitate umană în deciziile Curții Constituționale a Ucrainei și ale Consiliului Constituțional al Franței.....	170
62. Білецька А.М. Танцюють всі? (Про множинність осіб ініціюючого кредитора у справах про банкрутство).....	174
63. Бойко В.В. Розумність процесуальних дій судді під час розгляду цивільної справи.....	176
64. Бондар І.В. Проблемні аспекти виконання рішень про встановлення побачень з дитиною.....	179
65. Бутирська І.А. Вплив уніфікації процесуальних кодексів на оперативність господарського судочинства.....	181
66. Буханевич О.М., Івановська А.М. Суб'єкти процесуальних відносин у сфері реалізації конституційного контролю.....	184
67. Галус О.О. До питання про об'єкти судового контролю за муніципально-правовим регулюванням.....	187
68. Гансецька В.В. Питання доцільності залучення нотаріуса та представників органів державної влади або місцевого самоврядування як заінтересованих осіб у справах щодо встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без пліюбу.....	189
69. Гаркот А.Б. Переписка у месенджерах: актуальні проблеми доказування.....	191
70. Гетманцев О.В. Стадії та види проваджень у цивільному судочинстві України: теоретико-прикладний зміст.....	194
71. Гловюк І.В. Проблемні питання тлумачення та застосування статті 24 КПК України.....	196
72. Горбачова А.Д. Спрощене позовне провадження: актуальні проблеми з розгляду справ.....	199

73. Григорчак Ю.П. Поняття адміністративного правопорушення у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху.....	202
74. Дем'янченко А.С., Процько М.І. Питання відстрочення оплати судового збору у судовому провадженні.....	205
75. Заьотін В.М. Підстави для відступу від висновку щодо застосування норми права: проблематика застосування на прикладі справи щодо порушення меж територіальної компетенції вчинення нотаріальних дій.....	207
76. Зіньова О.С. Застосування принципу змагальності в процесі доказування згідно цивільного процесуального законодавства України.....	210
77. Каланча І.Г. Підходи до класифікації електронних носіїв інформації та інформаційних систем для завдань кримінального провадження.....	211
78. Кондрат'єва Л.А. Електронні докази як засіб доказування в цивільному судочинстві.....	213
79. Косован В.С. Висновок експерта як джерело доказів у кримінальному провадженні.....	216
80. Костроміна О.Г. Проблеми використання результатів оперативно-розшукової діяльності в кримінальному провадженні.....	218
81. Кричина А.В. Процесуальні права дитини в цивільному судочинстві в контексті забезпечення найкращих інтересів дитини.....	219
82. Кройтор В.А. Нормативність та регулятивна роль як характерна ознака поняття принципів цивільного судочинства.....	221
83. Лук'янчиков Є.А., Лук'янчиков Б.Є. Інститут понять в системі процесуальних гарантій захисту прав особи.....	224
84. Мазур М.Р. Реалізація інституту звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із примиренням винного з потерпілим у кримінальному провадженні: окремі питання судової практики.....	227
85. Малярчук А.С. Співвідношення і реалізація принципів територіальної юрисдикції та диспозитивності при виборі місця виконання рішення (на матеріалах судової практики).....	230
86. Марчук С.В. Проблеми застосування процесуального законодавства в контексті необхідності вдосконалення правових та процесуальних гарантій прав потерпілих на стадіях досудового розслідування та судового розгляду.....	233
87. Меленко О.В. Медіація в системі альтернативного вирішення спорів: компаративістський підхід.....	236
88. Мельник Я.Я. Про методологічну нікчемність формулювання поняття «зловживання правом» в цивільному процесі.....	241
89. Мудрецька Г.В. Окремі питання оскарження повернення тимчасово вилученого майна за клопотанням сторони захисту.....	242
90. Осіпова І.І. Обов'язок доказування і звільнення від доказування в цивільному судочинстві.....	244
91. Остафійчук Л.А. До питання визнання доказів недопустимими у кримінальному провадженні.....	246
92. Парфьонов І.В. Проблемні питання під час розсекречування матеріальних носіїв інформації щодо проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні.....	249
93. Поліщук М. Електронні докази в цивільному процесі: проблеми застосування на практиці.....	252
94. Попко В.В. Методологічні аспекти становлення міжнародного кримінально-процесуального права.....	253

95. Рябовол О.О. Особливості тимчасового вилучення майна та копіювання інформації в контексті заборони тимчасового вилучення електронних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку.....	256
96. Савчин Н.М., Кирилюк Н.В. Свочасний розгляд і вирішення цивільних справ: практика Європейського суду з прав людини.....	258
97. Самбор М.А. Право на свободу мирних зібрань: засоби захисту.....	261
98. Татулич І.Ю. Естонська модель як складова доброчесності у цивільному судочинстві.....	264
99. Троч О.М. Закриття провадження у цивільній справі судом апеляційної інстанції.....	267
100. Тумко Д.І. Проблеми процесуальної взаємодії слідчого та прокурора під час надання та виконання письмових вказівок прокурора.....	269
101. Чебан В.М. Роль судді при вирішенні справ про домашнє насильство.....	272
102. Чернова О.О. Обвинувальний акт: закрити чи повернути? Проблемні питання та прогалини у законодавстві.....	275
103. Чупрун Є.В. Сутність імунітету свідка у цивільному судочинстві.....	277
104. Шуміло О.М. Перспективи поширення юрисдикції Міжнародного кримінального суду щодо справ про екоцид.....	279
105. Юрчишин В.М., Савченко В.А. Особливості проведення дізнання та досудового слідства відповідно до кримінального процесуального законодавства ФРН.....	282
106. Явор О.А. Відшкодування моральної шкоди як один із способів захисту сімейних прав та інтересів (практичні питання).....	284
107. Яцина В.Б. Принципи судового керівництва та диспозитивності в цивільному судочинстві.....	287

СЕКЦІЯ 5. РОЗВИТОК КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДОЧИНСТВА В УКРАЇНІ ТА ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ

108. Babayeva A. Sustainable development and ensuring human rights: mutual relations.....	291
109. Бабак М.А. Особливості конституційної скарги у деяких країнах колишнього соціалістичного табору.....	299
110. Вольська І.В. Межі повноважень Конституційного Суду України за результатами розгляду справ: правові позиції.....	301
111. Єгорова В.С. Стратегія розвитку конституційного судочинства.....	304
112. Калініченко О.Ф. Розвиток конституційного судочинства в Україні: реалії сьогодення.....	306
113. Купніренко О.Г. Доктрина «войовничої» демократії в діяльності Конституційного Суду України.....	307
114. Летнянчин А.І. Еволюція конституційної доктрини України: від правової (юридичної) позиції до офіційної конституційної доктрини.....	310
115. Перпель К.С. Юридичні особи як суб'єкти права на конституційну скаргу: бути чи не бути?.....	313
116. Потапенко А.В. Визначення ефективного способу захисту у випадку конкуренції позовів.....	315
117. Придубський С.В. Конституційний Суд України та його інституційно-правова (не) визначеність («Фантом» вітчизняного конституціоналізму?.....	318

118. Рибачук А.І. Правила застосування норм Конституції у країнах континентальної системи права: законодавче закріплення.....	321
119. Рижук І.В. Коаліція депутатських фракцій у Верховній Раді України в рішеннях Конституційного Суду України.....	324
120. Розвадовський В.І. Проблеми правового регулювання представництва у конституційному провадженні: вітчизняний та зарубіжний досвід.....	326
121. Руснак А.В. Суб'єкти доказування в конституційному судовому процесі України.....	329
122. Слінько Т.М. Право на справедливий суд у контексті євроінтеграційних процесів.....	331

СЕКЦІЯ 6. ПЕРШІ КРОКИ В НАУЦІ

123. Артеменко Д.С. Особливості застосування процедури медіації в адміністративному судочинстві.....	334
124. Бакун В.І. Контрмажоритарний аргумент у конституційному судовому процесі: зарубіжний досвід.....	336
125. Банар О.В. «Проблеми реалізації засади – поваги до людської гідності у кримінальному провадженні».....	338
126. Бельмега В.І. Проблеми питання створення судових електронних систем в Україні та Європі.....	341
127. Білик О.А. Деякі аспекти щодо проблем доступності до правосуддя.....	342
128. Бобровська І.С. Медіація як альтернатива судовому вирішенню сімейних спорів.....	343
129. Булах О.О. «Правосуддя дружнє до дитини»: міжнародні стандарти та національна практика.....	346
130. Варварюк І.В. Принцип пропорційності в цивільному судочинстві.....	348
131. Горішна К.В. Адвокатська монополія в контексті реалізації принципу незалежності інституту адвокатури.....	350
132. Гриндей О.В. Загальні та спеціальні права позивача в цивільному процесі.....	352
133. Гусейнова К.А. Європейські стандарти судової влади та їх конституційне закріплення.....	355
134. Депутат Д.Р. Зловживання процесуальними правами в цивільному судочинстві: нормативне врегулювання та судова.....	358
135. Дзядевич В.Р. Проблеми визначення ефективності діяльності суду.....	361
136. Дмитрух В.Д. Європейські стандарти судочинства та перспективи їх застосування в Україні.....	364
137. Драгомерецька Д.В. Принцип пропорційності, правова аргументація та дискреційні повноваження державного управління: аналіз меж основних прав та гарантій.....	366
138. Esiobu D.E. Non-state legal regulation: development of alternative (nonjudicial) and pre-trial settlement of disputes.....	368
139. Єрмей В.Р. Зловживання процесуальними правами в цивільному судочинстві: практичний аспект.....	369
140. Завгородня К.О. Конституційні основи кримінального судочинства США.....	372
141. Зеленюк О.В., Тітаренко В.О. Загальна характеристика законодавства щодо захисту прав інтернет-користувачів в Україні.....	375
142. Ілаш В.О. (Не)релевантне застосування практики ЄСПЛ як джерела права в Україні.....	377

143. Klypak M. Rechtsstellung des Verfassungsgerichts der Bundesrepublik Deutschland.....	379
144. Ключков І.Р. Проблеми реалізації Стратегії розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства в Україні.....	380
145. Кремзедюк О.В. Громадський контроль за судовою гілкою влади як шлях повернення довіри до суду.....	381
146. Куликовець Ю.І. Інститут конституційної скарги: міжнародний досвід.....	383
147. Линник О. Сучасні тенденції електронного обігу судових рішень в Україні та за кордоном.....	386
148. Lupu A. Anti-crisis tools of constitutional reform.....	389
149. Любченко Ю.С. Особливості використання в цивільному судочинстві електронних доказів.....	391
150. Малофій К.А. Порівняльна характеристика цивільного процесуального правонаступництва України та Німеччини.....	394
151. Мегек О.В. Спільні та відмінні риси позивача та третьої особи із самостійними вимогами в цивільному судочинстві.....	396
152. Мовчан В.Ю. «Електронний суд» в системі правосуддя України.....	398
153. Мукан А.О. Роль судді у забезпеченні верховенства права: зарубіжний досвід.....	399
154. Надієнко Ю.А. Застосування висновку експерта з питань права в господарському судочинстві.....	400
155. Оношка В.А. Гарантії адвокатської діяльності в рішеннях Європейського суду з прав людини.....	403
156. Осадчук Т.В. Конституційна юрисдикція в демократичному суспільстві: конституційні суди як «влада Конституції».....	404
157. Плисюк І.М. Встановлення юридичного факту смерті особи.....	407
158. Проценко А.М. Розвиток адміністративного судочинства в Україні.....	409
159. Прощок А.І. Вільний вибір захисника у кримінальному процесі.....	411
160. Рафальська А.М. Криза судового законодавства в Україні протягом 2010-2013 років.....	413
161. Савицька А.О. Реалізація права на судовий захист в умовах пандемії.....	414
162. Савчук М.В. Застосування «популярного» конституційного аргументу у практиці Верховного Суду США: практика для України.....	416
163. Семенчук А.В. Гонорар успіху адвоката в системі доступу до правосуддя.....	419
164. Сичов Б.С. «Менталітет» як форма конституційного кріпактва: народ як джерело конституційної кризи.....	421
165. Смашнюк Я.Я. Зарубіжний досвід врегулювання гонорару успіху адвоката та перспективи запровадження в Україні.....	423
166. Стовп'юк Н.А. Процесуальне становище правонаступника у цивільному процесі.....	426
167. Стойко Д.О. Міжнародні стандарти в доказовій діяльності у цивільному судочинстві.....	428
168. Строїч Ю.І. Проблема застосування джерел процесуального законодавства в розрізі адміністративного судочинства.....	431
169. Суховерський М.Т. «Електронний суд» – переваги та перші виклики під час застосування на практиці.....	432
170. Суховерхова Д.В. Реалізація принципу безпосередності.....	434
171. Татуляч С.І. Участь представника у справах наказного провадження.....	436

172. Хащева Я.В. Пояснення сторін, третіх осіб та їхніх представників в цивільному судочинств.....	438
173. Щербакова Я.М. Загальна характеристика та особливості кримінальних правопорушень проти правосуддя.....	441



ШАНОВНІ УЧАСНИКИ, ГОСТІ ТА ОРГАНІЗАТОРИ!

Шановні гості, від імені Національної академії правових наук України щиро вітаю учасників V Міжнародної науково-практичної конференції «Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні», яка проводиться кафедрою процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича разом з Німецько-українським об'єднанням юристів та іншими партнерами за підтримки Координатора ОБСЄ в Україні.

Незалежне та неупереджене правосуддя є запорукою сталого розвитку суспільства і держави, гарантією додержання прав і свобод людини та громадянина, прав та законних інтересів юридичних осіб, інтересів держави, зростання добробуту та якості життя, створення привабливого інвестиційного клімату, своєчасного, ефективного і справедливого вирішення правових спорів на засадах верховенства права.

Удосконалення системи правосуддя сприятиме утвердженню правопорядку, який ґрунтується на високому рівні правової культури, діяльності всіх суб'єктів суспільних відносин на засадах верховенства права та захисту прав і свобод людини, а в разі їх порушення – справедливого їх відновлення у розумні строки.

В Україні Указом Президента України від 11 червня 2021 року № 231/2021 затверджена стратегія розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021 – 2023 роки.

Основними проблемами, які зумовлюють необхідність подальшого удосконалення організації функціонування судової влади та здійснення правосуддя, є:

- нездійснення Вищою кваліфікаційною комісією суддів України своєї діяльності та неможливість відновлення її роботи без удосконалення законодавства;
- недоброчесність окремих суддів, працівників органів та установ судової влади, випадки толерування корупційних проявів;
- недосконалість існуючої системи місцевих судів;
- неефективність системи фінансового, матеріально-технічного та соціального забезпечення гарантій незалежності судової влади;
- недосконалість системи органів судової влади, організації їх діяльності, у тому числі щодо фінансового, матеріально-технічного та іншого забезпечення судів усіх рівнів;
- функціональна недосконалість системи органів суддівського врядування та самоврядування;
- нестача суддів у місцевих та апеляційних судах, надмірне навантаження на суддів у судах усіх рівнів;
- неефективність процесуальних механізмів касаційного оскарження та формування єдиної судової практики в застосуванні закону судами України;
- надмірно складні процедури проведення конкурсу на зайняття вакантної посади судді, а також порядок складання кваліфікаційного іспиту і методологія оцінювання суддів та кандидатів на посаду судді;
- неефективні механізми притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності;

- неналежне виконання судових рішень, неефективність механізмів судового контролю за виконанням судових рішень;

- відсутність дієвих механізмів альтернативного (позасудового) та досудового врегулювання спорів;

- перешкоди в доступі до правосуддя;

- недостатній рівень впровадження цифрових технологій у здійсненні правосуддя;

- надмірна тривалість розгляду справ у судах, зарегульованість судового процесу, не виправдано широке застосування колегіальності у судах першої та апеляційної інстанцій;

- відсутність належної комунікаційної політики у судах;

- незавершеність реформи органів прокуратури, неналежне законодавче врегулювання механізмів реалізації прокурорами їх конституційних повноважень;

- низький рівень суспільної довіри до органів судової влади та прокуратури;

- функціональна недосконалість системи адвокатури, складність порядку доступу до адвокатської діяльності, недостатня ефективність механізмів захисту прав адвокатів.

В свою чергу, основними проблемами, які зумовлюють необхідність удосконалення діяльності Конституційного Суду України, є:

- відсутність механізму підтвердження доброчесності судді Конституційного Суду України, який унеможливило б недоброчесну поведінку, недотримання стандартів професійної етики, толерування корупційних проявів;

- недосконалість процедур конкурсного відбору кандидатур на посаду судді Конституційного Суду України;

- функціональна недосконалість системи конституційного провадження;

- відсутність належних механізмів притягнення суддів Конституційного Суду України до дисциплінарної відповідальності;

- відсутність дієвих механізмів моніторингу виконання суддями Конституційного Суду України антикорупційних обмежень та заборон;

- недостатня комунікаційна політика Конституційного Суду України;

- недостатній рівень суспільної довіри до органу конституційної юрисдикції в Україні.

Головна мета цього заходу – об'єднати зусилля академічної спільноти, європейських та світових експертів у розв'язанні проблем проведення судової реформи в Україні, дослідження міжнародного досвіду в цій сфері для запровадження кращих практик в Україні.

Бажаю всім учасникам конструктивного діалогу та плідної праці, всебічного обговорення проблем та шляхів їх вирішення.

**Президент Національної
академії правових наук України,
дійсний член (академік) НАПрН України,
доктор юридичних наук, професор**



Олександр ПЕТРИШИН

СЕКЦІЯ 1. АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ РОЗВИТКУ СИСТЕМИ ПРАВОСУДДЯ

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ТА ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ІНСТИТУТУ ВІДРЯДЖЕННЯ СУДДІ

Бабко В.В.

*суддя Деснянського районного суду міста Києва,
викладач Національної школи суддів України*

Ще ніколи судова система України не перебувала в такому хаотичному стані, тому сьогодні вкрай важливо стабілізувати діяльність судової влади.

Необхідно усвідомити, що без правосуддя не може бути забезпечений нормальний життєвий процес. Підмінити або замінити суд як орган в системі захисту та вирішення порушених, невизначених або оспорюваних прав, свобод чи законних інтересів не можливо, оскільки держава не може бути демократичною і правовою, якщо в ній не існує незалежного суду.

Вищою радою правосуддя було оприлюднено статистичний звіт про звільнення суддів. Так, у 2020 році суддів звільнилося на 70 % більше, ніж у 2019 році. Здебільшого, судді звільняються із місцевих судів та судів апеляційної інстанції, що ставить під загрозу здійснення правосуддя у багатьох регіонах нашої держави.

Щоб не допустити загострення проблеми з доступом до правосуддя, з червня 2020 року Вища рада правосуддя наділена повноваженнями, самостійно, без рекомендацій чи подань Вищої кваліфікаційної комісії суддів України ухвалювати рішення про відрадження суддів до інших судів.

Законом України «Про судоустрій і статус суддів» врегульовано питання відрадження до іншого суду того самого рівня і спеціалізації для здійснення правосуддя. Таке відрадження можливе за рішенням Вищої ради правосуддя, яке ухвалюється на підставі подання Вищої кваліфікаційної комісії суддів України.

Проте, відрадження судді до іншого суду того самого рівня і спеціалізації комплексно не вирішує питання. Якщо судді продовжуватимуть звільнятися, і судова система не буде поповнюватися новими кадрами, неминуче настане її колапс, що в свою чергу перешкоджатиме громадянам у їх праві на доступ до правосуддя.

На нашу думку, необхідно розглянути можливість запровадження відрадження суддів до судів вищих інстанцій з можливістю їх подальшого переведення за умов, які обговорюватимуться нижче.

Так, при ухваленні Вищою радою правосуддя рішення, щодо переведення судді до іншого суду, необхідно дотримуватися чітких критеріїв відрадження судді.

Відповідно до пункту 10 Основних принципів незалежності судових органів, схвалених резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї від 29 листопада та 13 грудня 1985 року особи, відібрані для судових посад, повинні мати високі моральні якості і здібності, а також відповідну підбору і кваліфікацію в галузі права. Будь-який метод підбирання суддів мусить гарантувати від призначення суддів за неправомірними мотивами. При підборі суддів не повинно бути дискримінації щодо даної особи за ознаками раси, кольору шкіри, статі, релігії, політичних та інших переконань, національного чи соціального походження, майнового стану та ін.; однак

вимога про те, щоб кандидат на юридичну посаду був громадянином відповідної країни, не повинна розглядатися як дискримінаційна¹.

Через останні законодавчі зміни, з'явилась можливість зайняття в апеляційних судах, Вищих спеціалізованих судах та Верховному Суді посад суддів адвокатами та патентними повіреними, які не мають досвіду суддівської діяльності, що на нашу думку, може створити проблему у якісному наповненні кадрами суддівського корпусу.

Згідно з пунктом 4.1. Розділу 4 Європейської хартії про закон «Про статус суддів» від 10 липня 1998 року як що система просування по службі не заснована на трудовому стажі, то вона будуватиметься виключно на якостях і достоїнствах, які проявляються при виконанні обов'язків, покладених на суддю, за допомогою об'єктивної оцінки, проведеної одним або декількома суддями і обговорюваної з зацікавленим суддею. Рішення про підвищення на посаді потім виносяться органом, зазначеним в пункті 1.3 Хартії, або за його пропозицією або з його згоди. Судді, які не обнародовано по службі, повинні мати право на подачу скарги в зазначений орган².

У зв'язку з цим, зазначасмо, що окрім тих випадків, коли судді отримують підвищення суворо на підставі терміну служби, тобто в системі, яку Хартія, не виключає, оскільки, як вважається, вона забезпечує дуже ефективний захист незалежності, але яка передбачає добір висококваліфікованих кадрів, важливо забезпечити, щоб можливість підвищення по службі не впливала на незалежність та неупередженість суддів. Слід зазначити, що існують два потенційні аспекти проблеми: одних суддів незаконно стримують і не допускають їхнього просування, а інших незаслужено підвищують.

Ось чому Хартія визначає критерії для підвищення виключно як якості та достоїнства, що характеризують суддів при виконанні судових повноважень, які мають бути об'єктивно оцінені одним або більше суддями і обговорені з суддею, якому дають оцінку. Далі рішення щодо підвищення приймаються на підставі та в світлі пропозицій, рекомендацій чи висновків органу, про який йшлося в п. 1.3. Там чітко зазначається, що суддя, якого після завершення процедури не рекомендують для просування, повинен мати право представити свою справу перед згаданим вище органом. Положення п. 4.1 явно не призначені для застосування у системах, в яких суддів не підвищують.

На нашу думку, до спеціального законодавства, що регулює питання кар'єрного просування суддів, необхідно внести зміни, спрямовані на запровадження можливості відрядження суддів до судів вищої інстанції з подальшим їх переведенням.

В рамках такого відрядження, суддя має пройти відповідну програму стажування і скласти відповідний іспит, за результатом якого суддя може бути переведений до суду вищої інстанції без проведення конкурсу.

Так, наприклад, в Люксембурзі службове просування ґрунтується на принципах вислуги років (стажу). У Бельгії та Італії рішення про підвищення по службі приймається із врахуванням трудового стажу й компетентності. А у Нідерландах, взагалі, досі збереглися елементи традиційної системи старшинства.

Дещо інша ситуація, щодо рекомендацій про службове підвищення склалась в Австрії. Так, при поданні вказаних рекомендацій, сенатом з питань кадрового забезпечення міністру юстиції, законодавчо передбачено, що стаж ураховується лише у випадку кандидатів однакової професійної кваліфікації.

Водночас, звертаємо увагу на проблемні аспекти інституту відрядження судді.

¹Основні принципи незалежності судових органів URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_201#Text (дата звернення 05.10.2021).

²Європейська хартія про закон «Про статус суддів». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_236#Text (дата звернення 05.10.2021)

У межах розгляду питання про відрядження судді в обов'язковому порядку враховується навантаження суду, куди суддя має бути відряджений. Разом з цим, ВРП оцінює й навантаження суду, з якого суддя відряджається. Якщо ситуація більш менш однакова, то вирішальним фактором має стати ефективність судді, а саме його професійна компетентність, що полягатиме у позитивній динаміці розгляду справ, а також стаж роботи на посаді судді, інформація про стан здійснення правосуддя в суді, в якому суддя обіймає штатну посаду.

При виникненні вищевказаних обставин, що зумовлюють відрядження судді до іншого суду вищої інстанції, з'являється необхідність у контролі за незалежністю суддів, особливо, у частині матеріального та соціального забезпечення.

Так, необхідним є забезпечення житлових умов для відряджених суддів, забезпечення їх потреб, пов'язаних з професійною діяльністю, державний захист суддів, їх сімей, соціальне страхування, медичне обслуговування тощо.

Підсумовуючи вищевикладене, необхідно зауважити, що, інститут відрядження судді до іншого суду потребує вдосконалення шляхом запровадження відрядження судді до суду вищої інстанції як особливої форми переведення. Одним з основних факторів переведення судді до суду вищої інстанції є суддівський стаж та професійна компетентність судді. При цьому, з метою уникнення кадрового дисбалансу, має вживуватись завантаженість судів.

Вказані зміни допоможуть досягти наступних цілей: забезпечення доступу до правосуддя, врегулювання навантаження у судах, підвищення авторитету правосуддя, підтримка кваліфікації суддів, а також забезпечення можливості професійного кар'єрного просування суддів.

СУДДІВСЬКИЙ АКТИВІЗМ: ЧИ ПОТРІБНА ОБМЕЖЕНІСТЬ ДИСКРЕЦІЇ СУДУ В СФЕРІ ПРАВОТВОРЧОСТІ

Байрачна А.К.

*доцент кафедри конституційного права України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Судова активність - це ухвала, винесена суддею, яка не враховує правові прецеденти чи минулі тлумачення конституції на користь захисту особистих прав або забезпечення більш широкого політичного порядку денного.

Артур Шлезінгер-молодший ввів термін «судовий активізм», використавши його в роботі «Верховний Суд: 1947», що була надрукована в журналі «Fortune» у січні 1947 р. А. Шлезінгер, описав конфлікт між суддями Верховного суду США, «судовими активістами», група Блека-Дугласа, яка виступала за активну роль суду у проведенні соціальних змін та досягненні загального блага суспільства, та прихильниками «суддівського самообмеження», група Франкфутера-Джексона, котра дотримувалась поглядів на більш обмежену роль суду у процесі соціальних перетворень, оскільки вважала, що саме законодавча та виконавча гілка влади знає як найкраще піклуватися про прогрес та суспільний розвиток.

Ця суперечка заклала основу для наукової дискусії яка триває протягом останніх семидесяти років. Критики судового активізму звинувачують, що він узурпує владу обраних гілок влади або призначених органів, шкодячи демократії та верховенству

права¹. Захисники судового активізму у свою чергу стверджують, що в багатьох випадках він є законною формою судового нагляду, і що тлумачення закону має змінитися зі зміною часу. Третя точка зору, стверджує що так званих «об'єктивних» тлумачень закону не існує. Професор права Брайан З. Таманага стверджує: «Протягом так званої формалістської ери багато видатних суддів і юристів визнали, що існують прогалини і невизначеності в законі і що судді повинні іноді робити вибір»².

У науковому середовищі виділяють різні значення терміна «суддівський активізм», що належать до характеристики такої судової діяльності як: - неспроможність дотримання доктрини прецеденту; - судова правотворчість; - відхилення від загальноприйнятих методів (способів) тлумачення, що склались у практиці правозастосування.

В цілому теорія і практика судочинства базується на класичній юридико-позитивістській моделі судового правозастосування: рішення суду безпосередньо будується на основі силісмізму, компонентами якого є норма права, фактичні обставини справи і рішення, що випливає з підведення під норму цих обставин³.

Але іноді судова практика потребує застосування судового активізму який тісно пов'язаний з конституційною інтерпретацією, тлумаченням закону. І тоді виникає актуальна для всіх європейських країн проблема меж судової дискреції в процесі правотворчості.

На наш погляд обмеженість дискреції суду в сфері правотворчості обумовлена низкою причин.

По-перше, одна з основних цілей судової правотворчості це дотримання цінностей, які забезпечують наскрізну єдність і цілісність правової системи. Судова правотворчість має узгоджуватися з загальними цілями права та цінностями, закладеними у правову систему, уособленнями яких у демократичному суспільстві є конституції.

По-друге, судова правотворчість не повинна йти далі, ніж це потрібно для забезпечення стабільності права. Людина має бути впевненою у тому, що її правове становище залишатиметься стабільним і не буде погіршене. У рішеннях ЄСПЛ сформульовані відповідні вимоги до такої складової судової правотворчості, як тлумачення, серед них такі: • права і свободи людини не можуть бути обмежені шляхом тлумачення у процесі судової практики; • тлумачення не може призводити до звуження змісту та обсягу прав і свобод, спотворювати розуміння їх сутності; • всі сумніви, які виникають у процесі інтерпретації норм, яір регулюють відносини держави і громадянина, мають тлумачитися на користь громадянина; • всі дозволи щодо громадян необхідно тлумачити або буквально, або розширювально, проте аж ніяк не обмежувально. Обмеження дозволів - це виняткова сфера законодавця, а не суду.

По-третє, винятковою сферою законодавця є також усунення певних прогалин у законах. Відомий ще з давніх часів принцип *nullum crimen, nulla poena sine lege* (без закону немає ні злочину, ні покарання), знайшов своє відображення у п. 22 ст. 92 Конституції України та в Рішенні Конституційного Суду України від 30 травня 2001 р.. Застосування аналогії закону й аналогії права в кримінальному праві є вкрай обмеженим, не можуть створюватися чи навіть змінюватися склади правопорушень і встановлюватися санкції за них на підставі аналогії закону також в адміністративному,

¹ Justice Antonin Scalia's dissent in *Romer v. Evans*; *Romer, Governor of Colorado, et al. v. Evans et al.* (94-1039), 517 U.S. 620 (1996).

² Brian Z. Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging*, Princeton University Press, 2010.

³ Козіюбра М., Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість правосуддя. Право України. 2016. № 10. С.38-48.

податковому та інших галузях публічного права. Це, відповідно до п. 22 ст. 92 Конституції України, є прерогативою законодавця.

Недопустиме для суду й створення у процесі застосування закону правових підстав для втручання у сферу прав і свобод інших осіб, якщо відсутні застереження щодо допустимості подібних втручань у конституції¹.

Саме дотримання прав людини, що закріплені у конституції та міжнародно-правових актах - це і є той базовий критерій - орієнтир, який визначає межі судової правотворчості.

ПРО ЗНАЧЕННЯ ЩОРІЧНОЇ ДОПОВІДІ ВИЩОЇ РАДИ ПРАВОСУДДЯ «ПРО СТАН ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ НЕЗАЛЕЖНОСТІ СУДДІВ В УКРАЇНІ»

Бакаянова Н.М.

*доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри
організації судових, правоохоронних органів та адвокатури
Національного університету «Одеська юридична академія»,
заслужений юрист України*

Україна тривалий час перебуває у стані реформування судової влади, системи судустрою та суміжних правових інститутів, декларуючи такі реформи важливим напрямом розвитку правової держави.

Судова влада є частиною державної влади; у зв'язку з цим ефективність її організації та діяльності є невід'ємною складовою якості та ефективності функціонування держави загалом.

Відповідно до Рішення Конституційного Суду України від 18 лютого 2020 року №2-р/2020, визначальною властивістю судової влади в демократичній правовій державі є її самостійність, що означає її інституційну відокремленість від органів законодавчої та виконавчої влади, неприпустимість впливу останніх на виконання судами їх професійних функцій, у тому числі й у спосіб не обумовленої суспільними прагненнями законодавчої реорганізації, зміни системи судустрою.

В умовах надзвичайної уваги суспільства до судової реформи, законодавчих змін, оновлення підходів до функціонування системи правосуддя, загострення проблем фінансування судової влади, кадрової нестачі в судах діяльність Вищої ради правосуддя щодо аналізу стану незалежності суддів не може не привернути увагу наукової спільноти.

У сучасній правовій науці науковий дискурс стосується переважно характеристики етапів реформування та необхідності подальшої трансформації сфери судочинства і судустрою. Проте на сучасному етапі реформування вбачається, що доцільніше вивчати зміст конкретних кроків, які пропонуються задля досягнення стратегічної мети з точки зору їх відповідності міжнародним стандартам у цій сфері та прикладів застосування в зарубіжних країнах, а також надавати об'єктивну оцінку вже запроваджених механізмів на предмет їх ефективності.

Відображенням ефективності функціонування судової системи є практична дія принципів верховенства права та законності в усіх видах судочинства, конкретні кількісні та якісні показники розгляду справ у судах, стан дотримання гарантій незалежності суддів. Для досягнення такого стану справ у судовій владі необхідно не лише розробити, але й втілити у життя комплекс заходів, орієнтованих на створення умов, що дозволяють ефективно здійснювати правосуддя. Зокрема, державна політика у цій сфері має

¹ Цишчеліус Р. Юридична методологія / пер. з нім. Р. Корнута (пер., адапт., прикл. з права України і список термінів). К., 2004. 176 с.

передбачати національні механізми координації органів судової влади, які б відповідали найвищим міжнародним стандартам; відповідні ресурси, які б були достатніми для того, щоби судова влада могла виконувати свою місію згідно її основним цінностям.

Метою діяльності Вищої ради правосуддя законодавець визначив забезпечення незалежності судової влади, а серед основних засад її функціонування проголошено підзвітність перед суспільством - ст. 1 Закону «Про Вищу раду правосуддя» (далі - Закон).

Відповідно до п. 9 ч.1 ст. 3 Закону, Вища рада правосуддя вживає заходів щодо забезпечення авторитету правосуддя та незалежності суддів. Одним з таких заходів, відповідно до п. 7 ч.1 ст. 73 Закону, є підготовка у співпраці з органами суддівського самоврядування, іншими органами та установами системи правосуддя, громадськими об'єднаннями щорічної доповіді про стан забезпечення незалежності суддів в Україні (далі - Щорічна доповідь), та її оприлюднення.

Значення Щорічної доповіді, яка за своєю сутністю є моніторингом виявлених проблем та отриманих здобутків за досліджуваній період, полягає, насамперед, у тому, що від об'єктивності, повноти та достовірності викладених даних залежить визначення напрямків подальшого вдосконалення у сфері забезпечення незалежності суддів.

Так, у Щорічній доповіді за 2020 рік «Про стан забезпечення незалежності суддів в Україні», затвердженої Рішенням Вищої ради правосуддя від 05 серпня 2021 року №1797/0/15-21 висвітлено широкий спектр питань, які вплинули у 2020 році на стан суддівської незалежності: зокрема, законодавчі зміни у сфері системи правосуддя, охорону судів та безпеку суддів, суддівську освіту, дисциплінарну процедуру щодо суддів, виконання Україною рішень Європейського суду з прав людини, що стосуються питань, пов'язаних із незалежністю та неупередженістю судової влади, пандемію гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2, та інші чинники.

При порівняльному аналізі зі змістом Щорічній доповіді за 2019 рік «Про стан забезпечення незалежності суддів в Україні», затвердженої Рішенням Вищої ради правосуддя від 09 квітня 2021 року №933/0/15-20, вбачається, що Щорічною доповіддю охоплюється ще більше аспектів у сфері незалежності суддів, що відображається на її обсязі, структурних складових, більш детальній увазі до низки окреслених проблем.

Високо оцінюючи аналітичну діяльність Вищої ради правосуддя, структуру Щорічної доповіді та зміст питань, які в ній досліджено, можна висловити пропозицію на майбутнє, щоби архітектура документу формувалася із урахуванням основних напрямків розвитку системи правосуддя, визначених Стратегією розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021-2023 рр., яку затверджено Указом Президента України №221/2021 від 11 червня 2021 р., у частині, що стосується незалежності судової влади. Моніторинг ефективності реалізації положень Стратегії має визначатися на підставі об'єктивних, актуальних та вимірювальних показників, у тому числі відображених у Щорічній доповіді.

Водночас незалежність суддів не можна уявити як при залежному становищі суддів, так і судової влади загалом.

У Стратегії розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021-2023 р.р. окреслено проблему неефективності системи фінансового, матеріально-технічного та соціального забезпечення гарантій незалежності судової влади (п.3), також вказується на необхідність забезпечення інституційної самостійності та транспарентності Вищої кваліфікаційної комісії суддів України (п. 4.2.1).

П.1.4 Щорічної доповіді за 2020 рік висвітлює факти втручання у діяльність Вищої ради правосуддя - отже, містить положення, зміст яких виходить за межі суто поняття «незалежність суддів». Водночас у Щорічній доповіді не вбачається системного аналізу

питань, чи відбувалися тиск та незаконні заходи впливу на членів Ради суддів, працівників Державної судової адміністрації України, Служби судової охорони, Національної школи суддів України, та чи мали такі факти значення для забезпечення незалежності суддів?

Очевидно, що Щорічна доповідь має стосуватися не лише питань незалежності суддів, але й гарантій незалежності у діяльності органів, які забезпечують виконання судовою владою покладених на неї завдань. Виходячи з кола проблем, розгляд яких дозволяє здійснити комплексний аналіз стану незалежності, Щорічна доповідь має мати назву «Про стан забезпечення незалежності судової влади в Україні» та висвітлювати також проблеми незалежності у діяльності органів інфраструктури судової влади, що потребує законодавчого врегулювання шляхом внесення відповідних до змін до п.7 ч.1 ст. 73 Закону.

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА НА ЗАХИСТ: НАЦІОНАЛЬНИЙ ТА КОНВЕНЦІЙНИЙ АСПЕКТИ

Боднар С.Б.

*суддя Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду,
кандидат юридичних наук*

Право на якісну кваліфіковану правову допомогу є важливим складового права на захист в кримінальному провадженні, яке проголошується як на національному рівні, так і на міжнародному¹.

Згідно національного законодавства, право на правову допомогу поширюється на всі етапи кримінального провадження, як то досудове розслідування чи судове провадження.

Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України) з метою забезпечення цього права містить, зокрема, наступні вимоги.

Судовий розгляд має бути проведений і завершений протягом розумного строку. Судовий розгляд здійснюється в судовому засіданні з обов'язковою участю сторін кримінального провадження, крім випадків, передбачених КПК України (ст. 318 КПК України)².

Захисник зобов'язаний використовувати засоби захисту, передбачені КПК України та іншими законами України, з метою забезпечення дотримання прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого та з'ясування обставин, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність підозрюваного, обвинуваченого. Захисник зобов'язаний прибувати для участі у виконанні процесуальних дій за участю підозрюваного, обвинуваченого. У разі неможливості прибутти в призначений строк захисник зобов'язаний завчасно повідомити про таку неможливість та її причини слідчого, прокурора, слідчого суддю, суд, а у разі, якщо він призначений органом (установою), уповноваженим законом на надання безоплатної правової допомоги, – також і цей орган (установу) (ч. 1, 2 ст. 47 КПК України)³.

Відповідно до вимог ст. 324, 405 КПК України, неявка захисника у судове засідання як суду першої інстанції, так і суду апеляційної інстанції може бути підставою для відкладення судового розгляду справи. КПК України у ст. 52 встановлює випадки обов'язкової участі захисника у кримінальному провадженні. При цьому, у випадку неявки захисника в судове засідання у кримінальному провадженні, де участь захисника є обов'язковою, суд, відповідно до ч. 1 ст. 324 КПК України, повинен з'ясувати поважність причин неявки захисника, що не можливе без надання підтвердження

¹ Яновська О.Г. Окремі аспекти порушення права підозрюваного (обвинуваченого) на захист у кримінальному провадженні. *Вісник кримінального судочинства*. 2016. № 2. С. 99-105.

² Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/print> (дата звернення: 27.09.2021)

³ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/print> (дата звернення: 27.09.2021)

наявності обставин, на які він посилається¹. В свою чергу, захиснику, як особі юридично обізнаній, відомо про обов'язок належного підтвердження поважності причин неявки.

Таким чином, акцент на імперативному характері кримінально-процесуальної норми та, водночас, на обов'язку забезпечення дотримання, зокрема, права особи на захист, свідчить про необхідність виконання адвокатом/захисником вищевказаного обов'язку.

Систематичне неприбуття захисника для участі в судових засіданнях має наслідком неспроможність останнього виконати покладені на нього обов'язки щодо здійснення належного захисту підозрюваного, обвинуваченого, внаслідок чого гарантовані законом права цієї особи на захист порушуються.

У вітчизняному кримінальному судочинстві найпоширенішою причиною відкладення судового розгляду є неприбуття захисника. Якщо неприбуття обвинуваченого, свідків і перекладача можна виправдати низьким рівнем правосвідомості і відповідальності, то щодо адвокатів таке виправдання є неможливим. Будучи професійним юристом, що здійснює захист прав та інтересів учасників процесу, адвокат не може не розуміти всієї важливості своєчасного розгляду кримінальної справи по суті².

Неявка адвоката в судове засідання без поважних причин, зокрема захисника у кримінальному провадженні, становить велику проблему в кримінальному судочинстві, оскільки в більшості випадків має наслідком зрив запланованого судового засідання. При цьому відкладення судового розгляду через неявку захисника порушує права інших учасників процесу на розгляд справи у розумні строки.

Окрім того, неявка захисника в судове засідання викликає зрозуміле невдоволення інших учасників процесу, які добросовісно виконують свої процесуальні обов'язки, відкладають інші важливі справи, щоб прийти в судове засідання. В результаті маємо ситуацію, за якої у наступне судове засідання може не з'явитися інший учасник судового розгляду, вважаючи, що також може дозволити собі таку поведінку. Все це призводить до затягування строків розгляду справи³.

Відповідно до вимог ст. 21 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»⁴ та п. 42 Правил адвокатської етики⁵, представляючи інтереси клієнта або виконуючи функцію захисника в суді, адвокат зобов'язаний дотримуватися вимог чинного процесуального законодавства, законодавства про адвокатуру та адвокатську діяльність, про судоустрій і статус судів, іншого законодавства, що регламентує поведінку учасників судового процесу, а також вимог Правил.

У відповідності до ст. 44 Правил адвокатської етики, адвокат не повинен вчиняти дій, спрямованих на невинуватне затягування судового розгляду справи.

Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) у своєму рішенні від 01 липня 2014 року у справі «S.A.S. проти Франції» (п. 66) визначив, що «зловживання правом» – це шкідливе здійснення права його власником в такий спосіб, який явно не відповідає або суперечить цілям, для яких таке право надане/створене⁶.

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/print> (дата звернення: 27.09.2021)

² Неприбуття захисника в судове засідання як підстава для відкладення розгляду кримінального провадження. URL: <https://www.dominuslegal.com/nepributtya-zahisnika-v-sudove-zasidannya-yak-pidstava-dlya-vidkladennya-rozglyadu-du-kriminalnogo-provazhennya/> (дата звернення: 27.09.2021)

³ Антонюк М. Щодо неявки сторони захисту. URL: <https://yur-gazeta.com/golovna/rivnist-uchasnikiv-sudovogo-procesu-standart-chi-pole-dlya-zlovzhivannya.html> (дата звернення: 27.09.2021)

⁴ Закон України від 5 липня 2012 року № 5076-VI «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17/print> (дата звернення: 27.09.2021).

⁵ Правила адвокатської етики (затверджені Звітньо-виборним 3-тм з'їздом адвокатів України 09 червня 2017 р.) URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0001891-17/print> (дата звернення: 27.09.2021)

⁶ CASE OF S.A.S. v. FRANCE. Application no. 43835/11. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-198770"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (дата звернення: 27.09.2021)

Таким чином, як національне законодавство, так і практика ЄСПЛ вбачають у систематичному неприбутті захисника в судові засідання без поважних причин ознаки зловживання правами та перешкоджання проведенню судового розгляду у розумні строки.

Згідно вимог ст. 34 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» вчинення адвокатом дисциплінарного проступку є підставою для припинення його до дисциплінарної відповідальності.

Відповідно до ч. 1 ст. 50 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури утворюється з метою визначення рівня фахової підготовленості осіб, які виявили намір отримати право на заняття адвокатського діяльності, та вирішення питань щодо дисциплінарної відповідальності адвокатів. До повноважень кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури зокрема належать здійснення дисциплінарного провадження стосовно адвокатів¹.

Згідно підп. «с» п. 3 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має право захищати себе особисто чи використувувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд, або - за браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника - одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя².

За ст. 59 Конституції України, кожен має право на професійну правничу допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав³.

Згадане конвенційне та конституційне право особи конкретизоване у сфері кримінально-правових відносин у КПК України. Так, згідно ч. 2 ст. 20 КПК України, слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд зобов'язані роз'яснити підозрюваному, обвинуваченому його права та забезпечити право на кваліфіковану правову допомогу з боку обраного ним або призначеного захисника⁴. Активність суб'єктів щодо реалізації вищезазначеного обов'язку має чітко визначену спрямованість – *provide re jus* (забезпечити право).

Таким чином, якщо обраний особою захисник (чи захисники) впродовж тривалого часу систематично без поважних причин не здійснює покладені на нього законом обов'язки, то, зокрема, слідчий суддя, суд, в силу приписів конвенційного та національного законодавств, повинен забезпечити право особи на кваліфіковану правову допомогу шляхом:

- 1) ініціювання припинення захисника до дисциплінарної відповідальності у разі неналежного виконання/невиконання покладених на нього законом обов'язків;
- 2) вжиття заходів щодо призначення особи захисника уповноваженим органом (в порядку правової допомоги, що надається особи безоплатно за рахунок держави).

Апеляційна палата Вищого антикорупційного суду неодноразово, шляхом постановлення відповідних ухвал⁵, порушувала перед кваліфікаційно-дисциплінарними органами адвокатури

¹ Закон України від 5 липня 2012 року № 5076-VI «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17/print> (дата звернення: 27.09.2021).

² Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. *Голос України* від 10.01.2001. № 3.

³ Конституція України прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254/kc/96-vr#Text> (дата звернення: 27.09.2021).

⁴ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/print> (дата звернення: 27.09.2021).

⁵ Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 29 вересня 2020 року (справа № 991/2608/20, провадження №11-сс/991/561/20) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91866149> (дата звернення: 27.09.2021); Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 04 березня 2021 року (справа № 991/2608/20, провадження № 11-сс/991/2/21). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95333441> (дата звернення: 27.09.2021); Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 10 червня 2021 року (справа № 991/2608/20, провадження № 11-сс/991/2/21). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97583029> (дата звернення: 27.09.2021); Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 19 серпня 2021 року (справа № 991/2608/20, провадження № 11-сс/991/2/21). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99110580> (дата звернення: 27.09.2021); Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 03 вересня 2020 року (справа № 991/2605/20,

питання про дисциплінарну відповідальність адвокатів/захисників, які систематично, без поважних причин не з'являлися в судові засідання. Є їй відповідна практика вказаних органів.

Так, зокрема, у рішенні від 28 січня 2021 року, КДКА м. Кисва зокрема відзначила, що «розглянувши ухвалу Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 29.09.2020 року по справі № 991/2608/20 та дослідивши всі наявні докази, об'єктивно оцінивши доводи, викладені в ухвалі суду та доводи адвоката ОСОБА_1, дисциплінарна палата КДКА м. Кисва дійшла висновку про притягнення до дисциплінарної відповідальності адвоката ОСОБА_1 та накладення до адвоката дисциплінарного стягнення у виді попередження. Аналогічне даному рішенню є Рішення КДКА м. Кисва № 437 від 28 січня 2021 року.

У Рішенні від 28 липня 2021 року «Дисциплінарна палата КДКА Київської області дійшла висновку, що в діях адвоката [ОСОБА_1] наявні ознаки вчинення дисциплінарних проступків, які передбачені пунктами 3,5 частини 2 ст. 34 ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», а саме: порушення Правил адвокатської етики та невиконання або неналежне виконання свої професійних обов'язків».

Згідно рішення від 19 серпня 2021 року «КДКА Київської області дійшла висновку про наявність в поведінці та діях адвоката ознак дисциплінарного проступку, який полягає в порушенні ч. 2 ст. 44 Правил адвокатської етики та неналежному виконанні своїх професійних обов'язків, що відповідно є підставою для порушення дисциплінарної справи відносно адвоката».

Отже, систематичне, без поважних причин неприбуття захисника в судові засідання створюють загрозу реалізації права підозрюваного, обвинуваченого на захист та перешкоджають проведенню судового розгляду у розумні строки. Як наслідок, особа, яка потребує кваліфікованої правової допомоги, зіпсовується із неможливістю її фактично отримати. А це є неприпустимо як з позицій національного законодавства, так і Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Таким чином, активність суду щодо забезпечення реалізації покладених на захисника обов'язків має чітко визначену спрямованість – *providere ius* (забезпечити право).

СУДОЧИНСТВО ТА АВС ЯК КОНКУРЕНТНІ ВЗАЄМОДОПОВНЮЮЧІ СИСТЕМИ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ

Гаврилюк Р.О.

доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри публічного права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

Пацурківський П.С.

доктор юридичних наук, професор, професор кафедри публічного права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

Україна важко та довго, методом чисельних спроб і помилок продовжує шукати свою особливу модель системи вирішення спорів у соціумі, реального утвердження людських прав і верховенства права. Черговим свідченням цього є затвердження Указом Президента України від 11 червня 2021 року № 231/2021 «Стратегія розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021 – 2023 роки» - у ній не йдеться про створення

провадження № 11-cc/991/375/20) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91310046> (дата звернення: 27.09.2021); Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 15 квітня 2021 року (справа № 991/2605/20, провадження № 11-cc/991/1/21) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96303296> (дата звернення: 27.09.2021); Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 19 серпня 2021 року (справа № 991/2605/20, провадження № 11-cc/991/1/21) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99110581> (дата звернення: 27.09.2021); Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 06 березня 2021 року (справа № 758/11219/16-к, провадження № 11-кп/991/8/21) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95348785> (дата звернення: 27.09.2021); Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 27 квітня 2020 року (справа № 757/37692/19-к, провадження № 11-cc/991/61/20) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88951302> (дата звернення: 27.09.2021).

альтернативної судочинства системи АВС, а тільки про запровадження окремих елементів альтернативного вирішення спорів¹. Де у п. 4.1.5. *щодо розвитку альтернативного (позасудового) та досудового врегулювання спорів рекомендується*: «встановлення для окремих, визначених законом, категорій справ обов'язкового досудового порядку врегулювання спорів з використанням медіації та інших практик; опрацювання питання щодо запровадження інституту мирового судді; запровадження у справах адміністративного судочинства досудових процедур адміністративного оскарження з розширенням можливостей застосування досудових та позасудових процедур врегулювання спорів; оптимізація судових витрат та процедур їх адміністрування з метою заохочення використовувати позасудові способи врегулювання спору; удосконалення порядку утворення та діяльності третейських судів, у тому числі щодо підвищення вимог до засновників третейських судів, зміцнення інституційних можливостей третейського самоврядування, розширення підвідомчості справ третейським судам, поширення гарантій конфіденційності на третейських суддів; запровадження та розвиток інституту медіації; удосконалення процедури врегулювання спору за участю судді»².

В той час як міжнародний досвід переконує, що тільки створення системи АВС робить можливим успішно перезапустити судочинство як систему та вийти на сучасний рівень вирішення спорів у суспільстві.

Основоположним способом людського буття є його атрибутивна тотальна суперечливість. В її основі лежать: буттєві властивості людини; буттєвий устрій людського світу; атрибутивні властивості держави; буттєвий устрій громадянського суспільства.

До основоположних онтологічних властивостей людини належать людська автономія, комунікативна солідарність та людські потреби у благах, які задовольняються у ході як безумовного (трансцендентального), так і умовного обміну індивідів ними. Трансцендентальний спонтанний обмін між людьми благами за неминучістю трансформує із потенційного у реальний стан надлишок людської автономії, породжує як внутрішньоособистісні, так і міжособистісні суперечності. Чимало із цих суперечностей переростають у конфлікти і породжують необхідність їх вирішення за допомогою судочинства чи АВС³.

Основоположним принципом буттєвого устрою людського світу також є його тотальна фактична суперечливість. Передусім це фундаментальна суперечливість людських статусів у світі: чоловіка/жінки; батьків/дітей; народження/помирання; роботодавця/найманого працівника і т.д. Такою ж є суперечливість людських потреб: матеріальних/духовних; нинішніх/майбутніх; приватних/публічних; в освоєнні та перетворенні природи/у збереженні первозданності природи; між зростанням людських потреб у геометричній прогресії та розвитком людських можливостей їх задоволення в арифметичній прогресії тощо. До них належать і суперечливості між природою функціональних соціальних ролей індивідів: лікар/хворий, дитина/дорослий, утриманець/утримувач, керівник/підлеглий, виробник/споживач, бідняк/багатий, учень/учитель тощо. Саме тому тотальна фактична суперечливість буттєвого устрою

¹ Стратегія розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021 – 2023 роки № 231/2021 Затверджена Указом Президента України 11 червня 2021 року URL: <https://www.president.gov.ua/documents/2312021-39137>

² Стратегія розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021 – 2023 роки № 231/2021 Затверджена Указом Президента України 11 червня 2021 року URL: <https://www.president.gov.ua/documents/2312021-39137>

³ Гаврилюк Руслана, Правова природа медіації як вислід буттєвих властивостей людей. Право України. 2018. №3. С. 128-143.

людського світу є другою онтологічно укорінена причиною, що зумовлює потребу у судочинстві та інструментах АВС¹.

Вищезазначені суперечності в сукупності з іншими чинниками на певному етапі розвитку людської цивілізації породили державно організоване суспільство. Однією з родових цілей держави була необхідність подолання цих суперечностей. З даною метою з лона державної влади виокремилася судова гілка державної влади. Вона впродовж тривалого історичного періоду залишалася єдиним легітимним інструментом легітимного вирішення протиріч у суспільстві. Проте на певному етапі свого розвитку судочинства виявилось у всіх країнах світу без винятку неспроможним одноосібно впоратися з нечуваною раніше лавиною конфліктів і спорів, які стали примножуватися в геометричній прогресії.

Основним чинником багатократного збільшення конфліктів і спорів у державах стала поява і бурхливий розвиток у другій половині ХХ ст. громадянського суспільства. Це суспільство доповнило ряд осіб публічного права величезною кількістю різноманітних осіб приватного права. Воно додало до сфери публічно-владних (ієрархічних) суспільних відносин незрівнянно більшу за обсягом сферу кооперативних (горизонтальних) суспільних відносин, які невинно породжували спори сторін та вимагали їх вирішення.

Вперше із цієї несподіваною для держави проблемою зіткнулися США. Кульмінацією її осмислення та переходу до активного пошуку методів альтернативного вирішення спорів стала національна конференція ім. Р.Паунда «Причини невдоволеності населення адмініструванням системи правосуддя у США», що відбулася у 1976 році. Суддя Верховного Суду США У.Бергер, виступаючи на цій конференції, зазначив, що державне судочинство у США досягло як на федеральному рівні, так і на рівні штатів критичної точки свого розвитку і що воно надалі неспроможне за будь-яких умов інтенсифікувати свою діяльність. Внутрішні резерви судочинства як способу вирішення усіх спорів у суспільстві вичерпалися².

Професор Ф. Сандерс на цій же конференції запропонував ідею альтернативи державному судочинству, яку назвав «будинком правосуддя з багатьма дверима». Невдовзі за цією інновацією закріпилася інша назва – система альтернативного вирішення спорів (АВС). Її суть полягала в тому, що сторонам спору надавалася можливість самостійно обирати з чималої кількості способів вирішення спорів такий, який найповніше задовольняв би їхні потреби у конкретному спорі. Саме тому цей спосіб дуже швидко набув значного поширення і став іменуватися його учасниками дружнім вирішенням спорів. Принципове значення мала активна підтримка державою усіх інновацій, пов'язаних з АВС. Зокрема, поштовхом до системного запровадження АВС у США стало прийняття у 1990 році Акта про реформу цивільного судочинства. Ним було передбачено створення у кожному судовому окрузі спеціальних комітетів із розробки найрізноманітніших заходів, пов'язаних із АВС³.

У 2001 році в США набув чинності Єдиний закон про медіацію. У ньому було прописано обов'язкове застосування АВС перед їх можливим розглядом у судовому

¹ Гаврилюк Руслана, Зумовленість правової природи медіації буттєвим устроєм людського світу. Право України. 2018. №5. С. 181-195.

² Боженко Н.В. Зарубіжний досвід досудового врегулювання адміністративних спорів // Актуальні проблеми держави і права: збірник наук. праць. Вип. 78. Одеса. Видавничий дім «Гельветика», 2017. – С. 14-19.

³ Носырева Е.И. Альтернативное разрешение гражданско-правовых споров в США: Автореф. дис. д-ра юрид. наук. 12.00.15. Воронеж. 2001. С. 37.

порядку, а також передбачено цілу систему стимулів для сторін спору у разі вирішення його в позасудовий спосіб¹.

Майже півстолітній досвід США активного реформування судочинства та впровадження АВС показав, що ці обидві системи вирішення спорів найуспішніше функціонують, коли державою не надається відверта перевага одній із них, а навпаки, коли державне судочинство та АВС підтримуються державою як конкурентні та взаємодоповнювані. Проте певна спеціалізація судочинства та АВС все-таки збереглися. Так, спори, що виникають у сфері кооперативних (горизонтальних) відносин осіб приватного права, є за загальним правилом предметом АВС. Спори, що виникають у сфері ієрархічних (вертикальних) відносин осіб публічного права, виступають, як правило, предметом судочинства. Спори, що виникають між суб'єктами протилежних типів правового регулювання, можуть бути предметом як судочинства, так і АВС.

Висновки. 1. У межах людської цивілізації були і залишаються неусувними причини, що спонтанно породжують увесь спектр конфліктів та спорів у людському бутті. Ні судочинство, ні АВС як альтернативні системи вирішення спорів, окремо взяті, неспроможні монопольно впоратися з ними. Міжнародний досвід переконує, що необхідне та неминуче державно-приватне партнерство судочинства і АВС.

2. ціннісні матриці судочинства і АВС світоглядно та змістовно протилежні. Кожна із цих систем вирішення спорів має власні переваги та вразливі сторони і спроможні успішно вирішувати лише певні категорії спорів. Звідси спроби вбудувати (імплементувати) АВС у судочинство неприродні, небезпечні та спроможні призвести тільки до деформації обидвох систем.

3. культури судочинства і АВС належать до конкурентних взаємодоповнюючих явищ, які атрибутивно потребують одне іншого.

4. Досвід США, європейських та інших прогресивних держав переконує, що без системної, цілеспрямованої та всебічної державної підтримки АВС не спроможне утвердитися як альтернативна судочинству система вирішення спорів. В Україні саме відсутність такої підтримки є однією з причин занедбаності вітчизняного судочинства.

¹ Канішева К.М. Розвиток примирливих процедур врегулювання спорів, які виникають із шлюбно-сімейних правовідносин. Право і безпека: науковий журнал. Харків. 2009. - №2. – С.27.

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ПІДГОТОВКИ ПРОФЕСІЙНИХ СУДДІВ ЯК ОДИН ІЗ ЕЛЕМЕНТІВ СУДОВОЇ РЕФОРМИ: МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД ТА ПЕРСПЕКТИВИ ЙОГО ВИКОРИСТАННЯ В УКРАЇНІ

Гончарук Ю.Г.

Заслужений юрист України, начальник територіального управління Державної судової адміністрації України в Чернівецькій області

Борик Ю.О.

Головний спеціаліст з забезпечення договірної та позовної роботи територіального управління Державної судової адміністрації України в Чернівецькій області

Повноцінне функціонування судової гілки влади в світлі проведення судової реформи в Україні залишається серйозним викликом у системі державного і публічного управління. Адже саме суд у демократичному суспільстві забезпечує баланс сил у владних відносинах і є основою функціонування державного механізму.

У зв'язку з сучасною реалізацією судової реформи в Україні важливим аспектом є вивчення досвіду зарубіжних країн та оцінка рівня відповідності законодавства України міжнародним правовим стандартам.

На думку Г. Боровської та О.Величко початок імплементації міжнародних стандартів судочинства закладено шляхом прийняття конституції і закріплення в ній основ нової моделі судоустрою, що було високо оцінено Європейським Союзом¹.

Разом із тим, на думку Шечупенко Ю.С. процес реалізації судової реформи не є простим. Він вимагає додаткових зусиль з метою удосконалення діяльності судової системи, науково обгрунтованого вирішення все ще існуючих проблем у цій сфері².

Так, зокрема Крусян Р.А. вважає, що необхідним заходом є здійснення моніторингу реформування системи судоустрою як сукупності наукових, організаційних та інших засобів, спрямованих на встановлення реальних фактів і з'ясування об'єктивної інформації щодо ефективності заходів реформування системи судоустрою, наслідків їх запровадження, подальший аналіз та оцінку стану системи судоустрою для визначення тенденцій її розвитку³.

Проте на нашу думку проведення успішної реформи судової системи включає також здійснення підготовки кваліфікованих суддівських кадрів. Подальше формування суддівського корпусу України пов'язане з додатковим вивченням європейського досвіду у цій справі. Існують певні загальні риси у розвитку системи правосуддя у провідних країнах Європи, а також США, які становлять інтерес і для України.

Слободяник Н.С. стверджує, що спрямованість судово-правової реформи передусім повинна обумовлювати максимальне забезпечення принципу верховенства права, а також досягнення соціального ефекту у суспільстві, відновлення довіри до судової влади й створення умов доступного правосуддя, але це не значить, що визначені орієнтири можуть бути досягнуті одним лише «перекроюванням» судової системи та перерозподілом компетенцій між судами. Це швидше призведе до значних фінансових трат, що є недопустимим в теперішніх умовах економічної нестабільності. Необхідне

¹ Боровська Г., Величко О. Удосконалення системи національного судочинства відповідно до рекомендацій Європейської комісії «За демократію через право». Ефективність державного управління. – 2016.- Вип. 4. – С.146-155. URL: https://nbuv.gov.ua/UJRN/efdu_2016_4_18/.

² Шечупенко Ю.С. Судова реформа в Україні у світлі європейського досвіду: конституційний аспект. Часопис цивільного і кримінального судочинства №6 (33), 2016. - С.47-59.

³ Крусян Р.А. Реформування системи судоустрою України: досвід, сучасність, тенденції: дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук /. – Одеса: Національний університет «Одеська юридична академія», 2018. – 242 с.

значно глибше осмислення наявних проблем. І починати прогресивні перетворення в судовій системі слід із самих суддів, а саме зі зміни та вдосконалення порядку формування суддівського корпусу. Вдосконалення порядку формування суддівського корпусу в Україні потребує врахування позитивних здобутків зарубіжних країн у цій сфері¹.

Грунтовні наукові дослідження щодо міжнародного досвіду підготовки суддівських кадрів та шляхи вдосконалення такої підготовки в нашій державі знаходимо у працях Степанова С.В. Так, зокрема зазначено, що питанням професійної підготовки суддів у Франції займається Національна школа магістратури. Вона включає початкову підготовку та підвищення рівня кваліфікації без відриву від роботи. Початкова підготовка триває близько 31 місяця та охоплює наступні етапи: I) 2 роки - загальна теоретична підготовка з проходженням практики в суді (9 місяців), жандармерії, пенітенціарних органах, адвокатському бюро (6 місяців); II) 6 місяців - теоретична підготовка в Бордо за обраною спеціалізацією з проходженням практики в суді першої інстанції та апеляційному суді (5 місяців)².

Суддями у Франції можуть стати лише особи, які закінчили Національну школу магістратури Франції та отримали диплом і рекомендацію. У свою чергу, до цієї школи вступають випускники юридичних вузів, які отримали базову правову підготовку, а також деякі категорії державних службовців. Підвищення кваліфікації проходить через обов'язкові та факультативні модулі (теоретична підготовка) тривалістю 2-5 днів кожний та за допомогою практичної роботи в державних установах, судах, адміністраціях, на підприємствах тощо (практична підготовка) тривалістю не довше одного тижня. В ході теоретичної підготовки судді тренуються засвоювати й застосовувати деонтологічні правила, аналізувати та узагальнювати практичну ситуацію (або судове дос'є), знання й уміння застосовувати процесуальне законодавство тощо. Практична підготовка проходить у вигляді стажування у різноманітних органах та інститутах послідовно: адаптація у суді, стажування у адвоката, в органах розслідування, в пенітенціарній службі, в апеляційному суді, у судах цивільної і кримінальної юрисдикції, у суді для неповнолітніх, також секретарем судового засідання³.

Підвищення кваліфікації має у собі очевидну тезу про те, що кожній людині, незалежно від статусу, час від часу потрібно поліпшувати свій професійний рівень. Таке підвищення кваліфікації суддів повинне бути автономним від інших органів та гілок влади, зважаючи на роль судів у системі державних органів влади. У зв'язку з цим цікавим видається досвід Республіки Польща, яка завдяки вдалим реформам набула статус повноправного члену Європейського Союзу. Професійну підготовку кандидатів на посаду судді здійснює Національна школа судочинства та прокуратури в Республіці Польща. Кандидати на посаду судді проходять навчання у два етапи: загальна та професійна підготовка. Загальна підготовка триває 12 місяців і включає відвідання лекцій та практичних занять. Після закінчення кожної секції занять кандидат проходить практику у судах та інших органах, пов'язаних із судочинством. Після проходження практики кандидат на посаду судді проходить професійну підготовку, яка триває 48

¹ Слободяник Н.С. Вибірність суддів: зарубіжний досвід та перспективи для України. Науковий вісник Ужгородського національного університету, серія Право, випуск 33. Том 2, 2015. - С.173-177.

² Степанов С.В. Окремі підходи щодо підготовки суддів: міжнародний досвід. Правова держава №22, 2016. - С.10-14.

³ Степанов С.В. Окремі підходи щодо підготовки суддів: міжнародний досвід. Правова держава №22, 2016. - С.10-14.

місяців. Лише після завершення всіх етапів підготовки суддя має право подавати заявку на заміщення вакантної посади судді в районному суді¹.

Підхід до формування суддівського корпусу у США принципово відрізняється від європейського досвіду. Згідно із законодавством Сполучених Штатів Америки суддею може стати громадянин США не молодше 21 року, який має юридичну освіту, володіє англійською мовою і проживає на території штату від одного року. При цьому судді зазвичай не просуваються по кар'єрних сходах, а можуть почати запаморочливу кар'єру, взагалі міняючи нижчий ступінь. Окрема, будь-який кандидат відповідно до здібностей може потрапити у будь-яку судову інстанцію, винятком не є навіть посада у вищому судовому органі. Тобто, юрист без будь-якого судового досвіду може стати суддею в суді останньої інстанції штату чи навіть у Верховному Суді Сполучених Штатів Америки. Досвід роботи не грає суттєвої ролі, оскільки суддя визнається не інструментом у структурі держави, а самостійною політичною фігурою. Так, суддям для просування по службі необхідно заручитись підтримкою населення або мати покровителів серед політичних еліт. У протилежному випадку суддя будь-якої інстанції зазвичай до пенсії залишиться на своєму місці. Ще однією особливістю процедури формування суддівського корпусу в США є відсутність вимоги проходити спеціальну підготовку для заміщення посади. Традиційно кандидати на посаду повинні мати юридичну освіту, як було вказано вище, але це скоріше диспозитивна норма. Більша увага приділяється його професійній придатності для виконання покладених на нього функцій, аналізуються його професійні та особисті якості, а спецслужби і преса намагаються знайти в його минулому «чорні плями». Саме тому у розділі 1 ст. 3 Конституції США зазначено, що «судді як Верховного, так і нижчих судів займають свої посади, поки їх поведінка бездоганна, і у встановлений час отримують за свою службу винагороду, яка не може бути зменшена під час перебування їх на посаді». Для введення у спеціальність новопризначених суддів у 1967 році був заснований Федеральний суддівський центр, основним завданням якого є проведення та узагальнення наукових досліджень для підготовки суддів. Федеральний суддівський центр надсилає новому судді так звану «настільну книгу судді» та відеофільм «Вступ до спеціальності. Перший рік роботи суддею», завдяки яким судді отримують список літератури, нових публікацій, досліджень для самостійного опрацювання та іншу важливу інформацію, завдяки якій судді можуть «підтягнути» свої знання із судочинства. До того ж, для всіх бажаючих суддів (як нових, так і постійно діючих) Федеральним суддівським центром проводяться семінари для підвищення професійного рівня. Програми такої підготовки складаються з двох частин і проводяться досвідченими суддями та вченими. У першій частині з групою обговорюють дискусійні питання матеріального та процесуального права і діловодства. Для кращого засвоєння матеріалу заняття проводяться із використанням мультимедійних презентацій. У другій частині проводиться практичне опрацювання процесу судочинства, який включає: моделювання процедури слухання у суді, психологічні взаємовідносини зі сторонами по справі та засобами масової інформації, супроводження процесу та складання судового рішення².

Аналізуючи порядок висування та призначення федеральних суддів США, К.Ф. Гупенко зауважив, що кандидат на посаду судді повинен бути видатним юристом і лідером у тій місцевості, де він висувається, а його особиста і професійна репутація має

¹ Степанов С.В. Окремі підходи щодо підготовки суддів: міжнародний досвід. Правова держава №22, 2016. - С.10-14.

² Степанов С.В. Окремі підходи щодо підготовки суддів: міжнародний досвід. Правова держава №22, 2016. - С.10-14.

бути бездоганного. До того ж в ході перевірки кандидата на посаду судді прискіпливо вивчається його особа та всебічно з'ясовуються професійні та особисті сторони¹.

Звичайно досвід зарубіжних країн щодо підготовки та підвищення кваліфікації суддів не може бути абсолютно перенесений на аналогічні процеси в межах національної судової системи, проте окремі аспекти можуть бути використані в рамках здійснення судової реформи. Доцільним є підпорядкування процесу реформування судочинства загальним принципам державного управління, що дозволить досягнути бажаних результатів реформи та імплементувати європейські стандарти судочинства, основний з яких — незалежність судової гілки влади — визначається Європейським Союзом показником рівня демократії і розвитку правової сфери в Україні.

ЗАСАДИ ВЗАЄМОДІЇ ВИЩОЇ РАДИ ПРАВОСУДДЯ ЯК ОРГАНУ СУДОВОЇ ВЛАДИ З ІНШИМИ ОРГАНАМИ ВЛАДИ

Демидюк О.Б.

аспірантка Академії адвокатури України

Останні законодавчі зміни, спрямовані на переформатування Вищої ради правосуддя (ВРП), засвідчують актуальність модернізації статусу цього конституційного органу судової влади, на якого покладена місія по забезпеченню її незалежності. Невід'ємною частиною тривалої навколо нього дискусії є питання ефективної комунікації, взаємодії ВРП з іншими органами влади, оскільки, серед іншого цей аспект стосується гарантій незалежності та автономності цього органу суддівського врядування. Про це, зокрема, йдеться у Висновку № 10 (2007) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо судової ради на службі суспільства: «...судова рада повинна також становити собою автономний орган судової влади, що уможливає здійснення індивідуальними суддями своїх функцій незалежно від будь-якого контролю з боку виконавчої і законодавчої влади та без неправомірного тиску зсередини судової системи. У цьому відношенні, КРЄС вважає, що буде неприпустимим, якщо судова рада обмежуватиметься іншими органами у своїй автономії визначати власні процедури діяльності та питання, що виносяться на її розгляд. Слід визначити відносини між судовою радою та міністром юстиції, главою держави та Парламентом...Судова рада також зобов'язана уникати будь-якого зовнішнього тиску політичного, ідеологічного чи культурного характеру...»².

Отже, взаємодія ВРП з іншими органами влади першочергово повинна базуватися на засадах її незалежності та автономності, зміст яких, хоч законодавчо і не унормований, проте випливає з положень Закону України «Про Вищу раду правосуддя», ст. 1 якого презюмує, що ВРП є колегіальним, незалежним конституційним органом державної влади та суддівського врядування.

Про незалежність і автономність органу, відповідального за реалізацію ключових елементів ефективного функціонування судової влади в державі, також наголошено у низці інших міжнародних документів. Так, у Великій хартії суддів (п.13) закріплено, що «для забезпечення незалежності суддів, кожна держава повинна створити Раду суддів або інший спеціальний орган, незалежний від законодавчої та виконавчої влади, наділений

¹ Слободяник Н.С. Вибірність суддів: зарубіжний досвід та перспективи для України. Науковий вісник Ужгородського національного університету, серія Право, випуск 33. Том 2, 2015. - С.173-177.

² Висновок № 10 (2007) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо судової ради на службі суспільства. URL: https://adm.ki.court.gov.ua/userfiles/visn_10_2007.pdf (дата звернення 20.09.2021).

широкими повноваженнями з усіх питань, що стосуються їхнього статусу, а також організації, функціонування та іміджу судових інститутів»¹. Своєю чергою Рекомендація № (94) 12 «Незалежність, дієвість та роль суддів», ухвалена Комітетом Міністрів Ради Європи, передбачає, що «орган, який є уповноважений приймати рішення щодо обрання та кар'єри суддів, повинен бути незалежним від уряду та адміністративних органів. Для гарантії незалежності цього органу мають бути запроваджені такі положення, як, наприклад, нагляд за тим, щоб його члени призначалися судовою владою, і щоб орган самостійно приймав рішення про власні правила процедури» (п. 2 (с))².

Вбачається, що незалежність і автономність ВРП у взаємодії з іншими органами влади слід першочергово досліджувати, виходячи з напрямів, у яких відбувається така взаємодія, зокрема тих, що визначені на законодавчому рівні. Системний аналіз положень Конституції України та інших законодавчих актів дозволяє в цьому аспекті умовно виокремити такі:

1) напрям, обумовлений залученням інших органів влади в процес формування ВРП (відповідно до ст. 131 Конституції України Президент України та Верховна Рада України призначає та відповідно обирає по двох членів ВРП);

2) напрям, обумовлений реалізацією ВРП своїх повноважень (відповідно до ст. 3 Закону України «Про Вищу раду правосуддя» ВРП надає обов'язкові до розгляду консультативні висновки щодо законопроектів з питань утворення, реорганізації чи ліквідації судів, судовою та статусу суддів);

3) напрям, обумовлений реалізацією ключових повноважень, що належать іншим органам влади (Верховна Рада України відповідно до ст. 75 Конституції України, є єдиним органом законодавчої влади в Україні, що, серед іншого, визначає законодавчу основу, умови функціонування ВРП; Президент України згідно з ст. 80 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» здійснює призначення на посаду судді на підставі в межах подання ВРП; Кабінет Міністрів України, як передбачено у ст. 116 Основного Закону держави, розробляє проект закону про Державний бюджет України і забезпечує виконання Державного бюджету України, а відповідно до ч. 2 ст. 1 Закону України «Про Вищу раду правосуддя» видатки на утримання ВРП визначаються окремим рядком у Державному бюджеті України).

Незалежність ВРП за першим напрямом уособлює вимога до органів державної влади – суб'єктів її формування забезпечити призначення/обрання незалежних членів ВРП. «Склад судової ради має бути таким, щоб гарантувати її незалежність... члени, судді чи ні, повинні обиратися на підставі їхньої компетенції, досвіду, розуміння суддівської діяльності, здатності вести дискусію та культури незалежності. ...Кандидати в члени судової ради, судді чи ні, не повинні бути діючими політиками, членами Парламенту, працівниками виконавчої влади. Це означає, що ані глава держави, якщо він очолює уряд, ані будь-який міністр не можуть бути членами судової ради»³. Для цього у Конституції України та профільному законі закріплено вимоги до членів ВРП, зокрема й сформульовані у вигляді заборон щодо суміщення посади з будь-якою посадою в органі

¹ Велика хартія суддів. Основоволожні принципи. Консультативна рада європейських суддів. Страсбург. 17.11.2010. / Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. Київ, 2015. С.68.

² Рекомендація № (94) 12 «Незалежність, дієвість та роль суддів»: ухвалена Комітетом Міністрів Ради Європи на 518 засіданні заступників міністрів 13.10.1994. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_323#Text (дата звернення 20.09.2021).

³ Висновок № 10 (2007) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо судової ради на службі суспільства. URL: https://adm.ki.court.gov.ua/userfiles/visn_10_2007.pdf (дата звернення 20.09.2021).

державної влади або органи місцевого самоврядування, зі статусом народного депутата України та іншими посадами.

Другий напрям взаємодії з органами державної влади, зумовлений реалізацією ВРП покладених на неї повноважень, вимагає, щоб органи державної влади не перешкождали та не чинили тиск на ВРП у процесі виконання поставлених перед нею завдань. Так, реалізуючи повноваження щодо надання консультативних висновків щодо законопроектів з питань утворення, реорганізації чи ліквідації судів, судоустрою і статусу суддів, ВРП повинна керуватися принципом верховенства права та об'єктивно оцінювати законодавчі ініціативи, уникаючи проявів лобізму та не допускаючи будь-якого тиску на членів ВРП, що може виражатися у формі прохань, обіцянок, погроз. Водночас Верховна Рада України, інші органи влади повинні визнавати цю консультативну функцію ВРП і враховувати її думку в процесі законотворення.

Незалежність ВРП як засада її взаємодії з іншими органами влади за третім напрямом передбачає, що останні в процесі реалізації повноважень, якими наділяє їх законодавство, не зазіхали на статус ВРП, не створювали перешкод у її діяльності, дотримувалися передбачених законодавством гарантій її функціонування. Так, у цьому аспекті варто зазначити, що однією з ключових гарантій незалежності ВРП слід, на нашу думку, вважати її статус конституційного органу, що забезпечує її від необґрунтованого перманентного реформування шляхом зміни законодавства, яке регулює її статус і діяльність, а також перешкоджає запровадженню неправомірних механізмів контролю щодо неї. Тут доречно згадати рішення Конституційного Суду України № 4-р/2020 від 11 березня 2020 року, в якому орган конституційної юрисдикції зазначив, що «орган, установу, утворені при конституційному органі, закон не може наділяти контрольною функцією щодо конституційного органу»¹.

Як бачимо, незалежність як засада взаємодії ВРП з іншими органами влади робить акцент на її статусному компоненті. Водночас автономність передбачає що ВРП є самостійною у вирішенні питань власної діяльності, регламентації процедур такої діяльності. Автономність також, на нашу думку, передбачає, що ВРП є єдиним органом, який акумулює в собі, з одного боку, контрольні повноваження стосовно належної реалізації судами функції по здійсненню правосуддя, а з іншого, повноваження, спрямовані на забезпечення суддів від неправомірного тиску на них.

***Науковий керівник:** д.ю.н., професор, професор кафедри адвокатської майстерності та міжнародної юридичної практики А.М. Бірюкова.*

¹ Рішення Конституційного Суду України № 4-р/2020 від 11.03.2020 у справі за конституційним поданням Верховного Суду щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень законів України "Про судоустрій і статус суддів" від 2 червня 2016 року № 1402-VIII, "Про внесення змін до Закону України "Про судоустрій і статус суддів" та деяких законів України щодо діяльності органів суддівськогорядування" від 16 жовтня 2019 року № 193-IX, "Про Вищу раду правосуддя" від 21 грудня 2016 року № 1798-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v004p710-20#Text> (дата звернення 20.09.2021).

ДОВІРА ДО СУДУ ЯК ПОКАЗНИК ЕФЕКТИВНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ СУДУ

Казарян Е.Г.

*аспірантка Національного наукового центру «Інститут
судових експертиз ім. Засл. проф. М. С. Бокаріуса»,
викладач кафедри конституційного та адміністративного права і процесу Чорноморського
національного університету ім. Петра Могили*

Відповідно до статті 1 Конституції України наша країна проголошена правовою державою¹. Правова держава характеризується, в тому числі, самостійністю і незалежністю судової системи, ефективно забезпечує захист інтересів держави, прав та інтересів громадян і юридичних осіб. Судовий захист займає провідне місце в сучасному суспільстві. Зокрема, Конституцією України передбачено право судового захисту відповідно до статті 55, згідно з якою права і свободи людини та громадянина захищаються судом². Це означає, що кожному гарантується захист прав і свобод у судовому порядку.

Забезпечення ефективного та якісного правосуддя є важливим завданням будь-якої правової держави, яка визнає захист прав та законних інтересів людини і громадянина найвищою соціальною цінністю.

В українському суспільстві вже довгий час домінують переконання, що більшість суддів корумповані, залежать від політиків та олігархів, кругової поруки в судовій системі. Тому наразі відсутня достатня довіра громадськості до судів.

Таким чином, проблема формування довіри до суду як показника ефективної діяльності суду є досить актуальною і нагальною.

Наразі Україна знаходиться на шляху змін і реформ, які направлені на підвищення ефективної діяльності всіх органів державної влади, в тому числі й судової гілки, яка здійснює свою діяльність шляхом вирішення правових конфліктів між громадянами, органами влади та організаціями. Відповідно до Основного Закону України судова система стоїть на сторожі захисту громадян, їх прав та обов'язків від неправомірних дій держави, посягань інших громадян чи організацій, тому що саме правосуддя є гарантом законності, справедливості та порядку у суспільстві. Саме тому довіра до органів правосуддя є запорукою нормального та ефективного їх функціонування.

Результати опитування за програмою USAID «Нове правосуддя» у 2021 році показують, що лише 10 % українців довіряють судовій системі, а 59 % не довіряють їй. Лише 9 % українців обізнані з процесом впровадження судової реформи. Доступ до інформації про судову систему також оцінюється негативно: лише 21% вважають, що отримують об'єктивну інформацію про суди і судову систему, а 9% – з тим, що судова система України є відкритою та прозорою для громадян, ЗМІ, громадських організацій та всіх зацікавлених осіб³.

Необхідно підсумувати, що на ступінь довіри громадськості до суду впливають такі фактори: якість законодавчої бази, на основі якої ухвалюються та обґрунтовуються

¹ Конституція України : Закон України від 28 черв. 1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр>.

² Конституція України : Закон України від 28 черв. 1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр>.

³ Опитування населення України стосовно довіри до судової та інших гілок влади, суддівської незалежності та підзвітності, сприйняття корупції та готовності повідомляти про її прояви. Програма USAID «Нове правосуддя». 2021. URL: <https://newjustice.org.ua/uk/lib/doslidzhennya-ta-zviti/natsionalni-opituvannya/>.

судові рішення; якість суддівського корпусу; доступність та відкритість правосуддя; реакція ЗМП на роботу суду; виконання судових рішень.

Для зменшення негативного впливу на судову владу та підвищення рівня довіри населення до неї необхідно запроваджувати дієві механізми функціонування судів за конкретними напрямками.

Так, суддя районного суду міста Алінгсас Королівства Швеції Бергендаль М. зазначає, що шведські спеціалісти виділяють такі основні фактори, які впливають на ступінь довіри громадськості до судової системи: доступність судів для сторін процесу та інших зацікавлених осіб; відношення апарату судів до сторін та інших осіб, які звертаються до суду; строки розгляду справ у судах; прозорість процесу прийняття рішень у судах; висвітлення діяльності судів у ЗМП; загальний рівень знань громадськості про роботу судової системи; поведінка суддів у роботі¹.

Таким чином, у Швеції визначено 4 основних напрямків роботи в судовій системі щодо закріплення довіри до правосуддя: відношення співробітників судів до громадськості, листування судів з громадськістю, робота судів із ЗМП та етика суддів.

Важливим критерієм підвищення довіри до суду населення є відбір суддів, їх підготовка та етична культура. Так, у Нідерландах процес підготовки нових суддів відіграє провідну роль у збереженні високого рівня довіри до судової системи. Навчання майбутніх суддів триває від 15 місяців до 4 років, а тренерами є чинні судді. Значна частина навчання стосується етичних та ціннісних основ професії судді, які обговорюються і дискутуються з майбутніми суддями².

Варто відмітити, що позитивним чинником для підвищення рівня довіри до суду та обізнаності населення про роботу суду і суддів є наукова діяльність суддівського корпусу, яка передбачає висвітлення актуальних проблем у сфері правосуддя у наукових працях.

Необхідно зазначити, що активне висвітлення інформації про роботу суду у соціальних мережах та ЗМП, комунікація із громадськістю мають невід'ємне значення для формування довіри населення до суду.

Ще одним із важливих чинників, що впливають на довіру до суду є відкритість судів для громадськості. У Нідерландах суди є відкритими для населення. Судді досить часто відвідують школи та університети, також організовуються навчальні візити у суди для ознайомлення з їхньою діяльністю. Взаємодія з громадськістю є завданням Ради юстиції. Вона готує та поширює навчальні матеріали про судову систему, які орієнтовані на молодих людей. Це є одним із пріоритетів роботи Ради³.

Оскільки молодь є рушійною силою сучасного суспільства, то судам, в першу чергу, необхідно докладати зусиль на просвітницьку діяльність молодого покоління та залучення їх до співпраці. Для проведення та організації просвітницьких заходів для населення щодо діяльності суду, тематичних тренінгів, судам необхідно співпрацювати з громадськими організаціями та закладами вищої освіти.

Тому, для оцінки довіри до суду населення (в цілому) та учасників судового процесу, важливе значення має моніторинг ситуації громадського сприйняття судової системи з подальшим ефективним реагуванням на результати показників довіри.

¹ Бергендаль М. Персональный подход к гражданам, предлагаемый шведскими судебными чиновниками. Работа по укреплению доверия к шведской судебной системе. *Доверие к правосудию* : материалы международного научно-практического семинара в рамках сотрудничества с органами судебной власти Российской Федерации и Швеции, г. Вологда, 15-16 сент. 2014 г. Вологда, 2014. С. 23-32. URL: <http://vfmgua.ru/uploads/files/dokumenty/doverie-k-pravosudiyu.pdf>.

² Серета М., Жернаков М., Куйбіда Р. Інструменти зміцнення довіри до суду в Україні. Аналітична записка. Центр економічної стратегії, 2019. 24 с. URL: <https://ces.org.ua/wp-content/uploads/2019/09/ЦППР-final-UA-2.pdf>.

³ Серета М., Жернаков М., Куйбіда Р. Інструменти зміцнення довіри до суду в Україні. Аналітична записка. Центр економічної стратегії, 2019. 24 с. URL: <https://ces.org.ua/wp-content/uploads/2019/09/ЦППР-final-UA-2.pdf>.

Таким чином, виходячи із досвіду провідних країн та досліджень вітчизняних дослідників необхідно виділити такі напрямки та заходи щодо підвищення довіри до суду:

- прозорий та ретельний відбір суддів з урахуванням думки громадськості, перевірка на доброчесність та етичну культуру;
- наукова діяльність суддівського корпусу з висвітлення актуальних проблем у сфері правосуддя;
- проведення наукових конкурсів із актуальних проблем судочинства для молоді; проведення Днів відкритих дверей у судах; тематичні квести на базі суду для учнівської та студентської молоді;
- залучення студентської молоді до створення на базі судів прес-центрів щодо висвітлення актуальної інформації про діяльність судів;
- співпраця із закладами вищої освіти для проведення сумісних навчальних та просвітницьких заходів із висвітлення актуальних проблем судового захисту прав і свобод людини та громадянина;
- висвітлення роботи суду у ЗМІ та соціальних мережах, комунікація із громадськістю;
- співпраця із громадськими організаціями для проведення просвітницьких заходів щодо діяльності судів для населення;
- проведення тренінгів для громадськості щодо порядку звернення до суду, правильності складання та оформлення процесуальних документів.

Визначені напрямки та заходи щодо підвищення довіри до суду сприятимуть ефективності діяльності суду, оптимізації функціонування судової системи, підвищенню авторитету суддівського корпусу, налагодженню комунікації між громадськістю і судом, якісному висвітленню роботи у ЗМІ та соціальних мережах, залученню до співпраці громадських організацій, закладів вищої освіти та молоді, підвищенню суспільної підтримки судової реформи в цілому.

ФОРМИ КОМУНІКАЦІЇ ВЕРХОВНОГО СУДУ ІЗ СУДДЯМИ НИЗОВИХ ЛАНОК

Калужна О.М.

*кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального процесу і криміналістики
Львівського національного університету імені Івана Франка*

22 жовтня 2021 р. відбулося засідання Пленуму Верховного Суду (далі ВС), на якому було обрано нового його голову. Напередодні з'явилися промо-інтерв'ю із двома кандидатами на посаду Голови ВС – Богданом Львовим та Всеволодом Князевим - про здобутки, вади та шляхи їх владодження у судовій владі. З поміж іншого привернуло до себе увагу питання про комунікацію ВС та його суддів із судами нижчих інстанцій, яке підняли обидва кандидати.

Б. Львов, відповідаючи на питання журналістки про роль керівництва ВС у формуванні корпоративного духу, налагодженні комунікації з регіонами, щоб судді нижчих інстанцій не почувались ізольованими у власних проблемах і відчували підтримку згори, сказав: «Ми постійно спілкуємося, відвідуємо місцеві та апеляційні суди. Безумовно, на поденне спілкування часу не вистачає¹. Але в суддів господарської юрисдикції існує можливість звернутися з наявною проблемою до голови місцевого чи апеляційного

¹ Богдан Львов: «Сдинний правильний шлях розвитку судової системи — робота над якістю». 21 жовтня 2021. <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/zmi/1198249/?fbclid=IwAR2GS8wszbq2C0Yzhhf-4v1FtDxBFBQSLryRVV0-h5-G40EFO8uNuGTT84w>

суду. Якщо є необхідність, то можна звернутися до касаційної інстанції та до мене особисто. Я вважав, що це дуже корисний інструмент для запобігання можливим помилкам»¹.

В. Князев відзначив, що йому відомі нарікання суддів нижчих судів, що ВС не розуміє, чим вони живуть, та виправдав нечасті зустрічі і заходи за участі суддів ВС надмірним навантаженням останніх. пандемією COVID-19. Щодо комунікації з приводу як судової практики так і з організаційних проблем діяльності судової влади В. Князев у позитивному ключі згадав інститут кураторства суддів ВС: «Я розумію всю дискусійність існування такої форми комунікації із судами, тим не менш він має і певні переваги – це швидка і ефективна двостороння комунікація між рівнем апеляції та рівнем касації не тільки з приводу судової практики, але і з інших загальних питань, які виникають у суддів округу чи регіону».

Насамперед варто відзначити, що комунікація (її форми та зміст) між різноланковими судами та судьями є питанням дуже делікатним, оскільки воно перебуває на тонкій межі балансу між корисними (потрібними) та шкідливими (небажаними) її формами та змістом з точки зору засади незалежності суддів, не порушувати стандарти внутрішньої незалежності суддів. За документами Ради Європи ієрархічна організація судової влади не повинна підірвати незалежності суддів. Внутрішня незалежність суддів полягає в незалежності та неупередженості кожного судді під час здійснення ним правосуддя від колеги, голови суду, вищої інстанції, органів суддівського врядування.

1. Щодо комунікації з організаційних проблем діяльності судів 1-ї та 2-ї інстанцій, то така є важливою, оскільки судді місцевих та апеляційних судів безпосередньо у щоденній роботі відчують законодавчі або й організаційно-технічні нововведення, виявляють недоліки та колізії правового регулювання, інші організаційно технічні труднощі та, як ніхто інший, а «з перших вуст» можуть і повинні інформувати про це з метою їх усунення та вирішення. Звісно, резон такого інформування доцільним є тоді, коли така інформація надходить до належного адресата, в межах компетенції якого є внесення змін у законодавство (парламент) або внесення ініціативи чи надання висновків на проекти законів щодо функціонування судової влади. Відповідно до принципу поділу влад у демократичних державах загальноприйнято, що судова влада не має права законодавчої ініціативи. Водночас форми взаємодії з метою подолання існуючих проблем судової влади із законодавчою владою є різними.

За законодавством України є два кола питань (предмет) та відповідно два суб'єкти, через які судова влада взаємодіє із законодавчою, або які уповноважені самостійно вирішувати організаційні питання роботи судів.

1.1. Відповідно до ст. 3 Закону України «Про Вищу раду правосуддя» вона затверджує Положення про Єдину судову інформаційно-телекомунікаційну систему, Положення про Державну судову адміністрацію України та типові положення про її територіальні управління, Положення про Службу судової охорони, Положення про проведення конкурсів для призначення на посади державних службовців у судах, органах та установах системи правосуддя, Положення про Комісію з питань вищого корпусу державної служби в системі правосуддя, Порядок ведення Єдиного державного реєстру судових рішень (п. 13 ст. 3); погоджує Типові положення про апарат суду, Положення про порядок створення та діяльності служби судових розпорядників (п.14 ст.3); здійснює функції головного розпорядника коштів Державного бюджету України щодо фінансового забезпечення своєї діяльності; бере участь у визначенні видатків Державного бюджету України на утримання судів, органів та установ системи правосуддя

¹ «Судова влада є потенційно дуже потужною гілкою влади, тому всім хочеться нею керувати», - секретар ВП ВС Всеволод Князев. 21 жовтня 2021. URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/zmi/1198448?fbclid=IwAR2bJnT2DjAUC-1aEAO2PbkC8bZzvUyh7N1dRkRsjhh1PNAHn3U_F8E

(п. 16 ст.3); затверджує за поданням Державної судової адміністрації України нормативи кадрового, фінансового, матеріально-технічного та іншого забезпечення судів (п.17 ст.3); погоджує в установленому порядку перерозподіл бюджетних видатків між судами (п.18 ст. 3).

Оскільки компетентним органом вирішення більшості організаційних питань функціонування судів є Вища рада правосуддя (далі - ВРП), то комунікацію щодо них судам нижчих інстанцій доцільно і належить вести безпосередньо з ВРП. У всякому разі доцільність такої існує хіба з Головою ВС як із членом ВРП за посадою (ч.1 ст. 5 Закону Про ВРП), а з судьями ВС позбавлена сенсу, хоч може задовольняти психологічну потребу бути почутими.

Формами і змістом щодо цього *предмета* комунікації безпосередньо з ВРП чи з Головою ВС може бути підготовка судами 1-ї та 2-ї інстанції тематичних довідок (про проблеми щодо певного спеціалізованого аспекту організації функціонування суду), аналітичних звітів, проведення нарад, засідань робочих груп, підбиття підсумків за наслідками опрацювання судами відповідних аспектів у формі резолюцій.

1.2. Із законодавчим органом судова влада комунікує через ВРП або ВС. Відповідно до п. 15 ст. 3 Закону «Про ВРП» остання надає обов'язкові до розгляду консультативні висновки щодо законопроектів з питань утворення, реорганізації чи ліквідації судів, судоустрою і статусу суддів, узагальнює пропозиції судів, органів та установ системи правосуддя стосовно законодавства щодо їх статусу та функціонування, судоустрою і статусу суддів. Так само висновки щодо проектів законодавчих актів, які стосуються судоустрою, судочинства, статусу суддів, виконання судових рішень та інших питань, пов'язаних із функціонуванням системи судоустрою України надає ВС в особі Пленуму ВС (п.3 ч.2 ст. 36, п.4 ч.2 ст. 46 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів»).

Оптимальними формами комунікації щодо цього *предмета* є конференції, засідання робочих груп, круглі столи з метою отримання судьями ВС всебічної інформації про переваги та вади законопроектів і формування опінії.

2. Комунікація **з приводу судової практики** судьям нижчих інстанцій цікава в першу чергу під кутом зору випередження та уникнення можливих судових помилок і відповідно кращих показників у роботі (кількості скасованих, змінених рішень), а разом з цим і для втілення єдності судової практики. Вона набуває особливої актуальності для суддів нижчих інстанцій у випадках частой зміни правових позицій ВС, існування дуалістичної або полі-варіантної практики застосування одних і тих самих норм матеріального чи процесуального права Верховним Судом. Від цього виду комунікації судді нижчих судів мають очікування - отримати орієнтири, дороговкази у здійсненні правосуддя.

Найефективнішою формою такої комунікації були б тематичні узагальнення судової практики ВС щодо певних категорій проваджень чи окремих процесуальних питань. При чому такі тематичні узагальнення судової практики повинні бути не поверхневими вибірковими оглядами, як і не простими збірками витягів позицій ВС із його постанов за певний період, а мати структуровану логіку побудови, охоплювати усі можливі та важливі аспекти й казуїстику відповідної тематики, показувати хронологію зміни чи доповнення і розвитку правових позицій, в тому числі виявляти і показувати їх суперечність. Тобто вони повинні бути всебічними, репрезентативними, доволі детальними, регулярно оновлюваними. За цих умов вони набули б якості ситуативної адаптованості до найрізноманітніших випадків у практиці, а тому стали б ідеальним і достатнім інформаційним забезпеченням, цінною знахідкою для суддів нижчих інстанцій і для самих суддів ВС.

Принагідно варто згадати, що етапом судової реформи 2016-2017 рр. в Україні впроваджено модель касаційного перегляду за парадигмою роботи ЄСПЛ, цілепокладанням якої було краще забезпечення єдності судової практики, коли за необхідності відступу від існуючої правової позиції колегія касаційного суду ВС передає розгляд справи палаті, палата – відповідно об'єднаній палаті касаційного суду або Великій Палаті у випадку виключної правової проблеми.

Як усім добре відомо, ЄСПЛ не видає ні постанов зборів суддів ЄСПЛ (пленуму), ані інформаційних листів, рекомендацій, не надає іншої методичної допомоги національним судам, окрім офіційних (та неофіційних) тематичних або універсальних збірок власної практики. Тому перша редакція чинного Закону «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 р., законопроект якого проходив моніторинг Венеційської комісії, вважала повноваження ВС «узгаальнювати судову практику та аналізувати судову статистику» (п. 2 ч. 2 ст. 36) достатнім для спрямування роботи нижчих судів у правильному та єдиному руслі.

Проте змінами до Закону від 03.10.2017 р. та 12.07.2018 р. ВС повернуто повноваження, які мав ВСУ з радянських часів та впродовж 1990-х – початку 2000-х років у період незалежності України: «надавати методичну інформацію з питань правозастосування» (п.7 ч.2 ст. 36), «надавати роз'яснення рекомендаційного характеру з питань застосування законодавства при вирішенні судових справ» у формі постанов Пленуму ВС (п. 10² ч. 2 ст. 46).

У цілому документи Ради Європи допускають методичну допомогу. Так, Висновку Консультативної ради європейських суддів (КРЕС) № 11 (2008 рік) відзначено доцільність підготовки вищими судовими органами *рекомендацій з підвищення якості судових рішень* для судів нижчого рівня наголошується у (п. 71). Проте варто не забувати і про такий фактор, що будь-які крапці практики, напрацьовані в світі, будучи закріпленими (сформульованими) як абстрактні цінності у стандартах РЄ, у межах національних юрисдикцій можуть трансформуватись із місцевим контекстом та історичними традиціями, а тому інтерпретація європейських стандартів іноді дає несподівані й непередбачені результати. Таким проявом є намагання відновити інститут кураторства в судах.

Кураторство суддів апеляційних судів за судами 1-ї ланки та відповідно суддів касаційного суду за судами 2-ї ланки було впроваджене у радянський період після II Світової війни й обумовлювалось нестачею та слабкою підготовкою суддівського корпусу, коли (у 1960-90-х роках) обласні ради обирали суддями випускників юридичних факультетів прямо зі студентської лави, а до 2016 р. існувала практика призначення суддями вперше осіб, що досягли 25-річного віку. Професійний, а головню незначний життєвий досвід та недостатня соціальна зрілість об'єктивно переважно не дозволяла приймати самостійно судові рішення, особливо у складних, резонансних справах. Ціаком природньо, що молоді судді забезбільшого потребували наставництва, порад, консультування зі старшими й досвідченішими суддями, керівництвом судів, із суддями вищих інстанцій. У таких умовах інститут «суддів-кураторів» не лише прижився, а й став комфортним для всієї судової системи, тому продовжував функціонувати й у незалежній Україні, оскільки дозволяв і старшим за віком і стажем суддям звертатись за порадами до вищої інстанції з метою узгодження позицій і майбутнього рішення. Фактор консультування у справах і, по факту, обговорення й погодження судового рішення з куратором детермінував таке закономірне явище - як у подальшому підтримка цих рішень вищою ланкою, оскільки «куратор не може давати помилкових порад». Відповідно для сторін такі рішення стало важче оскаржити, адже в гру підключався

позапроцесуальний чинник. Своєю чергою, куратор мав неписане право телефонного дзвінка підопічним суддям з приводу будь-яких справ у їх провадженні.

Ці явища та процеси вкрай негативно вплинули на довіру до судової влади, несумісні з принципом незалежності суддів, є рудиментом радянського періоду, а сучасні європейські підходи вимагають категоричної відмови від відновлення інституту кураторства в судах. Навіть, якщо у зміст кураторства на сьогодні закласти прийнятну координацію куратором збору довідок, узагальнень судової практики тощо, то історична пам'ять та асоціації про цей інститут з радянських часів негативно позначатиметься на іміджі судової влади.

ГЕНЕЗА ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ СУДДІ ЗА ПОРУШЕННЯ ЕТИЧНИХ НОРМ

Кондратова І.Д.

аспірантка Академії адвокатури України

Суддівська етика, яка пронизує професійний статус судді, відображається абсолютно у всіх його елементах і взаємодіє з ними. Не є виключенням і інститут юридичної відповідальності судді, який виконує для суддівської етики надзвичайно важливу роль. Адаже норми, навіть якщо вони стосуються лише суспільної чи професійної моралі, набувають реального впливу на поведінку особи, якщо підкріплені відповідною мірою її відповідальності за їх ігнорування чи порушення.

Протягом усього часу існування України як незалежної держави порушення суддями етичних правил поведінки так чи інакше, у різній інтерпретації законодавчих формулювань і формул, але завжди розглядалися як підстава для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності.

Так, Закон України «Про статус суддів» 1992 року містив досить лаконічну норму, яка передбачала притягнення судді до дисциплінарної відповідальності за вчинення дисциплінарного проступку у трьох випадках: - за порушення законодавства при розгляді справ; - за порушення вимог, передбачених ст. 5 цього Закону, яка встановлювала заборону судді належати до політичних партій та профспілок, брати участь у будь-якій політичній діяльності, мати представницький мандат, обіймати будь-які інші оплачувані посади, виконувати іншу оплачувану роботу, крім наукової, викладацької та творчої; - за порушення обов'язків, вказаних у ст. 6 згаданого Закону: при здійсненні правосуддя дотримуватися Конституції і законів України, забезпечувати повний, всебічний та об'єктивний розгляд судових справ з дотриманням встановлених законом строків; додержувати вимог, передбачених ст. 5, службової дисципліни та розпорядку роботи суду; не розголошувати відомості, що становлять державну, військову, службову, комерційну та банківську таємницю, таємницю нарадчої кімнати, відомості про особисте життя громадян та інші відомості, про які вони дізналися під час розгляду справи в судовому засіданні, для забезпечення нерозголошення яких було прийнято рішення про закриті судові засідання; - не допускати вчинків та будь-яких дій, що порочать звання судді і можуть викликати сумнів у його об'єктивності, неупередженості та незалежності¹.

У такій редакції ця тріада норм проіснувала цілих 18 років (лише ст.5 зазнавала у 2001 році незначного коригування редакції, що не змінювало її змісту), доки на зміну не прийшов Закон України «Про судоустрій і статус суддів» від 07 липня 2010 року.

¹ Закон України «Про статус суддів». 15.12.1992. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2862-12> (дата звернення 15.09.2021).

Проте, із прийняттям у 1996 році Конституції України на рівні Основного Закону держави у ст. 126 було закріплено підстави для звільнення судді, серед яких – порушення суддею присяги. Зазначимо, що саме присяга, яку складає суддя, демонструє, публічно засвідчує етичність суддівської професії. Тому порушення суддею присяги трактувалося, крім іншого, і як відступ від етичної складової статусу судді. Тим паче, що з 2010 року у ст. 32 Закону України «Про Вищу раду юстиції» передбачили, що порушенням суддею присяги є: вчинення ним дій, що порочать звання судді і можуть викликати сумнів у його об'єктивності, неупередженості та незалежності, у чесності та неупередженості судових органів; незаконне отримання суддею матеріальних благ або здійснення витрат, що перевищують доходи такого судді та членів його родини; умисне затягування суддею строків розгляду справи понад терміни, встановлені законом; порушення морально-етичних принципів поведінки судді¹.

Саме порушення суддею присяги, як підстава для його звільнення в Україні, стало приводом для ЄСПЛ звернути увагу на ряд важливих для статусу судді моментів. Йдеться про загальновідоме та знакове для судової системи України рішення ЄСПЛ від 09 січня 2013 року у справі «Олександр Волков проти України», в якій заявника у червні 2010 року було звільнено з посади судді Верховного Суду України за порушення присяги.

Критика на адресу існування такої підстави для звільнення судді як порушення присяги стосувалася не стільки самого факту її існування чи формулювання підстави, скільки відсутності в законодавстві умовно чітких і зрозумілих критеріїв для кваліфікації поведінки судді, а також послідовної і передбачуваної практики дисциплінарного органу з цього питання. А саме це, поряд з гарантіями суддівської незалежності, мало та має визначальне значення у контексті забезпечення: (а) правової визначеності, як критерію, за яким оцінюється стан дотримання в державі верховенства права, та (б) «якості закону» як критерію, за яким оцінюється законність втручання держави у розумінні ст. 8 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод.

У липні 2010 року було прийнято Закон України «Про судоустрій і статус суддів», який значно розширив підстави притягнення судді до дисциплінарної відповідальності. Серед шести підстав, окрім безпосередньої згадки про порушення правил суддівської етики, у ст. 83 значилися також ті, які мали опосередковане до цього відношення. Сформульовані вони були таким чином: порушення вимог щодо неупередженого розгляду справи, зокрема порушення правил щодо відводу (самовідводу); систематичне або грубе одноразове порушення правил суддівської етики, що підірвав авторитет правосуддя; розголошення таємниці, що охороняється законом, в тому числі таємниці нарадчої кімнати або таємниці, яка стала відомою судді під час розгляду справи у закритому судовому засіданні; неподання або несвочасне подання для оприлюднення декларації про майновий стан, відображення в ній завідомо неправдивих відомостей².

Як бачимо, з паралельною існуючою у Конституції України підставою для звільнення судді – за порушення присяги, на законодавчому рівні було зроблено спробу надати певної визначеності у питанні оцінки порушення правил суддівської етики як підстави притягнення судді до дисциплінарної відповідальності.

Однак, ані спроби законодавця, ані затвердження XI черговим з'їздом суддів України на початку 2013 року Кодексу суддівської етики, не зняло гостроти проблеми

¹ Закон України «Про Вищу раду юстиції» від 15.01.1998. у редакції Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо недопущення зловживань правом на оскарження від 13.05.2010. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/22/98-%D0%B2%D1%80/ed20100515#top> (дата звернення 15.09.2021).

² Закон України «Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2453-17/ed20100707#o559> (дата звернення 15.09.2021).

застосування такої підстави для притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності як порушення правил суддівської етики.

Аналітики відзначали, що у більшості випадків дисциплінарні органи, «оцінюючи певні дії за цією підставою, зазвичай не наводять конкретне правило суддівської етики, хоча такі правила нормативно визначені; не посилається на акт, що закріплює таке правило; та окремо не аналізують певні дії судді під кутом зору таких критеріїв як «систематичність», «грубість», «підрив авторитету правосуддя». Це, звісно, не сприяє юридичній визначеності. Тому суддям важливо знати практику дисциплінарних органів з цих питань, щоб уникати вчинків, що можуть бути витлумачені як порушення правил етики. ...Інколи одні й ті самі проступки (наприклад, безпідставне заявлення самовідводу, проголошення і виготовлення різних текстів одного й того ж судового рішення) трактуються в одних випадках як порушення правил суддівської етики, а в інших – за іншими підставами дисциплінарної відповідальності»¹.

Отже, на перший план вийшло питання сталої практики застосування норм про притягнення судді до відповідальності за порушення етичних правил поведінки.

Із прийняттям Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 02 червня 2016 року така підстава для звільнення судді як порушення присяги припинила існувати. Відтепер однією з підстав для звільнення судді у ст.126 Основного Закону держави передбачено вчинення істотного дисциплінарного проступку, грубе чи систематичне нехтування обов'язками, що є несумісним зі статусом судді або виявило його невідповідність займаній посаді.

Одночасно, 02 червня 2016 року, було прийнято «новий» Закон України «Про судоустрій і статус суддів», який «революційно» підійшов загалом до питання притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності. У ч. 1 ст. 106 цього нормативного акту знайшли закріплення 19 пунктів різноманітних підстав притягнення судді до дисциплінарної відповідальності. При цьому окремі науковці цілком справедливо акцентували увагу на певній особливості. «Фактично, - пише О.З. Хотинська-Нор, - у статті 106 Закону передбачено не 19, а 24 випадки, в яких суддю може бути притягнуто до дисциплінарної відповідальності, і значна частина з яких прямо або опосередковано «дисциплінує» сферу життєдіяльності судді, що пов'язана з його доброчесністю – морально-етичною категорією, яка є символом триваючого етапу судової реформи»².

Слід зауважити, що юридизація доброчесності як етичної категорії, її закріплення на конституційному рівні як вимоги до судді (ст. 127 Конституції України) та втілення в різних положеннях чинного Закону України «Про судоустрій і статус суддів» фактично відобразило сформований після подій в Україні 2013-2014 років суспільний запит на моральність, етичність суддівського корпусу.

Наведене доводить, що в усі часи, незалежно від зміни політичного режиму чи політичного курсу, переміни політичної еліти в державі, економічного занепаду чи зростання, обов'язку служителів Феміди дотримуватися суддівської етики відводилося особливе місце при регулюванні нормативного статусу судді.

Науковий керівник: д.ю.н., професор, професор кафедри адвокатської майстерності та міжнародної юридичної практики А.М. Бірюкова.

¹ Куйбіда Р., Серeda М. Дисциплінарна відповідальність суддів в Україні: проблеми законодавства і практики. К.: ФОРМ МОСКОВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ, 2013. С.30, 45.

² Хотинська-Нор О.З. Дисциплінарна відповідальність vs незалежність судді: у пошуках балансу. *Право України*. 2018. № 3. С.110-122.

ОСОБЛИВОСТІ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ СУДДІВ ВИЩОГО АНТИКОРУПЦІЙНОГО СУДУ

Кондрич В.В.

*помічник адвоката, аспірант кафедри організацій судових, правоохоронних органів та адвокатури
Національного університету «Одеська юридична академія»*

Порядок притягнення суддів Вищого антикорупційного суду (далі – ВАКС) до кримінальної та дисциплінарної відповідальності в цілому відповідає процедурі притягнення до відповідальності усіх інших суддів, однак має і низку особливостей.

Вичерпний перелік порушень, які є підставою для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності, визначено у ст. 106 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» – загалом більше 25 складів дисциплінарних правопорушень¹, які в літературі традиційно поділяють на пов'язані і безпосередньо не пов'язані зі здійсненням правосуддя.

Слід мати на увазі, що скасування або зміна судового рішення не має наслідком дисциплінарну відповідальність судді, який брав участь у його ухваленні, крім випадків, коли скасоване або змінене рішення ухвалено внаслідок умисного порушення норм права чи неналежного ставлення до службових обов'язків.

Статтею 109 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» визначено єдиний перелік дисциплінарних стягнень, які можуть застосовуватися до будь-яких суддів, у тому числі суддів ВАКС: попередження; догана; сувора догана; подання про тимчасове (від одного до шести місяців) відсторонення від здійснення правосуддя; подання про звільнення судді з посади².

Слід мати на увазі, що стягнення у вигляді подання про переведення судді до суду нижчого рівня до судді ВАКС не застосовується. Так само, у порядку застосування цього стягнення не допускається і переведення судді з іншого суду до ВАКС.

Дисциплінарне провадження щодо судді, у тому числі судді ВАКС, здійснюють дисциплінарні палати Вищої ради правосуддя. При цьому, право на звернення зі скаргою щодо дисциплінарного проступку судді має будь-яка особа, у тому числі громадянин, юридичні особи, органи державної влади та органи місцевого самоврядування.

Рішення дисциплінарних комісій про застосування дисциплінарних стягнень можуть бути оскаржені виключно до Вищої ради правосуддя, рішення якої, у свою чергу, оскаржуються до Верховного Суду.

За опублікованими даними, упродовж 2020 р. – першого півріччя 2021 р. до Вищої ради правосуддя надійшли 62 дисциплінарні скарги на дії суддів ВАКС, за результатами розгляду яких трьох суддів притягнуто до дисциплінарної відповідальності³. В одному випадку суддя допустив дисциплінарний проступок, передбачений п. 4 ч. 1 ст. 106 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» (умисне або внаслідок грубої небачності допущення суддею порушення прав людини і основоположних свобод – права на справедливий суд). В іншому випадку підставою для притягнення слідчого судді до дисциплінарної відповідальності у вигляді попередження стало безпідставне та немотивоване надання дозволу на проведення обшуку, що призвело до порушення прав

¹ Про судоустрій та статус суддів : Закон України № 1402-VIII від 02 червня 2016 р. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text> (дата звернення: 01.10.2021).

² Там само.

³ Звіт Голови Вищого антикорупційного суду Олени Танасевич за 2020-2021 роки. URL : https://hcac.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/hcac/documents/reports/chief_18.05.2021.pdf (дата звернення: 01.10.2021).

людини і основоположних свобод у вигляді непропорційного втручання у право на недоторканість життя як одного з основоположних прав людини.

Низку особливостей має порядок кримінального переслідування суддів ВАКС, закріплений у положеннях законів України «Про судоустрій і статус суддів», «Про Вищу раду правосуддя» та у Главі 37 КПК України.

Кримінальне процесуальне законодавство встановлює особливості початку досудового розслідування кримінальних правопорушень, вчинених суддею ВАКС. Відомості, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення суддею ВАКС, вносяться до ЄРДР виключно Генеральним прокурором або виконувачем обов'язків Генерального прокурора, які зобов'язані невідкладно, але не пізніше 24 годин з моменту внесення таких відомостей повідомити Верховний Суд про початок досудового розслідування.

В Україні діє і особливий порядок повідомлення судді ВАКС про підозру. Письмове повідомлення про підозру судді ВАКС здійснюється Генеральним прокурором або виконувачем обов'язків Генерального прокурора¹. Повідомлення про підозру Генеральним прокурором (виконувачем обов'язків) повинно бути саме підписане, у той час як вручене воно може бути і іншим підлеглим співробітником.

Чинне законодавство передбачає і особливий порядок застосування заходів кримінального процесуального примусу щодо суддів, у тому числі суддів ВАКС. Суддя ВАКС є недоторканим. Без згоди Вищої ради правосуддя його не може бути затримано або утримувано під вартою чи арештом до винесення обвинувального вироку суду, за винятком затримання судді під час або відразу ж після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину.

Так само, суддя не може бути підданий приводу чи примусово доставлений до будь-якого органу чи установи, крім суду, за винятком випадків: 1) якщо Вищою радою правосуддя надано згоду на затримання судді; 2) затримання судді під час або відразу ж після вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину, якщо таке затримання є необхідним для попередження вчинення злочину, відвернення чи попередження наслідків злочину або забезпечення збереження доказів цього злочину.

Тимчасове відсторонення судді ВАКС від здійснення правосуддя у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності можливо лише на підставі рішення Вищої ради правосуддя.

Проведення стосовно судді ВАКС оперативно-розшукових заходів чи слідчих дій, що можуть проводитися лише з дозволу судді, здійснюється на підставі судового рішення, ухваленого за клопотанням Генерального прокурора (виконувача обов'язків).

На цей час Вищою радою правосуддя не приймалося жодного рішення про надання згоди на затримання суддів ВАКС, утримання їх під вартою чи арештом, про тимчасове відсторонення їх від здійснення правосуддя у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності.

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України № 4651-VI від 13 квітня 2012 р. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text> (дата звернення: 01.10.2021).

КЛАСИФІКАЦІЯ СУДОВОЇ СИМВОЛІКИ

Кравчук О.О.

*доктор юридичних наук, доцент,
суддя Вищого антикорупційного суду, професор КІП ім. Ігоря Сікорського*

Осташук І.Б.

доктор філософських наук, професор, професор НПУ ім. М. П. Драгоманова

У судовій практиці комунікативний чинник закладений вже в самій її природі. Окреме важливе місце в процесі обміну інформацією в судочинстві займає символічний вимір, що простежується від самого початку виникнення суду як соціального інституту – одного з найдавніших в історії людства.

Судові символи своїм значенням виражають основні характеристики права – «нормативність і регулятивно-зобов'язальний характер. Якщо з ціннісно-нормативної точки зору право є мірою свободи, рівності та справедливості (статичність правопорядку), то з регулятивної точки зору воно спрямоване на впорядкування суспільних відносин і поведінки окремих людей (динамічний аспект)»¹.

Судова символіка – це окрема група та концептуальна система символів, що представляють базові цінності й принципи судочинства. Символи не тільки передають певні смисли й значення, але й, метафорично порівнюючи, «допомагають» здійснювати правосуддя, визначаючи архітектурні концепції судових будівель, структуруючи залу суду, створюючи психологічну передумову важливості процесу та особистої емоційної відстороненості суддів від справ, які розглядаються, визначаючи атмосферу дії виключно в правовій площині та підпорядкування категорії справедливості.

З метою комплексного дослідження судової символіки, використовуємо три класифікації судової символіки.

Перші дві класифікації ґрунтуються на двох критеріях, кожен із яких передбачає поділ судової символіки на дві прості категорії.

Першим критерієм – є матеріальність відповідного символу. За цим критерієм символи, відповідно, класифікуються на матеріальні та нематеріальні. Матеріальні символи – це об'єкти матеріального світу. Це судова атрибутика (мантія, нагрудний знак судді, а також символи, що в Україні не використовуються, але можуть використовуватися в інших країнах – судова перука та молоток судді). Новим судовим символом стала медична маска. До матеріальних судових символів належать також будівля суду і судова зала, а також елементи інтер'єру суду. Нематеріальні символи – стосуються судових та пов'язаних із судом процедур, ритуалів, образів. До цієї категорії належать образ судді, офіційний титул (звертання) своєрідність і структурованість судової процедури, певні жести, судові присяги (присяга судді, адвоката, прокурора, свідка тощо).

Інший критерій передбачає класифікацію судової символіки на дві категорії, залежно від пов'язаності відповідного символу з конкретним суддею.

Першою з цих категорій є особиста символіка (суди належить судова атрибутика, яку використовують судді – судовий одяг (мантія, нагрудний знак, перука), титул, і судовий молоток. З методологічних міркувань до особистої символіки можна зарахувати й образ судді.

Другим видом за цією класифікацією є неособиста (або інша) символіка, що є притаманною самому процесу судочинства, який, хоча і здійснюється суддею, однак

¹ Балінська, О. М. (2012) Соціально-ціннісна сутність права як вербальної знакової системи. Збірник наукових праць Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична, Випуск 2 (1), с. 199.

відповідні символи використовуються й «існують» окремо від судді. До цієї категорії, відповідно, входять будівля суду, судова зала, елементи інтер'єру суду, державні символи (в якості судових), судова процедура. У теорії обряду відзначається, що він належить до колективної діяльності, слугує забезпеченню порядку в світі, не виступає вузько приватно, у символічній формі репрезентує й «забезпечує» порядок універсуму. З точки зору феноменології, стосується як вічності, так і тимчасовості, є далеко і близько, представляє буденність та вічність, постає як контрапункт, в якому поєднуються цьогосвітня та невидима реальність, за одним із порівнянь, обряд – це «таїнство єдності»¹. Отже, неособиста судова символіка виражає колективну загальносупільну важливість процесу судочинства.

Зобразимо перші дві класифікації судової символіки у схемі.

Схема

Класифікація судової символіки

	Особиста	Неособиста
Матеріальна	Судовий одяг (мантія, комірець, перука) нагрудний знак, судовий молоток, медична маска (новий судовий символ)	Будівля суду, судова зала, елементи інтер'єру суду, державна символіка (в якості судової)
Нематеріальна	Образ судді, титул (звертання)	Судова процедура, нормативні жести й поведінка, судові присяги

Третя класифікація передбачає поділ судової символіки за критеріями особливостей передачі значень і способів сприйняття на: акціональну, візуальну, вербальну та просторову:

1) акціональна символіка виражає смисли й концепти через дію, наприклад: регламентованість судового процесу, що має визначений порядок, обов'язковий для дотримання всіма учасниками засідання;

2) візуальна символіка представляє елементи судового символізму передусім через зорове сприйняття, завдяки чому здійснюється відповідне передавання символічного змісту, розуміння цінностей правосуддя й принципу верховенства права. До цієї групи зараховуємо такі види: мантія, нагрудний знак, твори образотворчого мистецтва як естетично значуща комунікація, в якій інтерпретуються теми суду (акцентуватимемо передусім на смисловому плані, не вдаючись у багатоплановий мистецтвознавчий аналіз живопису чи скульптури, що вимагає дослідження крізь методологію інших галузей науки), тощо;

3) вербальна – словесні стандартизовані формулювання, що означають повагу до суду й представляють суддю як представника держави, іменем якої він або вона здійснює правосуддя;

4) просторова – розкриття значення загальноприйнятого структурування зали судових засідань і визначення смислового наповнення будівлі суду, зокрема її внутрішнього облаштування та вигляду екстер'єру, що вказує на принципи й цінності правосуддя.

Зауважимо, що вище окреслена множина способів репрезентації символів – іншими словами, множинність семіотичних мов, – повинна розумітися як цілісний текст, у якому кожний із видів судових символів узгоджується та взаємодоповнюється іншими, з метою досягнення основної комунікативної мети – передати значення справедливого

¹ Grainger, R. (1974), *The Language of the Rite*. London: Darton, Longman & Tod p. 169-170.

правосуддя, верховенства права та поваги до суду як невід'ємного складника громадянського суспільства. Судова символіка відзначається системністю, в якій окремі елементи цілісно пов'язані та взаємообумовлені. Закономірності формування, структурування та осмислення окремих елементів судової символіки слід аналізувати з позиції цілісного бачення її мети і завдань у контексті процесу комунікації, спрямованого на соціум. Адже відсутність цілісного сприйняття певних перелічених груп судової символіки може видаватися суто штучним інтелектуальним конструктом.

ДО ПИТАННЯ ПРО АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС ГРОМАДСЬКОЇ РАДИ ДОБРОЧЕСНОСТІ

Крайній П.І.

асистент кафедри публічного права

Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

Здійснення великої кількості реформ, що останнім часом відбуваються в системі органів публічної влади, місцевого самоврядування, судових та правоохоронних органів викликає значний інтерес в науковому співтоваристві. Однак, здійснюючи огляд таких процесів, які мали місце після проголошення нашою державою незалежності, можна констатувати що в останні кілька років окреслилась нова тенденція, яка полягає в максимальному залученні громадянськості до процесів прийняття рішень органами влади різного рівня. Адже інституції громадянського суспільства отримують змогу бути залученими до різних напрямків управління державними справами, до числа яких відноситься й організація судової влади.

Залучення незалежної від влади громадськості для формування нею ітату професійних судей, надання їй інструментів впливати на процеси прийняття відповідних рішень, і, найголовніше, підтвердження чи спростування рівня доброчесності кандидата на посаду судді, його високих моральних якостей є прогресивним кроком. Він спрямований на підвищення рівня довіри громадян як до судової влади загалом так і до окремого судді зокрема.

Залучення громадськості до участі у здійсненні відповідними органами влади своїх функцій є новим механізмом у вітчизняній правовій системі. Показовим є створення Громадської ради доброчесності (далі – ГРД), яка була абсолютно новою інституцією та спрямована на демонстрацію максимальної фаховості, незалежності, об'єктивності під час здійснення конкурсного добору на посади суддів. Ідея її створення була підтримана як розробниками законопроекту «Про судоустрій та статус суддів» так й представниками різноманітних міжнародних інституцій: USAID, Консультативна рада Європейських суддів тощо.

Адміністративно-правовий статус ГРД встановлено низкою правових актів: Конституцією України¹, Законом України «Про судоустрій та статус суддів України»², Указом Президента України № 68/2016 від 26.02.2016 р. «Про сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні»³.

Відповідно до ст. ст. 87-88 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» ГРД утворюється з метою сприяння Вищій кваліфікаційній комісії суддів України у

¹Конституція України : Закон від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР.
URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр#Text>.

²Про судоустрій та статус суддів : Закон України від 02.06.2016 р. № 1402-VIII.
URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text>.

³Про сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні : Указ від 26.02.2016 р. № 68/2016.
URL: <https://www.president.gov.ua/documents/682016-19805>.

встановленні відповідності судді (кандидата на посаду судді) критеріям професійної етики та доброчесності для цілей кваліфікаційного оцінювання. Відповідна стаття Закону містить депо загальне визначення ГРД. Воно не містить чіткого визначення такої ради, що створює неоднозначне тлумачення її правової природи. На нашу думку його варто змінити. Це дасть змогу визначити правовий статус ГРД: чи це орган влади чи це консультативний орган.

Для прикладу можна взяти за основу визначення, що дає законодавець в Типовому положенні про громадську раду при міністерстві, іншому центральному органі виконавчої влади, Раді міністрів Автономної Республіки Крим, обласній, Київській та Севастопольській міській, районній, районній у м. Києві та Севастополі державній адміністрації затвердженому Постановою Кабінету Міністрів України від 3 листопада 2010 р. № 9961. За своєю суттю, громадські ради теж створюються з метою залучення громадськості до прийняття конкретних рішень різними органами публічної влади. Пропонуємо наступне визначення ГРД: «Громадська рада доброчесності є постійно діючим консультативно-дорадчим органом, який утворено задля сприяння Вищій кваліфікаційній комісії суддів України у встановленні відповідності судді (кандидата на посаду судді) критеріям професійної етики та доброчесності для цілей кваліфікаційного оцінювання». Це дасть змогу уникнути подвійного та неоднозначного тлумачення правового статусу ГРД та визначить її як консультативно-дорадчий орган, який сприяє в процедурі добору суддів.

Відповідно до ч. ч. 2,3 ст. 87 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» Громадська рада доброчесності складається з двадцяти членів. Членами Громадської ради доброчесності можуть бути представники правозахисних громадських об'єднань, науковці-правники, адвокати, журналісти, які є визнаними фахівцями у сфері своєї професійної діяльності, мають високу професійну репутацію та відповідають критерію політичної нейтральності та доброчесності.

Однак, процедура добору членів ГРД має суттєві прогалини, які стали підставою для формування негативної судової практики стосовно результатів її діяльності. Ми не будемо зводити наше дослідження до аналізу позицій суду в тій чи іншій справі. Але системний аналіз останніх дав змогу під іншим кутом зору оцінити процедуру добору кандидатів до ГРД яка існує на сьогодні.

Відповідно до ч. ч. 9-11 ст. 87 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» члени Громадської ради доброчесності призначаються зборами представників громадських об'єднань строком на два роки і можуть бути призначені повторно. Збори представників громадських об'єднань скликаються Головою Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. Оголошення про скликання зборів оприлюднюється на офіційному веб-сайті Комісії. У зборах представників громадських об'єднань беруть участь громадські організації або громадські спілки, які протягом щонайменше останніх двох років, що передують дню проведення зборів, здійснюють діяльність, спрямовану на боротьбу з корупцією, захист прав людини, підтримку інституційних реформ, в тому числі реалізують проекти у цих сферах.

Однак, встановлення переліку громадських об'єднань вузької спрямованості створює ситуацію, коли доступ до участі в доборі членів ГРД істотно обмежується. З однієї сторони Конституція України встановлює виключне право на участь громадян в управлінні державними справами та право громадян на свободу об'єднання в громадські

¹ Типове положення про громадську раду при міністерстві, іншому центральному органі виконавчої влади, Раді міністрів Автономної Республіки Крим, обласній, Київській та Севастопольській міській, районній, районній у м. Києві та Севастополі державній адміністрації : Постанова від 03.11.2010 р. № 996. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/353-2019-п#Text>.

об'єднання задля задоволення політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів. А участь в процесі добору кандидатів до ГДР обмежується громадськими організаціями або громадськими спілками, які здійснюють діяльність, спрямовану на боротьбу з корупцією, захист прав людини, підтримку інституційних реформ, в тому числі реалізують проекти у цих сферах¹. Формування законодавцем таких критеріїв відповідності громадських об'єднань сильно звужує право на участь в процесі відбору до ГРД фахових правників, науковців. Певною мірою це відобразилось на якості прийнятих ГРД висновків за результатами їх діяльності.

Вказане знайшло відображення у відповідних судових рішеннях. Так, відповідно до постанови Окружного адміністративного суду міста Києва від 7.12.2017 р. у справі № 826/7186/17 за позовом Особа 1 до Громадської ради доброчесності про визнання протиправним та скасування рішення, зобов'язання вчинити дії. В даному рішенні суд встановив що «направити своїх представників для участі у зборах можуть не всі громадські організації або громадські спілки, а лише ті, які протягом щонайменше останніх двох років, що передують дню проведення зборів, здійснюють діяльність, спрямовану на боротьбу з корупцією, захист прав людини, підтримку інституційних реформ, в тому числі реалізують проекти у цих сферах (ч. 11 ст. 87 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»), що не відповідає вимогам ч. 5 ст. 36 Конституції України, яка визначає, що всі об'єднання громадян рівні перед законом. Судом вказано на те, що «Обов'язкова вимога щодо надання для участі у зборах громадським об'єднанням документів, перелічених п. п. 3, 4, 5 ч. 13 ст. 87 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», що видаються міжнародними організаціями (рекомендаційного листа від міжнародної організації з бездоганною репутацією про успішний досвід співпраці та ін.) автоматично ставить в залежність від міжнародних організацій можливість участі представника громадського об'єднання у зазначених зборах»².

Аналогічна позиція викладена в судових рішеннях у справах № 826/13278/17 від 27.12.2017, 826/11934/17 від 27.02.2018 тощо. Необхідно переглянути механізм формування персонального складу ГРД задля того, аби уникнути будь-яких розмов про обмеження права на участь громадськості в роботі даної інституції.

З огляду на вище викладене можемо стверджувати, що адміністративно-правовий статус ГРД закріплений у вітчизняному законодавстві. Він визначає порядок формування ГРД, її права та обов'язки, визначає конкретні критерії щодо добору кандидатів до участі в її діяльності. Безперечно, її діяльність спрямована на утвердження безсторонності, прозорості та об'єктивності в процесі проведення конкурсу на посаду судді. Значна кількість міжнародних інституцій знайшла позитивним створення такої форми участі громадськості в досить складному механізмі добору суддів.

Однак, як показує практика діяльності ГРД, на сьогоднішній день існує ряд суттєвих законодавчих прогалин, які використовуються для протидії участі громадськості під час формування суддівського корпусу. Лише чітке, зрозуміле та повне формулювання адміністративно-правового статусу ГРД слугуватиме запорукою її ефективної діяльності.

¹Про судоустрій та статус суддів : Закон України від 02.06.2016 р. № 1402-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text>.

² Постанова Окружного адміністративного суду міста Києва №826/7186/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/70793192?fbclid=IwAR2R02TYZBHAM3-8Ab81px_4AQxp9-a1bNkYyW6U9MwWx9BMkVFLcCwJMK4 (дата звернення: 07.09.2021).

³ Постанова Окружного адміністративного суду міста Києва №826/7186/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/71515541> (дата звернення: 07.09.2021).

⁴ Постанова Окружного адміністративного суду міста Києва №826/11934/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72618985> (дата звернення: 07.09.2021).

СУДОВА РЕФОРМА В КОНТЕКСТІ РОЗВИТКУ СОЦІАЛЬНОЇ ДЕРЖАВИ

Кузьмишин В. М.

кандидат юридичних наук,

голова Сьомого апеляційного адміністративного суду

Курс України на утвердження та закріплення європейських стандартів урядування та розвитку викликає потребу у відповідних перетвореннях в усіх сферах суспільного життя, адаптації державних інституцій до найкращих світових практик. Чи не найбільше це стосується судової влади, адже саме суди відіграють у житті будь-якої держави важливе значення. У правовій країні грамотно улаштований суд виконує функцію гаранта прав людини, що проголошуються Основним Законом держави. Наразі суд – це універсальна інституція, створена у державі для врегулювання спірних та конфліктних ситуацій, а адміністративне судочинство, зокрема, є особливою формою контролю діяльності органів влади фізичними та юридичними особами у правовій площині.

Сьогодні наша держава продовжує впевнено наближати стандарти життя її громадян до європейських, і звичайно йдеться не лише про сферу надання послуг, дороги, інфраструктуру тощо. Насамперед європейським вимогам має відповідати діяльність кожної з гілок державної влади: це і робота виконавчої влади щодо надання адміністративних послуг, законодавчої – щодо прийняття суспільно важливих законів і судової – щодо надання судових послуг.

Конституцією визначено, що державна влада в Україні розподілена на виконавчу, законодавчу і судову¹. Водночас кожна з гілок влади є незалежною одна від одної, і кожна зобов'язана якісно виконувати ті повноваження, які визначені спеціальним законодавством, та відповідати очікуванням суспільства, покладеним на кожну з них. Розподіл влади є не просто технічним поділом функцій між державними органами, це має бути розподіл володарювання між різними соціально-політичними сферами.

За теорією Ш. Монтеск'є, усі три гілки влади повинні, врівноважуючи одна одну, не давати можливості чинити безконтрольні дії. «Щоб не було можливості зловживати владою, необхідний такий порядок речей, за якого ці влади могли б взаємно стримувати одна одну»².

Важливе значення Монтеск'є надавав ідеї рівноваги влад та системі «стримування і противаг». Він вважав, що кожна гілка влади самостійно своїми правовими засобами повинна вирішувати державні завдання, не втручаючись у компетенцію іншої і водночас врівноважувати одна одну, запобігаючи перевищенню повноважень, зловживанням та деспотизму.

За такого поділу, чіткої регламентації сфери впливу та певним чином обмеження повноважень усі гілки влади мають бути зацікавлені у розвитку одна одної, адже у їхньої діяльності одна мета – розвиток Держави в цілому.

Відповідно до статті 1 Основного Закону України, Україна є суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова держава³. Пріоритети нашого розвитку ґрунтуються на демократичних тенденціях, ментальності українців, прагненні до соціальної рівності, соціальної справедливості і рівноправності людей. Наша держава забезпечує консолідацію демократичного суспільства, проголошує верховенство права, виступає основою реалізації інтересів, сподівань широких верств населення.

¹ Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр>

² Суботін В. М. Теорія держави і права: навчальний посібник / В. М. Суботін, О. В. Філонов, А. М. Князькова, І. Я. Тодоров. Київ : Знання, 2005. – 327 с.

³ Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр>

Головною метою соціальної держави є сприяння суспільному прогресу, що базується на принципах соціальної рівності, загальної солідарності та взаємної відповідальності. Україна як соціальна держава – це високорозвинена, правова, демократична держава, яка визначає людину найвищою соціальною цінністю і забезпечує її права та свободи.

Коли говорять про побудову соціальної правової держави, мають на увазі насамперед втілення в ній: принципу верховенства права (панування правового закону) як головного в правовій державі, та принципу соціальної справедливості (забезпечення державою соціальної безпеки особи), як головного чинника в соціальній державі¹.

Відповідно до Конституції людина має бути захищеною. Цей захист у правовому полі забезпечують суди. Саме на судові інституції суспільство покладає особливу відповідальність за правильне застосування законів та за утвердження законності у країні, де сформоване громадянське суспільство. Визнання, дотримання і захист прав людини та громадянина – обов'язок держави, який може бути реалізований передусім через діяльність судової влади.

Суди та правосуддя є одним із наріжних каменів демократії та громадянського суспільства, адже забезпечують особисту свободу й можливість реалізації права.

Роль судів у соціальній державі важлива і чесна, оскільки вони мають особливу місію захистити право людини, яка діє відповідно до закону, та захистити соціальну рівність та соціальні гарантії особи.

З усіх гілок влади суди можуть бути найближчими до народу, адже вони переводять абстрактну суспільну користь законів, прийнятих у державі, у площину конкретних приватних інтересів. У судах громадянин має право «розмовляти» із державою як рівний, адже цей діалог ведеться у правовому полі.

Судова влада в сучасному суспільстві, будучи інтегрованою у державний механізм, виконує функцію посередника у спорах між учасниками суспільного життя і є досить ефективним засобом розв'язання соціальних конфліктів. У цьому і є головна цінність правосуддя і основна причина, чому суб'єкти соціального життя конституують судову владу. Водночас суди виконують ще й ідеологічну функцію, оскільки орієнтують суспільство на певні цінності та забезпечують цим сталий розвиток держави.

Водночас варто приділити значну увагу незалежності судових інституцій. Незалежний суд не має бути теоретичною концепцією, це результат ідейної, духовної та культурної боротьби, яка відбувається у кожній державі, що прагне до демократії та верховенства права. Крім того, незалежний суд – це не тільки результат боротьби громадянського суспільства за своє право на справедливе правосуддя, це й результат боротьби самих суддів за своє право бути справедливими. Незалежність судової гілки влади є головною передумовою довіри людей до судової процедури, її авторитетності та ефективності.

Таким чином, судова реформа має відбуватись крізь призму розуміння того, що Україна людиноорієнтована соціальна держава, де право громадян напряму забезпечується судом. Судова гілка влади, як і по суті кожний державний орган, повинна забезпечувати потреби суспільства. Саме тому процес змін у контексті реформування судової влади не можливий без врахування інтересів громадян. Діяльність судів у першу чергу має забезпечувати соціальну справедливість та рівність усіх складових суспільства перед законом та бути спрямованою на закріплення авторитету права та закону. Відповідно судова реформа має бути направленою перш за все на те, аби забезпечити розвиток держави у правовому полі, адже надійний захист громадян та їхніх інтересів є гарантією досягнення демократичного прогресу.

¹ Скаун О. Ф. Теорія держави і права: підручник; переклад з рос. / О. Ф. Скаун. – Харків : Консум, 2006. – 656 с.

ДОВІРА ДО СУДУ, ЯК ДЕТЕРМІНАНТА НЕЗАЛЕЖНОСТІ ВЛАДИ

Ленгер Я.І.

*доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри права Луцького НТУ*

Стаття 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод говорить про те, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом¹. Як незалежність суду є невід'ємним інституціональним елементом права на суд, так довіра до суду є невід'ємним елементом незалежності судової влади і свідченням того, що принципи верховенства права, що проголошені статтею 8 Конституції України буде належним чином реалізовано.

Довіра до владної інституції є визначальним мірилом існування демократичного суспільства, а відтак і правової держави і всіх гілок влади. Якщо комунікація між державою і її громадянами побудована на іншій формі, ніж довіра, то говорити про демократію дуже голосливо. Судова влада є однією з трьох гілок, що визначені Основним законом, як наявні в державі. Основою її легітимності є певний рівень довіри до суду. Впевнено можна сказати, що вони знаходяться по відношенню один до одного в прямо пропорційному зв'язку. Чим вищий рівень довіри населення до суду, тим сильніше можна говорити про незалежну судову систему і владу взагалі.

Саме явище довіри, як морально-філософська категорія є складним і багатограним і в свою чергу залежить від багатьох чинників. Наприклад: перше враження, попередні стереотипи, особливості комунікації, характер взаємодії, тощо.

Довіра до суду не є винятком. Її не можна прирівнювати лише до задоволеності роботою судів, але і не можна списувати лише на стереотипи. Діяльність суду в своїй основі завжди приводить до взаємного поснадання двох основ: задоволеності сторони, що «виграла» справу і тієї сторони, що «програла». Головними компонентами довіри населення до суду є загальна оцінка роботи суду, оцінювання справедливості його рішень. Наприклад, оцінка доступності судів, зручності приміщення суду, зваженого та вірного судового рішення. Позитивний стереотип стосовно суду може впливати на оцінювання його роботи, а негативний досвід дійсно поганої роботи суду може сформувати в людини відповідні стереотипи, і навпаки. Проте, ці два фактори однаково сильно впливають на загальний рівень довіри населення до судової системи. Але компетентність судді і вміння грамотно роз'яснити позицію суду не призведе до недовіри, а скоріше до поваги. А таке грамотне і повноважне ставлення суду впливає із незалежності та неупередженості. Адже захищений суддя, буде діяти виважено, розсудливо, врівноважено і в рамках закону, спираючись на принципи поваги до прав і свобод особи.

Про незалежність суду можна говорити через призму наступних чинників: 1) спосіб призначення суддів; 2) тривалість їх строку повноважень; 3) наявність гарантій проти зовнішнього впливу; 4) наявність зовнішніх атрибутів незалежності.

Сам факт призначення суддів на посаду певними органами чи посадовими особами не може свідчити про порушення, доки судді залишаються неупередженими і такими, що позбавлені будь-якого тиску. Так само встановлення мінімального та максимального строку перебування судді на посаді не може вважатися тим чинником, що вносить сумніви в його незалежності.

¹ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод Рада Європи; Конвенція, Міжнародний документ від 04.11.1950 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text

В своїх гарантіях судді повинні бути звільнені від зовнішнього тиску з боку інших представників судової влади. Незалежність та неупередженість суду, із об'єктивної точки зору, вимагає, щоб кожен окремий суддя був вільним від неналежного впливу, причому не тільки зовнішнього, але й з боку самої судової системи. Внутрішня незалежність судової гілки влади означає, що суддям не повинні наказувати та на них не повинні здійснювати тиск інші судді або особи, що мають адміністративні повноваження у суді, наприклад, голова суду. Суддя також повинен бути звільнений від зовнішнього тиску з боку інших гілок влади. Такі спроби втрутитись в діяльність судових органів можна розцінювати такими, що ipso facto не відповідають поняттю «незалежного та неупередженого суду». Коли законодавча та виконавча гілки влади втручаються в діяльність судової. Коли виконавчою та законодавчої гілками влади держави здійснюється втручання, вони показують неповагу і тим самим підривають довіру до суду.

Говорячи про бінарну природу незалежності суду ми говоримо про посвідчення суб'єктивного та об'єктивного критерію. Суб'єктивна - стосується особи судді його особистих переконань, об'єктивна – питань організації складу суду. Процес здійснення правосуддя з точки зору стороннього спостерігача повинен сприйматися, як неупереджений, що в свою чергу посприє підвищенню рівня довіри до суду.

Рівень позитивних уявлень та стереотипів стосовно суду можливо підвищити завдяки соціальним та інформаційним кампаніям, через комунікацію з громадянами та просвітництво населення.

Реформаційні зміни судової гілки влади мають бути виваженими та такими, що насправді впроваджуватимуть позитивні оптимізації здійснення правосуддя. При їх розробленні необхідно враховувати міжнародні та європейські стандарти здійснення такої діяльності, сучасні виклики, що продиктовані суспільними вимогами, а також зарубіжну практику ефективності та працездатності усієї системи правосуддя.

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ СПЕЦІАЛІЗАЦІЇ СУДІВ УКРАЇНИ У ПОРІВНЯННІ З КРАЇНАМИ ЗАХІДНОЇ ЄВРОПИ

Нестерчук А.П.

*старший викладач кафедри
організації судових, правоохоронних органів та адвокатури
Національного університету «Одеська юридична академія»*

На кожному етапі державотворення України суди виступали як невід'ємні елементи влади, але їх цілі, завдання, порядок утворення, компетенція та повноваження істотно відрізнялись. Щодо спеціалізованого правосуддя на теренах сьогоденної України, то воно формувалося за принципом встановлення суб'єктної, відомчої чи галузевої підсудності. Джерелами правового регулювання були як національна нормативно-правова база (сотенні суди часів Запорізької Січі), так і законодавство Польщі, Австро-Угорщини, Російської імперії (митні суди доби Гетьманщини, шляхетні суди Галичини тощо). При цьому становлення спеціалізованого судочинства (побудова судів за повноваженнями) має відлік із часів Запорізької Січі, коли у XVI - середині XVIII століть були сформовані суди, компетенція яких визначалася за суб'єктом юрисдикції.

Спеціалізація є формою суспільних відносин, які знаходять свій прояв як у звуженні людської діяльності, обмеженні функціональних параметрів, так і в концентрації, мобілізації її зусиль у чітко визначеному напрямку, що в сукупності дозволяє швидко, якісно і з найменшими витратами вирішувати поставлені завдання. Витоками правової

спеціалізації є суспільний розподіл праці, реально легітимована диференціація владних структур, національно-державна суверенізація. Її метою є якомога повне й точне охоплення різноманітних особливостей, новизни й динаміки соціальних перетворень, віддзеркалення якісного стану таких реформ.

Принципи спеціалізації судів полягає в розподілі праці між органами й посадовими особами судової влади й спрямований на підвищення компетентності й оперативності вирішення правових спорів, віднесених до компетенції судової влади. Спеціалізація судової діяльності виступає організаційно-правовим принципом, який є невід'ємним складником стандарту доступності правосуддя. У більшості сучасних країн спеціалізація є загальною сутнісною ознакою суддів, одним із принципів їх організації. Вона поділяється на галузеву, предметну (за предметом правового регулювання), суб'єктну (за суб'єктами правових відносин) і суб'єктно-предметну (за сукупністю двох цих критеріїв). У різних судових системах спостерігається доволі значна різноманітність видів судових юрисдикцій, що зумовлено розмаїттям національних правових традицій.

В систему судів України принцип спеціалізації був втілений з метою забезпечення компетентної допомоги особам, які звертаються до суду, якісного і неупередженого судочинства, полегшення праці суддів, які здійснюють правосуддя. Принципи спеціалізації доцільно розглядати як вимогу про розподіл судової юрисдикції між різними судами за єдиним критерієм, який поєднує галузь правовідносин і вид судочинства. Таке розуміння дає можливість виділити наявність щонайменше конституційної, кримінальної, цивільної та адміністративної юрисдикцій.

Аналізуючи конституційне та законодавче закріплення принципу спеціалізації, можна констатувати, що принцип спеціалізації є організаційним і діє у межах єдиної цілісної взаємопов'язаної та взаємозалежної системи разом із принципом територіальності і інстанційності. Існують деякі аспекти, які зараз ще знаходяться в розробці і розглядаються у наукових дискусіях, але в цілому в Україні принцип спеціалізації достатньо розвинений і діє у кожному суді незалежно від його виду та компетенції.

Розмежування юрисдикції між судами здійснюється відповідно правила, яке можна визначити як принцип розподілу компетенції цих судів. Воно означає, що для встановлення юрисдикції спеціалізованого суду необхідно діяти методом виключення, починаючи з визначення підвідомчості справи. Якщо спеціалізованим судам справа не підвідомча, це означає, що її мають розглядати суди загальні. Розподіл справ між різними судовими підсистемами відбувається за 3-ма критеріями: а) за змістом (предметом) правовідносин, б) за їх суб'єктами; в) за змішаною системою.

Предметна юрисдикція спеціалізованих судів у судоустрою України визначається процесуальним законодавством шляхом переліку категорій справ.

Здійснюючи розмежування адміністративних правовідносин, перш за все треба визначати, яку саме компетенцію здійснює в спірних правовідносинах орган державної влади або орган місцевого самоврядування. Головним критерієм розмежування адміністративної судової юрисдикції повинен бути не суб'єктний склад учасників спірних правовідносин, а насамперед предмет спору та зміст спірних правовідносин. На побудову вітчизняної судоустрійної системи значний вплив мають міжнародні стандарти правосуддя, з яких випливають й безпосередньо засади на яких має будуватися судоустрій будь-якої демократичної, правової держави.

У судових системах держав Європейського Союзу вирізняються тенденції розвитку з розширення принципу судової спеціалізації, розширення компетенції судів першої інстанції з розгляду незначних категорій справ тощо. Організаційно-правові засади діяльності судів в іноземних державах свідчать про те, що Україна є європейсько-орієнтованою стоїть на шляху приведення національного законодавства у

сфері організації та здійснення судочинства у відповідність до міжнародних стандартів. Особливе значення в даному напрямку мало прийняття Закону України «Про судоустрій і статус суддів», який закріпив основні положення міжнародних нормативно-правових актів, що визначають принципи здійснення правосуддя та основоположні засади діяльності судів¹. Проте є ще багато питань в діяльності судів, які потребують деякого перегляду та оптимізації систем судоустрою України, конкретизація засад взаємодії судової та інших гілок влади, перегляд складу та повноважень органів суддівського самоврядування.

З огляду на законодавство про судоустрій зарубіжних країн вбачається, що насамперед необхідність посилення централізації політичної влади і державно-правове об'єднання країн, економічні чинники, усталеність норм права певної правової сім'ї, пріоритетність захисту прав і свобод особистості та висока правова культура, властива більшості цих країн, стали основними причинами створення спеціалізованих судових органів, компетентних щодо розгляду певних категорій справ. Порівняння досліджених судових систем зарубіжних країн з Україною дає підстави стверджувати, що компетенційність судових органів за галуззю права органічно переплітається з діяльністю судів, для яких визначальним є суб'єктна ознака їх юрисдикції.

Серед світових тенденцій у сфері реформування системи судочинства яскраво простежується поглиблення спеціалізації суддів. Спеціалізація суддів має значні переваги, оскільки йдеться про підвищення ефективності судового розгляду, зменшення навантаження на загальні суди. Також судді, які спеціалізуються на одному із аспектів права, приймають більш якісні рішення порівняно зі своїми колегами. Це призводить і до підвищення правової визначеності і до передбачуваності судових рішень завдяки уніфікації рішень щодо окремих видів спорів. Але водночас Консультативна рада європейських суддів (CCJE)² виокремлює такі недоліки спеціалізації: ризик зменшення незалежності та безсторонності суддів (внаслідок участі у справах лише певного кола суб'єктів та їхніх представників); ризик того, що спеціалізовані суди створюються внаслідок намагання органів виконавчої влади або інших суб'єктів отримувати рішення на свою користь, які відрізнялися б від прийнятої загальними судами практики; потенційне обмеження доступу до правосуддя як результат створення одного спеціалізованого суду або відсутності суддів, які мають певну спеціалізацію в окремих районах у разі спеціалізації суддів у межах загальних судів.

Коли йдеться про створення вищого спеціалізованого суду як суду першої інстанції, наступні фактори також мають враховуватися. По-перше, це виключна суспільна важливість відповідної категорії спорів. По-друге, для ефективної роботи вищого спеціалізованого суду як суду першої інстанції кількість відповідних спорів має бути не дуже великою.

Наразі в Україні немає необхідності запровадження вищих спеціалізованих судів як судів першої інстанції, окрім Вищого антикорупційного суду. Створення останнього відповідає всім згаданим вище факторам. Ліпше сфокусуватися на поглибленні спеціалізації окремих суддів у межах уже функціонуючої системи судової влади. Зокрема, більш доцільним видається функціонування окремих палат з розгляду специфічних категорій справ не лише у судах вищих інстанцій, а й при розгляді в нижчих судах.

¹ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 року 1402-VIII Відомості Верховної Ради (ВВР), 2016, № 31, ст.545

² Documents of the Consultative Council of European Judges // Документи Консультативної ради європейських суддів : [офіц. вид.] / упоряд. А. О. Кавакін. К.: Ін Юре, 2015. 772 с.

Підхід функціонування окремих палат у складі Верховного Суду доводить свою ефективність.

Спеціалізація суддів - потрібна! Це не лише тренд, це реалії нашого часу, які обумовлені, в тому числі, тими проблемами і спорами, які сьогодні виникають і передаються на вирішення до суду. Прикладом цього певною мірою є створення у Касаційному господарському суді палати з розгляду земельних спорів, якої до цього часу не було (мається на увазі, не було у Вищому господарському суді України). Проте спеціалізація суддів, яка на сьогодні запроваджена у касаційних судах та в деяких апеляційних судах, має бути запроваджена і у місцевих судах.

На жаль, у місцевих загальних судах спеціалізація суддів наразі депо умовна, оскільки більшість суддів розглядають усі цивільні справи, справи про адміністративні правопорушення, адміністративні справи і лише окремі (окремі з них) розглядають кримінальні справи, не говорячи вже про кримінальні справи у справах неповнолітніх.

Важливим є постійний аналіз діяльності судової системи задля запровадження спеціалізацій як дієвого способу підвищення ефективності та авторитету судової влади в Україні.

ОБМЕЖЕННЯ ДЛЯ СУДДІВ, ЯКІ ОБІЙМАЮТЬ АДМІНІСТРАТИВНІ ПОСАДИ В СУДАХ: НЕОБХІДНІСТЬ ЧИ ВТРУЧАННЯ В НЕЗАЛЕЖНІСТЬ?

Овсяннікова О.О.

*кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри судуостроу та прокурорської діяльності
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Незалежність суддів – один із головних конституційних принципів правосуддя, на основі якого формується правовий статус судді у державі. Основні принципи незалежності судової влади були визначені у вересні 1985 року 7-м Конгресом ООН із запобігання злочинності і поводження з правопорушниками, що відбувся в Мілані (Італія). Конгресом, зокрема, відзначалося, що принцип незалежності суддів має бути закріплений у конституціях та законах держав-членів ООН. На сьогодні принцип незалежності суддів знайшов своє відображення у Конституціях майже всіх держав світу, в тому числі і в Конституції України, де у ч. 2 ст. 126 зазначається, що незалежність і недоторканність судді гарантуються Конституцією і законами України, а вплив на суддю у будь-який спосіб забороняється¹. Це положення знайшло своє відображення і в ст. 48 Закону України «Про судуострій і статус суддів», в якій також додатково встановлюються гарантії забезпечення незалежності суддів.

У рішенні Конституційного Суду України у справі щодо офіційного тлумачення положень ч. 1, 2 ст. 126 Конституції України, ч. 2 ст. 13 Закону України «Про статус суддів» роз'яснено, що незалежність суддів є невід'ємною складовою їхнього статусу. Вона є конституційним принципом організації та функціонування судів, а також професійної діяльності суддів, які при здійсненні правосуддя підкоряються лише закону.

Відповідно до п. 2 ст. 52 Закону України «Про судуострій і статус суддів» судді в Україні мають єдиний статус незалежно від місця суду в системі судуостроу чи адміністративної посади, яку суддя обіймає в суді. Тож, незалежність та гарантії незалежності поширюються на всіх суддів, зокрема і на тих, хто обіймає адміністративні посади в судах – на голів судів та їх заступників. При цьому, згідно п. 7 ст. 48 Закону

¹ Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#n4775>

України «Про судоустрій і статус суддів» при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу визначених Конституцією України та законом гарантій незалежності судді¹.

Отже, незалежність голів судів та їх заступників має бути забезпечена державою без жодних винятків чи застережень.

Разом із тим, останнім часом ширяться думки щодо необхідності переглянути роль голів судів та їх статус. Інколи, навіть, лунають пропозиції щодо ліквідації посади голови суду². А все через постійну необхідність відновити довіру до судової влади, забезпечити незалежність суддів, продемонструвати суспільству готовність системи правосуддя до змін та оновити суддівський корпус. І одним із дієвих заходів, що мають на меті досягнення зазначених цілей, законодавець вважає зменшення строку безперервного перебування судді на адміністративній посаді, оскільки змінність керівника державного органу у цивілізованих країнах свідчить про демократичність такого органу, нівелює можливість формування стійкого та тривалого впливу на керівника суду та відповідно і на суд іншими особами (в тому числі, високопосадовців), сприяє руйнуванню у суспільстві міфу про підконтрольність суду певному колу впливових осіб.

Наразі, нагадаємо, що станом на сьогодні відповідно до законодавства, граничний строк безперервного перебування на посаді голови/заступника голови суду становить 5 років (для осіб, обраних вперше у 2015 році), та 6 років (для осіб, обраних вперше з 2016 року). Однак, ще 2 квітня 2015 року Рада суддів України ухвалила рішення «Щодо нового порядку обрання суддів на адміністративні посади», яким встановила, що особи, які були призначені на адміністративні посади відповідно до законодавства, що діяло раніше, є такими, що можуть бути обраними на адміністративну посаду в суді і обіймати її два строки поспіль, і у ці строки не включається строк попереднього перебування на адміністративній посаді, що, в свою чергу, призвело до такого трактування положень законодавства, що дозволило залишати незмінним керівництво переважною більшістю судів та призвело до того, що фактично одні і ті ж особи обіймають посади голів судів вже понад 10-12 років. Відповідно законодавець, переслідуючи мету скорочення впливу на незалежність суду, вирішив, що не може допустити можливість продовження строку, протягом якого один і той же суддя може обіймати адміністративну посаду, і вдався до рішучих кроків.

Вказані пропозиції знайшли свої відображення у проєкті Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» щодо обмеження впливу суддів, які займають адміністративні посади» № 5778 від 15 липня 2021 року³. Законопроект, зокрема, пропонується внести зміни до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» в частині зменшення строку зайняття адміністративної посади у касаційних судах та встановити неможливість зайняття однією і тією ж особою адміністративної посади голови суду два строки поспіль (в тому числі у Верховному Суді, у касаційних судах у складі Верховного Суду). Так, відповідно, пропонується, щоб Голова Верховного Суду обирався з числа суддів Верховного Суду строком на три роки та в незалежності від строку здійснення ним таких повноважень, не міг бути обраний на будь-яку адміністративну посаду в судах впродовж наступних трьох років з дня припинення виконання ним повноважень Голови Верховного Суду. Перебачено також

¹ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#n418>

² Чумак С. Посаду голови суду необхідно ліквідувати. Українська правда. – січень, 2019 URL: <https://www.pravda.com.ua/columns/2019/01/9/7203320/>

³ Проєкт Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» щодо обмеження впливу суддів, які займають адміністративні посади» URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72535

скорочення строку зайняття адміністративної посади у касаційних судах до трьох років та встановлено обмеження щодо можливості обіймання однієї і тієї ж особою посади голови суду два строки поспіль.

Крім того, проєктом встановлюється, що суддя, обраний на адміністративну посаду у суді, в якому кількість суддів, що здійснюють правосуддя не перевищує п'яти осіб, не може обіймати одну адміністративну посаду відповідного суду два строки поспіль. А у суді, в якому кількість суддів, що здійснюють правосуддя перевищує п'ять осіб, суддя, який протягом останніх трьох років обіймав адміністративну посаду незалежно від строку здійснення ним таких повноважень, не може: 1) бути обраний на будь-яку адміністративну посаду в судах протягом трьох років з дня припинення здійснення ним адміністративних повноважень голови чи заступника голови суду; 2) виконувати повноваження голови суду».

Разом із тим, на нашу думку, існуюча на сьогодні система обрання на адміністративні посади є демократичною, а тривалість перебування тієї чи іншої особи на посаді голови суду свідчить, що вона має визначні лідерські якості, користується авторитетом та повагою як серед суддів, так і працівників суду. Тому позиція розробників законопроєкту є незрозумілою, а доцільність скорочення строку перебування на посаді голови суду є сумнівною.

Серед пропозицій розробників законопроєкту також варто виділити пропозицію автоматичного звільнення суддів з адміністративних посад у разі, якщо вони обіймають одну і ту ж саму посаду більше строку, який визначений проєктом закону. Також, що видається цікавим і навіть дивним, пропонується скасувати надбавку у розмірі 10% до посадового окладу суддям, які виконують адміністративні повноваження, адже час для виконання таких функцій забезпечується меншим коефіцієнтом навантаження. Вважаємо вказану пропозицію необґрунтованою, оскільки коефіцієнт навантаження для суддів, які виконують адміністративні повноваження встановлюється окремим рішеннями зборів суддів та не завжди запроваджується у судах з надмірним навантаженням на суддів суду внаслідок не заповнення підрядних посад. Також зазначимо, що скасування надбавки у розмірі 10% до посадового окладу суддям, які виконують адміністративні повноваження є прямим звуженням змісту та обсягу визначених Конституцією України та законом гарантій незалежності судді.

І, останнє, цікавою новацією є норма, відповідно до якої перебування судді на будь-яких адміністративних посадах в судах сукупно більше п'яти років є несумісним із виконанням таким суддею повноважень члена Вищої ради правосуддя, члена Вищої кваліфікаційної комісії суддів України та/або члена Ради суддів України. Вважаємо дану пропозицію такою, що дискримінує право судді бути обраним до Вищої ради правосуддя, Вищої кваліфікаційної комісії суддів чи Ради суддів України, оскільки одночасно перебувати на посадах суддя не може і за чинним законодавчим регулюванням (стаття 6 Закону України «Про Вищу раду правосуддя»), а по закінченню строку перебування на адміністративній посаді, таке обмеження є недоцільним. Натомість зазначимо, що навпаки досвід роботи судді на адміністративній посаді може бути корисним для майбутньої роботи в органах суддівського врядування чи самоврядування.

На вказаний законопроєкт відразу відреагували у Раді суддів України, ухваливши Рішення № 37 від 03.09.2021 «Щодо обмеження впливу суддів, які займають адміністративні посади»¹.

¹ Рішення РСУ № 37 від 03.09.2021 "Щодо обмеження впливу суддів, які займають адміністративні посади" URL: <http://rsu.gov.ua/en/events/risenna-rsu-no-37-vid-03092021-sodo-obmezenna-vplivu-suddiv-aki-zajmaut-administrativni-posadi>

Відповідно до Рішення РСУ проєкт Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» щодо обмеження впливу суддів, які займають адміністративні посади», ресстраційний № 5778 від 15 липня 2021 року не може бути прийнятий Верховною Радою України та потребує відкликання суб'єктом права законодавчої ініціативи.

Крім того, РСУ пропонує звернутись до суб'єктів законодавчої ініціативи з пропозицією на законодавчому рівні врахувати пропозиції Ради суддів України у питаннях обрання суддів на адміністративні посади, а саме:

- скасувати будь-які обмеження щодо можливості повторно бути обраним на адміністративну посаду упродовж кількох строків;
- передбачити, що Рада суддів України призначає суддів на адміністративні посади, у випадку, якщо збори суддів відповідного суду не можуть призначити суддю на адміністративну посаду упродовж трьох місяців тощо.

Отже, як висновок варто погодитись із позицією Ради суддів України і зазначити, що запропоновані зміни до законодавства є такими, що порушують незалежність осіб, які займають адміністративні посади в судах, звужують гарантії їх незалежності, та не мають бути ухвалені Верховною Радою України.

ВИКОНАННЯ РІШЕННЯ СУДУ ЯК КОНСТИТУЦІЙНА ЦІННІСТЬ

Овчаренко О.М.

*доктор юридичних наук, доцент, адвокат,
доцент кафедри адвокатури Національного юридичного університету,
Дисциплінарний утовноважений Асоціації приватних виконавців України*

1. Виконання рішень суду є цінністю, яка підлягає охороні на рівні Основного Закону, з чого випливає імперативний обов'язок учасників суспільних відносин з поваги до активу судової влади. У цьому аспекті можна відзначити дві конституційно-правові норми: ст. 124, згідно якої делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускаються й ст. 129-1, яка проголошує обов'язковість судових рішень і судовий контроль за їх дотриманням.

Європейський суд з прав людини неодноразово підкреслював, що частина 1 статті 6 Конвенції про захист прав і основних свобод людини проголошує «право на суд», одним з аспектів якого є право на доступ, тобто право подати позов з приводу цивільно-правових питань до суду. Однак це право було б ілюзорним, якби правова система держави допускала, щоб остаточне судове рішення, яке має обов'язкову силу, не виконувалося на шкоду одній зі сторін. Було б незрозуміло, якби стаття 6 детально описувала процесуальні гарантії, які надаються сторонам у спорі, а саме: справедливий, публічний і швидкий розгляд, і, водночас, не передбачала виконання судових рішень. З позиції права Ради Європи безумовний обов'язок по створенню ефективної інституційної системи з виконання рішень суду покладений на державу. Порушення цього догмату з боку будь-яких зацікавлених або уповноважених осіб має мати наслідком юридичну відповідальність.

На це звернув увагу Конституційний Суд України у рішенні від 15.05.2019 р. № 2-р(П)/2019: «позитивний обов'язок держави щодо забезпечення виконання судового рішення передбачає створення належних національних організаційно-правових механізмів реалізації права на виконання судового рішення, здатних гарантувати здійснення цього права та обов'язковість судових рішень, які набрали законної сили, що неможливо без їх повного та своєчасного виконання» (п.п. 2.1 п. 2 мотивувальної частини Рішення).

2. Виконання рішень суду є фінальною стадією судового провадження, що означає поширення всіх гарантій нелажного і справедливого судочинства, що передбачені частиною 1 статті 6 Конвенції про захист прав і основних свобод людини на всі етапи виконавчого провадження. Ця теза підтверджується наступним. По-перше, в силу ст. 1 Закону України «Про виконавче провадження» виконавче провадження визначається як завершальна стадія судового провадження і примусового виконання судових рішень та рішень інших органів (посадових осіб). І виконавче провадження, і процесуальне законодавство, має спільні принципи, зокрема це верховенство права, законність, диспозитивність, справедливність, неупередженість та об'єктивність, відкритість, розумності строків виконавчого провадження, співмірність заходів примусового виконання рішень та обсягу вимог за рішеннями, забезпечення права на оскарження рішень. По-друге, аналогічну позицію висловив Конституційний Суд України у рішенні від 15.05.2019 р. № 2-р(П)/2019, підкресливши, що «визначений у законі порядок забезпечення державою виконання судового рішення має відповідати принципам верховенства права та справедливості, гарантувати конституційне право на судовий захист; невиконання державою позитивного обов'язку щодо забезпечення функціонування запроваджуваної нею системи виконання судових рішень призводить до обмеження конституційного права на судовий захист та нівелює його сутність» (п.п. 2.1 п.у 2 мотивувальної частини).

Як підкреслено у постанові КЦС ВС від 1 липня 2020 р. у справі № 488/3753/17-ц, «виконання судових рішень у цивільних справах є складовою права на справедливий суд та однією з процесуальних гарантій доступу до суду, що передбачено ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Правовідносини з виконання судових рішень є триваючими до тих пір, поки судові рішення не буде виконане в порядку, передбаченому законом».

У п. 16 Висновку № 13 (2010) Консультативної ради європейських суддів «Щодо ролі суддів у виконанні судових рішень» виконання має бути швидким і ефективним, тому для цього мають бути забезпечені необхідні кошти. Чіткі правові норми повинні визначати доступні ресурси, відповідальні органи та відповідну процедуру їх розподілу. Так, на покращення стану виконання рішень судів в Україні було ухвалено Національну стратегію вирішення проблеми невиконання рішень судів, боржниками за якими є державний орган або державне підприємство, установа, організація на період до 2022 р. (затв. розпорядженням Кабміну від 30 вересня 2020 р. № 1218-р.).

3. Практика виконання рішень суду є складною подекуди суперечливою. Із усього масиву цієї практики можна виділити правові позиції вищих судів, які сприяють ефективному і швидкому виконанню, й такі, що навпаки, ускладнюють ці процеси.

Приміром, постановою Великої Палати Верховного Суду від 3 липня 2019 р., справа № 369/11268/16-ц було визнано недійсним правочин, в силу якого засуджений подарував родичам в рівних частках будинок та земельну ділянку. Метою цього правочину було уникнення виконання грошових зобов'язань засудженого, які випливали із цивільного позову у відповідній кримінальній справі. Верховний Суд підкреслив, що «фіктивний правочин характеризується тим, що сторони вчиняють такий правочин лише для виду, знають заздалегідь, що він не буде виконаний, і вважає, що така протизаконна дія, як укладення особою договору дарування майна зі своїм родичем з метою приховання цього майна від конфіскації чи звернення стягнення на вказане майно в рахунок погашення боргу, свідчить, що його правова мета є іншою, ніж та, що безпосередньо передбачена правочином (реальне безоплатне передання майна у власність іншій особі), а тому цей правочин є фіктивним і може бути визнаний судом недійсним. ... Цивільно-правовий договір (зокрема договір дарування) не може використовуватися учасниками цивільних відносин для уникнення

сплати боргу або виконання судового рішення (зокрема вироку) про стягнення коштів, що набрало законної сили».

Прикладом правової позиції Верховного Суду, яка ускладнює процес виконання рішення суду, є постанова Касаційного адміністративного суду від 15 липня 2021 р. у справі № 380/9335/20 щодо оскарження дій приватного виконавця з відкриття виконавчого провадження за місцем фактичного перебування боржника, а не за місцем його державної реєстрації.

У зазначеній постанові КАС ВС підкреслив, що:

- «примусове виконання рішень має бути певним чином наближенням, прив'язаним до місця проживання/перебування боржника що, окрім іншого, дасть змогу останньому (чи принаймні створить йому відповідні умови) належним чином реалізовувати свої права та обов'язки як учасника виконавчого провадження;

- в силу частин першої та другої статті 4 Закону №1403-VIII приватний виконавець повинен здійснювати свою професійну діяльність сумлінно, поважати інтереси стягувачів, боржників, третіх осіб, не принижувати їхню гідність, а також повинен дотримуватися принципів верховенства права, законності, справедливості, неупередженості та об'єктивності;

- в силу положень статті 16 Закону №1403-VIII, приватний виконавець є особою, уповноваженою державою на примусове виконання рішень, тобто є суб'єктом владних повноважень, на дії якої поширюються вимоги, встановлені статтею 2 КАС України. Зокрема, суб'єкти владних повноважень мають приймати рішення (вчиняти дії) з використанням повноваження з метою, з якого це повноваження надано; обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення (вчинення дії), добросовісно, розсудливо та неупереджено;

- відкриття виконавчого провадження у виконавчому окрузі, до якого належить зареєстрована адреса місця проживання боржника, відповідатиме принципу юридичної визначеності, вимогам, установленим частиною другою статті 2 КАС України та вимогам статті 24 Закону України «Про виконавче провадження» (пункти 50, 52, 53 і 57 постанови КАС ВС від 15 липня 2021 р. у справі № 380/9335/20).

Відповідно до ч. 5, 6 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» висновки щодо застосування норм права, викладені у постановах Верховного Суду, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права. Таким чином, приватні виконавці повинні застосовувати правові позиції, викладені у постанові КАС ВС від 15 липня 2021 р. у справі № 380/9335/20. Фактично Верховний Суд зазначеною постановою поставив крапку у тривалому спорі щодо принципу територіальності в діяльності приватних виконавців. Відтепер, приймаючи виконавчий документ на виконання кожен приватний виконавець зобов'язаний перевірити адресу реєстрації боржника у триденний строк. Безумовно, виконання цих вимог на практиці буде ускладнено, адже перевірка державної реєстрації особи в такий короткий термін не буде працювати належним чином; не завжди офіційне місце реєстрації боржника відображено саме в Єдиному державному демографічному реєстрі; у більшості випадків ці відомості можна отримати лише в органах Державної міграційної служби в регіоні, в якому зареєстрована особа, тому для отримання достовірних відомостей про осіб, які ухиляються від виконання судового рішення приватному виконавцю необхідно надіслати не один запит із сподіванням отримати достовірну відповідь щодо місця знаходження боржника; далеко не всі особи, які мають офіційне місце реєстрації, користуються ним для офіційного листування й отримання кореспонденції, оскільки мають інше місце постійного проживання. Це створить тягар додаткової відповідальності на приватного виконавця й певною мірою обмежує права стягувача на вибір суб'єкта, який буде виконувати рішення суду. Відповідно, і дисциплінарна практика Дисциплінарної комісії приватних виконавців відтепер буде орієнтуватися саме на

цю правову позицію Верховного Суду в частині обов'язку приватного виконавця перевіряти місце офіційної реєстрації боржника на етапі відкриття виконавчого провадження.

Таким чином, виконання рішення суду є не лише безумовним конституційно-правовим імперативом, а й важливим міждисциплінарним принципом, в силу якого всі учасники правовідносин повинні поважати акти органів судової влади, а ті, прав та законних інтересів яких вони стосуються, – мають вживати заходи, спрямовані на виконання своїх зобов'язань. Створення належних інституційних умов для швидкого і ефективного виконання рішень суду є позитивним обов'язком держави.

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СТАЛОЇ РОБОТИ ВИЩОЇ РАДИ ПРАВОСУДДЯ ТА ВИЩОЇ КВАЛІФІКАЦІЙНО-ДИСЦИПЛІНАРНОЇ КОМІСІЇ СУДДІВ УКРАЇНИ ЯК МЕТА СУДОВОЇ РЕФОРМИ

Пушкар С.І.

аспірант 4-го курсу заочної форми навчання відділу аспірантури і докторантури Національного університету «Одеська юридична академія»

АО «Правовий альянс», місто Київ, радник з правових питань

Судова реформа є одним із постійних викликів діяльності кожної влади та практично кожної політичної сили в Україні, темою перманентного обговорення в засобах масової інформації, консультацій та співпраці України з її міжнародними партнерами. У той же час органи судової влади неодноразово висловлювали критичні зауваження до якості законодавчих змін та їх впровадження¹, зазначали істотний характер зростання недовіри суспільства до судової влади – настільки, що «довкола незалежності суддів, як основоположного принципу діяльності судової влади, постали гібридні загрози»².

Без сумніву, успішне завершення реформування системи правосуддя в Україні є однією із засадничих умов сталого економічного та соціального розвитку України, її руху до сім'ї європейських народів, самого існування Української Держави. У той же час доводиться констатувати головну рису всіх зусиль так чи інакше видозмінити систему правосуддя в Україні – стабільними, постійними є лише самі зміни, жодні реформи не завершувалися перевіркою їхніх результатів хоча б в середньостроковій перспективі. Аналіз причин такого становища не входить до предмету мого виступу, однак хочу зазначити, що продовження цієї сумної «традиції» має деструктивний характер, загрожує зневірою суспільства в справедливому та ефективному правосудді в Україні.

Конституційні, законодавчі, ратифіковані Україною міжнародно-правові акти в царині правосуддя, історія реформування органів судового врядування широко відомі зацікавленому юридичному загалу. Не викликає також сумнівів теза про центральну роль в організації добору суддів, їх подальшої кар'єри, дисциплінарної відповідальності, в підтриманні високого авторитету судової влади, ствердженні її незалежності тощо відіграють два державних органи:

– **Вища кваліфікаційна комісія суддів України (ВККСУ)**, яка є державним колегіальним органом суддівського врядування, який на постійній основі діє у системі правосуддя України (відповідно до частини першої статті 92 Закону України «Про судоустрій і статус суддів») та

¹ Про стан забезпечення незалежності суддів в Україні: Щорічна доповідь за 2020 рік Вищої ради правосуддя, с. 6-13, 86. URL: https://hcj.gov.ua/sites/default/files/field/file/shchorichna_dopovid_za_2020_rik_0.pdf; Пленум Верховного Суду звернувся до КСУ з поданням щодо конституційності окремих положень Закону № 1635-ІХ. URL: <https://supreme-court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1192170>

² Недовіра до судів в Україні: організована криза чи об'єктивна реальність – презентовано результати дослідження щодо діяльності суддівського врядування. URL: <https://court.gov.ua/press/news/1190023>

– **Вища рада правосуддя (ВРП)**, яка згідно з частиною першою статті 1 Закону України «Про Вищу раду правосуддя» є колегіальним, незалежним конституційним органом державної влади та суддівського врядування, який діє в Україні на постійній основі для забезпечення незалежності судової влади, її функціонування на засадах відповідальності, підзвітності перед суспільством, формування доброчесного та високопрофесійного корпусу суддів, дотримання норм Конституції і законів України, а також професійної етики в діяльності суддів і прокурорів.

При цьому ВККСУ не працює з листопада 2019 року (!), а Вища рада правосуддя, тривалий час працюючи не в повному складі, своїм Рішенням від 05 серпня 2021 року № 1809/0/15-21 зупинила розподіл між членами Вищої ради правосуддя скарг щодо дисциплінарного проступку судді (дисциплінарних скарг), поданих відповідно до Закону України «Про судоустрій і статус суддів», та скарг на рішення про притягнення до дисциплінарної відповідальності судді чи прокурора. Дефіцит кадрів у судах зростає, подальші зволання з впровадженням законодавчих змін невідворотно призведуть до колапсу системи правосуддя.

Серед оцінок стану реформування судової влади в Україні наведемо одну із найбільш концентрованих та авторитетних, а саме – Висновок № 969/2019 від 09.12.2019 Європейської комісії «За демократію через право» (Венеціанської комісії) «Щодо змін до законодавчих актів, які регулюють статус Верховного Суду та органів суддівського врядування: «...стабільність законодавства є надзвичайно важливими для будь-якого правового порядку, заснованого на принципах верховенства права¹. Існує чіткий зв'язок між стабільністю судової системи та її незалежністю. Довіра до судової влади може зростати лише в рамках стабільної системи. Хоча судові реформи в Україні вважаються необхідними для підвищення довіри громадськості до органів судової системи, стійка інституційна нестабільність, коли реформи слідують за змінами політичної влади, також може бути шкідливою для довіри суспільства до судової влади як незалежної та неупередженої інституції²», «16. Стабільна та передбачувана судова система також вважається інвесторами дуже важливою для економіки та для залучення іноземних інвестицій³»⁴.

Переконаний, що і законодавча, і виконавча влада на чолі з Президентом України зацікавлені в завершенні ефективної судової реформи та якнайкращій реалізації в Україні права кожного на справедливий і публічний розгляд справи компетентним, незалежним і безстороннім судом, створеним на підставі закону, в завершенні формування цілісної системи врядування судової влади, яка б відповідала найкращим міжнародним практикам. Однак результати реформування необхідно «захистити» від подальшого реформування, задекларувавши та реалізувавши законодавчо гарантії стабільної роботи судової системи, що, серед іншого, заспокоїть суддівський корпус, сприятиме його наповненню новими кваліфікованими доброчесними кадрами і дасть можливість дати справедливий оцінку діяльності вітчизняного судівництва у середньостроковому вимірі. Проте вже зараз є очевидними позитивні наслідки від такого рішення для зростання довіри до судової системи, її авторитету, ствердження її незалежності, наповнення положень Конституції України реальним змістом.

За таких обставин пропонується опрацювати можливість введення подальшого законодавчого мораторію на внесення змін до законодавства, що регулює діяльність Вищої ради правосуддя та Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії суддів України

¹

URL: <https://www.echr.com.ua/document/visnovok-shhodo-zmin-do-zakonodavchix-aktiv-yaki-regulyuyut-status-verxovnogo-sudu-ta-organiv-suddivskogo-vryaduvannya/>

(щонайменше на 5 років від початку діяльності цих органів судової влади в оновленому складі).

НОРМОТВОРЧА ФУНКЦІЯ СУДОВОЇ ВЛАДИ

Рибалко Г.С.

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінально-правових дисциплін
Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна*

Автори енциклопедичних словників «нормотворчість» отожднюють із терміном «правотворчість», розкриваючи її як напрям діяльності держави, пов'язаний з офіційним закріпленням норм права шляхом формування приписів, їх зміни, доповнення та скасування, при цьому підкреслюючи, що це поняття набагато ширше «законотворчості»¹.

Характерно, що й передова філософська думка особливо виділяє нормотворчий характер виконання своїх функцій суддею, зазначаючи, що перед суддею стоїть певна мета: удосконалити спірний порядок, установивши тим самим норму, що сприятиме запобіганню таким конфліктам, що є предметом судового розгляду справи. По суті, філософи беруть під сумнів визнану більшістю юристів за аксіому теорію, що суди лише добудовують право, і пропонують протилежну точку зору — що право фактично створюється судом, а законодавець лише допрацьовує створене, надаючи йому форми загальнообов'язкового акту².

Необхідно звернути увагу і на масовий характер еволюції поглядів юристів від повного несприйняття допустимості визнання судової практики джерелом права до думки про те, що юридична сила судових актів не тільки прирівнюється до сили законів, а й перевищує їх³. У цьому зв'язку варто визнати необґрунтованими твердження про те, що офіційно вважається, нібито суд не має права творити нові норми права, займатися правотворчістю.

Незважаючи на те, що з давніх часів одним з основоположних джерел права були рішення судів, однозначного визнання і закріплення за судовою практикою цього значення в міжнародно-правовій термінології досягнуто не було. До речі, звертає на себе увагу, що давньоримські юристи часом отожднювали одну з ознак права з «судом» як з місцем появи правової норми, виходячи з того, що латинське слово «iūs» (право) має близьке за змістом значення до визначення «суду»⁴.

Із часів середньовіччя відомий акт — наказ пруського короля уряду від 14 квітня 1780 року, у якому проголошувалося: «ми не будемо дозволяти, щоб суддя інтерпретував, розширював або обмежував наші закони і тим більше створював нові закони». Така позиція знайшла своє закріплення в законодавстві того періоду і в інших країнах Європи. Як наслідок, ця правова доктрина відобразилася й у роботах відомих філософів права того часу. У того ж Ш. Монтеск'є ми зустрічаємо думку про те, що судді є тільки

¹ Юридична енциклопедія: в 6 т./ редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К.: Укр. енцикл., 2002. — Т. 4. — 717 с.

² Хайек Ф. А. Право, законодавство та свобода: Нове викладення широких принципів справедливості та політичної економії: в 3 т. Т. 1: Правила та порядок / Ф. А. Хайек. — К.: Сфера, 1999. — 196 с.

³ Зивс С. А. Источники права / С. А. Зивс. — М., 1981. — 239 с.

⁴ Суд и судьи в избранных фрагментах из Дигест Юстиниана/ отв. ред. А. Л. Кофанов. — М.: Статут, 2006. — 734 с.

рупором, що озвучують текст закону. Це істоти без душі, які не можуть зменшити ні силу, ні суворість закону¹.

Характерно, що й у системі англосаксонського права, яке офіційно визнає доктрину судового прецеденту, дуже рідко можна зустріти як тотожного використання терміну «судове право». Більшість сучасних дослідників, сходяться у думці, що законодавчі акти і судові прецеденти в умовах англійської правової системи по суті є єдиними юридичними формами, у рамках яких певним чином зафіксовані та систематизовані норми права, також оперують терміном «судовий прецедент», не визначаючи його узагальненням поняттям, яким могло бути «судове право».

У правових системах сучасності судова правотворчість здатна оперативнo реагувати на потреби суспільства шляхом реалізації принципу верховенства права в процесі розгляду конкретних спорів і тим самим відображати те, що суспільство вважає прийнятним.

На відміну від загальноприйнятого визначення законодавчої бази держави як позитивного права, закріплення за загальнообов'язковими судовими рішеннями терміну «негативна правотворчість» зазнає серйозної критики. У зв'язку із цим і виникає питання, чому ж результат правотворчості судів не йменувати судовим правом?

Цілком очевидно, що для обґрунтування не лише можливості, а й необхідності позначення судової практики цим єдиним терміном, в основних правових системах сучасності необхідні різногаомі аргументи. Для англосаксонської правової системи це визначення є само собою зрозумілим й не викликає будь-яких заперечень, оскільки більшiстю дослідників визнано, що інтерпретація закону на підставі рішень суду в загальній ієрархії джерел права займає місце самого закону.

У міжнародному праві, зарубіжній юридичній літературі термін «судова правотворчість» внаслідок буквального перекладу як «права, створеного судом» ототожнюється із «суддівським правом» і на відміну від пострадянського простору є загальновизнаною категорією. Найбільшим ступенем визнання права судів на «добудування» норм закону характеризується сучасна правова доктрина Німеччини. На думку Р. Ципелюса, «правосуддя добудовує право шляхом уточнення, доповнення або усунення законодавчих помилок: воно уточнює закон, визначаючи та відпрацьовуючи можливі альтернативи його тлумачення, і обирає найбільш удалий з них (добудування права)»².

Закріплення в новітніх конституціях суверенних держав принципу верховенства права, замість верховенства закону, дозволяє відійти від догматичного сприйняття писаної норми у формі законів і підзаконних актів як (Явного і виняткового регулятора, політичних і соціальних процесів у сучасному соціумі. Істотне розширення повноважень і функцій судових органів, кардинальні зміни у філософії правосуддя дають можливість всій сукупності судових рішень утвердитися як найбільш оперативної та ефективної форми заповнення пробілів у праві, у першу чергу шляхом офіційного тлумачення проблемних питань, обумовлених недосконалістю законодавства.

Крім цього, найбільш вагомими аргументами для визнання судової практики джерелом права, а отже, і судовим правом, є такі зміни в законодавстві, що вже відбулись:

1) закріплення в конституціях і фактичній реалізації принципу поділу влади – внаслідок чого результати судового розгляду набувають владного, загальнообов'язкового характеру;

¹ Монтескьє Ш. О духе законов / Шарль Монтескьє; сост., пер. и коммент. А.В. Матешук. – М.: Мысль, 1999. – 672 с.

² Ципелюс Р. Юридична методологія / Р. Ципелюс; пер. Р. Корнута. – К., 2002. – 127с.

2) установлення судового порядку оскарження рішень і дій органів виконавчої та законодавчої влади

3) наділення судів правом оцінювати і перевіряти остаточно у встановленому порядку конституційність законів;

4) проголошення пріоритету норм міжнародного права (у випадках, установлених конституціями) і принципу прямої дії конституційних норм;

5) визнання юрисдикції Європейського суду з прав людини і його рішень як складової міжнародного права;

6) запровадження конституційного контролю у формі конституційного правосуддя.

Практично кожний із шести наведених факторів можна проілюструвати конкретними рішеннями судів різних юрисдикцій і ланок, які мали визначальне значення для врегулювання тих або інших правовідносин.

В останні роки з'являється все більше і більше аргументів в обґрунтування того, що ознаки нормативності та загальнообов'язковості мають не лише рішення конституційних судів, а і право положення, якими обґрунтовуються рішення Верховних і Вищих судів.

Також досить часто лунають переконливі аргументи щодо правотворчого характеру всіх ланок судової системи, оскільки дійсно кожний суд зобов'язаний дати відповідну оцінку доводам учасників процесу і у судовому рішенні має міститися казуальне таумення суддями норм права, що підлягає застосуванню в даній конкретній справі

При цьому судова нормотворчість здійснюється особливими способами й у специфічних формах. Основний спосіб, апробований багатовіковою практикою, полягає в тому, що суд, суддя, маючи у своєму розпорядженні матеріали справи, які ілюструють конкретний життєвий казус, пропускає цю життєву ситуацію крізь сито вже наявних правових норм, судових прецедентів і дає офіційну відповідь, як з позиції права в даній конкретній ситуації повинен був діяти кожен з учасників правовідносин.

Результат цього часом складного системного аналізу втілюється у форму суддівського рішення, що має обов'язковий характер. Причому, визнаючи судову практику судів загальної юрисдикції джерелом права, зовсім не обов'язково надавати їй доктринальне значення (розуміння) судового прецеденту в класичному його праворозумінні.

У романо-германській правовій системі можна вести мову про неофіційний судовий прецедент. Однак слід визнати, що значущість суду зростає, у тому числі й у зв'язку з формуванням судами судового права, що створює на основі єдиної судової практики фактично вторинний шар норм, як додаток до заходів держави та суспільства.

Саме прагненням до забезпечення: єдності судової практики у всіх регіонах можна пояснити прийняття нормативної бази, що регламентує введення та обнародування, починаючи з 2006 року, реєстрів судових рішень всіх судів України.

Таким чином, і законодавче закріплення за судовою практикою всієї структури національних судів нормотворчої функції дозволить перейти на новий, більш якісний щабель суддівської правотворчості і забезпечить у суспільстві торжество принципу Верховенства Права.

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ РОЗВИТКУ СИСТЕМИ ПРАВОСУДДЯ

Романів Г.В.

прокурор Окружної прокуратури міста Івано-Франківська Івано-Франківської області

Ніщо в Україні не є таким же далеким від стабільності, як судова система. Судова система пройшла довгий шлях становлення, але попереду ще багато випробувань. Реформа судочинства — обов'язковий пункт програми реформ будь-якого Президента.

Незалежне та неупереджене правосуддя є запорукою сталого розвитку суспільства і держави, гарантією додержання прав і свобод людини та громадянина, прав та законних інтересів юридичних осіб, інтересів держави, зростання добробуту та якості життя, створення привабливого інвестиційного клімату, своєчасного, ефективного і справедливого вирішення правових спорів на засадах верховенства права¹.

Саме ці положення закріплені у «Стратегії розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021–2023 роки», запропонованій Президентом України В. Зеленським.

Саме її ми і обговоримо.

Стратегія не містить конкретних планів і лише окреслює напрями реформування. Конкретні ж дії, заходи і навіть завдання має визначити комісія з питань правової реформи.

Напрями та заходи, які планують у системі правосуддя поділені на свосвідні блоки:

- покращення доступу до правосуддя;
- зміцнення незалежності судової влади та підзвітності суспільству;
- суддівська кар'єра та відповідальність суддів.

У питанні реорганізації місцевих судів (створенні нової судової карти) передбачається:

- проведення аудиту системи місцевих судів; розробку на підставі висновків аудиту плану перегляду мережі місцевих судів з урахуванням встановлених (визначених) критеріїв;
- запровадження методики визначення кількості суддів у судах та типових стандартів щодо навантаження на суддів та правників апарату суду;
- розгляд після створення нової мережі судів першої інстанції та залежно від ефективності їх роботи можливості подальшої оптимізації системи місцевих судів шляхом укрупнення судів;

Занепокоєння викликає ідея щодо нової «судової карти», що передбачає перехід до моделі: одна область — один апеляційний суд, у складі якого будуть утворюватися палати з розгляду кримінальних, цивільних, адміністративних та господарських справ. Навряд чи судовій системі піде на користь чергове перетасування суддів та будівель, що проблематику в цьому питанні взагалі важко знайти.

Для вирішення питання здійснення судочинства в цілому пропонується:

- удосконалення методики визначення ставок судового збору для окремих категорій справ з метою усунення перешкод для доступу до правосуддя;
- запровадження інституту суду присяжних, який вирішуватиме питання винуватості (вини) особи у вчиненні злочинів, за які законом передбачено покарання у виді довічного позбавлення волі (як перший етап запровадження), віднесення в подальшому до повноважень суду присяжних вирішення питання винуватості (вини) особи у

¹ <https://www.president.gov.ua/documents/2312021-39137>

вчиненні злочинів, за які законом передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк понад 10 років;

- запровадження механізму перегляду вироків щодо осіб, засуджених до довічного позбавлення волі чи позбавлення волі на строк понад 10 років;
- запровадження інституту тимчасового відкликання судді з відставки (за його згодою) за рішенням Вищої ради правосуддя стосовно суддів, які на момент виходу у відставку за результатами кваліфікаційного оцінювання підтвердили відповідність займаній посаді (здатність здійснювати правосуддя у відповідному суді) та відповідають критеріям доброчесності;
- наділення суду правом у випадках виготовлення повного тексту судового рішення оголосити в судовому засіданні його вступну і резолютивну частини та навести основні мотиви цього рішення;
- розширення інституту письмового провадження у касаційному судочинстві;
- врегулювання питання щодо надання судді безпосереднього доступу до автоматизованих інформаційно-телекомунікаційних і довідкових систем, реєстрів, банків даних, держателем (адміністратором) яких є державні органи або органи місцевого самоврядування;
- перехід на одноособовий розгляд справ у судах першої інстанції (крім окремих категорій справ, які розглядаються вищими спеціалізованими судами та Верховним Судом як судами першої інстанції);

Крім цього, передбачається визначення у процесуальних кодексах:

- категорій справ, які переглядаються апеляційними судами одноособово;
- категорій судових рішень (якими не завершується розгляд справи), що ухвалюються судом касаційної інстанції одноособово;
- перегляд положень щодо категорій справ, які розглядаються апеляційними судами як судами першої інстанції, з метою передачі цих справ у місцеві суди;
- зміну підсудності у справах, що виникають у сфері публічно-правових відносин, забезпечивши можливість розгляду Верховним Судом (або іншим судом адміністративної юрисдикції) як судом першої інстанції справ з найбільш важливих питань, учасниками яких є центральні органи виконавчої влади та інші державні органи, юрисдикція яких поширюється на всю територію України;
- запровадження дієвих механізмів запобігання зловживанню учасниками процесу своїми процесуальними правами, ефективних інструментів реагування на неналежну поведінку учасників судового процесу;
- запровадження інституту скарги на недотримання розумних строків розгляду справ у судах та у подальшому – інституту виплат компенсацій учасникам судового процесу за порушення розумних строків розгляду справ за рахунок державного бюджету;
- забезпечення дотримання прав жетововних осіб у судочинстві та надання послуг перекладу;

Розвиток електронного судочинства, його інтегрування у національну інфраструктуру електронного врядування пропонується здійснити шляхом:

- запровадження можливості розгляду онлайн певних категорій справ незалежно від місцезнаходження сторін і суду та інших сервісів електронного судочинства;
- впровадження сучасного електронного діловодства в суді, електронного ведення справ, електронних комунікацій із судом, кабінету судді та кабінету учасника процесу;
- удосконалення та розвиток офіційного вебпорталу судової влади України для отримання інформації про суди і справи (провадження) з регулярним оновленням даних судової статистики;

У Стратегії, також, приділено увагу розвитку альтернативного (позасудового) та досудового врегулювання спорів, наприклад:

- встановлення для окремих, визначених законом, категорій справ обов'язкового досудового порядку врегулювання спорів з використанням медіації та інших практик;
- запровадження інституту мирового судді;
- запровадження у справах адміністративного судочинства досудових процедур адміністративного оскарження з розширенням можливостей застосовування досудових та позасудових процедур врегулювання спорів;
- оптимізація судових витрат та процедур їх адміністрування з метою заохочення використовувати позасудові способи врегулювання спору;
- удосконалення порядку утворення та діяльності третейських судів, у тому числі щодо підвищення вимог до засновників третейських судів, розширення підвідомчості справ третейським судам, поширення гарантій конфіденційності на третейських суддів;
- запровадження та розвиток інституту медіації.

Аналізуючи 2021-й рік, можна зробити висновок, що фінансування судової влади перейшло у категорію критичного стану - не вистачає коштів не тільки на матеріально-технічне забезпечення діяльності судів, а й на виплату заробітної плати працівникам апарату судів. Така ситуація призводить до погіршення оперативності та якості розгляду судових справ, знижує рівень захисту прав і свобод людини і громадянина, у зв'язку з чим, виникають серйозні проблеми із забезпеченням реалізації принципу доступності людей до правосуддя та забезпечення їх права на вирішення судом справи упродовж розумного строку.

На даний час, основне питання — це вирішення питання фінансування судової влади і тим самим підвищення її незалежності.

Однак, Стратегія в цьому контексті містить тільки загальні поняття.

ЩОДО ОКРЕМИХ НЕДОЛІКІВ ГАЛУЗЕВИХ ЗАКОНОПРОЕКТІВ ПРО ПРИМУСОВЕ ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ

Снідевич О.С.

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри нотаріального, виконавчого процесу та адвокатури, прокуратури, судострою Навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Примусове виконання судових рішень та рішень інших органів є важливого складового процесу правосуддя.

Не дивлячись на те, що з моменту прийняття діючого Закону України «Про виконавче провадження» минуло лише близько п'яти років, він вже виглядає застарілим. У зв'язку з цим, цілком обґрунтовано впродовж останніх років знову гостро дискутується питання про прийняття нового галузевого закону про примусове виконання рішень.

На даний час на розгляді у Верховній Раді України перебуває одразу декілька законопроектів, одним з яким є проєкт Закону про виконавче провадження №3726 від 23.06.2020¹ (надалі – законопроект 1), а другим – проєкт Закону про примусове виконання рішень №5660 від 14.06.2021² (надалі – законопроект 2). При чому, якщо подивитись історію цих законопроектів, то законопроект 1, хоча й був внесений раніше,

¹ Проєкт Закону про виконавче провадження №3726 від 23.06.2020. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69256

² Проєкт Закону про примусове виконання рішень №5660 від 14.06.2021. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72223

однак на сьогодні лише опрацьовується у Комітеті з питань правової політики. Законопроект 2 на сьогодні вже пройшов процедуру першого читання та готується до другого. Цікавим є те, що ініціаторами обох законопроектів є народні депутати України Т.П.Тарасенко та С.О.Демченко, причому у законопроекті 1 ініціаторами є лише ці народні депутати, а у законопроекті 2 поряд з ними ініціаторами є й низка інших народних депутатів. До внесення у Верховну Раду України законопроекту 2 у правовому середовищі, насамперед, приватних виконавців, жваво обговорювався законопроект 1, після внесення законопроекту 2 дискусія по законопроекту 1 припинилася, і на сьогодні вона ведеться виключно щодо законопроекту 2. Таким чином, з наведеного вбачається, що основним законопроектом для прийняття у Верховній Раді України визначено законопроект 2.

З огляду на зазначене, спробуємо поглянути на зміст законопроекту 2 з точки зору висловлених у науці зауважень до змісту як діючого законодавства про виконавче провадження, так і зауважень до законопроекту 1.

При аналізі законопроекту 1 нами з А.С.Малярчук зверталася увагу на недосконалості регулювання у ньому інституту учасників виконавчого провадження¹. Підхід, що був застосований у законопроекті 1 щодо цього питання, ґрунтувався на діючому правовому регулюванні, яке є недосконалим. На жаль, законопроект 2 також фактично містить усі ті недоліки, що їх містив і законопроект 1 та містить діюче законодавство.

Зокрема, Глава 3 Розділу V «Виконавче провадження» законопроекту 2 хоча й має назву «Учасники виконавчого провадження», однак, як вбачається з неї, врегульовує не лише статус учасників виконавчого провадження, а й статус осіб, які залучаються до проведення виконавчих дій. Таким чином, назва глави 3 законопроекту 2 не відповідає її змісту.

При цьому, як вбачається зі ст. 73 законопроекту 2, учасниками виконавчого провадження є виконавець, сторони, представники сторін, прокурор, експерт, спеціаліст, перекладач, суб'єкт оціночної діяльності - суб'єкт господарювання, особи, права інтелектуальної власності яких порушені, - за виконавчими документами про конфіскацію та знищення майна на підставі статей 176, 177 і 229 Кримінального кодексу України, статті 512 Кодексу України про адміністративні правопорушення. Особами, які залучаються до проведення виконавчих дій, є поняті, працівники поліції, представники органів опіки і піклування, інших органів, установ та підприємств у порядку, встановленому цим Законом.

Однак, застосований підхід не сприймається з точки зору теорії процесуального права, оскільки має суттєві вади. За такого підходу, який був застосований і у законопроекті 1, не прослідковується критерій поділу усіх суб'єктів виконавчого провадження на групи учасників виконавчого провадження та осіб, які залучаються до проведення виконавчих дій². Суб'єкти, які мають різну процесуальну мету участі у виконавчих процесуальних правовідносинах, відносять до однієї групи, і навпаки, суб'єкти, які повинні були б бути віднесені до однієї групи – розведені у різні групи. При цьому, зауважимо, що зазначений недолік характерний і для діючого законодавства та часто критикується у науці. Таким чином, маємо ситуацію, коли законодавець раз-по-раз зухвало не сприймає цієї критики, без будь-яких обґрунтованих підстав залишає цю теоретичну помилку у нормативному акті.

Недосконалим виглядає як у діючому законодавстві, так і в законопроектах 1 та 2, й окреслене коло учасників виконавчого провадження. Зазначене коло не враховує того,

¹ Малярчук А.С., Снідевич О.С. Суб'єкти виконавчого провадження: законопроектні новели. *Підприємство, господарство і право*. 2020. №8. С. 42-47.

² Малярчук А.С., Снідевич О.С. Там само. С. 43.

що права та обов'язки у виконавчому процесі мають й значна кількість інших осіб, наприклад, особи, в яких перебуває майно боржника, зберігачі майна тощо.

Недосконало врегульовує законопроект 2 й інститут представництва у виконавчому провадженні, зокрема, представництво адвоката.

Як зазначали ми раніше, діюче законодавство про виконавче провадження сповідує ідею, згідно з якою правову допомогу адвоката у виконавчому провадженні можуть отримати лише його сторони – стягувач та боржник, та що у сфері виконавчого провадження зазначений підхід є очевидно неправильним. Значна кількість інших суб'єктів виконавчих процесуальних правовідносин, причому як тих, що мають у справі юридичний інтерес, так і тих, що його не мають, також можуть потребувати правової допомоги адвоката (наприклад, органи опіки та піклування, особи, в яких перебуває майно боржника, зберігачі майна)¹. Аналіз законопроектів 1 та 2 вказує на те, що аналогічний неправильний підхід застосовано і у цих законопроектах. Таким чином, знову ж таки бачимо, що законодавець переписує у нових законопроектах очевидні помилки діючого законодавства, а це свідчить про низьку якість законопроектної роботи.

Однак, позитивом законопроекту 2 вже у порівнянні з законопроектом 1 є, принаймні, те, що законопроект 2 залишає такого суб'єкта виконавчого провадження як понятій. Як уже зазначалося нами, дійсно, необхідність залучення понятих до участі у виконавчих діях створює певні незручності для виконавців, однак існування понятих у виконавчому провадженні викликане необхідністю захисту інтересів виконавців. Участь понятих, наприклад, запобігає безпідставним звинуваченням виконавця у тих же крадіжках майна під час опису².

Щепо краще у порівнянні з діючим законодавством, вважаємо, врегульовує законопроект 2 окремі аспекти виконання рішень, які не можуть бути виконані без участі боржника. Зокрема, нами зверталася увага на необхідності вдосконалення законодавства та передбачення у законодавстві необхідності застосування до боржника, який не виконує рішення про зобов'язання вчинити певні дії, різного роду заходів непрямого примусу – обмеження боржника в праві виїду за межі України, обмеження боржника у праві здійснення окремих належних йому прав (права управляти транспортними засобами, права на полювання, рибальство) тощо³. Дуже правильним вважаємо те, що законопроект 2 передбачає можливість застосування до боржника за такими рішеннями такого тимчасового обмеження як обмеження боржника – фізичної особи або керівника боржника – юридичної особи у праві виїзду за межі України. Однак, необґрунтованим виглядає те, що законопроект 2 не передбачає можливість застосування у цих випадках й інших заходів примусового виконання рішень з поміж зазначених нами.

Безумовно, внесені на розгляд Верховної Ради України законопроекти у сфері примусового виконання рішень вдосконалюють багато інститутів виконавчого процесу. Однак, як і діючий на сьогодні Закон України «Про виконавче провадження», вони містять істотні недоліки, на які вказувалося у науці. Ці недоліки повинні бути усунуті задля прийняття якісного галузевого закону про примусове виконання рішень.

¹ Снідевич О.С. Адвокат у виконавчому провадженні // Адвокатура України: сучасний стан та перспективи розвитку (з нагоди 145-річчя створення Ради присяжних повірених при Харківському окружному суді) : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Харків, 16 трав. 2019 р.) / редкол.: Т. Б. Вільчик (голова) та ін. Харків : Право, 2019. С.152.

² Малирчук А.С., Снідевич О.С. Там само. С. 45.

³ Снідевич О.С. Процесуальна форма виконання рішень немайнового характеру, які не можуть бути виконані без участі боржника. *Підприємство, господарство і право*. 2019. №6. С. 56.

ЗБЛИЖЕННЯ ГАРАНТІЙ НЕЗАЛЕЖНОСТІ ПРОКУРОРІВ ТА СУДДІВ КРІЗЬ ПРИЗМУ НАЦІОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Стефанчук М.М.

*доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри нотаріального,
виконавчого процесу та адвокатури, прокуратури, судострою*

*Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

Однією із гарантій незалежності суддів в Україні є функціонування органів суддівського врядування та самоврядування, так само як і незалежність прокурорів забезпечується функціонуванням органів прокурорського самоврядування.

Водночас, попри те, що Закон України «Про прокуратуру» від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII (далі – Закон № 1697-VII) не дає чіткого розуміння статусу відповідного органу, що здійснює дисциплінарне провадження, зазначаючи лише про те, що це колегіальний орган (тут і далі виділено мною – М. Стефанчук), який відповідно до повноважень, передбачених цим Законом, визначає рівень фахової підготовки осіб, які виявили намір зайняти посаду прокурора, та вирішує питання щодо дисциплінарної відповідальності, переведення та звільнення прокурорів з посади, у літературі послідовно обґрунтовується твердження про те, що подібні повноваження та особливості формування складу такого органу дають підстави для виокремлення його статусу як органу прокурорського врядування¹.

Резонансною складовою сучасного етапу реформування системи правосуддя в Україні стало припинення повноважень членів органів прокурорського та органів суддівського врядування, що відбулися в Україні у цей період, так би мовити, за подібним сценарієм.

Так, відповідно до п. 21 Розділу II «Прикінцеві і перехідні положення» Закону України від 19 вересня 2019 року № 113-IX «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури»² (далі – Закон № 113-IX) було встановлено, що з дня набрання чинності цим Законом члени і голова Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів (далі -КДКП) вважаються звільненими з посади, а їх повноваження вважаються достроково припиненими. Водночас відкриті КДКП на день набрання чинності цим Законом дисциплінарні провадження щодо прокурорів, стосовно яких не ухвалено рішення, передаються її секретаріатом відповідним кадровим комісіям для продовження їх розгляду у порядку, визначеному Генеральним прокурором.

Варто нагадати про те, що з прийняттям Закону № 1697-VII активно обговорювалась зміна суб'єктів адміністрування системи прокуратури, з домінуванням позитивних сподівань на ефективну роботу КДКП як нового, на той час, суб'єкта цієї системи, уповноваженого на визначення рівня фахової підготовки осіб, що виявили намір зайняти посаду прокурора, а також вирішення питань щодо дисциплінарної відповідальності, переведення та звільнення прокурорів з посади.

Однак недосконалість законодавчої регламентації правового статусу КДКП призвела до ускладнень в її діяльності, на усунення яких був спрямований проект Закону про

¹ Костенко С. Кваліфікаційно-дисциплінарна комісія прокурорів: правовий статус та шляхи реформування: монографія. Київ: Національна академія прокуратури України, 2019. С. 41.

² Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури: Закон України від 19 вересня 2019 року № 113-IX. Відомості Верховної Ради України. 2019. № 42. Ст. 238.

внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» (у частині удосконалення діяльності Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів) від 4 жовтня 2017 року № 71651. Цим законопроектом статус КДКП та забезпечення її діяльності планувалось привести у відповідність до статусу та порядку забезпечення діяльності подібного органу в системі правосуддя – Вищої кваліфікаційної комісії суддів України (далі – ВККС). Зокрема, шляхом встановлення окремого від Генеральної прокуратури України фінансового та матеріально-технічного забезпечення, а також створення секретаріату в КДКП.

Утілити у життя окреслені наміри не вдалося з причини відкликання відповідного законопроекту. Ба більше, за наслідками чергового етапу судової реформи, ознаменованої положеннями Закону України від 16 жовтня 2019 року № 193-IX «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування»² (далі – Закон № 193-IX), з дня набрання чинності цим Законом повноваження членів ВККС України були припинені, а через недоліки законодавчої регламентації, пов'язані із відсутністю запровадження відповідного перехідного періоду при зміні кількісного складу та суб'єктів призначення членів цього органу суддівського врядування, у тривалому процесі його формування виникла низка ускладнень.

Залишаючи за дужками правову оцінку якості законодавчої регламентації окреслених реформ, оскільки з цього приводу в експертному середовищі не висловився хіба що байбужий, варто звернути увагу на деякі аспекти практичного втілення у життя тверджень щодо зближення гарантій незалежності суддів і прокурорів у системі правосуддя, що набуло особливої актуальності після внесення відповідних змін до Конституції України щодо правосуддя у 2016 році³.

У цьому контексті, передусім, варто звернутися до деяких міжнародних стандартів, що стосуються особливостей організації та діяльності прокуратури. Такі стандарти, як цілком справедливо відзначається у літературі, будучи виробленими на основі узагальнення досвіду окремих держав у цій сфері, стають орієнтирами для удосконалення національних правових систем та потребують надання їм обов'язковості, конкретизації та доповнення з боку національного законодавства⁴.

Так, у Звіті Венеціанської комісії з Європейських стандартів щодо незалежності судової системи: частина II – Служба обвинувачення, ухваленому на 85-му пленарному засіданні (Венеція, 17–18 грудня 2010) попри застереження про те, що «незалежність» служби обвинувачів за своєю сутністю відрізняється за обсягом від незалежності суддів (п. 30), все ж визнається, що якості, які вимагаються від обвинувача подібні до якостей

¹ Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» (в частині удосконалення діяльності Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів) від 4 жовтня 2017 року № 7165. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62644 (дата звернення: 07.10.2021)

² Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування: Закон України від 16 жовтня 2019 року № 193-IX. Відомості Верховної Ради України. 2019. № 50. Ст. 354.

³ Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Закон України від 2 червня 2016 року № 1401-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 28. Ст. 532

⁴ Лапкін А.В. Прокурор у кримінальному провадженні: теоретичні, правові та організаційно-методичні проблеми: монографія. Харків : Право, 2020. С. 146-147.

судді та потребують наявності відповідних процедур призначення та просування по службі (п. 18) ¹.

Заслугують на увагу у контексті питань, що досліджуються, рекомендації Консультативної ради європейських прокурорів (далі – КРЕП) – органу, створеного Комітетом Міністрів Ради Європи з метою підготовки висновків з питань, пов'язаних зі службою обвинувачення, який претендує на визнання його одним із найважливіших джерел формування стандартів у досліджуваній сфері, з огляду на їхню предметну спрямованість. А його висновки та рекомендації справедливо можуть розглядатися як предметне втілення кращих міжнародних практик у сфері досліджуваних питань.

Так, у п. 14 Висновку КРЕП № 13 (2018) «Незалежність, підзвітність та етика прокурорів»² зазначається про те, що з урахуванням близькості й взаємодоповнювального характеру місії суддів і прокурорів, а також вимог щодо їхнього статусу та умов служби прокурори повинні мати гарантії, аналогічні гарантіям суддів. Така рекомендація КРЕП є послідовним продовженням раніше сформованого бачення у низці міжнародних інструментів також присвячених питанню незалежності прокурорів, зокрема, у Висновку КРЕП № 4(2009) «Про взаємовідносини між суддями та прокурорами у демократичному суспільстві» (Бордоська декларація)³, ухваленому спільно з Консультативною радою європейських суддів, у якому, зокрема, йдеться про те, що незалежність прокуратури є безумовним наслідком незалежності судової влади.

Серед ключової рекомендації КРЕП у контексті цього дослідження, слід визнати пропонування нею орієнтир для держав-членів, щоб процес призначення, переведення, підвищення та застосування дисциплінарних стягнень до прокурорів був чітко викладений у письмовій формі та максимально наближений до рівня суддів, особливо в державах-членах, які дотримуються принципу єдності судової влади та мають зв'язки між функціями суддів і прокурорів протягом всієї їхньої кар'єри. У таких випадках положення переважно повинні бути встановлені законом і застосовуватися під контролем незалежного професійного органу (наприклад, у складі більшості суддів і прокурорів, обраних їхніми колегами), такого як Рада суддів або прокурорів, що уповноважений на призначення, підвищення та застосування покарань для прокурорів (п. 24).

З цього приводу у літературі окреслюється перспектива уніфікації статусу цих представників системи правосуддя, як наслідок обраного у 2016 році вітчизняним законодавцем шляху зближення статусу суддів і прокурорів. При цьому, орієнтирами для побудови національної системи адміністрування прокуратури, з огляду на відсутність єдиних та одноманітних моделей та рекомендацій, пропонується обрати відповідні положення, що стосуються статусу суддів⁴.

У розвиток цих ідей та рекомендацій видається послідовним, щоб і формування органів, що визначають рівень фахової підготовки осіб, які виявили намір зайняти посаду прокурора або посаду судді, а також вирішують питання щодо дисциплінарної

¹ CDL-AD(2010)040-e Report on European Standards as regards the Independence of the Judicial System: Part II – the Prosecution Service – adopted by the Venice Commission – at its 85th plenary session (Venice, 17-18 December 2010). URL: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)040-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)040-e) (дата звернення: 07.10.2021)

² Висновок КРЕП № 13 (2018) «Незалежність, підзвітність та етика прокурорів». URL: <https://rm.coe.int/168074738b> (дата звернення: 07.10.2021)

³ Висновок КРЕП № 12 (2009) та Висновок КРЕП № 4 (2009) «Бордоська декларація «Судді та прокурори у демократичному суспільстві». URL: <https://rm.coe.int/opinion-no-12-2009-on-the-relations-between-judges-and-prosecutors-in-/16806a1fbd> (дата звернення: 07.10.2021)

⁴ Костенко С. К. Створення органів прокурорського врядування та проблема досягнення європейських стандартів незалежності прокурора. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2019. № 1. С. 203.

відповідальності прокурорів та суддів, переведення та звільнення їх з посад також були максимально наближеними.

Водночас правовий аналіз законодавчої регламентації¹ формування органів суддівського та прокурорського врядування на сучасному етапі реформування системи правосуддя в Україні, так само як і окреслені наміри² щодо оптимізації процедури добору прокурорів на посади свідчать радше про послаблення тенденції до зближення цих процесів відносно прокурорів до рівня суддів, а отже – і про формування нових орієнтирів для удосконалення національної правової системи у цій сфері.

ІНСТИТУЦІЙНІ АСПЕКТИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ В ІНТЕГРАТИВНІЙ ДОКТРИНІ ПРАВОСУДДЯ

Тертишник В.М.

*доктор юридичних наук, професор,
академік Академії політичних наук України
(Університет митної справи та фінансів)*

Завдання забезпечення справедливості судочинства потребують удосконалення моделі діяльності судової гілки влади, створення системи дієвих і достатніх механізмів стримувань і противаг проти судових помилок, свавілля та корупції при здійсненні судочинства.

Отримавши в спадщину правову систему, розбудовану на ідеології тоталітаризму та реалізовану методами командно-адміністративної юрисдикції, наша держава зробила вірний цивілізаційний вибір і сьогодні попри всі проблеми, в законодавчій сфері принаймні, тримає курс на реалізацію принципу верховенства права. Але це складний і багатогранний процес має торкатись як правовідносин «людина-держава», так і організації самої влади.

1. Ідея Національного суду з прав людини. Розв'язання проблема верховенства права, забезпечення прав і свобод людини в сфері правосуддя залишаються одними з найважливіших напрямів судово-правової реформи. Визнавши Голодомор актом геноциду, слід мати на увазі, що на ці злочини (ст. 442 КК України) не поширюються строки давності, а отже, хоче хтось того чи ні, держава, усвідомлюючи моральний обов'язок перед минулими та наступними поколіннями українців і визнаючи необхідність відновлення історичної справедливості, зобов'язана організувати і здійснити судовий процес над усіма особами, що вчинили указаний злочин, незалежно від наявності чи відсутності їх і від строків давності.

На доктринальному рівні важливо сформулювати окрему галузь права – реабілітаційне право, а на цій основі було б доцільним в Україні прийняти інтегративний законодавчий акт – «Кодекс реабілітації жертв незаконних кримінальних переслідувань, політичних

¹ Про внесення змін до розділу II «Прикінцеві і перехідні положення» Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури» щодо окремих аспектів дії перехідних положень: Закон України від 15 червня 2021 року № 1554-IX. *Відомості Верховної Ради України*. 2021. № 35. Ст. 294; Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законів України щодо відновлення роботи Вищої кваліфікаційної комісії суддів України: Закон України від 13 липня 2021 року № 1629-IX. *Відомості Верховної Ради України*. 2021. № 40. Ст. 326; Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо порядку обрання (призначення) на посади членів Вищої ради правосуддя та діяльності дисциплінарних інспекторів Вищої ради правосуддя: Закон України від 14 липня 2021 року № 1635-IX. *Відомості Верховної Ради України*. 2021. № 380. Ст. 320

² Проект Закону про внесення змін до деяких законів України щодо удосконалення добору та підготовки прокурорів № 5158 від 25 лютого 2021 року. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=71239 (дата звернення: 07.10.2021)

репресій та зловживань влади». Відповідно до цього було б логічним створення в Україні спеціального судового органу для розгляду справ щодо злочинів проти людяності на території України, справ щодо політичних репресій, голодомору, геноциду, терору, незаконних кримінальних репресій і переслідувань. Здійснений на цій інституційній основі судовий процес, стаючи судом історії, розпочавши розгляд указаних справ, може в подальшому стати організаційно-правовою і матеріальною підвалиною запровадженого та діючого на постійній основі нового судового органу – Національного суду з прав людини, в юрисдикцію якого входило розгляд позовів людини проти органів державної влади України та їх посадових осіб.

Національний Суд з прав людини, має створюватись в Україні на засадах максимального забезпеченні незалежності суддів від самої влади. На наш погляд створення такого судового органу може поліпшити реалізацію інституту відповідальності держави перед людиною, сприяти зміцненню принципу верховенства права в діяльності державних інституцій.

Разом з тим, в організації судової влади назріла потреба в прийнятті нового Закону України «Про судоустрій та статус суддів України», з поверненням при цьому до історичної назви вищої судової інстанції - Верховного Суду України.

2. Ідея мирового суду. Запровадження мирового суду приваблює додатковими можливостями не тільки спрощення судочинства, а й переходу на гуманістичні засади у визначених випадках відмови від кримінальних репресій, розв'язання справи шляхом закриття кримінального провадження на підставі укладенням мирової угоди між сторонами. Адже, як влучно мовлять народні прислів'я: «В тюрму двері широкі, а звідти вузькі», «До суду два скачуть, а після суду один скаче, другий плаче»... По суті нерідко «найкраще правосуддя те, яке робить себе зайвим, але залишається справедливим». Досягти такого важко, але намагатись потрібно.

Реалізація історично відомого правового інституту мирових суддів в Україні, на наш погляд, відповідає тенденціям розвитку суспільства в напрямку побудови правової держави та реалізації ідей гуманізму і відновлюваного правосуддя, може сприяти більш широкому та дієвому застосуванню інституту судових компромісів, знаходиться в гармонії з традиціями і світоглядом нашого народу, стало б прогресивним явищем в сфері правосуддя.

Грунтуючись на історичних національних моральних та правових традиціях, а також особливостях визначення в українській мові слів «мир» та «мирова», під доктриною мирового суду варто розуміти таку модель судового провадження спеціальної судової інституції органів місцевого самоврядування, судді якої на основі спрощеної процедури їх діяльності забезпечують максимальну доступність до правосуддя, розглядають малозначні проступки та правопорушення, щодо яких можуть укладатись мирові угоди, а провадження як правило можуть закриватись за примиренням сторін, а відтак орієнтовані на мирне вирішення справ та максимальне сприяння злагоді в суспільстві.

За приписами Уставу про покарання, що накладаються мировими судьями (1864 р.). відомству мирових суддів підлягали всі кримінальні справи, які порушувались не інакше як за скаргою потерпілого, справи, які підлягали закриттю за примиренням сторін, а також справи про проступки, за які могло бути визначене покарання у вигляді арешту на термін до трьох місяців або ув'язнення на термін не більше одного року.

Думасмо, що потребує невідкладної реалізації пропозиція щодо запровадження в Україні не тільки суду присяжних, а й відповідної національним традиціям доктрини мирового суду.

До підсудності мирових суддів в сфері кримінального судочинства в Україні варто віднести усі справи щодо кримінальних проступків, а також провадження про злочини,

які порушуються тільки за заявою потерпілого та підлягають закриттю при досягненні мирової угоди, а також всі інші кримінальні справи, які за приписами норм матеріального і процесуального права можуть бути закриті за примиренням сторін чи у зв'язку з дійовим каяттям.

3. Концепт суду присяжних. Спроба визначити процесуальну форму діяльності суду присяжних зроблена в КПК України 2012 року. Але сама ідея суду присяжних тут втерпіла значну мімікрію і до неможливості спотворена. У ч. 3 ст. 31 КПК України передбачено, що кримінальне провадження в суді першої інстанції щодо злочинів, за які передбачено покарання у вигляді довічного позбавлення волі, здійснюється за клопотанням обвинуваченого – «судом присяжних у складі двох професійних суддів та трьох присяжних».

Ніякої особливої процесуальної форми провадження тут не розкрито, та і розкрито не могло бути, адже присяжні мисляться як декоративний придаток, що сидить поряд з професійними суддями і «живас» під їх керівництвом.

Суд присяжних має відроджуватись з урахуванням історичного досвіду його функціонування в минулому. Присяжні мають стати суддями факту, тобто вони виносять вердикт про винність або невинуватість підсудного в не мають бути задіяні у вирішенні інших питань вироку, де потрібні зазвичай юридичні знання.

Відродження суду присяжних в такій моделі буде сприяти зміцненню незалежності правосуддя, мінімізації тиску на судову владу, з неминучістю спричинить необхідність активного і всебічного дослідження доказів в суді, розвитку мистецтва аргументації, буде сприяти росту професіоналізму обвинувачів і захисників.

У суді присяжних відокремлюється питання про винність (це питання вирішується присяжними в вердикті) від питання про покарання (це питання вирішує суддя в вироку), чим по суті судова влада ділиться на дві взаємно контролюючі частини, що обмежує можливості зловживання, корупції та тиску на судову владу, зміцнює принципи неупередженості і незалежності суду та зменшує ризик судових помилок. Саме така модель має бути запроваджена в КПК України.

РОЛЬ СУДДІ В ПРОЦЕСІ ЛЕГІТИМАЦІЇ СУДОВОЇ ВЛАДИ

Українець О.Б.

*аспірантка Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

Важливою умовою становлення й розвитку України як правової держави, яка заснована на засадах верховенства права, взаємній відповідальності між людиною та державою, є незалежно функціонуюча судова влада, здатна забезпечити справедливий та ефективний захист прав та обов'язків кожної людини. Упровадження багатьох віків людство мріє про справедливий, неупереджений і швидкий суд.

Судова влада сучасної України на сьогодні, далеко не така, яка б мала бути в демократичній, соціально-правовій державі. Корупція в судах, вибіркове правосуддя, численні прояви бездушного формалізму і тяганини викликали кризу довіри до судової влади з боку населення, яку, попри всі декларовані реформи й обіцяну люстрацію суддівського корпусу, на цей час так і не вдалося подолати¹.

Судова влада неодмінно є частиною конституційної структури демократичної держави. Демократія – це система, яка гарантує і забезпечує права і свободи людини і

¹ Судова влада в Україні: історичні витопки, закономірності, особливості розвитку. URL: <http://history.org.ua/LiberUA/978-966-00-1458-9/978-966-00-1458-9.pdf>.

громадянина, перетворюючи людину, її добробут та її права на основну соціальну цінність, яка визначає і спрямовує діяльність держави¹. Ознакою конституційної демократії є судова влада та здійснюваний нею судовий захист прав і свобод людини і громадянина. Суд є найнадійнішим bastionом захисту прав людини, запобігання будь-яким зловживанням владою з боку законодавчої та виконавчої гілок. Судова влада відіграє одну з ключових ролей у збереженні демократичних основ державного ладу, стоїть на сторожі демократії і недопущення авторитаризму. Тобто, будь-які демократичні перетворення в Україні не повинні відбуватися поза контекстом вдосконалення організації і діяльності судової влади. Тому, якщо за своєю суттю, конституційна структура такої держави легітимна, засади судової влади так само законні і легітимні.

Основним законопроектом у судовій сфері є Закон України «Про судоустрій та статус суддів» від червня 2016 р., в ньому йдеться про організацію судової влади та здійснення правосуддя в Україні, що функціонує на засадах верховенства права відповідно до європейських стандартів і забезпечує право кожного на справедливий суд².

Для виконання судових функцій, закріплених конституцією, кожен суддя повинен пройти процедуру призначення і таким чином стати частиною судової системи. Нині ст. 128 Конституції України³ передбачає, що призначення на посаду судді здійснюється Президентом України за поданням Вищої ради правосуддя в порядку, встановленому законом. Призначення на посаду судді здійснюється за конкурсом, крім випадків, визначених законом. Кожен суддя, який призначається відповідно до Конституції та інших чинних законодавчих актів, таким чином, одержує конституційне підтвердження своїх повноважень та легітимність. Опосередковано це призначення відповідно до конституційних та інших правових норм дає владу і відповідні повноваження окремим суддям застосовувати закон і становить «конституційну або формальну легітимність окремого судді». Призначення суддів відповідно до конституції і законів держави, здійснення конституційної ролі суддів шляхом винесення рішень у справах відповідно до правових норм, розроблених законодавчим органом і обов'язкове виконання суддею своїх повноважень в межах встановлених правових правил поведінки, все це надають початкову легітимність судді⁴.

Кожен суддя особисто є уособленням правосуддя в державі. Незалежність та неупередженість суддів є обов'язковими передумовами здійснення правосуддя, яка має бути закріплена законодавчо, функціонально та фінансово. Суддя добровільно бере на себе колосальні обмеження щодо своєї поведінки, а отже повинен поводитись бездоганно як під час відправлення правосуддя, так і у позасудовій діяльності. Цього вимагає високий статус судді у суспільстві. Саме бездоганна поведінка в очах громадськості має сприяти формуванню довіри як до окремого судді, так і до судової влади загалом. У п. 10 «Основних принципів, що стосуються незалежності судових органів», схвалених Генеральною Асамблеєю ООН у 1985 р., зазначається, що особи, відібрані на посади суддів, повинні мати високі моральні якості та здібності⁵. Аналогічно їй відповідно до Бангалорських принципів поведінки суддів від 19 травня 2006 р., схвалених Резолюцією Економічної та соціальної ради ООН 27 липня 2006 р. №

¹ Конституція України. Відомості Верховної Ради України. 1996. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua>.

² Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016. № 1402-VIII. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>.

³ Конституція України. Відомості Верховної Ради України. 1996. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua>.

⁴ Documents of the Consultative Council of European Judges. Документи Консультативної ради європейських суддів. Київ, 2020. URL: <https://rm.coe.int/3-edition-docs-cccej-final/1680a06e89>.

⁵ Основні принципи незалежності судових органів. Права людини і професійні стандарти для юристів. Амстердам – Київ: Українсько-Американське бюро захисту прав людини, 1996. С. 28–31.

2006/23¹, довіра громадськості до судової системи, морального авторитету та чесності судової влади займає першочергове місце у сучасному демократичному суспільстві.

Громадськість висуває всім державним інституціям високі вимоги щодо доброчесності та ефективності їх діяльності. Суддівський корпус постійно перебуває під наглядом громадськості, адже професія судді є досить специфічною та публічною. Довіра суспільства і повага до судової влади – гарантії ефективності судової системи. Тільки завоювавши і зберігши довіру громадськості, кожен суддя і судова влада в цілому, можуть стати легітимними.

Однією із важливих складових легітимності судді є виконання повноважень на максимально можливому рівні якості, дотримання етичних стандартів, високої кваліфікаційної початкової підготовки суддів, дотримання термінів при розгляді справ, ефективне застосування міжнародного та європейського законодавства, якість судових рішень, ефективне виконання судових рішень, застосування і використання інформаційних технологій, поділ суддів за спеціалізацією, система оцінювання суддів.

У серпні–жовтні 2018 року Програма USAID «Нове правосуддя»² та у період з 9 по 20 жовтня 2020 року соціологічною службою Центру Разумкова на замовлення Офісу Ради Європи в Україні³ було здійснено чергове коло національних опитувань населення України та правників, які є учасниками судових проваджень, але не працюють в судовій системі.

Опитування показало, що довіра до судової влади українців, які були учасниками судових засідань, удвічі більша, ніж в українців, які переважно отримують інформацію про судову владу з новин. Зазначимо, що основну інформацію щодо судової влади та судової реформи українці, що брали участь в опитуванні, отримали з телебачення (69%), з оцінок чи вражень знайомих (38%), з інтернету (32%), із соціальних мереж (18%) і лише 15% із власного досвіду. Тобто, засоби масової інформації мають визначальне значення у формуванні громадської думки стосовно діяльності судової системи України. Високий рівень негативного ставлення до судів значною мірою формується двома чинниками: негативним інформаційним полем та чинником фінансово-політичного впливу на суддів. Результати дослідження показали, що вплив першого чинника досить ефективно усувається при спілкуванні громадян з судами. Вплив другого чинника можна зменшити, запроваджуючи заходи для підвищення реальної незалежності суддів. Такі заходи допомагають гарантувати легітимність окремих суддів, які є частиною судової влади в цілому, що стане стимулом суддям виконувати свої обов'язки відповідно до найвищих стандартів професійної поведінки і етики.

Окремі судді і судова влада в цілому зберігатимуть легітимність та повагу громадян шляхом виконання роботи ефективно та якісно. Судді повинні виконувати свої обов'язки в рамках положень, викладених у дисциплінарних і процесуальних нормах. Право судді на свободу думки, висловлювань, вільне вираження поглядів є, звичайно, його невід'ємним правом як людини та громадянина. Проте це право належить до тих, реалізація яких обмежується його професійним статусом, складником якого є етика судді⁴.

¹ Бангалорські принципи поведінки суддів від 19 травня 2006 р.: схвалено Резолюцією Економічної та Соціальної Ради ООН від 27 липня 2006 р. № 2006/23. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_i67#Text.

² Громадяни, які мають власний досвід спілкування із судами, довіряють їм. URL: <https://hcy.gov.ua/news/gromadyany-yaki-mayut-vlasnyy-dosvid-splikuvannya-iz-sudamy-dovirayut-ym>.

³ Громадська організація Український центр економічних і політичних досліджень імені Олександра Разумкова. Звіт за результатами дослідження «Ставлення громадян України до судової системи». URL: <https://fm.coe.int/zvitsud2020/1680a0c2d7>.

⁴ Хотинська-Нор О. Етика судді та свобода вираження ним думки в контексті рішень Європейського суду з прав людини. Підприємництво, господарство і право. 2020. № 12. С. 289.

Судові органи повинні стати більш відкритими і визнати, що вони повинні давати більш докладне пояснення своєї роботи суспільству, якому вони служать. Ця «підзвітність» життєво важлива для судової влади, яка служить суспільству, для її легітимації.

СУДДІВСЬКА ЕТИКА У СВІТЛІ ПОЛОЖЕНЬ СТРАТЕГІЇ РОЗВИТКУ СИСТЕМИ ПРАВОСУДДЯ ТА КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДОЧИНСТВА НА 2021-2023 РОКИ

Фідря Ю.О.

*кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри кримінального права і процесу
Волинського національного університету імені Лесі Українки*

Реформування судової влади в Україні не сходить з топових позицій порядку денного політико-правового дискурсу уже більше ніж два десятиліття. На різних етапах цього процесу були різні гасла й орієнтири, змінювалися наголоси та пріоритети, чергувалися кути зору й призми бачення. Незмінним залишалося постійне акцентування уваги на гострій необхідності, невідкладності та нагальності проведення реформи системи правосуддя, хоча при цьому завжди бракувало цілісного, концептуального бачення та комплексного підходу до її реалізації.

Наявність означеної проблеми в Україні неодноразово констатували й міжнародні інституції. У Спільному висновку Венеційської комісії і Генерального директорату з прав людини і верховенства права Ради Європи щодо проєкту Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких Законів України щодо діяльності Верховного Суду та органів суддівського врядування» (ресстраційний № 3711), прийнятому Венеційською комісією на 124-му пленарному засіданні, проведеному в режимі онлайн (8-9 жовтня 2020 року), CDL-AD (2020)022 Висновок № 999/2020¹, серед іншого, зазначено: «Після президентських виборів нова політична влада часто розпочинала нові зміни в системі судоустрою. За відсутності цілісного підходу приймалися різні законодавчі акти, які не мали характеру всеосяжної реформи (п. 6). Ці проблеми – принаймні частково – є результатом недосконалого законодавчого процесу, а саме: часто поспішного голосування за проєкти законів, які стосувались окремих аспектів; фрагментарного підходу чи відсутності цілісного підходу; відсутності належної оцінки наслідків до внесення подальших змін та недостатньої чіткості положень (п. 7). ... Українська судова система залишається на перехідному етапі у зв'язку з численними незакінченими та непослідовними спробами її реформування» (п. 35).

На сьогоднішній своєрідний орієнтиром у подальшому реформуванні судової влади в Україні може слугувати Стратегія розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021-2023 роки, затверджена Указом Президента України від 11 червня 2021 року №231/2021 (далі – Стратегія)². Указаний документ має на меті визначення

¹ Спільний висновок Венеційської комісії і Генерального директорату з прав людини і верховенства права Ради Європи щодо проєкту Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких Законів України щодо діяльності Верховного Суду та органів суддівського врядування» (ресстраційний № 3711), прийнятий Венеційською комісією на 124-му пленарному засіданні, проведеному в режимі онлайн (8-9 жовтня 2020 року), CDL-AD (2020)022 Висновок № 999/2020. URL : <https://rm.coe.int/venice-commission-opinion-on-draft-law-3711-ukr/1680a02b77> (дата звернення 04.10.2021р.)

² Про Стратегію розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021-2023 роки : Указ Президента України від 11.06.2021 року №231/2021. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/231/2021#Text> (дата звернення 04.10.2021р.)

основних напрямів та пріоритетів подальшого удосконалення законодавства України про судоустрій, статус суддів та судочинство у взаємозв'язку та взаємодії із іншими інститутами правосуддя для практичного утвердження принципу верховенства права, ефективного і справедливого судочинства, зміцнення функціональних основ організації судової влади відповідно до стандартів захисту прав людини та цінностей, визначених Конституцією України та міжнародно-правовими зобов'язаннями України. Стратегія визначає основні проблеми, які зумовлюють необхідність подальшого удосконалення організації функціонування судової влади та здійснення правосуддя, а також окреслює напрями та заходи, спрямовані на вирішення цих проблем. Однак деталізований перелік завдань, заходів, очікуваних результатів та показників подальшої реалізації реформи судоустрою, судочинства та інших правових інститутів повинен бути відображений у Плані дій щодо реалізації Стратегії, який за результатами комплексного обговорення із залученням громадського та експертного середовища повинна схвалити Комісія з питань правової реформи.

Важливим завданням Стратегії є зміцнення довіри суспільства до судової влади та інститутів правосуддя. Очевидно, протягом періоду дії Стратегії реалізувати таке завдання навряд чи вдасться, адже уже досить тривалий час попри намагання хоч якось поліпшити ситуацію, рівень суспільної довіри до судової влади практично не змінюється і є стабільно низьким із негативним балансом. За даними дослідження Українського центру економічних та політичних досліджень ім. О. Разумкова, проведеного у липні–серпні 2021 року, судовій системі загалом не довіряють 74%, Вищому антикорупційному суду – 68%, місцевим судам – 65%, Верховному Суду – 63% опитаних¹.

Одним із основних деструктивних чинників, які впливають на формування довіри до судової влади та її інституцій, є порушення суддівською спільнотою норм професійної етики. З огляду на це, серед важливих векторів реформування системи правосуддя Стратегія називає етичні стандарти поведінки судді та відповідальність за їх порушення. У цьому напрямку, на думку авторів Стратегії, серед іншого, необхідно забезпечити: запровадження більш чіткого визначення підстав дисциплінарної відповідальності за порушення правил суддівської етики; оновлення Кодексу суддівської етики, забезпечення єдиної практики його застосування; проходження суддями щорічних онлайн-курсів щодо правил і практик суддівської етики (публікація прикладів належної практики, ситуацій виникнення конфлікту інтересів або порушення суддівської етики) (п. 4.3.2).

Щодо запровадження більш чіткого визначення підстав дисциплінарної відповідальності за порушення правил суддівської етики, то, очевидно, йдеться про удосконалення редакції п. 3 ч. 1 ст. 106, а також п. 1 ч. 9 ст. 109 Закону України «Про судоустрій і статус суддів». Зарубіжні експерти неодноразово наголошували на необхідності забезпечення обмежувального тлумачення занадто розгалуженого складеного дисциплінарного проступку, який стосується порушення суддею етичних норм і моралі. Як слушно зауважила О. Саленко, у низці висновків Венеційська комісія критикувала загальну пеналізацію порушень кодексів етики як занадто загальну та нечітку й наполягала на тому, що для застосування дисциплінарної відповідальності мають існувати чіткі законодавчі положення². Безумовно, законодавцю буде важко вичерпно й детально визначити підстави дисциплінарної відповідальності за порушення

¹ Довіра до інститутів суспільства та політиків, електоральні орієнтації громадян України (липень–серпень 2021р.). Український центр економічних та політичних досліджень ім. О. Разумкова. URL : <https://razumkov.org.ua/napriamky/sotsiologichni-doslidzhennia/dovira-do-institutiv-suspilstva-ta-politikiv-elektoralni-orientatsii-gromadian-ukrainy> (дата звернення 05.10.2021р.)

² Саленко О. Окремі питання етизації судової влади: історичний аспект, міжнародний досвід, національні реалії. *Підприємство, господарство і право*. 2020. № 2. С. 343–350.

правил суддівської етики. Тому доцільніше піти шляхом напрацювання та встановлення чітких та прозорих критеріїв, що дозволить врахувати кожну конкретну ситуацію ймовірного порушення суддею етичних норм та відповідатиме вимогам прогнозованості та передбачуваності закону.

Оновлення Кодексу суддівської етики та забезпечення єдиної практики його застосування – непросте завдання, робота над вирішенням якого триває з 2018 року. На сьогодні цілком очевидно, що діючий Кодекс суддівської етики потребує осучаснення, приведення у відповідність до нинішніх реалій. Зокрема, у Кодексі повинні з'явитися категорії «добročесність судді» та «конфлікт інтересів», більш чітко прописані правила поведінки судді у соціальних мережах та особливості реалізації суддею права на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань. У цьому контексті важливо знайти розумний баланс, щоб, з одного боку, у «реформаційному шалі» надміру не зарегулювати доволі специфічний аспект поведінки судді – морально-етичний, а з іншого – встановити дійсно високі етичні стандарти суддівської поведінки, дотримання яких забезпечувало б високий рівень довіри суспільства до органів судової влади, належну повагу та авторитет.

Ще одним заходом, який, на переконання авторів Стратегії, буде спрямований на удосконалення інститутів суддівської кар'єри та відповідальності суддів, є проходження суддями щорічних онлайн-курсів щодо правил і практик суддівської етики (публікація прикладів належної практики, ситуацій виникнення конфлікту інтересів або порушення суддівської етики). Очевидно, цей напрямок буде реалізовуватися Національною школою суддів України, зокрема у рамках здійснення періодичного навчання суддів з метою підвищення рівня їхньої кваліфікації. Варто зауважити, що у Концепції національних стандартів суддівської освіти в Україні зазначено, що кожен навчальний курс та програма підготовки суддів загалом має сприяти утвердженню конституційних цінностей поваги до прав людини та громадянина, верховенства права та непорушності принципів суддівської етики, а використання, серед іншого, принципів суддівської етики має бути інтегрованим у зміст кожного навчального курсу. Наведені положення зайвий раз підкреслюють важливість формування та удосконалення вміння судді вибудовувати свою поведінку у відповідності до етичних принципів і стандартів поведінки судді.

Щодо онлайн-формату таких курсів, то у сьогодишніх реаліях – це цілком виправдано, тим більше, що Стратегія розвитку суддівської освіти в Україні на 2021-2025 роки¹ передбачає розвиток дистанційного навчання; заохочення та більш широке використання навчальних заходів у режимі реального часу (онлайн), уключаючи запровадження змішаного навчання (поєднання очної та дистанційної форм); створення онлайн каталогу доступних навчальних курсів та створення можливості для їх обрання; розробку стандартизованих вимог та методичних рекомендацій для проведення онлайн тренінгів та семінарів та ін. Таким чином, триває робота над удосконаленням навчальної складової у процесі забезпечення етичних стандартів поведінки судді, до якої також залучені й Вища рада правосуддя, й Рада суддів України, а також міжнародні організації та експерти.

Насамкінець, варто наголосити, що проблематику суддівської етики не варто недооцінювати та залишати на задвірках судової реформи. Гідна поведінка суддів, що відповідає високим етичним стандартам, підвищує суспільну довіру до органів правосуддя, забезпечує неупередженість та незалежність судової влади у цілому.

¹ Стратегія розвитку суддівської освіти в Україні на 2021-2025 роки. URL: http://nsi.gov.ua/files/1608632048%D0%A1%D0%A2%D0%A0%D0%90%D0%A2%D0%95%D0%93%D0%86%D0%AF_18.12_%D0%9D%D0%9C%D0%A0.pdf (дата звернення 05.10.2021р.)

КОЛЕГІАЛЬНИЙ ЧИ ОДНООСОБОВИЙ ПЕРЕГЛЯД СПРАВИ АПЕЛЯЦІЙНИМ СУДОМ ЦИВІЛЬНИХ СПРАВ?

Ханик-Посполітак Р.Ю.

*кандидат юридичних наук, доцент
завідувач кафедри приватного права*

Національного університету «Києво-Могилянська академія»

11 червня 2021 року № 231/2021 Указом Президента України була затверджена Стратегія розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021 – 2023 роки (надалі Стратегія), у якій окреслені основні проблеми при здійсненні правосуддя та подальші напрями й заходи покращення правосуддя.¹ Зокрема, у Стратегії пропонується визначити у процесуальних кодексах категорії справ, які переглядатимуться апеляційними судами одноособово. На даний час, згідно процесуальних кодексів перегляд справ апеляційними судами у цивільному, господарському та адміністративному судочинстві відбувається виключно у колегіальному складі суду (ч. 3 ст. 34 ЦПКУ², ч. 3 ст. 33 ГПКУ³, ч. 3 ст. 33 КАСУ⁴). Отож, доцільно з'ясувати чи варто запроваджувати таку можливість у процесуальних кодексах і цивільному процесі зокрема та по яких категоріях справ. Оскільки колегіальний розгляд справи, зокрема в апеляційній інстанції, є однією з гарантій повного, всебічного й об'єктивного розгляду справ.

Проблемі правового регулювання складу суду, принципу колегіальності та одноособовості при розгляді цивільних справ, питанню визначення оптимального складу суду з позицій його якісної та кількісної складової присвячені праці таких науковців, як Є. В. Васьковський, В. Д. Бринцев, І.О., Ізарова, Н. Р. Корнєва, С. Нечипорук, Р. Перро, І. А. Приходько, В. М. Савицький, В. Сердюк та ін. О. Боннера, М. Гурвіча, В. Комарова, М. Штефана та інші.

Якщо подивитися в історичній ретроспективі, починаючи з ЦПК УРСР 1963 р., то можна виявити певну тенденцію переходу від колегіального до одноособового порядку розгляду цивільних справ. Про це зазначає у своїй статті О.В. Колісник.⁵ Крім того він зазначає, що більшість науковців називають головною причиною віднесення переважної більшості категорій справ на розгляд одноособового судді дешевизну процесу та швидкості прийняття рішень.⁶ Однак зазначене автором стосується судів першої інстанції. При цьому він пропонує, щоб справи у суді навіть першої інстанції за загальним правилом розглядалися колегіальним складом суду.⁷

Щодо досвіду іноземних держав, то ситуацію у наших найближчих сусідів наступна. Процесуальним законодавством РФ допускається перегляд справ апеляційною інстанцією суддею одноособово. Перелік справ чітко визначений, так само й як пропонується у Стратегії. А саме справи щодо рішень мирових суддів, апеляційні скарги, які подані

¹ Офіційний сайт Офісу Президента URL: <https://www.president.gov.ua/documents/2312021-39137> (дата звернення 30.09.2021 р.)

² Цивільний процесуальний кодекс України URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> (дата звернення 30.09.2021 р.)

³ Господарський процесуальний кодекс України URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text> (дата звернення 30.09.2021 р.)

⁴ Кодекс адміністративного судочинства України URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text> (дата звернення 30.09.2021 р.)

⁵ Колісник О.В. Особливості складу суду при розгляді справ у порядку цивільного судочинства. *Державне будівництво та місце самоврядування*. – Випуск 13, 2007. - с. 163

⁶ Там же с. 165

⁷ Там же с. 168

прокурором, справи спрощеного провадження.¹ Хоча запровадження одноособового перегляду цивільних справ апеляційним судом не однозначно сприймалося науковцями².

Згідно ЦПК Республіки Білорусь, одноособовий перегляд цивільних справ апеляційним судом можливий по приватним скаргах та приватних протестах³.

Щодо західних сусідів, то цивільне процесуальне законодавство Республіки Польщі передбачає можливість одноособового перегляду цивільних справ апеляційним судом, зокрема справи про перегляд ухвал про відхилення позову у зв'язку з їх безпідставністю та справи спрощеного провадження⁴. Однак, така можливість також не однозначно сприймається польськими науковцями та практиками.⁵

Цивільний процесуальний кодекс Німеччини також закріплює можливість перегляду певних цивільних справ апеляційним судом одноособово. Зокрема, це можливо, коли оскаржуване рішення винесено суддею—одноосібно, справа не має особливих труднощів фактичного чи юридичного характеру, справа не має принципового значення.⁶

На нашу думку, в Україні можна закріпити положення в ЦПКУ щодо одноособового перегляду цивільних справ апеляційним судом. Це пришвидшить саму процедуру перегляду, а також сприятиме удешевленню процесу. Одноособово, на нашу думку, можна переглядати малозначні справи, справи окремого провадження, які розглядалися в суді першої інстанції одноособово, та окремі ухвали, на які можна подати апеляційну скаргу окремо від рішення суду (наприклад, про забезпечення позову, про забезпечення доказів, стягнення штрафу).

Отже, на прикладі держав-сусідів України можемо констатувати про наявність досвіду одноособового перегляду цивільних справ апеляційним судом. Цей досвід, на нашу думку, потребує більш детального вивчення й обговорення українськими науковцями та практиками.

В цілому не заперечуючи можливість одноособового перегляду цивільних справ апеляційним судом у чітко визначених випадках, важливо створити законодавчі умови при яких буде забезпечено дотримання справедливого розгляду та вирішення справи.

ПРОФЕСІЙНА КОМПЕТЕНТНІСТЬ ЯК ВИМОГА ДО ЧЛЕНІВ ВИЩОЇ РАДИ ПРАВОСУДДЯ: ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ

Хотинська-Нор О.З.

*доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри нотаріального, виконавчого процесу та
адвокатури, прокуратури, судустрою Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

Із набранням чинності Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо порядку обрання (призначення) на посади членів Вищої ради правосуддя та діяльності дисциплінарних інспекторів Вищої ради правосуддя» (Закон №

¹ Гражданский процессуальный кодекс РФ (ст. 7) URL: <https://legalacts.ru/kodeks/GPK-RF/>

² Трофимова М.С. Единичная или коллегияльная апелляция: доводы «за» и «против». *Вестник Новгородского государственного университета*. - № 6, 2012.

³ Гражданский процессуальный кодекс Республики Беларусь (ст. 10) URL: <https://pravo.by/document/?guid=3871&p0=hk9900238>

⁴ Kodeks postępowania cywilnego (artykuł 47, 397) URL: <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU1964043029>

⁵ Jedno czy trzyosobowy - pytanie o składy w sądach cywilnych URL: <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/jakie-skklady-po-nowelizacji-procedury-cywilnej-sady-maja-problem,505322.html>

⁶ Zivilprozessordnung (§ 526) URL: (https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/_526.html)

1635) суттєвих коректив зазнали підходи до формування ключового органу суддівського врядування в Україні – Вищої ради правосуддя (ВРП). Однією з втілених новацій стала нова редакція ч. 1 ст. 6 Закону України «Про Вищу раду правосуддя» (Закон про ВРП), яка передбачає, що особа, яка претендує на посаду члена ВРП, повинна, серед іншого, відповідати критеріям професійної компетентності, професійної етики та доброчесності.

Ураховуючи, що ВРП є ключовим органом, відповідальним за формування доброчесного та високопрофесійного корпусу суддів, вимога щодо наявності у членів ВРП таких чеснот як професійність, етичність, доброчесність, авторитетність вбачається цілком закономірною. Заперечення проти цього навряд чи знайдуться. Проте для суспільства, для представників судової влади вкрай важливо розуміти, хто та як оцінюватиме кандидатів на посаду члена ВРП на відповідність наведеним вище критеріям. Адже процес формування ВРП, який є конституційним органом із законодавчо визначеною метою – забезпечення незалежності судової влади, повинен бути максимально прозорим і зрозумілим. Лише в цьому випадку можливо вести мову про довіру до складу ВРП і рішення, які ним приймаються. Власне, навколо цього питання і розгорілося найбільше дискусій, перш за все, політичного характеру.

Так, передбачається, що у питанні встановлення відповідності кандидата на посаду члена ВРП критеріям професійної етики та доброчесності суб'єктам формування ВРП сприятиме Етична рада (ст. 9-1 Закону про ВРП). Саме до її повноважень належить розробка методології оцінювання відповідності кандидата на посаду члена ВРП зазначеним критеріям, показників відповідності критеріям такого оцінювання та засобів їх встановлення, опрацювання інформації про кандидатів на посаду члена ВРП, проведення з ними співбесід, надання кожному кандидату висновку щодо відповідності критеріям професійної етики та доброчесності та, зрештою, формування списку кандидатів, які рекомендуються для обрання (призначення) на посаду члена ВРП.

Отже, відповідність кандидата таким двом критеріям як професійна етика та доброчесність оцінює та встановлює Етична комісія. Ми навмисне оминемо увагою питання її статусу. Це тема окремої дискусії. Наразі нас цікавить, хто відповідно до законодавства уповноважений сприяти суб'єктам формування ВРП в оцінці кандидатів на посаду члена ВРП за критерієм професійної компетентності?

Перш за все слід вернути увагу, що абзац такого змісту: «Кандидат вважається таким, що відповідає критерію професійної компетентності, якщо володіє необхідними знаннями для виконання повноважень члена Вищої ради правосуддя, продемонстрував аналітичні здібності, усні та письмові комунікаційні навички, вміння взаємодіяти з колегами та спроможність наполегливо працювати» є структурною частиною ст. 9-1 «Етична рада» Закону про ВРП. Однак, повторимось, Етична рада оцінює кандидатів на посаду члена ВРП лише на предмет відповідності критеріям професійної етики та доброчесності.

Єдиною згадкою про встановлення відповідності кандидатів на посаду члена ВРП за критерієм професійної компетентності є п.16 ст. 9 Закону про ВРП, який регулює особливості порядку призначення на посаду члена ВРП Президентом України. Передбачається, що останній утворює конкурсну комісію, яка і проводить співбесіду для визначення професійної компетентності з кандидатами, рекомендованими Етичною радою для призначення на посаду члена ВРП.

Щодо інших суб'єктів формування ВРП у питанні оцінки кандидатів на посаду члена ВРП за критерієм професійної компетентності за процедурами їх обрання панує абсолютна невизначеність. Системний аналіз положень Закону про ВРП та інших законодавчих актів, які регулюють компетенцію органів, уповноважених обирати членів ВРП, дає підстави для висновку, що питання оцінки кандидатів на посаду члена ВРП за

критерієм професійної компетентності, які обираються Верховною Радою України та з'їздами (конференцією) професійних спільнот (з'їзд суддів України, з'їзд адвокатів України, з'їзд представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ, всеукраїнська конференція прокурорів) знаходиться у вакуумі правового регулювання.

Як слідє з положень ст.9, 10-15 Закону про ВРП Етична рада надає органу, який скликає відповідний з'їзд чи конференцію, список кандидатів, рекомендованих для обрання на посаду члена ВРП і висновки стосовно кожного кандидата. Кожен з кандидатів на посаду члена ВРП до початку голосування має право виступити перед делегатами з'їзду або конференції. Після виступів і обговорення кандидатур проводиться таємне голосування. Все! Жодної норми про визначення професійної компетенції кандидатів на посаду члена ВРП, які обираються з'їздами (конференцією) професійних спільнот, не передбачено.

Дещо інакшою по формі, але тотожною вищезазначеному за суттю, є ситуація з обранням членів ВРП Верховною Радою України. Статтею 208-1 Регламенту Верховної Ради України, положення якої також зазнали нової редакції, передбачається, що після того, як до Верховної Ради України надійде довідка про проходження кандидатами спеціальної перевірки та список кандидатів, рекомендованих Етичною радою для обрання на посаду члена ВРП, комітет, до предмета відання якого належить питання судоустрою, проводить попереднє обговорення кандидатів за результатами якого ухвалює рішення стосовно кожного кандидата на посаду члена ВРП. Слід підкреслити, що попереднє обговорення кандидатів не означає встановлення їх відповідності критерію професійної компетентності. Більше того, воно не означає навіть особистої присутності кандидатів на засіданні відповідного комітету Верховної Ради України чи проведення з ними співбесіди. Подальша процедура такої можливості також не передбачає.

Варто зауважити, що якщо звернутися до історії проходження законопроекту № 5068 і прийняття Закону № 1635, то можна побачити, що первісно положення відповідного законопроекту в частині змін до Регламенту Верховної Ради України передбачали, що «комітет, до предмета відання якого належать питання правосуддя, після отримання довідки про результати спеціальної перевірки щодо кандидатів на посаду члена ВРП та списку кандидатів, рекомендованих Етичною радою для обрання на посаду члена ВРП, має проводити співбесіди для визначення професійної компетентності кандидатів, які пройшли спеціальну перевірку та включені до списку кандидатів, рекомендованих Етичною радою для обрання на посаду члена ВРП».

Однак, Головне науково-експертне управління Верховної Ради України у своєму висновку до законопроекту № 5068 дорікнуло, що «така форма діяльності комітету, як «співбесіда», не зовсім узгоджується з іншими приписами закону. Зокрема, відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 13 Закону України «Про комітети Верховної Ради України» організаційна функція комітетів, серед іншого, полягає в «попередньому обговоренні» відповідно до предметів їх відання кандидатур посадових осіб, яких згідно з Конституцією України обирає, призначає, затверджує Верховна Рада України або надає згоду на їхнє призначення, підготовці до розгляду Верховною Радою України відповідних висновків щодо цих кандидатур»¹.

¹ Висновок Головного науково-експертного управління на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо порядку обрання (призначення) на посади членів Вищої ради правосуддя та діяльності дисциплінарних інспекторів Вищої ради правосуддя» від 12.05.2021. URL: <https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=71089&pf35401=547306> (дата звернення 07.10.2021).

Із наведеного слідує, що, виправивши описану неузгодженість, Верховна Рада України, тим самим, залишила без відповіді питання, ким і яким чином визначається професійна компетентність кандидатів, які обираються на посаду члена ВРП.

Вбачається, що такий підхід законодавця у питанні формування складу ВРП не відповідає принципу правової визначеності, невід'ємними елементами якого є концепти «якість і точність закону» та «правомірні очікування». Якщо професійна компетентність законодавчо визначена як вимога до кандидатів на посаду члена ВРП, то у профільному Законі повинно бути оптимально чітко врегульовано питання суб'єкта та процедурних особливостей її визначення.

ПОНЯТТЯ «СУБ'ЄКТ ГОСПОДАРЮВАННЯ, У СТАТУТНОМУ КАПІТАЛІ ЯКОГО ЧАСТКА ДЕРЖАВНОЇ АБО КОМУНАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ПЕРЕВИЩУЄ 50 ВІДСОТКІВ» В АСПЕКТІ ВИЗНАЧЕННЯ ПІДСУДНОСТІ ВИЩОГО АНТИКОРУПЦІЙНОГО СУДУ (П. 2 Ч. 5 СТ. 216 КПК УКРАЇНИ)

Худик А.М.

*помічник судді Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду,
кандидат юридичних наук*

Відповідно до ст. 33¹ Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України), Вищому антикорупційному суду (далі – ВАКС) підсудні кримінальні провадження стосовно корупційних кримінальних правопорушень, передбачених в примітці статті 45 Кримінального кодексу України, статтями 206⁻², 209, 211, 366⁻², 366⁻³ Кримінального кодексу України (далі – КК України), якщо наявна хоча б одна з умов, передбачених пунктами 1-3 частини п'ятої статті 216 КПК України¹.

Згідно з приміткою до ст. 45 КК України, корупційними злочинами відповідно до КК України вважаються злочини, передбачені статтями 191, 262, 308, 312, 313, 320, 357, 410, у випадку їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем, а також кримінальні правопорушення, передбачені статтями 210, 354, 364, 364⁻¹, 365⁻², 368-369⁻² цього Кодексу².

Таким чином, кримінальні провадження підсудні ВАКС стосовно корупційних злочинів, передбачених в ст. 33¹ КПК України та примітці ст. 45 КК України, якщо наявна зокрема умова передбачена пунктом 2 ч. 5 ст. 216 КПК України, а саме – «розмір предмета злочину або завданої ним шкоди в п'ятсот і більше разів перевищує розмір прожиткового мінімуму для працездатних осіб, встановленої законом на час вчинення злочину (якщо злочин вчинено службовою особою державного органу, правоохоронного органу, військового формування, органу місцевого самоврядування, суб'єкта господарювання, у статутному капіталі якого частка державної або комунальної власності перевищує 50 відсотків)».

Мета доповіді полягає в розкритті поняття «суб'єкт господарювання, у статутному капіталі якого частка державної або комунальної власності перевищує 50 відсотків» та встановленні приналежності дочірніх підприємств суб'єктів господарювання державної/комунальної власності до «суб'єкт господарювання, у статутному капіталі якого частка державної або комунальної власності перевищує 50 відсотків».

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України. *Урядовий кур'єр* від 06.06.2012. № 99

² Кримінальний кодекс від 5 квітня 2001 року № 2341-III. *Голос України* від 19.06.2001. № 107.

КПК України не розкриває зміст поняття «суб'єкт господарювання, у статутному капіталі якого частка державної або комунальної власності перевищує 50 відсотків». Для з'ясування його змісту необхідно звернутись до іншого галузевого законодавства.

Так, Закон України «Про захист економічної конкуренції» визначає суб'єкта господарювання як юридичну особу незалежно від організаційно-правової форми та форми власності чи фізичну особу, що здійснює діяльність з виробництва, реалізації, придбання товарів, іншу господарську діяльність, у тому числі яка здійснює контроль над іншою юридичною чи фізичною особою; групу суб'єктів господарювання, якщо один або декілька з них здійснюють контроль над іншими. Суб'єктами господарювання визнаються також органи державної влади, органи місцевого самоврядування, а також органи адміністративно-господарського управління та контролю в частині їх діяльності з виробництва, реалізації, придбання товарів чи іншої господарської діяльності (ст. 1)¹.

Згідно ст. 55 Господарського кодексу України (далі – ГКУ), суб'єктами господарювання є учасники господарських відносин, які здійснюють господарську діяльність, реалізуючи господарську компетенцію (сукупність господарських прав та обов'язків), мають відокремлене майно і несуть відповідальність за своїми зобов'язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством.

Суб'єктами господарювання є: 1) господарські організації – юридичні особи, створені відповідно до Цивільного кодексу України (далі – ЦКУ), державні, комунальні та інші підприємства, створені відповідно до ГКУ, а також інші юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані в установленому законом порядку; 2) громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані відповідно до закону як підприємці².

Закон України «Про господарські товариства» дає визначення поняття «господарські товариства». Це підприємства, установи, організації, створені на засадах угоди юридичними особами і громадянами шляхом об'єднання їх майна та підприємницької діяльності з метою одержання прибутку. До господарських товариств належать: акціонерні товариства, товариства з обмеженою відповідальністю, товариства з додатковою відповідальністю, повні товариства, командитні товариства³.

Акціонерним товариством є господарське товариство, яке має статутний капітал, поділений на визначену кількість акцій однакової номінальної вартості, і несе відповідальність за зобов'язаннями тільки майном товариства, а акціонери несуть ризик збитків, пов'язаних із діяльністю товариства, в межах вартості належних їм акцій, крім випадків, визначених законом (ст. 80 ГК України)⁴.

Відповідно до Закону України «Про управління об'єктами державної власності», до об'єктів управління державної власності, зокрема, відносяться корпоративні права, що належать державі у статутних капіталах господарських організацій (ст. 3), суб'єктами управління об'єктами державної власності є, зокрема, господарське товариство, 100 відсотків акцій (часток) якого належить державі або іншому господарському товариству, 100 відсотків акцій (часток) якого належать державі (абз. 9, ч. 1 ст. 4)⁵.

Закон України «Про відкритість використання публічних коштів» містить визначення поняття «суб'єкт господарювання державної і комунальної власності» під яким розуміється підприємства, утворені в установленому порядку органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим чи органами місцевого самоврядування та

¹ Закон України «Про захист економічної конкуренції». *Голос України* від 27.02.2001 – № 37

² Господарський кодекс України. *Голос України* від 14.03.2003 – № 49

³ Закон України «Про господарські товариства». *Голос України* від 11.10.1991

⁴ Господарський кодекс України. *Голос України* від 14.03.2003 – № 49

⁵ Закон України «Про управління об'єктами державної власності». *Урядовий кур'єр* від 18.10.2006 – № 195.

уповноважені на отримання державних коштів, взяття за ними зобов'язань і здійснення платежів, у тому числі державні, казенні, комунальні підприємства, а також господарські товариства, у статутному капіталі яких державна або комунальна частка акцій (часток, паїв) перевищує 50 відсотків, їхні дочірні підприємства, а також підприємства, господарські товариства, у статутному капіталі яких 50 і більше відсотків належить державним, у тому числі казенним, комунальним підприємствам та господарським товариствам, у статутному капіталі яких державна або комунальна частка акцій (часток, паїв) перевищує 50 відсотків, об'єднання таких підприємств¹.

ГКУ передбачає, що акції (частка, паїв) у статутному капіталі господарського товариства можуть належати державі як прямо, такі і опосередковано (ч. 3 ст. 89 ГК України)².

Відтак, дочірні підприємства суб'єктів господарювання державної або комунальної власності відносяться до категорії суб'єктів господарювання державної або комунальної власності, а їх службові особи підпадають під поняття «службових осіб суб'єкта господарювання, у статутному капіталі якого частка державної або комунальної власності перевищує 50 відсотків»³.

ЦКУ передбачає існування чотирьох форм власності: 1) власність Українського народу; 2) приватна власність; 3) державна власність; 4) комунальна власність (ст.ст. 324 – 327 ЦК України)⁴.

Все майно та активи (або їх частина) суб'єкта господарювання, у статутному капіталі якого частка державної або комунальної власності перевищує 50 відсотків є державною або комунальною власністю. Виділення частини майна та активів таким суб'єктом господарювання і наступна його передача в статутний капітал іншого суб'єкта господарювання – дочірнього підприємства не змінює природу та форму власності на таке майно. Іншими словами, після передачі частини майна та активів суб'єктом господарювання, у статутному капіталі якого частка державної або комунальної власності перевищує 50 відсотків у статутний фонд дочірнього підприємства, ця частка майна не втратила свою приналежність та форму державної/комунальної власності.

ГКУ зобов'язує господарські товариства, у статутному капіталі яких більше 50 відсотків акцій (часток, паїв) прямо чи опосередковано належить державі, на кожний наступний рік складати і виконувати річний фінансовий план відповідно до статті 75 ГК України (ч. 3. ст. 89 ГК України)⁵. Із цієї правової норми слідує, що у статутному капіталі суб'єкта господарювання державі майно може належати як прямо, так і опосередковано. У випадку із дочірніми підприємствами суб'єктів господарювання, у статутному капіталі якого частка державної або комунальної власності перевищує 50 відсотків, держава/територіальна громада є опосередкованим власником (всього або частини) статутного капіталу такого дочірнього підприємства.

Вище викладене дає підстави вважати, що дочірні підприємства суб'єкта господарювання, у статутному капіталі якого частка державної або комунальної власності перевищує 50 відсотків відносяться до категорії «суб'єкт господарювання, у статутному капіталі якого частка державної або комунальної власності перевищує 50 відсотків» (визначену п. 2 ч. 5 ст. 216 КПК України), а їх службові особи до «службових осіб суб'єкта господарювання, у статутному капіталі якого частка державної або комунальної власності перевищує 50 відсотків».

¹ Закон України «Про відкритість використання публічних коштів». *Урядовий кур'єр* від 11.03.2015. № 44.

² Господарський кодекс України. *Голос України* від 14.03.2003 – № 49.

³ Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 20 листопада 2019 року (справа № 760/9481/17 про продажання №11-п/991/152/19). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85896974> (дата звернення: 27.09.2021).

⁴ Цивільний кодекс України. *Голос України* від 12.03.2003. № 45.

⁵ Господарський кодекс України. *Голос України* від 14.03.2003 – № 49.

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ПРАКТИКИ ВИЩОЇ РАДИ ПРАВОСУДДЯ

Швецова Л.А.

Член Вищої ради правосуддя, Секретар Третньої Дисциплінарної палати Вищої ради правосуддя, суддя Харківського апеляційного суду у відставці

Незалежне та неупереджене правосуддя є запорукою сталого розвитку суспільства і держави, гарантією додержання прав і свобод людини та громадянина, прав та законних інтересів юридичних осіб, інтересів держави, зростання добробуту та якості життя, створення привабливого інвестиційного клімату, своєчасного, ефективного і справедливого вирішення правових спорів на засадах верховенства права¹.

Суспільна довіра та повага до судової влади є гарантіями ефективності системи правосуддя. Належне ставлення суддів до виконання своїх обов'язків забезпечується системою правових засобів, одним з яких є дисциплінарна відповідальність.

У пункті 77-і Висновку № 3 (2002) Консультативної Ради європейських суддів для Комітету Міністрів Ради Європи про принципи й правила, що регулюють професійну поведінку суддів, зокрема, етичні норми, несумісну з посадою поведінку та неупередженість, йдеться про те, що у кожній країні закон або базові правові положення, які застосовуються до суддів, повинні визначати ті порушення, які можуть призвести до застосування дисциплінарних санкцій, а також відповідні дисциплінарні процедури². Як вказано у пунктах 62, 63 Висновку № 10 (2007) Консультативної Ради європейських суддів «Судова влада на службі суспільства», роль судової ради полягає в тому, щоб показати, що суддя не може мати таку ж відповідальність, як член іншої професії: суддя виконує публічну функцію і не може відмовитися від розгляду справ. Більше того, якщо суддя може бути притягнений до юридичної та дисциплінарної відповідальності через його рішення. Як зазначається у Висновку КРЕС № 3 (2002), важливо, щоб судді мали засоби захисту при дисциплінарному провадженні. Таке провадження має гарантувати додержання принципу судової незалежності та здійснюватися органом, вільним від будь-якого політичного впливу³.

На сьогоднішній додержання вимог незалежності та неупередженості під час дисциплінарного провадження стосовно суддів в Україні забезпечено статтею 131 Основного Закону, у якій визначено, що склад Вищої ради правосуддя відповідає рекомендаціям та стандартам Ради Європи та отримало схвальні відгуки Венеційської Комісії.

Впродовж останнього десятиріччя перелік дисциплінарних проступків суддів був розширений законодавцем. 30 вересня 2016 року набули чинності Закон України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» та нова редакція Закону України «Про судоустрій і статус суддів». Вказаним Законом змінено порядок та підстави застосування до суддів дисциплінарної відповідальності⁴. Законом визначено перелік

¹ Указ Президента України «Про Стратегію розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021-2023 роки» <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/231/2021#Text> (дата звернення: 6.10.2021)

² Висновок №3 (2002) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо принципів та правил, які регулюють професійну поведінку суддів, зокрема, питання етики, несумісної поведінки та безсторонності

³ Висновок № 10 (2007) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо судової ради на службі суспільства

⁴ Про судоустрій та статус суддів: Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19> (дата звернення: 6.10.2021)

підстав дисциплінарної відповідальності суддів, який включає понад два десятки різноманітних порушень, що закріплені у частині першій статті 106 Закону України «Про судоустрій і статус суддів». Поряд з цим недостатньо чітке формулювання положень цього Закону і відсутність єдиної і послідовної практики його застосування є передумовою для різного тлумачення, і не завжди обґрунтованого застосування відповідних норм дисциплінарним органом. Конструкції визначення дисциплінарних проступків потребують аналізу і оцінки, а також в подальшому розробки нових норм, які б формували диспозицію дисциплінарних проступків.

3 1 січня 2017 року набув чинності Закон України «Про Вищу раду правосуддя», відповідно до вимог якого повноваження щодо розгляду дисциплінарних скарг були передані дисциплінарним палатам Вищої ради правосуддя¹. Загалом з лютого 2017 року по серпень 2021 року Вищою радою правосуддя розглянуто більше 65 000 дисциплінарних скарг щодо суддів.

За відсутності у Вищій раді правосуддя права законодавчої ініціативи узагальнення дисциплінарної практики щодо суддів може сприяти підвищенню рівня правової визначеності, послідовності у прийнятті рішень, зокрема у питаннях формування єдиних критеріїв підстав притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності, накладенні дисциплінарних стягнень, пропорційності накладених дисциплінарних стягнень підставам дисциплінарної відповідальності, однаковості міри відповідальності судді за схожі дисциплінарні проступки, а також забезпечить додаткові гарантії захисту суддів від необґрунтованих санкцій.

Проведення аналізу рішень Дисциплінарних палат Вищої ради правосуддя про притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності надало можливість визначити найбільш поширені порушення судьями норм закону, за які вони були притягнуті до дисциплінарної відповідальності: порушення вимог процесуального законодавства при постановленні ухвал про залишення позовної заяви без руху та повернення позовної заяви; недотримання вимог законодавства при розгляді справи про оскарження рішення посадової особи органу державної виконавчої служби, безпідставне закриття провадження, порушення правил підвідомчості справ; порушення норм процесуального законодавства при розгляді заяв про перегляд заочного рішення; порушення права на апеляційне оскарження судового рішення протягом строку, встановленого законом; постановлення ухвал про забезпечення позову шляхом зупинення виконання судового рішення, що набрало законної сили; несвочасне виготовлення процесуального документу та/або ненадання його копії сторонам у справі, що становить перешкоду особам у реалізації права на апеляційне оскарження; розгляд справи по суті та/або ухвалення судового рішення за відсутності сторін, не повідомлених належним чином; порушення норм процесуального права на стадії виконання судового рішення.

Підстави дисциплінарної відповідальності суддів в Україні, як вже зазначалося, визначено частиною першою статті 106 Закону України «Про судоустрій і статус суддів». Разом з тим, конструкція деяких положень вказаної норми містить розділові сполучники «або», «чи», що, у свою чергу, створює альтернативний перелік, а тому діяння в окремих випадках не може бути кваліфіковано за сукупністю складів проступків, які визначені підставою.

Крім того, наявність проблем у нормативному регулюванні підстав дисциплінарної відповідальності суддів, як свідчить практика дисциплінарних органів Вищої ради правосуддя та Вищої ради правосуддя (як органу, уповноваженого здійснювати розгляд скарг на рішення Дисциплінарних палат), впливає на однаковість підходів під час

¹ Про Вищу раду правосуддя: Закон України від 21 грудня 2016 року
№ 1798-VIII URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-19#Text> (дата звернення: 6.10.2021)

кваліфікації дій суддів, оскільки перешкоджає виробленню єдиних підходів до кваліфікації діяння судді за окремими підставами, правил щодо застосування підстав, які є конкурентними одна для одної чи з загальними / спеціальними одна стосовно іншої.

Крім цього необхідно зазначити, що з прийняттям Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо порядку обрання (призначення) на посади членів Вищої ради правосуддя та діяльності дисциплінарних інспекторів Вищої ради правосуддя» унормовано порядок діяльності Служби дисциплінарних інспекторів Вищої ради правосуддя, оскільки повноваження щодо здійснення дисциплінарного провадження стосовно судді реалізує служба дисциплінарних інспекторів Вищої ради правосуддя, дисциплінарний інспектор Вищої ради правосуддя є учасником дисциплінарної справи¹.

У своєму Консультативному висновку на законопроект № 5068, Вища рада правосуддя висловила свою думку, зазначивши, що не підтримує вказаний законопроект.

З моменту набрання чинності Законом України від 14 липня 2021 року № 1635-IX (5 серпня 2021 року) Вища рада правосуддя зупинила розподіл дисциплінарних скарг між членами Вищої ради правосуддя і на теперешній час вказане питання щодо розгляду дисциплінарних скарг стосовно суддів не врегульовано.

ПРАГМАТИЧНИЙ КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС: КОНЦЕПТУАЛЬНА МОДЕЛЬ

Юрчишин В.Д.

*кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри кримінального права та кримінології
Івано-Франківського юридичного інституту НУ «ОЮА»*

З прийняттям КПК України у 2012 р. законодавець суттєво змінив український кримінальний процес, впровадивши низку нових процесуальних норм і модернізувавши вже існуючі відповідно до міжнародних принципів здійснення кримінального провадження. Як зазначає В. Т. Нор, було змінено саму парадигму кримінального процесу та запроваджено нові інститути кримінального провадження, що обумовило появу у кримінальному процесі України нового його типу – прагматичного, який надає можливість особі у кримінальному провадженні реалізувати надане законодавцем об'єктивне право на компроміс через інститути звільнення особи від кримінальної відповідальності, кримінального провадження на підставі угоди та, в майбутньому, медіації².

Ще Р. Паунд зазначав, що «загальне право – це швидше особливі прийоми вирішення правових проблем, ніж фіксована сукупність правил та норм»³. У такому визначенні загального права, а отже і судової правотворчості яскраво простежується інструментальність права та його прикладний характер, тобто його здатність задовольняти потреби суспільства.

Першочерговим завданням кримінального правосуддя є вирішення судового спору, тобто того конфлікту, який із соціального перетворився на кримінально каранний та спонукав суб'єкта до звернення до суду з метою захисту. В основі кримінального

¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо порядку обрання (призначення) на посади членів Вищої ради правосуддя та діяльності дисциплінарних інспекторів Вищої ради правосуддя: Закон України від 14 липня 2021 року № 1635, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1635-20#Text> (дата звернення: 6.10.2021)

² Нор В. Т. Сучасний науково-практичний посібник «Процесуальні документи у кримінальному провадженні. Зразки. Роз'яснення». Вісник кримінального судочинства. 2015. № 1. С. 290–291.

³ Pound R. The Spirit of Common Law. Boston: Marshall Jones Co., 1921. 224 p.

правосуддя завжди лежить вибір судді між доводами однієї чи іншої сторони, між існуючими законодавчими нормами, між юридичною позицією вищестоящих судів та власним розумінням, між тими чи іншими доказами, між суб'єктивним ставленням та громадською думкою. Зрештою за всіма цими факторами та чинниками, з якими під час кримінального процесу стикаються сторони, стоять достатньо конкретні ті чи інші індивідуальні та суспільні інтереси. Надаючи перевагу певним доказам, суддя надає перевагу тим або іншим інтересам. Так, визнаючи неналежними докази вини показання підозрюваного, отримані під психологічним або фізичним тиском слідчого, у кримінальному процесі захищаються не лише інтереси такого підозрюваного, але й суспільний інтерес, який полягає у недопустимості застосування насильства під час допиту підозрюваного.

Коли існує необхідність постійного вибору в кримінальному процесі, то суддя шукає достатньо міцну методологію для такого вибору. Для прагматичного кримінального процесу фундаментом вирішення конфлікту постає ефективність судового рішення, при цьому ефективність, в першу чергу, у економічному значенні цього поняття, ніж у будь-якому іншому. В. Вайгель (Wolfgang Weigel) визначає ефективність у загальному всеохоплюючому розумінні як суспільну ефективність, за якої суспільні переваги максимізуються, а суспільні недоліки або соціальні видатки в найширшому розумінні мінімізуються¹. Тобто, досягнення найбільших результатів за найменших витрат і становить зміст поняття ефективності.

Цінностями, які «сповідує» прагматичний тип кримінального процесу, є заперечення першочерговості інших благ, крім корисності, з обов'язковим урахуванням прийнятності, користі та оптимальності у кримінальній процесуальній діяльності.

В такому випадку, основними рисами процесу прагматичного типу виступають: 1) доцільність – тобто певне співвідношення мети і засобів, при якому забезпечується економічний підхід до останніх. Для цього прагматичний процес використовує стратегії раціональності та ефективності: скорочення, оптимізацію витрат і затрат, стандартизацію процесу, економічність та розподіл праці, швидкість і простоту, нейтралізацію й мінімізацію конфліктів²; 2) діалогічність – надання учасникам провадження можливості спілкування, донесення своїх позицій один одному та їх обговорення. Діалогічність базується на таких поняттях, як повага, рівність, єдність, витримка, терпіння, переконливість, доказовість, аргументація, поступка, наполегливість, згода, взаєморозуміння, відповідальність тощо³; 3) конвенціоналізм – така побудова процесу, при якому сторони можуть не тільки почути одна одну, а й домовитися з певних принципових питань. Класична формула «ніхто не суддя у своїй власній справі» діє і тут, але при застосуванні погоджувальних процедур сторони провадження входять до своєрідного складу суду разом із професійним, офіційним суддею⁴.

Незважаючи на те, що прагматичний процес загалом є універсальним, він уникає гострих конфліктів, надаючи перевагу процесуальній конвенції, яка досягається ним якщо не на рівні результату, то хоча б на рівні процедури.

Конвенціональний метод, який використовується прагматичним типом кримінального процесу, потрібно відрізнити від стратегії примирення. Якщо остання,

¹ Вайгель В. Економічний аналіз права: чому він водночас необхідний та спірний. Вісник Львівського університету. Серія юридична. 2007. № 45. С. 32–43.

² Стойко Н.Г. Уголовный процесс западных государств и России: сравнительное теоретико-правовое исследование англо-американской и романо-германской правовых систем : дис. докт. юрид. наук. СПб., 2009. 374 с.

³ Петрунин А. М. Диалог как социально-правовая норма в отношениях оппонентов. Закон и право. 2006. № 10. С. 43–45.

⁴ Мурадян Э. М. Истина как проблема судебного права. Москва : Юрист, 2004. 311 с

маючи за мету врегулювання конфлікту сторін, не пов'язана безпосередньо з кримінальним процесом (оскільки вона має справу не з процедурою спростування презумпції невинуватості конкретної особи, а вже з констатованою винуватістю), то конвенціоналізм прагматичного типу кримінального процесу виступає методом встановлення на договірній основі обставин, які мають значення для справи¹.

Є. Г. Васильєва пропонує умовний поділ цього типу кримінального процесу на приватно-прагматичний і публічно-прагматичний². Розглядаючи ці підвиди прагматичного процесу, намагаємось окреслити їх крізь призму реалізації права на компроміс у вітчизняному кримінальному судочинстві, а саме через його законодавчо передбачені інститути.

Як зазначає вчена, перший його підвид (приватно-прагматичний) є найбільш комфортним середовищем для реалізації інтересів учасників процесу. Інтереси і права – не одне і те ж: права регулюються законом, а інтереси формулюються самим учасником, тому, яким би значним не був комплекс прав, відстояти свої інтереси за допомогою нього можливо далеко не завжди. Перефразовуючи Т. М. Яблочкову, можна сказати, що мета такого підвиду процесу тут – це погасити так або інакше суперечку (спір) таким чином, щоб суддя вважав поставлене перед ним завдання виконаним, якщо він відпустив сторони «з Богом», забезпечивши їм визначеність відносин³.

Процесу приватно-прагматичного типу відповідають інститути суто позовної технології, такі як відмова від кримінального позову, його визнання і т. ін. У приватно-прагматичному процесі саме процесуальні дії мають можливість впливати на хід і результат встановлення тих чи інших обставин, включаючи також вплив на вирішення основного питання кримінального процесу. Такий тип процесу схильний до «непомітної» трансформації в стратегії соціальної підтримки потерпілого. Так відбувається, коли процесуальні процедури, які були з самого початку спрямовані на спростування презумпції невинуватості конкретної особи, в результаті призводять не до розв'язання основного питання кримінального процесу, а відразу до вирішення питання про компенсаційні обов'язки обвинуваченого по відношенню до потерпілого так, ніби кримінально-правові відносини вже були встановлені.

Другий підвид містить процедури, які спрямовані на забезпечення насамперед суспільних і державних інтересів, визнаючи їх пріоритетними.

Найбільш розповсюдженим інститутом публічно-прагматичного процесу є угоди про визнання винуватості. Якщо в приватно-прагматичному визнанні позову розцінюється як акт свободи волі, то в публічно-прагматичному – як акт взаємних поступок. Публічно-прагматичний тип так само схильний до трансформування у соціальні стратегії, але тепер вже ті, що стосуються підтримки самого обвинуваченого. Це відбувається найчастіше на тлі позитивної посткримінальної поведінки останнього. У цьому випадку відбувається ніби «перестрибування» через судову угоду про визнання винуватості. Особа визнає вину у приховано-процесуальному вигляді через виконання таких дій, які вважаються притаманними лише злочинцєві. Це – різні види каяття, допомога державі зі сторони обвинуваченого в розкритті злочинів⁴.

Отже, прагматичний тип кримінального процесу можна простежити у нормах національного законодавства, що стосуються вирішення юридичних конфліктів у

¹ Васильєва Е. Г. Уголовный процесс: догматико-аксиологическое исследование : монография. Москва : Юрлитинформ, 2013. 584 с.

² Васильєва Е. Г. Уголовный процесс: догматико-аксиологическое исследование : монография. Москва : Юрлитинформ, 2013. 584 с.

³ Яблочков Т. М. Судебное решение и спорное право. Вестник гражданского права. № 7. 1916. С. 26–62.

⁴ Васильєва Е. Г. Уголовный процесс: догматико-аксиологическое исследование : монография. Москва : Юрлитинформ, 2013. 584 с.

кримінальному процесі України, як через його приватно-прагматичний, так і публічно-прагматичний види. Яскравим прикладом приватно-прагматичного виду процесу під час реалізації права на компроміс є застосування таких інститутів, як звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням, угода про примирення між потерпілим і підозрюваним (обвинуваченим) та, сміливо можна стверджувати, що свій вираз цей вид процесу в майбутньому знайде і під час застосування інституту медіації у кримінальному судочинстві (у разі її запровадження у судовому порядку). До положень, що стосуються сфери дії публічно-прагматичного виду процесу, варто віднести угоду про визнання винуватості.

СЕКЦІЯ 2. ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД ТА ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ СУДОВОЇ ВЛАДИ ІДЕЇ ДЛЯ УКРАЇНИ

DIE EUROPÄISCHE STAATSANWALTSCHAFT HAT IHRE ARBEIT AUFGENOMMEN

Birke Rainer

*Doktor der Rechtswissenschaften, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Strafrecht, Vorsitzender der
Deutsch-Ukrainischen Juristenvereinigung e.V.*

I. Einleitung

Am 01.06.2021 nahm die Europäische Staatsanwaltschaft (im Folgenden: EUStA) ihre Arbeit auf¹. Als Teil der justiziellen Zusammenarbeit soll die EUStA zur Verwirklichung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts beitragen, dessen Bildung sich die Europäische Union (im Folgenden: EU) zum Ziel gesetzt hat². Die Behörde – es handelt sich um eine Einrichtung der EU mit eigener Rechtspersönlichkeit³ – ist sachlich zuständig für die strafrechtliche Untersuchung und Verfolgung sowie die Anklageerhebung bei den in der EU-Richtlinie 2017/1371⁴ beschriebenen Wirtschaftsstraftaten, soweit diese gegen die finanziellen Interessen der EU gerichtet sind. Derzeit sind dies

(1) die in Art. 3 Abs. 2 lit. a) bis c) der EU-Richtlinie 2017/1371 als Betrug zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union beschriebenen Handlungen⁵;

(2) die grenzüberschreitende Umsatzsteuerhinterziehung im Sinne des Art. 3 Abs. 2 lit. d) der EU-Richtlinie 2017/1371, die sich auf zwei oder mehr EU-Mitgliedstaaten erstreckt, soweit der Gesamtschaden mindestens 10 Mio. EUR beträgt⁶,

ferner mit den genannten Delikten untrennbar verbundene Straftaten⁷.

Nicht ausgeschlossen ist, dass dieser Straftatenkatalog später auf andere schwere Straftaten mit grenzüberschreitender Dimension erweitert wird. Dafür ist ein einstimmiger Beschluss des Europäischen Rates erforderlichlich⁸.

Gemäß ihrer Gründungsverordnung (Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates der EU vom 12.10.2017⁹) soll die Tätigkeit der EUStA zu einer Erhöhung der Effizienz der Strafverfolgung bei Straftaten gegen die finanziellen Interessen der EU führen, die wegen der Zersplitterung der nationalen Strafverfolgungsmaßnahmen nicht immer ausreichend gewährleistet sei; insoweit sieht der EU-Gesetzgeber das Vorhaben im Einklang mit dem Grundsatz der Subsidiarität und betrachtet es in seinen einzelnen Bestimmungen auch als verhältnismäßig¹⁰.

Per Gründungsverordnung ist die EUStA unabhängig; sie darf bei der Erfüllung ihrer Pflichten keine Weisungen von Mitgliedstaaten, Organen, Einrichtungen oder sonstigen Stellen

¹ Siehe <https://www.eppo.europa.eu/en/news/1-june-2021-eppo-starts-operations-what-does-mean-you>.

² Vergleiche Artikel 3 Absatz 2 des Vertrags über die Europäische Union (EU-Amtsblatt C 326/17 vom 26.10.2012) sowie insbesondere Art. 86 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (EU-Amtsblatt C 326/82 vom 26.10.2012).

³ Art. 3 VO (EU) 2017/1939 vom 12.10.2017.

⁴ Richtlinie (EU) 2017/1371 des EU-Parlaments und des Rates der EU vom 05.07.2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug (Abl. L 198/29 vom 28.07.2017).

⁵ Art. 22 Abs. 1 Satz 1 VO (EU) 2017/1939 vom 12.10.2017.

⁶ Art. 22 Abs. 1 Satz 2 VO (EU) 2017/1939 vom 12.10.2017.

⁷ Siehe Art. 22 Abs. 3 sowie Art. 22 Abs. 4 VO (EU) 2017/1939 vom 12.10.2017.

⁸ Vergleiche Absatz 11 der Präambel der VO (EU) 2017/1939 vom 12.10.2017.

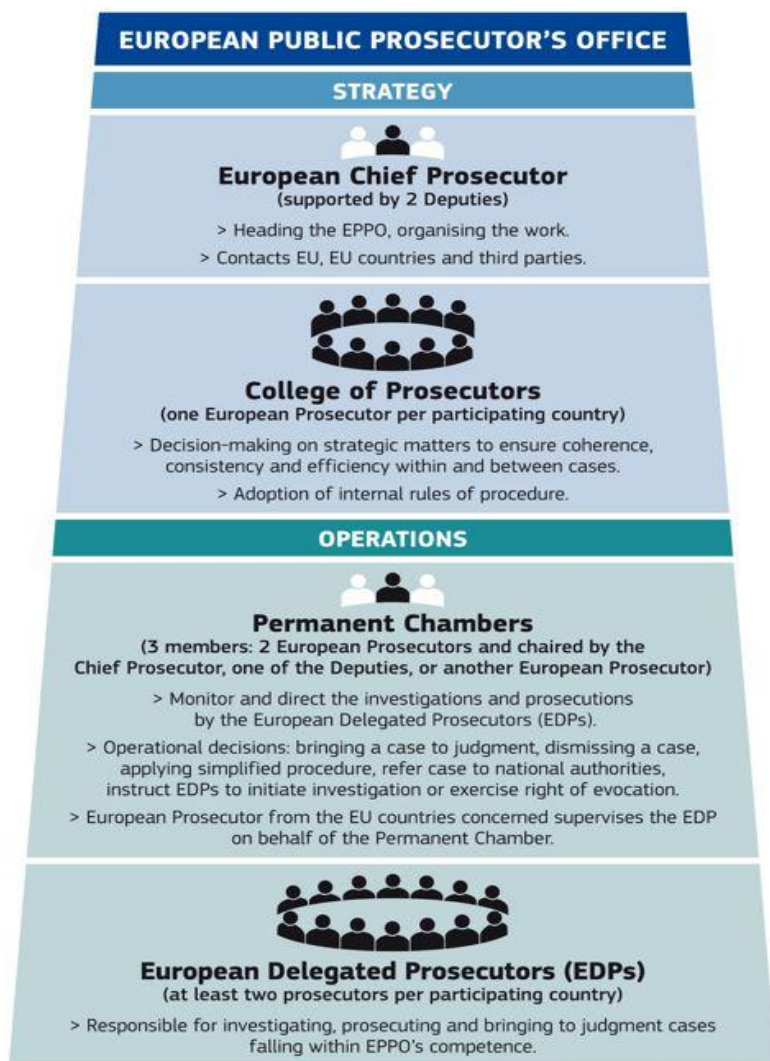
⁹ EU-Amtsblatt L 283/1 vom 31.10.2017.

¹⁰ Absatz 12 der Präambel der VO (EU) 2017/1939 vom 12.10.2017.

der EU einholen oder entgegennehmen¹. Für ihre allgemeinen Tätigkeiten ist sie dem Rat und der Kommission der EU jedoch rechenschaftspflichtig und gibt Jahresberichte heraus².

II. Struktur der EUSTa

Die EUSTa als europäische Behörde gliedert sich in eine zentrale und eine dezentrale Ebene³:



¹ Art. 6 Abs. 1 VO (EU) 2017/1939.

² Art. 6 Abs. 2 VO (EU) 2017/1939.

³ Absatz 47 Satz 1 bis 3 der Präambel der VO (EU) 2017/1939 vom 12.10.2017.

Auf der strategischen Ebene wird die EUSTa durch die Generalstaatsanwaltschaft geleitet, die aus dem Generalstaatsanwalt und seinen zwei Vertretern besteht. Die Generalstaatsanwaltschaft vertritt die EUSTa nach außen und organisiert deren Arbeit¹. Teil der strategischen Ebene ist ferner das Kollegium der EU-Staatsanwälte, das aus einem Europäischen Staatsanwalt pro Mitgliedstaat besteht. Es entscheidet über strategische Fragen einschließlich der Prioritäten und der Ermittlungs- und Strafverfolgungspolitik der EUSTa sowie über allgemeine Fragen, die sich aus Einzelfällen ergeben, was auch die ordnungsgemäße und kohärente Umsetzung der Ermittlungs- und Strafverfolgungspolitik der EUSTa einschließt².

Die operative Ebene der EUSTa besteht aus den Ständigen Kammern und den Deputierten Europäischen Staatsanwälten. Aufgabe der Ständigen Kammern ist die Leitung und Überwachung der Ermittlungen und die Gewährleistung der Kohärenz der Tätigkeit der EUSTa³. Sie erteilen den Deputierten Europäischen Staatsanwälten Weisungen und entscheiden über die Anklageerhebung bzw. die Einstellung des Verfahrens, die Durchführung eines vereinfachten Verfahrens und die Verweisung an die nationalen Behörden⁴. Die Deputierten Europäischen Staatsanwälte leisten im Regelfall die eigentliche Ermittlungsarbeit in den Mitgliedstaaten gemäß dem dort geltenden nationalen Recht und führen das Verfahren unter der Leitung der zuständigen Ständigen Kammer bis zum rechtskräftigen Abschluss durch⁵. Auch wenn die Deputierten Staatsanwälte als solche ausschließlich als Vertreter der EUSTa auftreten, sollten sie während ihrer Amtszeit zugleich Mitglied der Staatsanwaltschaft des Mitgliedstaates oder Mitglied der Richterschaft sein und der Mitgliedstaat sollte ihnen mindestens die gleichen Befugnisse wie Staatsanwälten des Mitgliedstaates zuerkennen⁶. Delegierte Europäische Staatsanwälte können auch Aufgaben als nationale Staatsanwälte wahrnehmen⁷.

Die Arbeit der EUSTa soll grundsätzlich in elektronischer Form erfolgen. Sie soll ein Fallbearbeitungssystem einrichten, führen und verwalten. Zu den Informationen im Fallbearbeitungssystem sollten Informationen über etwaige Straftaten, die in die Zuständigkeit der EUSTa fallen, sowie Informationen aus den Verfahrensakten gehören, auch wenn sie abgeschlossen sind⁸.

III. Gerichtsbarkeit der EUSTa

Die EUSTa besitzt Gerichtsbarkeit einerseits bei Handlungen, die auf dem Territorium der EU-Mitgliedstaaten begangen werden⁹. Andererseits kann sich die Gerichtsbarkeit insbesondere aus dem aktiven Personalitätsprinzip für Staatsangehörige eines EU-Mitgliedstaats ergeben, wenn dieser die extraterritoriale Gerichtsbarkeit für die betreffende Straftat besitzt¹⁰.

Im Rahmen ihrer Zuständigkeit kann die EUSTa entweder ein eigenes Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts einer Straftat einleiten oder die Ermittlungen einer nationalen Strafverfolgungsbehörde an sich ziehen¹¹. Sie nimmt auch Strafanzeigen Privater entgegen, beispielsweise über ihre Website epo.europa.eu.

¹ Vgl. Abs. 21 der Gründungsverordnung.

² Absatz 24 der Präambel der VO (EU) 2017/1939 vom 12.10.2017.

³ Absatz 25 der Präambel der VO (EU) 2017/1939 vom 12.10.2017.

⁴ Siehe Art. 10 der VO (EU) 2017/1939 vom 12.10.2017.

⁵ Absatz 30 sowie 31 der Präambel der VO (EU) 2017/1939 vom 12.10.2017.

⁶ Absatz 32 der Präambel der VO (EU) 2017/1939 vom 12.10.2017.

⁷ Absatz 46 der Präambel der VO (EU) 2017/1939 vom 12.10.2017.

⁸ Absatz 4 der Präambel der VO (EU) 2017/1939 vom 12.10.2017.

⁹ Vgl. Art. 23 lit. a) VO (EU) 2017/1939 vom 12.10.2017.

¹⁰ Art. 23 lit. b) VO (EU) 2017/1939 vom 12.10.2017.

¹¹ Art. 25 Abs. 1 VO (EU) 2017/1939 vom 12.10.2017.

Die Zuteilung der Verfahren auf die Ständigen Kammern soll grundsätzlich nach dem Zufallsprinzip erfolgen, um so weit wie möglich eine ausgewogene Verteilung der Arbeitsbelastung sicherzustellen¹.

IV. Über die praktische Arbeit der EUSTa

Derzeit sind 22 der 27 EU-Mitgliedstaaten Teilnehmer der EUSTa². EU-Generalstaatsanwältin ist die 1973 geborene Rumänin Laura Kövesi. Nur 6 Wochen nachdem die EUSTa ihre Arbeit aufnahm, hatte sie bereits mehr als 1.000 Strafanzeigen über Betrug zum Nachteil der finanziellen Interessen der EU bearbeitet und Waren im Wert von 7 Mio. EUR beschlagnahmt³. Ihren ersten politischen Skandal erlebte die EUSTa im Zusammenhang mit der Benennung Deputierter Europäischer Staatsanwälte für Slowenien, die binnen vier Monaten nach Aufnahme der Arbeit der Behörde nicht erfolgte und dem Mitgliedstaat den Vorwurf der Obstruktion und der Schaffung einer Verfolgungslücke in der EUSTa-Zone seitens der Generalstaatsanwältin einbrachte⁴.

V. Fazit

Dass das Prestigeprojekt EUSTa ein Erfolg wird, kann durch Schwierigkeiten der soeben genannten Art und auch durch Souveränitätsbedenken sicher nicht aufgehalten oder verhindert werden. Die aktuellen Meldungen über Razzien, Beschlagnahmen und Verhaftungen auf dem Twitter-Account der EUSTa sind Beleg für eine von starkem politischem Willen unterstützte und schlagkräftige Behörde. Sicher wird die EUSTa auch in ihrer weiteren Entwicklung sorgfältig darauf achten, dass die internationale Struktur dieses neuen Instruments der internationalen strafrechtlichen Zusammenarbeit immer offen für Erfordernisse der nationalen Rechtsordnungen ist und diese in ihrer Vielfalt respektiert.

Inwieweit die EUSTa dabei auch den Rechte Beschuldigter sowie Drittbetroffener in der Praxis gerecht werden kann und Rechtsschutz gegen ihre Maßnahmen wirksam gewährleistet ist, wie er auf nationaler Ebene der jeweiligen Mitgliedstaaten erwartet wird, muss die Zukunft zeigen. Namentlich die Akteneinsicht des Beschuldigten könnte ein erster Lackmustrtest für die Fairness und Transparenz des Verfahrens der EUSTa sein. Nach Art. 45 Abs. 2 der Gründungsverordnung umfasst sie lediglich die Verfahrensakte des Deputierten EU-Staatsanwalts, die dieser anlegt und führt. Nicht geregelt ist dagegen eine Einsicht in das CMS-System der zuständigen Kammer der EUSTa sowie in die Akten der Parallelverfahren in anderen EU-Staaten. Die Behandlung von Defiziten, die sich bei solchen konzeptionellen Fragen ergeben, wird im Rahmen des Rechtsschutzes nationaler Gerichte bzw. der europäischen Instanzen erfolgen⁵. Es wird für den Erfolg der EUSTa auch mitentscheidend sein, ob rechtlich erforderliche Anpassungen umsetzbar sind.

¹ Siehe Absatz 27 der Präambel der VO (EU) 2017/1939 vom 12.10.2017.

² Belgien, Bulgarien, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Italien, Kroatien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Niederlande, Österreich, Portugal, Rumänien, Slowakei, Spanien, Slowenien, Tschechien und Zypern (siehe https://ec.europa.eu/anti-fraud/policy/preventing-fraud/european_public_prosecutor_de).

³ <https://twitter.com/EUPProsecutor/status/1415955032856477700>.

⁴ <https://twitter.com/EUPProsecutor/status/1446466941359624201/photo/1>.

⁵ Vgl. Art. 42 VO (EU) 2017/1939 vom 12.10.2017.

RĂSPUNDEREA MAGISTRAȚILOR ROMÂNI PREZENTARE GENERALĂ

Vasile Drăghici

*profesor universitar doctor a facultății de drept și științe administrative
Universitatea „Ovidius” din Constanța*

Ivan Toronciuk

*PhD, conferențiar universitar doctor la facultatea de drept
Universitatea națională din Cernăuți în numele lui Iurii Fedkovici*

1. Considerații generale:

Potrivit Constituției României în Titlul III, Capitolul VI, autoritatea judecătorească este compusă din instanțe judecătorești și parchete¹.

Astfel, judecătorii, constituiți în instanțe, sunt independenți, se supun numai legii și sunt inamovibili.

În același timp, Ministerul Public își exercită atribuțiile prin procurori constituiți în parchete, care funcționează pe lângă instanțele de judecată.

Funcțiile de judecători și procurori sunt incompatibile cu orice altă funcție publică sau privată, cu excepția funcțiilor didactice din învățământul superior.

Garantul independenței justiției este Consiliul Superior al Magistraturii, alcătuit din judecători și procurori, care funcționează în două secții distincte și doi reprezentanți ai societății civile, specialiști în domeniul dreptului. Ministrul Justiției, Procurorul General al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție din România și Președintele Înaltei Curți de Casație și Justiție sunt membrii de drept al Consiliului Superior al Magistraturii.

Așadar, potrivit art. 1 din Legea nr. 303/2004 privind statutul judecătorilor și procurorilor, magistratura este activitatea judiciară desfășurată de judecători în scopul îndeplinirii justiției și de procurori, în scopul apărării intereselor generale ale societății, a ordinii de drept, precum și a drepturilor și libertăților cetățenilor².

Judecătorii sunt independenți, se supun numai legii, trebuie să fie imparțiali și au deplină libertate în soluționarea cauzelor deduse judecării, scopul independenței acestora garantând fiecărei persoane dreptul fundamental de a fi examinat cazul său în mod echitabil, având la bază doar aplicarea legii.

Procurorii își desfășoară activitatea potrivit principiilor legalității, imparțialității și al controlului ierarhic, fiind independenți în dispunerea soluțiilor și bucurându-se de stabilitate (pot fi mutați prin transfer, detașare sau promovare numai cu acordul lor).

Astfel, judecătorii și procurorii sunt obligați ca, prin întreaga lor activitate, să asigure supremația legii, să respecte drepturile și libertățile persoanelor, egalitatea lor în fața legii, să asigure un tratament juridic nediscriminatoriu tuturor participanților la procedurile judiciare, să respecte Codul deontologic, să participe la formarea profesională continuă.

De asemenea, sunt obligați să se abțină de la orice activitate care presupune existența unui conflict între interesele lor și interesul public de îndeplinire a justiției sau de apărare a intereselor generale ale societății.

2. Scurtă prezentare a formelor de răspundere a magistraților români:

În Titlul IV din legea arătată mai sus se arată în ce constă răspunderea judecătorilor și procurorilor.

¹ Constituția României republicată; publicată în Monitorul Oficial al României nr. 767/31.10.2003

² Legea nr. 303/2004, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 826/13.09.2005

Astfel, judecătorii și procurorii răspund civil, disciplinar și penal în condițiile legii. Aceștia pot fi percheziționați, reținuți sau arestați numai cu încuviințarea Secției pentru judecători sau a Secției pentru procurori ale Consiliului Superior al Magistraturii.

Pentru prejudiciile cauzate de către judecători și procurori, prin erorile judiciare, statul răspunde patrimonial, dar nu se înlătură răspunderea judecătorilor și procurorilor dacă aceștia și-au exercitat funcția cu rea-credință sau gravă neglijență.

Există eroare judiciară în mai multe situații, care sunt enumerate în art. 96 din legea menționată anterior, cum ar fi, spre exemplu, pronunțarea unei hotărâri judecătorești definitive în mod evident contrară legii sau situației de fapt.

Persoană vătămată printr-o eroare judiciară se îndreaptă împotriva statului, reprezentat de Ministerul Finanțelor Publice din România, competența soluționării acțiunii revenind tribunalului în circumscripția unde domiciliază reclamantul.

În termen de două luni de la comunicarea hotărârii definitive, pronunțate în acțiunea persoanei vătămate, Ministerul Finanțelor Publice din România va sesiza Inspekția Judiciară pentru a verifica dacă eroarea a fost cauzată de judecători sau procurori, ca urmare a exercitării funcției cu rea-credință sau gravă neglijență, iar dacă această sesizare se confirmă, statul va putea exercita acțiune în regres împotriva judecătorului sau procurorului la Secția civilă a Curții de Apel unde domiciliază magistratul.

Pe de altă parte, există și răspundere disciplinară a judecătorilor și procurorilor, aceștia răspunzând pentru abaterile de la îndatoririle de serviciu, precum și pentru faptele care afectează prestigiul justiției. În acest sens, în art. 99 din Legea nr. 303/2004 sunt enumerate 21 de abateri disciplinare, cum ar fi, spre exemplu: desfășurarea de activități publice cu caracter politic; refuzul nejustificat de a îndeplini o îndatorire de serviciu; imixtiunea în activitatea altui judecător sau procuror exercitarea funcției cu rea-credință sau gravă neglijență; încălcarea prevederilor legale referitoare la incompatibilități și restricții etc.

Întrucât în țara noastră au existat și există numeroase discuții cu privire la interpretarea conceptelor de rea-credință sau gravă neglijență, prin art. 99¹ din Legea 303/2004 s-a stabilit că, există rea-credință atunci când judecătorul sau procurorul încalcă, cu știință, normele de drept material ori procesual, urmărind sau acceptând vătămarea unei persoane, iar gravă neglijență este atunci când judecătorul sau procurorul nesocotește, din culpă, în mod grav, neîndoelnic și nescuzabil normele de drept material ori procesual.

Consiliul Superior al Magistraturii poate aplica judecătorilor și procurorilor sancțiuni disciplinare, constând în: avertisment; diminuarea indemnizației de încadrare lunare brute cu până la 25%, pe o perioadă de până la 1 an; mutarea disciplinară pentru o perioadă efectivă de la 1 an la 3 ani la o altă instanță sau la un alt parchet, chiar de grad imediat inferior; suspendarea din funcție pe o perioadă de până la 6 luni; retrogradarea în grad profesional și excluderea din magistratură.

Se observă, așadar, că judecătorii și procurorii români pot răspunde, în condițiile legii, ca orice cetățean, dar răspunderea materială, disciplinară sunt specifice acestor profesii, potrivit particularităților normelor ce compun legea de organizare a activității de justiție.

Pe de altă parte, legea nu exclude magistrații pentru a răspunde contravențional, astfel că, dacă procurorii sau judecătorii comit diverse contravenții, aceștia răspund potrivit legii, fără a exista vreun privilegiu.

În același timp judecătorii și procurorii răspund civil, în sensul că pot fi acționați în judecată civilă pentru fapte care nu au legătură cu profesia lor, cum ar fi, de exemplu, încălcarea unei obligații contractuale prevăzute într-un contract de vânzare-cumpărare.

În practică au existat și există situații când magistrații au răspuns pentru diverse fapte și, cu titlu de exemplu, amintim doar câteva din domeniul abaterilor disciplinare.

Astfel, prin Decizia nr. 62 din 18 mai 2020 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, Completul de 5 judecători, s-a reținut că este abatere disciplinară fapta unui judecător care a publicat în spațiul virtual o postare, în cuprinsul căreia s-a exprimat în mod neprincipial, inadecvat statului de drept, punând la îndoială credibilitatea unor instituții ale statului, folosind un limbaj ce depășește limitele decenței și limitele impuse de statul funcției, fapte ce contravin obligației de rezervă impuse magistraților în exercitarea libertății de exprimare în considerarea statutului lor.

Instanța a motivat că, ceea ce i se reproșează judecătorului este exprimarea opiniilor personale într-o manieră de natură să încalce statutul funcției de magistrat, așa cum s-a reținut și în jurisprudența CEDO (cauza Morissens contra Belgiei). Pentru această abatere judecătorului i-a fost aplicată sancțiunea disciplinară, constând în diminuarea indemnizației de încadrare brute cu 5% pe o perioadă de două luni.

Într-o altă speță, prin Decizia nr. 30/03.02.2020 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, Completul de 5 judecători s-a reținut că, atitudinea contrară standardelor de conduită impuse magistraților în relațiile profesionale constituie abatere disciplinară. Astfel, un procuror a efectuat mențiuni olografe pe actele ce i-au fost repartizate spre soluționare, adresate prim procurorului, folosind un limbaj contrar exigențelor de respect ce trebuie să guverneze relațiile dintre magistrați și colegii lor și o atitudine de contestare a autorității ierarhice; a refuzat primirea programării serviciului de permanență pe unitate, folosind un limbaj licențios și expresii ofensatoare la adresa superiorului, toate aceste fapte fiind calificate de instanță ca abatere disciplinară și fiind sancționate cu avertisment.

În același timp, prin Decizia nr. 214/16.11.2020 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, Completul de 5 judecători, s-a apreciat că absența unui judecător nemotivat de la serviciu într-un număr de 33 de situații, pe o perioadă de 4 luni, constituie abatere disciplinară, acesta fiind sancționat cu diminuarea indemnizației de încadrare lunare brute cu 20%, pe o perioadă de 3 luni.

Într-o altă situație, prin Decizia nr. 68/25.05.2020 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, Completul de 5 judecători, s-a apreciat că fapta judecătorului care a respins, ca tardiv introdusă, o plângere împotriva unei ordonanțe, prin care s-a dispus o măsură preventivă, plângere depusă în termen, prin intermediul poștei electronice, care a primit însă dată certă, după expirarea termenului legal, nu constituie abaterea disciplinară, constând în exercitarea atribuțiilor cu gravă neglijență. Astfel, instanța a arătat că, interpretarea dată de judecător dispozițiilor legale din speța avută spre soluționare, împreună cu soluția pronunțată de judecător, este rezultatul unui raționament juridic motivat, iar circumstanțele soluționării dosarului nu evidențiază o instrumentare cu gravă neglijență.

De altfel, printr-o altă decizie, nr. 173/05.10.2020, Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul de 5 judecători, a reținut că neglijența gravă trebuie să fie atunci când modalitatea defectuoasă de exercitare a funcției are un caracter evident, neîndoielnic, fără justificare și în totală contradicție cu textele procedurale.

Se poate concluziona, potrivit opiniilor exprimate și de alți autori români, că magistrații din România răspund pe deplin și nu beneficiază de niciun fel de imunitate.

DIE NEUE VORGERICHTLICHEN SANIERUNG IM DEUTSCHEN RECHT

Prof. Dr. Rainer Wedde

lehrt Wirtschaftsrecht an der Wiesbaden Business School der Hochschule RheinMain. Er ist Mitglied im Vorstand der Deutsch-Ukrainischen Juristenvereinigung (DUJV)

1. Einführung

Der ease of doing business Index der Weltbank ist jüngst durch Manipulationsvorwürfe ins Gerede gekommen. Die letzten korrekten Zahlen von 2019 sind aber durchaus aufschlussreich für die Lage in Deutschland.¹ Den Bestwert erzielte die Bundesrepublik nämlich in der Rubrik „Resolving Insolvency“ – dort erreicht sie den 4. Rang.

Man könnte folglich annehmen, dass das Insolvenzrecht in Deutschland nicht im Schwerpunkt der gesetzgeberischen Aktivitäten steht. Doch das Gegenteil ist der Fall, die Insolvenzordnung (InsO) war in den vergangenen Jahren wiederholt Gegenstand von Reformen. Zum einen wollte der nationale Gesetzgeber das Insolvenzrecht verbessern, zum anderen zwangen Gesetzgebungsaktivitäten auf Ebene der EU den deutschen Staat zu Anpassungen.

Jüngstes Beispiel sind die jüngst in Kraft getretenen Änderungen durch das *Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts* (SanInsFoG).² Neben zahlreichen Modifikationen in der InsO enthält das SanInsFoG vor allem das *Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen* (StaRUG). Es führt einen neuen Mechanismus ein, der eine Restrukturierung schon vor der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ermöglicht.

2. Sanierung im deutschen Insolvenzrecht

Traditionell galt das deutsche Insolvenzrecht als eher gläubigerfreundlich.³ Ziel der InsO ist nach § 1 die gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger, von deren Entscheidung daher der Ablauf des Verfahrens abhängt. Deutlich weniger akzentuiert war lange Zeit die Idee einer Sanierung des Insolvenzschuldners, obgleich § 1 InsO dieses Ziel seit 1999 als weiteres Verfahrensziel nennt.

Dies ist nachvollziehbar, denn Insolvenzen richten auch in Deutschland beachtliche wirtschaftliche Schäden an,⁴ obwohl die Zahlen in der Coronakrise nicht wie erwartet explodiert sind. So sehr ein rechtlich organisierter Marktaustrittsmechanismus unerlässlich ist, um den Wettbewerb zu ermöglichen und Platz für wettbewerbsfähigere Unternehmen zu machen, so sehr bestehen Risiken für Mitarbeiter und Gläubiger sowie die Volkswirtschaft insgesamt. In vielen Fällen könnten an sich gesunde Unternehmen, die lediglich in eine Finanzkrise geraten sind, gerettet werden, wenn frühzeitig eine energische Sanierung angestoßen würde. Dazu fehlten im deutschen Recht lange geeignete Instrumente.

Die Insolvenzordnung führte mit ihrem Inkrafttreten 1999 einige Sanierungsinstrumente neu ein.⁵ Wichtigstes Mittel ist der Insolvenzplan (§§ 217ff. InsO), der eine Sanierung des Rechtsträgers ermöglicht, notfalls auch gegen den Willen einzelner obstruierender Gläubiger. Ergänzt wird der Insolvenzplan durch die Möglichkeit der Eigenverwaltung (§§ 270ff. InsO),

¹ <https://www.doingbusiness.org/en/data/exploreeconomics/germany> (eingesehen am 15.10.2021); die Ukraine erreicht beim Kriterium Resolving Insolvency nur Rang 146.

² BGBl. 2020, Teil I, S. 3256.

³ Paulus, Der Wandel von einem gläubigerzentrierten zum einem schuldnerzentrierten Sanierungsansatz unter dem StaRUG, NZI-Beilage 2021, 9.

⁴ Für das Jahr 2020 waren nach Angaben des Statistischen Bundesamtes Gläubigerforderungen von 44,1 Mrd. Euro betroffen, https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2021/03/PD21_161_52411.html (eingesehen am 15.10.2021); außerdem mussten 332.000 Arbeitnehmer die Insolvenz ihres Unternehmens erleben, <https://www.creditreform.de/aktuelles-wissen/pressemeldungen-fachbeitraege/news-details/show/insolvenzen-in-deutschland-jahr-2020> (eingesehen am 15.10.2021).

⁵ Überblick bei: Buth/ Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 4. Auflage, München 2014.

bei welcher der Schuldner trotz Verfahrenseröffnung die Verfügungsbefugnis behält. Ebenfalls der Sanierung dient der Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) mit dem der Schuldner schon vor der formalen Insolvenzreife ein Insolvenzverfahren starten kann, um damit eine Sanierung zu versuchen.

Allerdings hat sich die Sanierung in der Praxis bisher nicht als besonders erfolgreich erwiesen.¹ Nach wie vor bilden die Verwertung des Vermögens und die anschließende Zerschlagung des Schuldners den Regelfall. Grund dafür könnte sein, dass das deutsche Insolvenzplanverfahren stets die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens verlangt (Einheitsverfahren).² Das damit verbundene Stigma dürfte viele Schuldner davon abhalten, rechtzeitig einen entsprechenden Antrag zu stellen. Dies spricht für die Einführung eines präventiven Verfahrens, das eine Sanierung schon vor der Insolvenz erleichtert und dafür zusätzliche Instrumente schafft. Die Europäische Union hat dies durch die Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz³ in Angriff genommen.

3. Gesetzgebungsverfahren

Die Restrukturierungs-Richtlinie enthält eine Vielzahl von Vorgaben; es sind weitaus mehr Fragen betroffen als nur die vorgerichtliche Restrukturierung. Die Richtlinie ist aber vergleichsweise flexibel und bietet den Mitgliedsstaaten erhebliche Freiräume, um nationale Besonderheiten fortzuführen.⁴

Die Mitgliedsstaaten mussten die Richtlinie bis zum 17. Juli 2021 in das nationale Recht umsetzen. Der Bundesrepublik Deutschland hat dies in zwei Gesetzen Ende 2020 getan: Das SanInsFoG enthält als Art. 1 das StaRUG. Im Übrigen setzt das SanInsFoG weitere Inhalte der Richtlinie ohne Bezug zur vorgerichtlichen Restrukturierung um. Die Änderungen sind zum 1.1.2021 in Kraft getreten. Die sehr kurzfristige Umsetzung der europäischen Vorgaben hat Praxis und Wissenschaft in Deutschland überrascht. Ein weiteres Gesetz setzt die Verkürzung der Restschuldbefreiung um.⁵

4. Wesentliche Inhalte des StaRUG

Das StaRUG ist ein recht umfangreiches Gesetz (es umfasst insgesamt 102 Paragraphen), welches detaillierte Regeln für eine vorinsolvenzliche Restrukturierung enthält. Damit soll eine Lücke zwischen der völlig freien Sanierung in der Krise und der Sanierung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens mit der Möglichkeit des Eingriffs in Rechte von Beteiligten geschlossen werden. Dabei geht das StaRUG aber in vielen Fällen weniger weit als noch in den Vorentwürfen vorgesehen.⁶ Der Gesetzgeber scheute weitgehende Eingriffe in bestehende Rechtsverhältnisse.

Das StaRUG gibt kein festes Verfahren vor, sondern bietet den Beteiligten einen Baukasten mit verschiedenen Instrumenten, vgl. § 29 II StaRUG.⁷ Das erlaubt eine flexible und

¹ Spahlinger in: Kühler/Prütting/Bork (Hrsg.), Kommentar zur Insolvenzordnung, 89. EL August 2021, InsO § 217 Rn 3.

² Undritz in: Kühler (Hrsg.), Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz, 3. Auflage 2019, § 2 Chancen und Risiken von Eigenverwaltung und Insolvenzplan, Rn. 1 und 2.

³ Richtlinie (EU) 2019/1023 des europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz), siehe <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/1023/oj?locale=de> (zuletzt eingesehen am 15.10.2021).

⁴ Madaus, Die Vorgaben der EU-Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen an den deutschen Gesetzgeber – Handlungsspielräume und –grenzen, DB 2019, 592.

⁵ Gesetz zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Anpassung pandemiebedingter Vorschriften im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht sowie im Miet- und Pachtrecht, BGBl. 2020, Teil I, S. 3328.

⁶ Schülke, Überwindung der Krise: Die Restrukturierung mit dem neuen StaRUG – ein Überblick, DStR 2021, 621, insbesondere wurde der mögliche Eingriff in laufende Verträge gestrichen.

⁷ Bork, Instrumente des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens nach § 29 StaRUG, NZI-Beilage 2021, 38 spricht von einem „Werkzeugkasten“.

fallbezogene Herangehensweise. Außerdem ermöglichen die Regeln eine Sanierung ohne Beteiligung eines Dritten und ohne Publizität, lediglich die Beteiligten werden informiert, § 84 StaRUG.¹

Voraussetzung für die Anwendung einer Maßnahme nach dem StaRUG ist die drohende Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO. Neu ist, dass nunmehr ein Prognosezeitraum von 24 Monaten anzusetzen ist.² Da zugleich der Prognosezeitraum bei Überschuldung (§ 19 II) auf einen Zeitraum von 12 Monaten festgelegt wurde, dürfte der gängige Zeitraum für eine vorgerichtliche Sanierung dazwischen liegen. Eine drohende Zahlungsunfähigkeit bei weniger als 12 Monaten wird wegen der dann nötigen bilanziellen Anpassungen oft schon in die Überschuldung führen.³ Dabei sind Maßnahmen nach dem StaRUG nur zulässig, solange noch keine Insolvenzreife eingetreten ist. Ist dies der Fall muss sogleich in ein Insolvenzverfahren gewechselt werden.

Kernelement der vorgerichtlichen Restrukturierung ist der Restrukturierungsplan, §§ 5ff. StaRUG. Er ähnelt dem Insolvenzplan, muss etwa einen darstellenden und einen gestaltenden Teil enthalten. Inhaltliche Vorgaben gibt es kaum, was eine flexible Gestaltung ermöglicht. Der Restrukturierungsplan kann alle oder nur einzelne Gruppen erfassen, § 8 StaRUG. Er kann ohne Beteiligung Dritter vom Schuldner mit seinen Gläubigern vereinbart werden; dann ist allerdings eine einstimmige Entscheidung nötig. Ist ein Konsens hingegen nicht erzielbar, erlaubt das StaRUG auch eine Mehrheitsentscheidung. Das Verfahren richtet sich nach den §§ 17ff. StaRUG. Auf einem Erörterungs- und Abstimmungstermin muss in den einzelnen Gruppen eine Mehrheit erzielt werden. Anders als beim Insolvenzplan kommt es nur auf die Mehrheit der Forderungssummen an (keine doppelte Mehrheit), erforderlich ist aber eine qualifizierte Mehrheit von 75%, § 25 StaRUG. Lehnt nur eine einzelne Gruppe den Plan ab, kann diese überstimmt werden, § 26 StaRUG.⁴

Bisher scheitert eine Sanierung im Vorfeld der Insolvenz mitunter daran, dass es keine Möglichkeit gab, einzelne Gläubiger (Akkordstörer) zur Beteiligung zu zwingen. Die übrigen Gläubiger werden nur zu einem solidarischen Verzicht bereit sein, wenn kein Gläubiger profitiert, der sich einer Mitwirkung verweigert. Nunmehr können in einem Restrukturierungsplan also Maßnahmen mehrheitlich beschlossen werden. Bisher war dies nur in einem Insolvenzplan möglich, der aber ein eröffnetes Insolvenzverfahren verlangt. Dieses wiederum hat ein schlechtes Image und wird daher möglichst vermieden.⁵

Der Restrukturierungsplan erwächst nach gerichtlicher Bestätigung in Kraft, § 67 StaRUG. Damit treten die vereinbarten Rechtsfolgen ein. Außerdem ist eine Anfechtung des Plans im nachfolgenden Insolvenzverfahren nur noch sehr eingeschränkt möglich, § 90 StaRUG.⁶

Zuständig ist das Restrukturierungsgericht. Der Gesetzgeber hat sich für eine besondere Zuständigkeitskonzentration entschieden. Restrukturierungsgericht ist das Amtsgericht am Sitz des Oberlandesgerichts, § 34 StaRUG.⁷ Rechtsmittel ist die sofortige Beschwerde, für die das Landgericht und im Instanzenzug danach der Bundesgerichtshof zuständig sind. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach dem Gerichtsstand des Schuldners, § 35 StaRUG.

Neben der Bestätigung des Restrukturierungsplans hat das Gericht noch die Kompetenz zur Vorprüfung von Plänen und zur Anordnung von Stabilisierungsmaßnahmen, §§ 49ff.

¹ Die Vorschriften der §§ 84-88 StaRUG treten erst zum 17.7.2022 in Kraft.

² *Wolferin*: BeckOK Insolvenzrecht, 24. Ed. 15.7.2021, InsO § 18 Rn. 23.

³ *Schülke*, Überwindung der Krise: Die Restrukturierung mit dem neuen StaRUG – ein Überblick, DStR 2021, 621 (623f.).

⁴ Sog. *Cross class cram down*, *Spablinger*, Gruppen, Stimmrechte und erforderliche Mehrheiten, NZI-Beilage 2021, 32.

⁵ *De Brynn/Ehmke*, StaRUG & InsO: Sanierungswerkzeuge des Restrukturierungs- und Insolvenzverfahrens, NZG 2021, 661 (671f.).

⁶ *Madans*, Die (begrenzte) Insolvenzfestigkeit des Restrukturierungsplans, der Planleistungen sowie unterstützender Rechtshandlungen während der Restrukturierungssache, NZI-Beilage 2021, 35.

⁷ Damit wird es in Deutschland 34 Restrukturierungsgerichte geben.

StaRUG. Insbesondere können eine Einstellung der Zwangsvollstreckung und eine Verwertungssperre angeordnet werden (Moratorium). Dies dient dazu, eine Restrukturierung zu ermöglichen bzw. zu erleichtern.

Kernfigur der Restrukturierung ist der Restrukturierungsbeauftragte. Allerdings ist dieser nicht zwingend einzusetzen, sondern nur wenn besonders schutzwürdige Personen (etwa Verbraucher oder KMU) betroffen sind. Seine Hinzuziehung dürfte dennoch in den meisten Fällen unerlässlich sein. Die Stellung des Restrukturierungsbeauftragten ähnelt der des Insolvenzverwalters, §§ 73ff. StaRUG. Notwendig ist eine sachkundige und von den übrigen Beteiligten unabhängige Person. Ausdrücklich erwähnt § 74 StaRUG Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Rechtsanwälte. Der Restrukturierungsbeauftragte haftet für Verstöße gegen eine sorgfältige Vorgehensweise, § 75 IV StaRUG. Seine Vergütung erfolgt – anders als beim Insolvenzverwalter – nach Stunden, §§ 80ff. StaRUG.¹ Für den Erfolg des neuen Konzepts wird es entscheidend sein, wie die Restrukturierungsbeauftragten agieren und wie attraktiv das neue Verfahren für sie ist.

Ein weiteres neues Instrument ist die Sanierungsmoderation, §§ 94ff. StaRUG.² Dabei unterstützt ein Sanierungsmoderator die Beteiligten dabei, einen Sanierungsvergleich zu erreichen. Ein solcher Vergleich war auch bisher schon möglich, nun aber kann er gerichtlich bestätigt werden, § 97 StaRUG. Damit wird seine Wirkung verbessert.

Das StaRUG enthält eine Reihe von Haftungstatbeständen (§§ 11, 3, 43 und 57 StaRUG), sie betreffen insbesondere die Nichtanzeige einer mittlerweile eingetretenen Insolvenzreife. Weniger streng als geplant ist die Situation für die Geschäftsführung im Vorfeld.³ Zwar enthält § 1 StaRUG Pflichten zum Schutz der Gläubigerinteressen. Es findet aber kein *Shift of fiduciary Duties* statt und das StaRUG kennt keine neuen Haftungstatbestände dafür.⁴ Eine zusätzliche Haftung ergibt sich aus § 102 StaRUG aber für Berater.⁵ Wer an der Erstellung des Jahresabschlusses beteiligt ist, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer werden explizit erwähnt, haftet, wenn er nicht auf die insolvenzrechtlichen Pflichten hinweist. Damit greift der Gesetzgeber die Rechtsprechung des BGH auf.⁶

5. Kritik

Sanierungsverfahren sind komplex. Häufig ohne vollständige Kenntnis des Sachverhalts und unter Zeitdruck sind Entscheidungen von großer Tragweite zu treffen. Gelingt die Sanierung profitieren in der Regel sämtliche Beteiligten. Scheitert sie aber, wird die ohnehin geringe Masse zu Lasten der Gläubiger, die zusätzliche Zeit und Geld verlieren, weiter reduziert.

Daher ist es wichtig, die Interessen aller Beteiligten in ein Gleichgewicht zu bringen. Dies ist im Vorfeld der Insolvenz nicht einfach. Der Richtlinie wurde vorgeworfen, zu sehr die Interessen des Schuldners zu verfolgen.⁷ Der deutsche Gesetzgeber hat die Richtlinie allerdings eher behutsam umgesetzt. Ein zu weitgehender Eingriff in die Rechte der Gläubiger wurde vermieden.⁸ Er hätte den Rechtsverkehr stark belasten können.

Die neue vorgerichtliche Restrukturierung verlegt die Möglichkeiten der Sanierung auch gegen den Willen einzelner Gläubiger deutlich nach vorn. Ohne gerichtliche Prüfung des

¹ Ob die in § 81 StaRUG ausgewiesenen Stundensätze von bis zu 350 Euro geeignet sind, qualifizierte Personen zu motivieren, muss die Praxis zeigen.

² Hoegen, Die Sanierungsmoderation, NZI-Beilage 2021, 59.

³ Weber/ Dönnemcke, Das Haftungsregime des StaRUG, NZI-Beilage 2021, 27.

⁴ Auf dennoch bestehende Risiken weisen Bea/Dressler, Business Judgement Rule versus Gläubigerschutz? – Praktische Erwägungen zur Organhaftung im Kontext des StaRUG, NZI 2021, 67 hin.

⁵ Ausführlich Pannen/Riedemann/Smid, StaRUG, 1. Auflage München 2021, § 102.

⁶ BGH vom 26.01.2017, NZI 2017, 312.

⁷ Riewe, Vorinsolvenzliche Sanierung nach EU-Vorgaben, ZRP 2017, 179 (180).

⁸ Paulus, Der Wandel von einem gläubigerzentrierten zum einem schuldnerzentrierten Sanierungsansatz unter dem StaRUG, NZI-Beilage 2021, 9.

Vorliegens von Insolvenzgründen kann nun in zivilrechtliche Beziehungen eingegriffen werden. Das gefährdet den Grundsatz des *pacta sunt servanda*. Daher ist es wichtig, nur sanierungsfähigen Unternehmen eine Restrukturierung zu ermöglichen.¹ Hoffnungslose Fälle und unlautere Schuldner sind gleich in das Insolvenzverfahren zu führen, um die Gläubiger zu schützen.²

Zugleich legt das Gesetz aber einen flexiblen Rahmen vor, um frühzeitig (und daher mit hohen Erfolgsaussichten) eine Sanierung zu unternehmen. Da außerhalb einer Konsenssituation stets die Beteiligung des Restrukturierungsgerichts und meist eines Restrukturierungsbeauftragten erforderlich ist, dürfte auch den Interessen der Gläubiger ausreichend Rechnung getragen sein. Deren Forderungen sind in der Krise ohnehin kaum noch werthaltig. Die gegenüber dem Insolvenzplan erhöhte Mehrheitsanforderung verhindert möglichen Missbrauch.

6. Ausblick

Das deutsche Recht folgt dem weltweiten Trend zu einer Vorverlagerung der Sanierung. In der Tat ist eine Rettung umso erfolgversprechender je früher sie gestartet wird. Eine vorgerichtliche Sanierung scheitert aber nicht selten an einzelnen Gläubigern, die sich einer Lösung verschließen. Da es in dieser Phase noch keine Solidargemeinschaft gibt, können einzelne Gläubiger eine an sich sinnvolle Sanierung unterlaufen. Das spricht für präventive mehrheitliche Sanierungsinstrumente wie sie das StaRUG vorsieht.

Ob es mit dem neuen Gesetz tatsächlich gelingen kann, die Zahl erfolgreicher Sanierungen zu erhöhen, muss die Zukunft zeigen. Ausländische Erfahrungen sind durchaus positiv.³ Allerdings wird das englische Scheme of arrangement nach einem Brexit an Attraktivität einbüßen. Andere EU-Staaten haben sich schon mit neuen Modellen positioniert.⁴

Das neue StaRUG berührt die Ukraine nicht unmittelbar. Betroffen sind aber natürlich die immer zahlreicheren ukrainischen Unternehmen, die nach Deutschland exportieren oder dort sogar eigene Tochtergesellschaften unterhalten. Eine leichtere Sanierung deutscher Vertragspartner dürfte durchaus in ihrem Sinne sein. Allerdings werden sie als Gläubiger einen Beitrag zur Sanierung leisten müssen. Ob der ukrainische Gesetzgeber sich am StaRUG orientieren sollte, dürfte von den praktischen Erfahrungen abhängen. Derzeit ist es aber zu früh, eine abschließende Bewertung vorzunehmen.

AKTUELLE PRAKTISCHE HERAUSFORDERUNGEN BEI DER VERHANDLUNG VON ZIVIL- UND WIRTSCHAFTSSACHEN IN DEUTSCHLAND IN ZEITEN DER PANDEMIE

Dr. Cornelia Wölk

Richterin am Landgericht Hamburg

Als im März 2020 in Deutschland der erste Lockdown aufgrund der Covid-19 Pandemie verhängt wurde, standen die deutschen Gerichte vor der Frage, was mit den für diesen Zeitraum bereits terminierten Gerichtsverfahren geschehen soll. Eine generelle Anordnung, dass keine Gerichtsverfahren mehr durchgeführt werden dürfen, gab es aufgrund des Prinzips der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 Grundgesetz) nicht. Es gab nur Empfehlungen, in nicht besonders eiligen oder nicht wichtigen Sachen bereits anberaumte

¹ So auch *Freitag*, Grundfragen der Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen und ihrer Umsetzung in das deutsche Recht, ZIP 2019, 541 (548f).

² *Riewe*, Vorinsolvenzliche Sanierung nach EU-Vorgaben, ZRP 2017, 179 (182).

³ *Paulus*, Die Ratio Legis der Richtlinie, NZI-Beilage 2019, 8 (9).

⁴ *Kern*, Ein Wettbewerb der Rechtsordnungen? Vergleich des niederländischen und des deutschen Umsetzungsgesetzes zur Restrukturierungsrichtlinie, NZI-Beilage 2021, 74.

Gerichtstermine aufzuheben oder zu verlegen. Letztlich wurde es aber in das Ermessen der zuständigen Richter gestellt, ob sie die Gerichtstermine trotz des Lockdowns durchführen oder von der Möglichkeit der Aufhebung bzw. Verlegung der Gerichtstermine Gebrauch machen.

Infolgedessen wurde im Zeitraum ab März 2020 in Zivil- und Wirtschaftssachen zahlreiche Gerichtstermine aufgehoben oder auf einen späteren Zeitpunkt verlegt. Da trotz Pandemie und Lockdown weiterhin neue Sachen bei den Gerichten eingingen, war zu befürchten, dass es zu einem großen „Verhandlungsrückstau“ kommen wird, wenn nicht bald Maßnahmen getroffen werden, die Gerichtsverhandlungen in Zeiten der Pandemie ermöglichen. Deshalb wurde im Wesentlichen Folgendes in der Praxis umgesetzt:

Alle Sitzungssäle wurden mit Hygieneschutzkonzepten ausgestattet. Das bedeutete in der Praxis, dass die Anordnung der Tische und Stühle so gestaltet und gekennzeichnet wurde, dass ein Mindestabstand zwischen den Beteiligten von 1,5 Metern gewahrt werden konnte. Kleinere Sitzungssäle, in denen dieses nicht gewährleistet werden konnte, wurden gesperrt. Zusätzlich wurden die Sitzungssäle mit Plexiglastrennwänden ausgestattet, die zwischen den Beteiligten zu deren Schutz aufgestellt werden konnten. Teilweise wurden auch Raumlufthereinigungsgeräte zur Verfügung gestellt. In den Gerichten wurden Anordnungen erlassen, dass das Tragen von Atemschutzmasken für alle Personen, die die Gerichtsgebäude betreten, verpflichtend ist. Dabei wurde es (jedenfalls in Hamburg) in das Ermessen der jeweils zuständigen Richter gestellt, ob sie den Beteiligten gestatten, innerhalb der Sitzungssäle die Atemschutzmasken abnehmen zu dürfen, soweit das zur Wahrnehmung von hoheitlichen Aufgaben erforderlich ist. In der Praxis wurde das von der Mehrheit der Richter so gehandhabt, dass die Beteiligten in dem Moment, in dem sie auf ihren Plätzen saßen und der Mindestabstand von 1,5 Metern gewährleistet war, die Atemschutzmasken abnehmen durften und in dem Moment, in dem sie ihren Platz verlassen sowie sich durch den Raum bewegen wollten, die Masken wieder aufsetzen mussten.

Die Sitzungssäle der meisten Gerichte wurden innerhalb weniger Wochen / Monat mit diesen Schutzmaßnahmen versehen. Dadurch konnten im Sommer 2020, als die Inzidenzzahlen in Deutschland sehr niedrig waren, bereits viele Gerichtsverhandlungen, die im Frühjahr 2020 wegen der Pandemie aufgehoben oder verlegt wurden, nachgeholt werden.

In Fällen, in denen die beteiligten Parteien und Rechtsanwälte nicht am Ort des Gerichts wohnen/arbeiten, bestand darüber hinaus das Problem, dass diese nicht zum Gericht anreisen wollten, weil sie befürchteten, sich bei Fahrten mit öffentlichen Verkehrsmitteln zum Gerichtsort mit Covid-19 zu infizieren. In solchen Fällen wurde vor allem von folgenden gesetzlichen Möglichkeiten Gebrauch gemacht:

Gemäß § 128 Abs. 2 der Zivilprozessordnung kann das Gericht mit Zustimmung der Parteien eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung treffen. Wenn die Parteien ihre Zustimmung zu einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung geben, bestimmt das Gericht einen Zeitpunkt, bis zu dem Schriftsätze eingereicht werden können, und einen Termin zur Verkündung einer Entscheidung, zu dem die Parteien / Rechtsanwälte nicht erscheinen müssen. Diese Möglichkeit war in der Zivilprozessordnung bereits lange Zeit vor Beginn der Pandemie im Gesetz vorgesehen. Nach Beginn der Pandemie wurde von dieser Möglichkeit in der Praxis deutlich mehr Gebrauch gemacht, das heißt, die Gerichte haben häufiger den Parteien eine Entscheidung im schriftlichen Verfahren vorgeschlagen und die Parteien haben häufiger ihre Zustimmung zu einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren gegeben. Allerdings eignet sich nur ein gewisser Prozentsatz aller Rechtsstreitigkeiten in Zivil- und Wirtschaftssachen für eine solche Entscheidung im schriftlichen Verfahren. Dabei handelt es sich um Rechtsstreitigkeiten, bei denen der Sachverhalt im Wesentlichen unstreitig ist und das Gericht nur über rechtliche Fragen zu befinden hat. Wenn eine Beweisaufnahme erforderlich,

insbesondere wenn das Gericht Zeugen vernehmen muss, eignet sich der Rechtsstreit in der Regel nicht für eine Entscheidung im schriftlichen Verfahren.

Wenn eine Partei ihre Zustimmung zu einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren nicht gegeben hat oder sich der Rechtsstreit der Sache nach nicht für eine Entscheidung im schriftlichen Verfahren eignet, haben die Gerichte zunehmend von folgender, bereits vor der Pandemie im Gesetz vorgesehener Möglichkeit Gebrauch gemacht:

Gemäß § 128a Abs. 1 der Zivilprozessordnung kann das Gericht den Parteien, ihren Bevollmächtigten und Beiständen auf Antrag oder von Amts wegen gestatten, sich während einer mündlichen Verhandlung an einem anderen Ort aufzuhalten und dort Verhandlungen vorzunehmen. In diesem Fall wird die Verhandlung zeitgleich in Bild und Ton an diesem Ort und im Sitzungssaal übertragen. Vor der Pandemie wurde von dieser Möglichkeit schon deshalb kaum Gebrauch gemacht, weil die meisten Sitzungssäle nicht über eine entsprechende technische Einrichtung verfügten. Die Durchführung einer Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung war deshalb für die Richter mit großem organisatorischem Aufwand verbunden. Nach Ausbruch der Pandemie haben die Gerichte jedoch relativ schnell damit begonnen, alle Sitzungssäle mit der für eine Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung notwendigen technischen Ausrüstung zu versehen. Spätestens im Laufe des Jahres 2021 wurde die Mehrzahl der Säle mit einer entsprechenden Ausrüstung ausgestattet. Außerdem wurden den Richtern Schulungen zu diesem Thema angeboten. Das führte dazu, dass die Anzahl der mündlichen Verhandlungen, bei denen einige oder gar alle Beteiligten im Wege der Bild- und Tonübertragung zugeschaltet wurden, in den Jahren 2020 und 2021 deutlich anstieg und dadurch pandemiebedingte Terminverlegungen bzw. Terminaufhebungen in erheblichem Umfang vermieden werden konnten.

Gemäß § 128a Abs. 2 Zivilprozessordnung kann das Gericht auf Antrag sogar gestatten, dass sich ein Zeuge, ein Sachverständiger oder eine Partei während einer Vernehmung an einem anderen Ort aufhält, wenn die Vernehmung zeitgleich in Bild und Ton an diesen Ort und in das Sitzungszimmer übertragen wird. Von der Möglichkeit einer Zeugenvernehmung im Wege der Bild- und Tonübertragung machen die deutschen Gerichte jedoch auch nach Beginn der Pandemie eher weniger Gebrauch, weil es nach der Überzeugung vieler Richter für die Beweiswürdigung sehr wichtig ist, sich einen persönlichen Eindruck von dem Zeugen unmittelbar im Sitzungssaal zu machen. Zudem besteht in dem Fall, dass sich ein Zeuge an einem anderen Ort aufhält, die Gefahr, dass der Zeuge von anderen Personen beeinflusst wird, ohne dass das Gericht dieses bemerkt. Dies könnte nur dadurch vermieden werden, dass das Gericht anordnet, dass sich der Zeuge während der Vernehmung in einem Sitzungszimmer eines anderen Gerichts aufhält sowie ein Mitarbeiter des anderen Gerichts bei der Vernehmung anwesend ist und darauf Acht gibt, dass niemand den Zeugen beeinflusst. Möchte ein Richter von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, ist dies mit hohem organisatorischem Aufwand verbunden. Deshalb finden Zeugenvernehmungen im Wege der Bild- und Tonübertragung nicht so häufig statt.

Durch die vorstehend aufgezeigten Möglichkeiten haben die meisten Richter in Deutschland es vermeiden können, dass es zu einem großen „Verhandlungsrückstau“ gekommen ist, der zu Beginn der Pandemie befürchtet wurde. Nach einer statistischen Erhebung sollen im Jahr 2020 von den deutschen Gerichten nicht weniger Sachen erledigt worden sein als im Vorjahr.

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ ЗАХИСТ ЦИВІЛЬНИХ ОСІБ І ДОСТУП ДО ПРАВОСУДДЯ В УМОВАХ ЗБРОЙНОГО КОНФЛІКТУ

Наталія Аляб'єва

к.ю.н., консультант проекту

*Бюро з демократичних інститутів і прав людини Організації з безпеки та співробітництва в Європі
(БДІПІ/ОБСЄ),*

*доцент кафедри міжнародного права
та порівняльного законодавства Національного авіаційного інституту*

Ленур Керімов

*директор міжнародних програм
Гельсінського фонду з прав людини*

В даній доповіді розглянемо деякі питання, пов'язані з доступом до правосуддя в умовах збройного конфлікту та особливостями міжнародно-правового захисту прав цивільних осіб, які отримали поранення на Донбасі. Як відомо, на території деяких районів Донецької та Луганської областей України з 2014 року до теперішнього часу триває збройний конфлікт. Обмеження, введені у зв'язку з епідемією COVID-19, створили додаткові труднощі для роботи системи правосуддя. Вільне пересування людей через пропускні пункти на Донбасі обмежило доступ до суду.

Упродовж усього періоду конфлікту, з 14 квітня 2014 року до 31 липня 2021 року, Управління Верховного комісара ООН з прав людини (УВКПЛ) зафіксувало 3092 цивільних осіб, загинилих у зв'язку з конфліктом (1839 чоловіків, 1064 жінок, 102 хлопчиків, 50 дівчаток і 37 дорослих, стать яких невідома). Беручи до уваги 298 загинилих 17 липня 2014 року на борту рейсу МН17 Малайзійських авіаліній¹, загальна кількість цивільних осіб, загинилих через конфлікт, становила щонайменше 3390 людини. Кількість випадків поранення цивільних осіб оцінюється в більш ніж 7000².

За повідомленнями Спеціальної моніторингової місії (СММ) ОБСЄ в Україні, упродовж періоду з 01 лютого до 31 липня 2021 року кількість порушень режиму припинення вогню в зоні конфлікту була на 369% вищою за попередні шість місяців, з 1 серпня 2020 року до 31 січня 2021 року (39 806 та 8484 відповідно). Це зростання призвело до збільшення втрат серед цивільного населення внаслідок активних бойових дій, а також до збільшення шкоди, завданої цивільним об'єктам, пік яких припав на період із середини березня до середини травня.³

Основний пік поранень, отриманих цивільними особами, припав на 2014-2016 роки, під час проведення активних бойових дій. Після 2016 року, кількість цивільних осіб, які отримали поранення в результаті збройного конфлікту, припинила зростати в моторошному темпі, хоча внаслідок продовження бойових дій, загинель і поранення цивільних осіб все ще досить часті в населених пунктах, розташованих на лінії зіткнення⁴.

Звіти міжнародних і неурядових організацій свідчать про те, що на цих територіях відсутня більшість державних та комунальних послуг, або доступ до них значно

¹ Справа МН17: 17 липня 2014 року пасажирський літак Boeing "Малайзійських авіаліній" рейсу МН17 "Амстердам—Куала-Лумпур" був збитий у небі над територією Донбасу.

² Report on the human rights situation in Ukraine, 1 February to 31 July 2021. URL: <https://www.ohchr.org/Documents/Countries/UA/32ndReportUkraine-ua.pdf>

³ Report on the human rights situation in Ukraine, 1 February to 31 July 2021. URL: <https://www.ohchr.org/Documents/Countries/UA/32ndReportUkraine-ua.pdf>

⁴ Report on the human rights situation in Donbas, 2020. URL: <https://www2.slideshare.net/NataliaAlibieva/report-disrightsdonbas>

ускладнено. Потрібно знайти нові шляхи та рішення для поліпшення доступу до правосуддя, забезпечення доступу громадян до правосуддя в умовах збройного конфлікту.

Багато з цивільних осіб, які отримали/отримують поранення змушені жити з невіддаленими з тіла уламками, що додатково ускладнює їх ситуацію. Особливо це стосується фізичної ідентифікації для звернень у різні державні органи, заціяні у вирішенні питань надання соціальної допомоги. Одним із небагатьох постійних і стабільних джерел доходів для людей, які проживають на постконфліктній території або в населених пунктах, розташованих на лінії зіткнення залишається соціальне забезпечення, що надається державою і доступ до системи правосуддя.

Міжнародна-правова охорона цивільного населення. Більшість цивільних осіб, які отримали поранення, проживають на територіях, на яких велися бойові дії або проживають на лінії зіткнення. *Цивільне населення* – це особи, які не належать до жодної категорії учасників збройного конфлікту та безпосередньо не беруть участь у воєнних діях. При цьому, під цивільним населенням розуміються особи, які знаходяться у разі конфлікту або окупації під владою сторони, що перебуває в конфлікті або окупує, громадянами якої вони не є. Захист цивільного населення під час війни регламентується Гаагськими конвенціями 1899 і 1907 рр., Женевською конвенцією про захист жертв війни 1949 р., Додатковими протоколами I і II та іншими документами. Жертви війни підлягають міжнародному захисту і в тому випадку, якщо одна з воюючих держав не визнає стану війни.

Міжнародне право передбачає особливі заходи захисту індивіда в період збройних конфліктів. Особи, які не беруть безпосередньої участі у збройному конфлікті, включаючи осіб, склали зброю, і тих, хто перестав брати участь у військових діях внаслідок хвороби, поранення або з іншої причини, **повинні користуватися гуманним зверненням без усякої дискримінації** за ознакою раси, релігії, мови і т.д. Відносно їх забороняються: посягання на життя і фізичну недоторканність (вбивства, каліцтва, жорстоке поводження, тортури, катування); взяття заручників; посягання на людську гідність; осуд покарання без попереднього судового рішення при дотриманні судових гарантій. Сторони конфлікту зобов'язані вжити всі заходи, щоб діти до 15 років, ті, що опиротіли чи розлучені сім'ями через війну, не були кинуті напризволяще (ст. 24 Женевської конвенції про захист цивільного населення під час війни).

Законодавство України щодо цивільних осіб, які отримали поранення. В законодавстві чітко вказані обмеження щодо місця та часу отримання поранення; територій, на яких органи державної влади тимчасово не здійснюють свої повноваження. На вказаній підставі міжвідомчі комісії з питань установлення фактів отримання особами поранень чи інших ушкоджень здоров'я, одержаних від вибухових речовин, боєприпасів і військового озброєння на території проведення антитерористичної операції/операції об'єднаних сил *відмовляють у встановленні вказаного факту*. В подальшому, цивільна особа, яка отримала поранення на території, на яких органи державної влади тимчасово не здійснюють свої повноваження в певний період (вказаний у законодавстві відповідно до Закону України «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту» із змінами до п. 4 ст. 7 від 22.05.2018 р.), не може отримати статус інваліда внаслідок війни і відповідну соціальну допомогу, яка надається державою.

Судова практика. Розглянемо питання захисту прав цивільних осіб, які отримали поранення внаслідок збройного конфлікту. У рішенні у справі «Суханов та Ільченко проти України»¹ Європейський суд з прав людини зазначив, що зменшення розміру або

¹Європейський суд з прав людини, Рішення, Справа «Суханов та Ільченко проти України», Страсбург, 26 червня 2014 р. (Заяви № 68385/10 та 71378/10). [URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_a16#Text

припинення виплати належним чином встановленої соціальної допомоги може становити втручання у право власності (цитата у п. 52 цього рішення). Тому, безпідставно відмовляючи Позивачу в установленні факту одержання поранення (ушкодження здоров'я) від вибухових речовин, боєприпасів і військового озброєння на території проведення антитерористичної операції, Відповідач позбавляє Позивача на отримання статусу особи з інвалідністю внаслідок війни, який передбачає отримання додаткових соціальних пільг та виплат. При цьому, право на отримання соціальних виплат є об'єктом захисту за ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Втручання відповідача у право позивача на мирне володіння своїм майном у вигляді соціальної допомоги Суд у вказаному рішенні вважає таким, що не ґрунтується на Законі.

Пунктом 2 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні»¹ визначено, що **дискримінація** - ситуація, за якої особа та/або група осіб за їх ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, віку, інвалідності, етнічного та соціального походження, громадянства, сімейного та майнового стану, **місця проживання**, мовними або іншими ознаками, які були, є та можуть бути дійсними або припущеними, зазнає обмеження у визнанні, реалізації або користуванні правами і свободами в будь-якій формі, встановленій цим Законом, крім випадків, коли таке обмеження має правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої є належними та необхідними.

У зв'язку із цим слід зазначити, що цивільні особи, які є громадянами України, які отримали поранення внаслідок артилерійських обстрілів на території проведення антитерористичної операції/операції об'єднаних сил, **мають право отримати статус інваліда внаслідок війни** і відповідну соціальну допомогу, яка надається державою. При встановленні зазначеного статусу не має об'єктивного та розумного обґрунтування робити відмінність за місцем одержання поранення. Вказане обмеження щодо місця поранення та часу його отримання не має законної та обґрунтованої мети.

Підсумовуючи вищезазначене, можна зробити висновок, що міжнародні договори є гарантією захисту прав цивільного населення під час збройних конфліктів. Але цього недостатньо для ситуації з правовим захистом цивільних осіб, які отримали і отримують поранення на Донбасі без внесення змін в існуюче законодавство України. В тому числі, доступ до системи правосуддя в умовах збройного конфлікту через обмеження вільного пересування населення і збору доказів для захисту своїх прав потребує перегляду змін в законодавстві.

У зв'язку з цим, представлена рекомендація вимагає деяких системних змін в законодавстві. *Верховній Раді України рекомендовано* внести зміни до п. 4 ст. 7 Закону України «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту» з метою усунення дискримінаційних положень.

Детальніше про рекомендації щодо змін в законодавстві у звітах:

https://ifp.org.ua/news/news_report/reports/other/138
<https://www2.slideshare.net/NataliaAliabieva/report-disrightsdonbas>

*Дослідження було проведено в рамках проекту «Просування людського виміру безпеки в Україні»
Бюро демократичних інститутів і прав людини Організації з безпеки та співробітництва в Європі
(БДІПЛ/ОБСЄ)*

¹ Закон України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні». [URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5207-17#Text>]

СУДОВІ ГАРАНТІЇ ПІД ЧАС ВІЙНИ В ХХІ СТОЛІТТІ

Волощук О.Т.

*кандидат юридичних наук, доцент, в.о. завідувача кафедри
міжнародного та митного права Чернівецького юридичного інституту
Національного університету «Одеська юридична академія»*

У сучасному світі повага прав людини є орієнтиром як для міжнародного права, так і для національних правових систем. Гарантування, охорона, забезпечення прав людини, більшість із яких є невідчужуваними, невід'ємними та непорушними, має відбуватися за будь-яких обставин і умов. Це впливає із антропосоціокультурної природи права. Адже право не існує поза людьми, сенс і призначення права розкривається тільки через людину, її творчу самореалізацію. Право об'єктивно покликане сприяти задоволенню людських потреб. Вирішення цього завдання здійснюється шляхом забезпечення безперешкодної реалізації в конкретних історичних умовах прав людини – виразу особистісної цінності права¹. На державу покладається обов'язок щодо охорони прав людини, а в разі порушення – функція щодо їх відновлення. Нині кожна людина в умовах демократичних державних режимів володіє правом на судовий захист та відповідними судовими гарантіями. Більше того, право на справедливий суд займає основне місце у системі глобальних цінностей демократичного суспільства. Значно ускладнюється реалізація цього права в умовах війни. Існує чимало проблем, які потребують прискіпливої уваги, як зі сторони юристів-практиків, так і вчених-правників. У юридичній літературі останнім часом підвищився інтерес до окресленої проблематики, зважаючи на воєнні конфлікти, що відбуваються у різних регіонах світу (до прикладу, в Ємені, на Донбасі, в Афганістані тощо). Зокрема, вона знайшла особливе місце в працях М.Баймуратова, М.Буромєнського, В.Буткевича, В.Денисова, В.Мищика, В.Репецького, В.Лисика, М.Черкеса та інших вчених. На жаль, комплексних досліджень в Україні немає і це в умовах збройного конфлікту на Донбасі. Тому є об'єктивна потреба в проведенні нових наукових досліджень.

Судові гарантії є частиною основних гарантій, що надаються індивідам міжнародними конвенціями в галузях гуманітарного права і прав людини. Цілями їх є: забезпечити, щоб жодна людина не могла бути засуджена без права захищати свою справу в суді на основі принципів справедливості; забезпечити можливість опротестувати або оскаржити такі заходи, які завдають людині серйозної шкоди або загрожують її безпеці. У мирний час і під час війни зміст цих гарантій неоднаковий. Міжнародне гуманітарне право застосовується тільки в ситуації міжнародних чи неміжнародних конфліктів, а зміст судових гарантій змінюється в залежності від характеру конфлікту. У ситуації конфлікту держава зобов'язана дотримуватися судових гарантій, передбачених конвенціями з прав людини (за винятком відступів), щодо своїх громадян, а також на території і щодо осіб, які перебувають під її ефективним контролем. Дисциплінарні санкції щодо затриманих або інтернованих осіб можуть мати наслідки, вкрай небезпечні для їх фізичного та психічного стану. Судові гарантії захищають людей від несправедливого вироку в кримінальному процесі.

Судові гарантії, закріплені в конвенціях з прав людини у Міжнародному пакті про громадянські і політичні права 1966 р. (МПГПП) в статтях 6, 15 і 16 встановлюються певні судові гарантії, порушувати які державам ніколи не дозволено. Тобто вони повинні застосовуватися навіть в ситуаціях внутрішніх заворушень, напруженості або конфлікту.

¹ Гуліма Д. Філософсько-антропологічний підхід – методологічний фундамент сучасної юридичної науки. *Проблеми філософії права*. 2003. Том I. С. 122–125

Ці положення також закріплені і в 2-х регіональних конвенціях з прав людини: в Американській і в Європейській. Примітно, що Женевські конвенції (1949) і Додаткові Протоколи (1977) визнають більшу частину гарантій щодо належного судового розгляду щодо осіб, які звинувачуються у вчиненні кримінального правопорушення під час війни. При чому відступати від таких гарантій заборонено. Серед таких гарантій виділяють наступні: право на публічний судовий розгляд; недопущення якихось зволікань; принцип рівності та змагальності при поданні та вивченні показів свідків¹. Важливо розуміти, що від цих гарантій, які прийнято вважати загальноприйнятими у доктрині, відступати не можна, а від тих, які передбачені у цілому в ст. 14 МПГПП відносно переслідування осіб, які переслідуються за вчинення злочинів, не пов'язаних зі збройними конфліктами, відступ можливий. Окремі науковців у цьому зв'язку піднімають проблему нерівності осіб залежно від застосування міжнародного гуманітарного права або права прав людини. Однак вважаємо, що такий стан обумовлений особливостями становища людини під час збройного конфлікту. До того ж, незважаючи на ту позитивну динаміку нормативного закріплення таких судових гарантій, на практиці вони часто ігноруються і люду ще тривалий час доведеться попрацювати над виробленням більш досконалих норм з більш жорсткими рамками, придатних для їх застосування під час збройних конфліктів. Примітно, що міжнародне гуманітарне право (МГП) містить поняття, для трактування яких необхідно звернутися до міжнародного права прав людини (МППЛ). Це, зокрема, положення про те, що ніхто не може бути засуджений інакше як за рішенням, винесеним належним чином заснованим судом, при наявності судових гарантій, визнаних необхідними. Положення, подібні до тих, які містяться в праві прав людини, можна виявити в міжнародному гуманітарному праві, наприклад, в статті 75 Додаткового протоколу I і статтях 4 і 6 Додаткового протоколу II. Докладний перелік судових гарантій, що застосовуються в період міжнародного збройного конфлікту, наведено в статті 75 Додаткового протоколу I. У разі збройного конфлікту неміжнародного характеру, в залежності від ступеня інтенсивності конфлікту, будуть застосовуватися гарантії, встановлені статтею 6 Додаткового протоколу II, або ж загальний принцип, передбачений загальною статтею 3 Женевських конвенцій.

Загалом аналіз положень Женевських конвенцій 1949 р. та Додаткових протоколів 1977 р. засвідчує, що судові гарантії передбачені у них, носять загальновизнаний характер. Позитивом також потрібно вважати і, що ці гарантії передбачені, по-перше, як для збройних конфліктів міжнародного, так і неміжнародного характеру, а, по-друге, для окремих випадків та ситуацій щодо певних категорій осіб (військовополонені, інтерновані особи, жінки, діти) передбачені додаткові гарантії.

Слідуючи положенням міжнародних актів право на справедливий судовий розгляд і відповідні судові гарантії закріплено у ряді інструкцій збройних сил зарубіжних держав. Відмова від надання такого права в особливих умовах збройного конфлікту чи його обмеження згідно кримінального законодавства ряду держав світу є підставою для притягнення до кримінальної відповідальності. Крім цього, дане право гарантується статутами міжнародних судових установ, зокрема, статутами трибуналів для колишньої Югославії, Руанди, статутом спеціального суду для Сьєрра-Леоне, статутом

¹ Judicial Guarantees in States of Exception. Advisory Opinion OC-9/87 of October 6. Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 9 (1987). URL: http://hrlibrary.umn.edu/achar/b_11_4i.htm

Міжнародного кримінального суду (МКС). Примітно, що така практика підтримується рядом регіональних органів з прав людини¹.

У разі збройного конфлікту міжнародного характеру серйозними порушеннями МПГ є: навмисне позбавлення військовополоненого або цивільної особи, яка перебуває під покровительством, права на неупереджене і нормальне судочинство, передбачене відповідною Конвенцією (ст. 130 Женевської конвенції III, ст. 147 Женевської конвенції IV); умисне позбавлення особи, яка користується захистом Женевських конвенцій або Додаткового протоколу, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів, права на неупереджене і нормальне судочинство в порушення Конвенцій або протоколу (ст. 85 (4) (е) Додаткового протоколу I). Якщо йде мова про збройний конфлікт неміжнародного характеру, є також певні заборони. Зокрема, забороняється засудження і застосування покарання щодо осіб, які безпосередньо не брали участі у військових діях без попереднього судового рішення, винесеного належним чином заснованим судом, при наявності судових гарантій, визнаних за необхідне цивілізованими націями (загальної ст. 3 (1) Женевських конвенцій). Порушення статті 3, загальної для чотирьох Женевських конвенцій і Додаткового протоколу, що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру, які не були визначені як серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, однак у зв'язку з конфліктом на території колишньої Югославії та ситуацією в Руанді, заснуванням і діяльністю відповідних трибуналів намітилася тенденція відносити до військових злочинів і дій, вчинених в ході неміжнародних збройних конфліктів. Враховуючи такі упущення Статут МКС вже передбачає ст. 8 «Військові злочини», де такі діяння визнаються військовими злочинами, незалежно від характеру збройного конфлікту – міжнародного чи неміжнародного. До числа таких злочинів віднесені наступні діяння: в разі міжнародного збройного конфлікту - це серйозні порушення Женевських конвенцій 1949 р., в т.ч. умисне позбавлення військовополоненого або іншого об'єкту, що охороняється, згідно з положеннями відповідної Женевської конвенції особи на справедливий і нормальне судочинство (ст. 8 (2) (а) (VI) Статуту МКС); в разі збройного конфлікту неміжнародного характеру – це серйозні порушення статті 3, загальної для чотирьох Женевських конвенцій, в тому числі винесення вироків і приведення їх у виконання по відношенню до осіб, які не брали активної участі у військових діях без попереднього судового розгляду, проведеного створеним в установленому порядку судом, що забезпечує дотримання всіх судових гарантій, які, за загальним визнанням, є обов'язковими (ст. 8 (2) (с) (IV) Статуту МКС). Як видається, з огляду на наведені норми МПГ можна стверджувати, що визнання позбавлення права на справедливий судовий розгляд військовим злочином незалежно від ситуації збройного конфлікту також підтверджує загальновизнаний характер даного права.

Також слід враховувати те, що розуміння положень МПГ щодо здійснення правосуддя під час збройного конфлікту можливо лише у взаємозв'язку з відповідними положеннями МППА, що призводить до зміцнення обох галузей міжнародного права. З метою дотримання МПГ і МППА державам необхідно забезпечити наявність справедливих і дієвих судових органів. Будь-які заходи, підривають роль судів в результаті ослаблення їх незалежності, обмеження доступу до них або обмеження процедурних прав, необхідних для забезпечення справедливого судового розгляду, не сумісні у демократичному суспільстві.

¹ Гондаренко А.С. Судебные гарантии, признанные обязательными международным сообществом: в фокусе взаимодействия международного гуманитарного права и международного права прав человека. *Российский ежегодник международного права*. 2005. СПб., 2006. С. 141.

Отже, незважаючи на те, що судові гарантії не входять в число прав, віднесених до «незмінного ядра прав людини», від зобов'язань за якими не можна відступати ні за яких обставин, гарантії справедливого судового розгляду, передбачені ст. 14 МПГПП, відображені в національних законодавствах переважної більшості країн, а також вказуються і визнаються в численних резолюціях і деклараціях міжнародних органів, що вказує не тільки на їхнє значення та вагу в плані захисту прав людини, а й те, що вони мають бути забезпечені за будь-яких обставин чи умов.

ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ПЛАН ДІЙ ІЗ СОЦІАЛЬНИХ ПРАВ: СУЧАСНІ ВИКЛИКИ

Віталій Ковтун

*канд. юрид. наук, доцент кафедри конституційного права України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Європейська політика жорсткої економії, розроблена в ході боротьби з фінансовою та економічною кризою, змінила конституційний консенсус держав-членів. Пліуралістична демократія в європейських країнах зазнала серйозних видозмін чому передувало нездійсненність виборчих програм політичних партій і фіктивність вибору виборцями цих партій при голосуванні за них і їх програми на виборах. Рішення, продиктовані в умовах фінансової кризи глобальними і наднаціональними інститутами, не залишили місця для політичного пліуралізму. Аналогічна ситуація склалася і в сфері державної соціальної політики та соціальних прав, які були основним елементом соціального договору, що породив сучасні нормативні конституції в Європі¹.

Традиційно законодавство ЄС про державну допомогу було спрямоване на підтримку вільної конкуренції та запобігання спотворюючим наслідкам економічного втручання держав-членів, тоді як соціальні міркування вважалися несуттєвими для контролю державної допомоги. Однак останнім часом законодавство ЄС про державну допомогу набуло більш чіткого «соціального виміру», побічно впорядкувавши національні субсидії для досягнення соціальних цілей. Набрання чинності Лісабонською угодою, зокрема статей 3 (3) УПЕС та 9 УПЕС, вплинуло на те, як соціальні цілі враховувались при застосуванні положень про державну допомогу. В останнє десятиліття Європейська Комісія шукала більш відповідного балансу між головною метою збереження конкуренції на внутрішньому ринку, з одного боку, та соціальними цілями, також закріпленими сьогодні в Угодах, з іншого. Цей «соціальний вимір» все ще недостатньо розвинений, але виникає в різній мірі, коли розглядається, відповідно, визначення державної допомоги згідно зі статтею 107 (1) УПЕС, сферою відступів відповідно до статей 107 (2) та 107 (3) УПЕС та на підзаконних актах, прийнятих для їх виконання.

Ці соціально-орієнтовані пункти тлумачення вкорінені в Угодах. Наприклад, в Угоді про заснування Європейської Спільноти (англ. Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community) вже згадувались такі соціальні цілі, як: «сприяння гармонійному розвитку економічної діяльності в цілому Співтоваристві, постійному та збалансованому розширенню, збільшенню стабільності, прискорене підвищення рівня життя та тісніші стосунки між державами, що входять до неї, а також сприяння покращенню умов праці та покращенню рівня життя працівників,

¹ Balaguer Callejón F. Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI // Revista de derecho constitucional europeo. – Granada, 2018. – N 30. – Mode of access: https://www.ugr.es/~redce/REDCE30/articulos/02_F_BALAGUER.htm

щоб забезпечити їх гармонізацію, поки вдосконалення підтримується. Як Маастрихтська, так і Амстердамська угоди поширили ці соціальні ідеали ще більше, не посилюючи досить скромну соціальну політику ЄС».

17 листопада 2017 року Європейський парламент, Європейська рада і Єврокомісія оголосили на своєму розширеному саміті в шведському Гетеборзі запуск нового грандіозного проекту – «Соціальний вимір» (Європейська опора соціальних прав – англ. European Pillar of Social Rights¹). За своєю суттю цей «дороговказ для забезпечення зайнятості та соціального захисту» є високим політичним підтвердженням відданості Європи соціальним правам і принципам. Реалізація цього документа здійснюється як на рівні ЄС, так і на рівні держав - членів і передбачає розгортання повного спектру інструментів управління ЄС: регламентів і директив, рекомендацій та комунікацій, створення нових установ, виділення фінансування, вироблення національних рекомендацій. Незважаючи на те що цей документ не є юридично зобов'язуючим, закріплені в ньому права можуть стати об'єктом примусового виконання за рахунок того, що вони закріплені в інших документах, обов'язкових для цих країн, в тому числі Хартії основних прав ЄС, Європейської соціальної хартії, конвенціях Міжнародної організації праці (МОП).

Європейська опора соціальних прав встановлює 20 основних принципів і права, що необхідні для справедливих і добре функціонуючих ринків праці й системи соціального захисту. Це своєрідний маяк, що веде нас до сильної соціальної Європи, справедливої, всеохоплюючої та сповненої можливостей у XXI столітті.

Соціальний саміт в Порті 7-8 травня 2021 надав можливість підтвердити прихильність і прагнення реалізації соціальних прав людини. Став приводом згуртованості сили для відновлення на найвищому політичному рівні зобов'язань щодо впровадження соціального стовпа. Партнери підписали три головні цілі до 2030 року, встановлені в Європейському плані дій Комісії щодо соціальних прав у рамках спільних соціальних зобов'язань у Порті.

Як висновок, можна вказати, що Європейська опора соціальних прав перетворює принципи в конкретні дії для громадян вигоди. Також пропонується досягти головних цілей для ЄС до 2030 року, які виступають наміром відновити здатність до соціальної інтеграції європейського проекту за допомогою розробки нової політики з особливим соціальним змістом і відновлення соціального діалогу, який був перерваний під час кризи. Забезпечення основних соціальних прав є спільною відповідальністю для інституцій ЄС, національних, регіональних та місцевих органів влади, соціальних партнерів та громадянського суспільства.

¹ The European Pillar of Social Rights sets out 20 key principles and rights essential for fair and well-functioning labour markets and social protection systems. Mode of access: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/economy-works-people/jobs-growth-and-investment/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-action-plan_en

РЕАЛІЗАЦІЯ ЄВРОПЕЙСЬКИХ СТАНДАРТІВ В УМОВАХ РЕФОРМУВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Ніколенко А.М.

*доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри господарсько-правових дисциплін та економічної безпеки Донецького юридичного
інституту МВС України*

В умовах інтеграції України до європейського співтовариства та наближення української правової системи до європейських стандартів, введення до законодавства України положень, які певний час існують в європейському законодавстві є важливим кроком. Приєднання України до європейських конвенцій, урахування європейської судової практики є одними із умов переходу України до повноцінних ринкових відносин, сталого розвитку економіки, а також забезпечення стабільності у господарській діяльності, що є найбільш актуальною проблемою в сучасний період. Вплив євроінтеграційних процесів проявляється у різних напрямках, у тому числі, появі нових принципів та засобів у процесуальному законодавстві. У сучасний період спостерігається дискусія стосовно зростання значення судової практики у системі джерел права України та можливості визнання судової практики джерелом права.

Слід визнати, що українська правова система дійсно потребує нормативних актів нової форми, які б відповідали сучасним європейським та національним реаліям, відображали результати курсу інноваційного розвитку та модернізації держави та базувалися на визнаних європейських стандартах.

Імплементация норм Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод 1950 р. (далі - Конвенція) в українську правову систему передбачає впровадження європейських стандартів прав людини не тільки у матеріальне законодавство, а також у процесуальне законодавство. Європейські стандарти повинні бути реалізовані у процесі правозастосовної діяльності та удосконалення доктрини щодо захисту прав та охоронюваних інтересів. Норми Конвенції постійно розвиваються у зв'язку з їх постійним застосуванням Європейським судом з прав людини. Тому, саме положення Конвенції стали головною підставою реформування процесуального законодавства.

Існує безліч документів різних європейських органів, які крім Конвенції, визначають стандарти у сфері судочинства. Поняття «європейські стандарти» включає не тільки практику Європейського суду щодо застосування положень Конвенції, воно визначає розвиток всієї європейської системи права. Але практика Європейського суду є провідним елементом для реформування національного законодавства. Не може бути вироблений єдиний незмінний стандарт для всіх країн Європи, кожна країна має свої національні особливості, які повинні бути враховані при удосконаленні законодавства. Європейський суд неодноразово підкреслював автономію держав-учасниць в організації судочинства. Звісно ж, що європейські стандарти окреслюють мінімальний рівень судового захисту, що гарантується людині у будь-якій державі.

Механізм виконання Конвенції передбачає не тільки імплементацію в національне законодавство європейських стандартів, але й їх фактичну реалізацію. Тому європейський стандарт повинен враховувати також умови, в яких він може бути реалізований. Наприклад, Конвенція передбачає публічність здійснення правосуддя, але держави-учасники Конвенції, у тому числі Україна, мають право обмежити цей принцип з метою захисту приватних або публічних інтересів.

З аналізу ухваленого Верховною Радою України Закону України № 6232 від 23.03.2017 р. «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України,

Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» можливо зробити висновок, що завданням судочинства є справедливе, неупереджене та своєчасне вирішення судом спорів, з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав та законних інтересів фізичних та юридичних осіб, держави¹. Тобто складові європейського стандарту знайшли своє визначення у національних процесуальних нормах.

Сутність європейських стандартів, що найбільш застосовуються в українському судочинстві визначені у статтях 6 і 13 Конвенції. Відповідно до пункту 1 статті 6 Конвенції, «кожен при вирішенні питання щодо його цивільних прав та обов'язків або при встановленні обґрунтованості будь-якого кримінального обвинувачення, висунутого проти нього, має право на справедливий і відкритий розгляд упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом»². Право на справедливий судовий процес вважається одним з найважливіших прав, гарантованих Конвенцією, що складається з права на: доступність, розумний строк розгляду, публічність та прозорість розгляду, незалежність та неупередженість суду.

Європейський Суд розуміє справедливість судового розгляду як критерій оцінки діяльності по здійсненню правосуддя, який узагальнює всю сукупність висунутих до неї вимог. Реалізація такого елемента європейського стандарту, як справедливість в українському процесуальному законодавстві зустрічає деякі розбіжності, як з позицій правил формування складу суду, так і з точки зору процедури перегляду судових актів вищестоящими судами.

Стандарт публічності судового розгляду отримав свій розвиток у нормах процесуального законодавства щодо публічного оголошення ухваленого рішення, можливості присутності будь-яких осіб на судовому засіданні, можливості судді висловлювати особливу думку, відкритого доступу до судового рішення на сайті Єдиного державного реєстру судових рішень тощо. У той же час процесуальне законодавство надає національним судам можливість встановлення справедливого балансу між значенням публічності та інтересами осіб, що приймають участь у розгляді справи. Процесуальне законодавство визначає можливість обмеження доступу осіб, на підставі порушення норм моралі, громадського порядку, національної безпеки, інтересів неповнолітніх дітей, захистом приватного життя, збереження державної або комерційної таємниці тощо.

Відносно розумності строку розгляду справи, процесуальне законодавство, наприклад ГПК України, надає визначення, що строк є розумним, якщо він передбачає час, достатній, з урахуванням обставин справи, для вчинення процесуальної дії, та відповідає завданню господарського судочинства. Все ж такі, це питання залишається оціночним та не надає можливості чітко визначити період, протягом якого суд або сторони зобов'язані виконати обов'язки. Оцінка тривалості такого строку носить суб'єктивний характер та залежить від суб'єкта, який буде її проводити. Наприклад, на думку судів строк розгляду справи може бути «розумним», а сторін – навпаки.

Відповідно до п. 99 Рішення Європейського суду з прав людини «Кенні проти Федеративної Республіки Німеччини» розумний строк розглядається в сенсі статті 6 Конвенції та оцінюється з огляду на обставини справи. Для встановлення розумності строку розгляду конкретної справи у національних судових органах Європейський Суд

¹ Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України № 2147-VIII від 03.10.2017 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147-19>

² Конвенція про захист прав людини й основоположних свобод: Закон України № 475/97-ВР від 17.07.97 року. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004

виробив у своїй практиці кілька взаємопов'язаних критеріїв: складність справи; поведінка заявника (тобто особи, яка звернулася до Європейського Суду); поведінка судових та інших державних органів; важливість предмету розгляду для заявника. Європейський Суд поширює дію даного стандарту у сукупності на досудові процедури, розгляд справи в усіх інстанціях та виконання рішення¹. Але з аналізу українського процесуального законодавства можливо зробити висновок, що розумний строк судового розгляду включає в себе період з дня надходження заяви до суду першої інстанції до дня ухвалення рішення по справі. Тобто, національне законодавство обмежило межі судового розгляду в контексті розумності його строку виключно судовими стадіями. Крім того, при досліджень підстав подання заяв до Європейського Суду від громадян України підстава – порушення розумності строку розгляду є однією з «найпопулярніших».

Стандарт незалежності суддів визначений Конституцією України та процесуальним законодавством як один з основоположних засад судочинства. Слід наголосити, що у процесуальному законодавстві викладені нові підходи щодо ролі судді, експертів, фахівців та інших осіб, але аналіз законодавства свідчить про те, що в сфері здійснення правосуддя ще багато аспектів, які потребують удосконалення.

Гармонізація законодавства з урахуванням європейських стандартів здійснення правосуддя є актуальною областю дослідження, що дозволяє різним національним правовим системам оцінити їх потенціал на міжнародній арені, визначити актуальні форми та способи захисту. Кожна держава вільна у виборі форм та засобів щодо захисту прав та охоронюваних законом інтересів осіб, у тому числі й права на справедливий судовий розгляд. Тому європейські стандарти не тільки можуть, а й повинні бути розширені на національному рівні при удосконаленні законодавства, але з врахування національних особливостей.

ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ ПРАВОСУДДЯ

Паскар А.А.

доцент кафедри процесуального права

Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

Євроінтеграційні процеси України передбачають запровадження в усіх сферах життя європейських стандартів, в тому числі стандартів правосуддя. Доступ до правосуддя та право на справедливий судовий розгляд, будучи основними ознаками демократичного суспільства та правової держави передбачені та гарантовані ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція). Зокрема зазначається, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення².

Виходячи з цих положень, держави – учасниці на національному рівні повинні вжити всіх необхідних заходів спрямованих на забезпечення доступу осіб до судів та створення відповідних умов відправлення правосуддя. Ефективність судового захисту порушених

¹ Кеніг проти Федеративної Республіки Німеччини: Рішення Європейського суду з прав людини від 28 червня 1978 р. URL: http://eur.court.eu/uploads/ECHR_Konig_v_Germany_28_06_1978.doc

² Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. Рада Європи; Конвенція, Міжнародний документ від 04.11.1950. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text – п. 1 ст. 6. (дата звернення 6.10.2021)

прав особи перебуває у прямій залежності від додержання належного порядку здійснення правосуддя.

Керівні принципи доступності правосуддя та справедливого судового розгляду були розроблені прецедентною практикою Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). В цілому, вони спрямовані на забезпечення, удосконалення та підвищення стандартів захисту прав людини у сучасному світі. У той же час, європейські стандарти правосуддя слід розглядати не тільки у контексті національного законодавства окремої держави, а комплексно, з урахуванням багатьох чинників: дотримання конвенційних гарантій справедливого судового розгляду з урахуванням сучасних умов, судової практики ЄСПЛ, різноманітних міжнародних угод та нормативно-правових актів, які стосуються розглядуваного питання. Особливе значення цих стандартів підкреслює їх роль у демократичному суспільстві та вагомість для внутрішньодержавного механізму захисту прав особи. Правосуддя є тією галуззю діяльності держави, яка повинна набувати основного, реального значення та рівня а не формального, декларованого. Результат правосуддя є особливо значущим для осіб, які звертаються до суду, адже існує взаємозв'язок і пряма залежність між загальним рівнем правосуддя та станом забезпечення прав особи в цій державі.

Європейські стандарти правосуддя передбачають, у першу чергу, встановлення та гарантування на національному рівні права та можливості особи звернутися до судового органу за захистом своїх прав. Зазначимо, що Конституція України в статті 55 гарантує кожному право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових та службових осіб. Конституційний Суд України підкреслив роль захисту прав і свобод у судовому порядку вказуючи на заборону відмови у правосудді у разі звернення особи до суду з питань порушення її прав і свобод, створення перешкод для їх реалізації або наявності інших обмежень прав та свобод. Відмова суду у прийнятті позовних та інших заяв, скарг, оформлених відповідно до чинного законодавства, є порушенням права на судовий захист, яке, згідно конституційних положень, не може бути обмежене¹.

ЄСПЛ у своїх рішеннях вказує на необхідність належного забезпечення на національному рівні права особи на суд та права на доступ до суду, які на його думку слід розглядати як єдине ціле. Більше того, для того, щоб право на доступ до суду було ефективним, особа «повинна мати реальну можливість оскаржити дію, що порушує його права»². Звертаючись до суду особа очікує і розраховує на те, що її спір буде вирішено судом і вона зможе належним чином захистити свої порушені права та інтереси.

Загалом, європейські стандарти правосуддя, вироблені практикою ЄСПЛ, за своєю специфікою та спрямуванням умовно можна поділити на інституційні та процесуальні вимоги, які висуваються до процесу судочинства. Інституційні вимоги стосуються, зокрема, визначення самого поняття «суд» та дотримання критеріїв «встановленого законом», «незалежності», «безсторонності» та «неупередженості» суду. Так, ст. 5 Закону України «Про судоустрій і статус судів» встановлює, що правосуддя в Україні здійснюється виключно судами. У рішеннях ЄСПЛ наголошується на тому, що «суд» також повинен задовольняти низку вимог – незалежність; безсторонність; терміни повноважень судів; наявність гарантій, що забезпечуються судовими процесами. У той же час, ключовим питанням у функціонуванні судів та дотримання ними стандартів

¹ Рішення Конституційного суду України від 25.11.1997 р. № 6-зп у справі за конституційним зверненням громадянки Дзюби Галини Павлівни щодо офіційного тлумачення частини другої статті 55 Конституції України та статті 248-2 Цивільного процесуального кодексу України (справа громадянки Дзюби Г.П. щодо права на оскарження в суді неправомірних дій посадової особи) URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-97#Text> (дата звернення 15.04.2021)

² Case of Bellet v. France. (Application no. 23805/94). URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57952>

правосуддя є те, що апіорі такі суди повинні бути створені відповідно до закону та суворо дотримуватися його в процесі здійснення судочинства. Прецедентна практика ЄСПА вказує на те, що фраза «заснований на законних підставах» означає не лише законні підстави для існування самого суду, а також його відповідність специфічним правилам, що регламентують його діяльність¹. Ефективність судового захисту та дотримання стандартів правосуддя є ключовими чинниками та орієнтирами в діяльності судових органів держави. Внесені ним в процесі здійснення правосуддя судові рішення підлягають обов'язковому і належному виконанню. Невиправдано тривале невиконання судового рішення зумовлює зниження ефективності захисту прав сторони у справі та відновлення справедливості.

Щодо вимоги незалежності судів то вона стосується, у першу чергу, незалежності від інших органів влади та сторін судового процесу в ході прийняття рішення у справі. У своїй діяльності суди повинні керуватися виключно законодавчими положеннями. Незалежність суду часто розглядають у взаємозв'язку з його неупередженістю. Неупередженість трактується як відсутність упередженості або суб'єктивного ставлення судді до обставин справи, що може бути оцінене багатьма способами.² Неупередженість судді є гарантією винесення справедливого судового рішення та утвердження переконання суспільства у справедливості та ефективності судового захисту порушених прав.

Процесуальними вимогами або стандартами правосуддя є забезпечення справедливості судового розгляду, дотримання принципу змагальності та рівності сторін, дотримання порядку прийняття, дослідження та оцінки доказів та ін. Щодо справедливості судового розгляду і вирішення справи ЄСПА неодноразово наголошував на тому, що це є «одним з основних принципів будь якого демократичного суспільства, відповідно до Конвенції»³. Будь – яка особа, яка звертається до суду має право на справедливий та неупереджений розгляд її справи судом. Це є гарантією належного захисту прав особи. Право особи на справедливий судовий розгляд включає і право на змагальні провадження, тобто можливість сторін у кримінальному або цивільному слуханні бути обізнаними щодо усіх коментарів з приводу представлених доказів та спостережень, навіть якщо вони представлені незалежним представником національних юридичних послуг, оскільки вони можуть вплинути на рішення суду⁴. Поруч з наведеними гарантіями, справедливий судовий розгляд також включає принцип рівності сторін, який передбачає надання сторонам рівних можливостей у представленні та доведенні перед судом своєї позиції у справі.

У рекомендаціях Комітету Міністрів Ради Європи щодо заходів, що полегшують доступ до правосуддя наголошено на необхідності інформування громадськості щодо місцезнаходження та компетенції судів, ознайомлення з порядком звернення до суду та захисту своїх інтересів у судовому провадженні тощо⁵.

Отже, європейські стандарти правосуддя це передбачені міжнародними нормативно-правовими актами та розроблені прецедентною практикою ЄСПА вимоги або моделі, які висувуються до порядку здійснення судочинства, охоплені

¹ Справа «Сокурєнко і Стригун проти України» (Заяви N 29458/04 та N 29465/04). URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_115#Text

² Case of Wettstein v. Switzerland (Application no. 33958/96). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-5867>

³ Рішення у справі «Претто та інші проти Італії». URL : <https://precedent.in.ua/2016/04/08/pretto-y-drugye-protiv-italiy/>

⁴ Case of Ruiz-Mateos v. Spain (Application no. 12952/87) URL : <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57838>

⁵ Рекомендація R (81) 7 Комітету міністрів державам-членам стосовно шляхів полегшення доступу до правосуддя Рада Європи, Комітет Міністрів Ради Європи; Рекомендації, Міжнародний документ від 14.05.1981 № R(81)7 URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_133#Text

конвенційними гарантіями та розумінням поняття справедливого судового розгляду і спрямовані на забезпечення ефективного захисту прав та інтересів особи в суді. Імплементація європейських гарантій справедливого судочинства передбачає їх закріплення у національному законодавстві, розроблення та удосконалення діяльності судової системи з їх урахуванням та застосування у практиці судових органів.

ПРАКТИКА ЄСПЛ ЯК НЕВІД'ЄМНА СКЛАДОВА КОНВЕНЦІЙНОЇ СИСТЕМИ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ (ПИТАННЯ ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ПОКАРАННЯ)

Перелигіна Р.В.

*доцент кафедри кримінального права та процесу
Київського університету права НАН України, к.ю.н., доцент*

Семенюк І.М.

аспірантка Київського університету права НАН України

На становлення такого правового інституту як звільнення від покарання упродовж багатьох століть впливали національне і зарубіжне законодавство, а також тенденції судової практики. Угодою про асоціацію між Україною та Європейським Союзом передбачено посилення співробітництва у сфері юстиції, свободи та безпеки з метою забезпечення верховенства права та поваги до прав людини і основоположних свобод, зміцнення судової влади, підвищення її ефективності, гарантування її незалежності та неупередженості, взаємна правова допомога, присудження до відповідних міжнародних документів ООН та Ради Європи, зокрема Римського статуту Міжнародного кримінального суду 1998 року, та їх виконання¹.

Звільнення від покарання як кримінально-правовий інститут – це зовнішньо оформлений структурний елемент галузі кримінального права (її Загальної частини), що становить систему кримінально-правових норм, покликаних цілісно регулювати певні суспільні відносини на різних етапах реалізації кримінальної відповідальності засудженої особи. Ці суспільні відносини (що зумовлені специфічними юридичними фактами) виникають у зв'язку з недоцільністю призначення, реального чи повного виконання призначеного покарання, неспроможністю досягнення мети покарання, неможливістю виконання призначеного покарання, а також гуманізмом кримінального права². Кримінальне процесуальне законодавство України складається з відповідних положень Конституції України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України та інших законів України. Відповідно до Кримінального процесуального кодексу України кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини³. Зокрема дана норма вказує на просвітописний курс нашої країни та дійсне проголошення того, що права і свободи людини визнаються найвищою соціальною цінністю в Україні. Варто зазначити, що дотримання норм Конвенції про захист прав і основоположних свобод суб'єктами здійснення правосуддя апіорі неможливе без урахування існуючої

¹ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011 (дата звернення 21.03. 2021 року).

² Горох О. П. Сучасні кримінально-правові проблеми звільнення від покарання та його відбування: монографія / О. П. Горох; за наук. ред. А. А. Музик. Київ: ВД «Дакор», 2019. 676 с.

³ Кримінальний процесуальний кодекс України: URL: <http://zakon3.rada.gov.ua> (дата звернення 21.03. 2021 року).

практики Європейського Суду¹. Оскільки Конвенція є лише джерелом права, яка відображає статичний аспект об'єктивного права, а її норми є незмінними. Варто погодитись з тими юристами, які допускають можливість умовно-дострокового звільнення від відбування покарання осіб, засуджених до довічного позбавлення волі, яким це покарання в порядку помилування замінено не менше як на 25 років позбавлення волі. Так, 12 березня 2019 року ЄСПЛ прийняв рішення у справі «Пєтухов проти України (№2)». Володимира Пєтухова в Європейському суді представляли юристи Української Гельсінської Спілки з прав людини. Європейський суд постановив, що сьогодні в Україні кожен довічно ув'язнений страждає, не маючи «права на надію» колись вийти на свободу. Існуюча система президентського помилування не є ні прозорою, ні передбачуваною. В'язні не знають, що їм потрібно зробити, щоб сподіватися на звільнення. Контраргументи Уряду зводилися до таких положень:

- довічне позбавлення волі застосовується в Україні у виключних справах, і як альтернатива існує строкове відбування покарання;

- в інших країнах Європи (Ісландія, Литва, Мальта та Нідерланди) існує подібна до України практика щодо перегляду ув'язнення довічників;

- механізм президентського помилування є чітким та передбачуваним. Страсбурзький Суд спростував кожен з цих аргументів. По-перше Суд відзначив, що можливість звільнення довічника за станом здоров'я еквівалентна праву «померти на волі, а не за торемним парканом», тому що звільняють зазвичай безнадійно хворих. Тому ця процедура не є «можливістю звільнення» в розумінні Суду. Згідно з Положенням про помилування «особи, які засуджені за тяжкі чи особливо тяжкі злочини або мають дві і більше судимостей за вчинення умисних злочинів чи відбули незначну частину призначеного їм строку покарання, можуть бути помилувані у виняткових випадках за наявності надзвичайних обставин»². ЄСПЛ акцентував на тому, що невідомо, що ж означають ці «виняткові випадки та надзвичайні обставини», і нічого не вказує на те, що тут береться до уваги пенологічна (виховна, реабілітаційна) необхідність тримати когось в ув'язненні. Іншими словами, довічники не знають, як їм отримати право на звільнення. В Суду викликала питання обрахування «строку очікування» – терміну, який необхідно відбути перед тим, як звертатися за помилуванням. Положення вимагає відбути 20 років, і вже тоді отримувати право клопотати перед Президентом. Смертна кара в Україні була замінена на довічне у 2000 році, а тому Уряд наполягав, що лише у 2020 році перші довічники зможуть звертатися до Президента. Суд збентежило те, що на практиці (станом на 6 липня 2016 року) більше 70 позиттєво ув'язнених відбули 20 років в неволі, і 40 з них вже просили в Президента про звільнення, та отримали відмову. Суд відзначив неузгодженість позицій Уряду України та правозастосовної практики, назвавши це «показником відсутності прозорості та певності в застосуванні помилування». Наступним аргументом ЄСПЛ стало те, що Комісія при Президентові України у питаннях помилування не зобов'язана аргументувати відмови у застосуванні помилування, ці рішення не є публічними і не підлягають оскарженню.

Таким чином, міжнародна співпраця держав у сфері прав людини відбувається у формі запровадження певних стандартів щодо змісту правового статусу індивіда та прийняття державами зобов'язань дотримуватися цих стандартів у своєму внутрішньому законодавстві та в повсякденній діяльності. Також варто зазначити, що існують фактори, що створюють перешкоди ефективності впливу практики ЄСПЛ на здійснення

¹ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.: URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/sh> (дата звернення 21.03. 2021 року).

² Положення про порядок здійснення помилування: URL: <http://zakon3.rada.gov.ua> (дата звернення 21.03. 2021 року).

національного правосуддя, зокрема, відсутність цілісного усвідомлення того, що практика ЄСПЛ є невід'ємною складовою конвенційної системи захисту прав людини і, як наслідок, некоректне сприйняття судьями її юридичної природи, а також недоліки чинного законодавства, в нормах якого передбачено різні правові механізми застосування або врахування практики ЄСПЛ при здійсненні правосуддя. Наразі існують перспективи запровадження в національне законодавство досвіду зарубіжних держав.

ПРАВОВА ПРИРОДА І МЕХАНІЗМ ВЗАЄМОДІЇ СУДОВИХ ОРГАНІВ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ ІЗ СУДАМИ ДЕРЖАВ-ЧЛЕНІВ ЄС

Присяжна А.В.

к.ю.н., доцент кафедри кримінального права та процесу

Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова

Перш за все варто відмітити, що результатом взаємодії між судами держав - членів ЄС і Судом ЄС є нормативний вплив судової практики судових органів Європейського Союзу на судову практику національних судових органів (держав - членів ЄС). Юридичною підставою їх взаємодії є принципи верховенства права ЄС; прямої дії права ЄС; а також положення основоположних (установчих) актів права ЄС, які надають рішенням Суду ЄС обов'язкову виконавчу силу.

Відносини між судами ЄС і національними судами - держав-його членів дозволяють розцінювати їх взаємодію як відносини підпорядкування, що обумовлено підпорядкуванням правових систем держав-членів ЄС праву ЄС. Причому таке підпорядкування можна констатувати як у відповідності до сучасних загальнотеоретичних принципів, так і відповідно до специфічних для права ЄС принципів, які визначають верховенство цього права по відношенню до національного права¹.

Таким чином, у випадку з органами кожної з держав-членів ЄС право ЄС розглядається ними як вищестояще по відношенню до свого національного законодавства і має пряму дію у внутрішньому правопорядку. Органи держав - членів ЄС, в тому числі і їх національні суди, як і будь-які інші органи національного правопорядку цих держав, зобов'язані застосовувати право ЄС, включаючи судові рішення і практику Суду ЄС.

У свою чергу, подібних зобов'язань не накладено на Суд ЄС, який зобов'язаний застосовувати і тлумачити лише право свого правопорядку. Таким чином, відносини між судами держав-членів ЄС і Судом ЄС можливо ідентифікувати як засновані на односторонньому підпорядкуванні.

Підпорядкованість судів держав-членів ЄС судовим органам ЄС відображається в судовій практиці цих органів: застосування судами держав-членів ЄС судової практики Суду ЄС є незаперечним фактом, тоді як зворотного зв'язку, тобто підпорядкування судової практики Суду ЄС судовій практиці судів держав-членів не існує.

У правопорядках різних європейських держав існують юридичні підстави для відповідальності як судових органів, так і органів виконавчої влади у разі їх відмови від застосування судової практики Суду ЄС. Так, наприклад, Касаційний суд Французької Республіки встановив, що міністр юстиції Франції вчинив тяжкий дисциплінарний

¹ Кашкин С.Ю., Четвериков А.О. Введение в право Европейского Союза: Учебник. 3-е изд., перераб. и доп. Москва: ЭКСМО, 2010. 432 с.

проступок, коли він видав циркуляр, який наказував прокурорам здійснювати кримінальне переслідування в протиріччі з судовою практикою Суду ЄС¹.

Разом з тим в даний час ще рано говорити про остаточне формування простору правосуддя ЄС, а також про єдину судову систему. У відносинах судів держав - членів ЄС і судових органів ЄС відсутня системність, характерна для національних судових систем, в рамках яких діють такі судочинні механізми як апеляція, касація і тощо.

Однак в зарубіжній науці права ЄС поширена думка, відповідно до якої між органами держави - члена ЄС та органами ЄС, і, відповідно, між судами держави - члена ЄС і судовими органами ЄС не може існувати ієрархії². Таке розуміння відносин між судами держав - членів і судовими органами ЄС свідчить про те, що дана оцінка проводиться в рамках теорії праворозуміння, в якій право існує тільки при наявності санкцій.

Де-факто між судами держав - членів і судовими органами Європейського Союзу існують, так би мовити, односторонні відносини, які виражаються в прямому і постійному застосуванні права ЄС і судової практики Суду ЄС судами держав - членів ЄС. Більш того, помилковим є уявлення зарубіжних вчених про відсутність санкцій в праві ЄС.

Разом з тим, незважаючи на наявність відносин одностороннього підпорядкування судів держав-членів ЄС Суду ЄС, даний тип взаємодії судових органів не може бути віднесений до відносин міжнародної ієрархії, оскільки національні суди і Суд ЄС належать до різних правопорядків. З іншого боку, юридична обов'язковість виконання рішень Суду ЄС, що має імперативний характер, надає такій взаємодії «квасзіієрархічного» характеру.

У ситуації незастосування до відносин судів держав - членів ЄС і судових органів ЄС класичних механізмів процесуального права, за допомогою яких здійснюється підпорядкування нижчестоящих судових органів вищестоящим, виникають деякі істотні недоліки правової взаємодії між ними. Основними з них є випадки незастосування або навіть явного протиріччя судової практики судів держав - членів ЄС і судових органів ЄС.

Випадки незастосування або навіть явного протиріччя судовій практиці ЄС можна зустріти і в рамках діяльності не судових органів держав - членів³. Цей факт, а також існування різного тлумачення в судових практиках судів двох правопорядків свідчать про те, що відносини органів двох правопорядків мають загальні системні недоліки, характерні для взаємодії національного та міжнародного права.

Таким чином, взаємодія між регіональними та національними судами, що реалізовується у відсутності спеціальних судочинних механізмів, здійснюється виключно за допомогою впливу судової практики регіональних судів на національну судову практику.

¹ Венгеров А.Б. Теория государства и права. Москва: Мысль, 1998. 381 с.

² Вильахабер А. Эффективная система защиты прав человека в Европе будет стоить национальным властям дороже и дороже. Бюллетень ЕСПЧ. Российское издание. 2005. №3. С. 67 – 78.

³ Витрук Н.В. Обязательства России как государства-участника Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. 2003. № 1 (42). С. 128 – 137.

ОСОБЛИВОСТІ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ ЩОДО ПОДАТКОВОЇ АМНІСТІЇ

Скляр С.С.

аспірант кафедри публічного права

Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

Однією з основних складових успішної реалізації податкової амністії в будь-якій країні світу є аналіз та використання міжнародних загалом та європейських зокрема стандартів правового регулювання оподаткування та безпосередньо судової практики Суду Європейського Союзу. Вказане обумовлене впливом податкової амністії не тільки на податкову систему країни де вона запроваджена, але і на деякі міжнародні домовленості, що передували програмі. Сутісльні відносини у сфері податкової амністії напряду не врегульовані на рівні Європейського Союзу, однак її запровадження так чи інакше торкається прав та законних інтересів широккого кола фізичних та юридичних осіб, що провадять свою діяльність в його межах. За таких умов актуальним є дослідження прийнятності податкової амністії з точки зору нормативних актів ЄС, яке потрібно здійснити крізь призму судової практики Європейського суду, та впливу програми на функціонування ЄС в цілому.

Аналіз практики Європейського суду з метою узгодження норм податкової амністії з правом ЄС.

Прощення будь-яких податкових зобов'язань (майже обов'язкова умова будь-якої податкової амністії) вочевидь не узгоджується з положеннями міжнародних договорів у сфері гармонізованих податків між державами-членами ЄС. Європейські суди у своїх рішеннях неодноразово наголошували, що із загальної системи ПДВ, та статті 3 Договору про Європейський Союз випливає, що кожна держава-член зобов'язана вживати всіх законодавчих та адміністративних заходів щодо стягнення ПДВ¹. У зв'язку з цим держави-члени зобов'язані перевіряти відповідні декларації, а також обчислювати та належним чином збирати податок.

Вказані положення були порушені Італією у зв'язку із запровадженням податкової амністії в 2002-2003 роках. Програма містила положення, що стосувалися гармонізованих податків в ЄС, а саме податку на додану вартість, регулювання якого напряду впливає на функціонування ЄС.

Податкова амністія була запроваджена в Італії шляхом прийняття закону №289 від 27 грудня 2002 року (закон №289). Дія положень закону, які були визначені як «додаткова декларація з ПДВ» (ст. 8) та «автоматичний розрахунок» (ст. 9), фактично полягала у звільненні від сплати ПДВ та відповідних штрафів (або зменшенні ризиків нарахування ПДВ) в обмін на виплати за зниженою ставкою у розмірі 1.5-2% (плата за участь в амністії). Спочатку амністія поширювалася на 1997-2001 роки². Згодом, законом №350 від 2003, амністію було подовжено до 2002 року.

Загалом, на думку суду, прийняття статей 8 та 9 Закону №289 вийшло за межі адміністративного розсуду наданого державам-членам. Суд аргументує свою позицію тим, що Італія зловжила дискреційними повноваженнями у цій сфері³. Можливості локального регулювання податку були використані для фактично повної відмови від

¹ Case C-500/10 *Ufficio IVA di Piacenza v Belvedere Costruzioni Srl* (2012) EU:C:2012:186, para. 20; Case C- 132/06 *Commission v Italy* (2008) EU:C:2008:412, para. 37 та інші.

² Закон від 27 грудня 2002 р., № 289 "Положення щодо підготовки річного та багаторічного бюджету держави (фінансовий закон 2003 р.)". Оpubліковано в Офіційному віснику №. 305 від 31 грудня 2002 р.

³ Case C- 132/06 *Commission v Italy* (2008) EU:C:2008:412 para. 52.

нарахування ПДВ (загалом суд розглядає сплати за податковою амністією як плату за ухилення від податку, а не як податок в класичному розумінні), а не для досягнення більш ефективного фінансового моніторингу. У зв'язку з цим були порушені вимоги статті 22 Шостої Директиви з ПДВ 77/388/ЕЕС 17.04.1977 (наразі Директива 2006/112/ЄС) та, як наслідок, статті 2 вказаного документу (що зобов'язує обкладати ПДВ усі операції, що власне підлягають оподаткуванню)¹. З позицією суду важко не погодитися, оскільки законодавчий орган Італії, відповідно до своєї фінансової компетенції, фактично надав усім платникам податків можливість уникнути будь-якого фінансового контролю стосовно ряду податкових років, та відповідно ухилитися від сплати податків. За звичних умов це не призводить до будь-яких порушень з боку держави, однак Італія, як країна-учасник ЄС, повинна враховувати також всі міжнародні зобов'язання, що виникають у зв'язку із членством в спільноті.

Аналіз статей 2 та 22 Закону №289 дає змогу зробити висновок, що держави-учасники ЄС мають досить широкий спектр повноважень щодо регулювання податкових відносин, в тому числі можливості звільнити будь-якого платника від деяких податкових зобов'язань.²

Однак дискреційні повноваження держав-членів завжди обмежені цілями Європейського Союзу. Держави-члени зобов'язані вживати всіх необхідних заходів для забезпечення виконання своїх зобов'язань відповідно до законодавства ЄС. В контексті подальших досліджень потрібно пам'ятати, що Європейські наднаціональні утворення фінансуються переважно за рахунок держав-членів, і таке фінансування здійснюється в тому числі за рахунок ПДВ. Регулювання ПДВ в свою чергу відбувається шляхом застосування загальної податкової ставки сформованої на базі уніфікованих для ЄС правил задля вільного руху капіталу. Оподатковувана база має бути гармонізована таким чином, щоб застосування певної ставки до оподатковуваних операцій призводило до максимально схожих результатів у всіх державах-членах.

Таким чином, 17 липня 2008 р у рішенні C-132/06 (Commission of the European Communities v Italian Republic) Європейський суд ухвалив, що положення податкової амністії Італії суперечать законодавству ЄС, оскільки спотворили принцип нейтралітету притаманний системі ПДВ³. Італія не виконала покладеного на неї зобов'язання щодо забезпечення належного стягнення податку.

Під час запровадження податкової амністії також необхідно врахувати вплив положень що її регулюють на конкуренцію.

Запровадження податкової амністії зазвичай передбачає декларацію раніше прихованих від податкових органів активів та грошових коштів. Для заохочення майже завжди застосовується знижена податкова ставка, що в свою чергу становить ризик віднесення положень податкової амністії до державної допомоги.

Згідно з усталеною прецедентною практикою, поняття державної допомоги охоплює ширше коло державних заходів ніж поняття субсидій. Державна допомога включає різні за природою державні заходи, які так чи інакше знижують витрати які зазвичай включаються до бюджету підприємства. Тобто державний захід не будучи субсидією у строгому розумінні, але схожий за характером і дією, може бути віднесений до державної допомоги.⁴

¹ Commission v Italy (n 3)

² Council Directive (EC) 77/388/EEC on the harmonization of the laws of the Member States relating to turnover taxes - Common system of value added tax: uniform basis of assessment [1977] OJ OJ L 145

³ Commission v Italy (n 3)

⁴ Case C-143/99 Adria-Wien Pipeline GmbH and Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH v Finanzlandesdirektion für Kärnten (2001) ECLI:EU:C:2001:598 para 38

До таких заходів слід віднести і звільнення від сплати податку, яке хоча і не передбачає прямої передачі державних ресурсів, однак ставить одні підприємства у більш сприятливий фінансовий стан порівняно з суб'єктами господарювання які сплачують податок за звичайними ставками. Такі дії варто віднести до державної допомоги у розумінні статті 107 ДФЄС. Навіть державні програми які передбачають зниження податкової ставки або розстрочку/відстрочку сплати податку можуть бути розцінені як державна допомога.¹ Таким чином, зниження податкової ставки за будь-яких державних програм (в тому числі і податкової амністії) може становити державну допомогу.

У ЄС немає чіткої формалізованої позиції з приводу впливу державної допомоги на конкуренцію. Загальний аналіз судових рішень у цій сфері дає змогу зробити висновок, що в даному випадку потрібно розраховувати вплив державних заходів у кожному конкретному випадку окремо.

Згідно з усталеною судовою практикою, віднесення заходу до державної допомоги (в межах ЄС) вимагає виконання наступних умов. По-перше, захід має бути реалізований за допомогою державно-владних повноважень або за рахунок державних ресурсів. По-друге, таке втручання повинно впливати на торгівлю між державами-членами. По-третє, захід має призводити до отримання конкурентних переваг одержувачем допомоги. По-четверте, він повинен спотворювати або загрожувати спотворенням конкуренції².

З іншого боку, переваги, що випливають із застосування загальних заходів, що застосовуються однаково до всіх суб'єктів господарювання, не є державною допомогою у значенні статті 107 ДФЄС³.

Таку суперечність державі необхідно вирішити у кожному конкретному випадку враховуючи її податкову систему, та за допомогою оцінки впливу державної програми на конкуренцію. В цьому контексті Європейський Суд неодноразово постановляв, що мета, що переслідується державними заходами, не є достатньою, щоб виключити ці заходи з категорії державної допомоги. Стаття 107 ДФЄС не розрізняє заходи державного втручання за причинами чи цілями, а керується тільки їх наслідками⁴. В той же час, як вказано в даному рішенні, прийнятому у зв'язку з податковими пільгами для кооперативів, «суд має також встановити чи більш вигідний режим оподаткування, яким користуються кооперативи, по-перше, є невід'ємною частиною основних принципів податкової системи, що застосовуються у відповідній державі-члені, а по -друге, відповідає принципам послідовності та пропорційності»⁵.

Таким чином, для того, щоб звільнення від оподаткування були виправдані податковою системою відповідної держави-члена, необхідно також переконатися, що такі звільнення відповідають принципу пропорційності та переслідують законну мету, і така мета не може бути досягнута іншими способами. Тобто законна державна допомога розглядається Європейським судом як крайня міра у питанні досягнення переслідуваних цілей.

¹ Case C-66/02 Italian Republic v Commission of the European Communities (2005) ECLI:EU:C:2005:768 para. 78

² Case C-140/09 Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA v Presidenza del Consiglio dei Ministri. (2010) ECLI:EU:C:2010:335 para. 31. та цитована тут судова практика.

³ Italian Republic v Commission (n 8)

⁴ Case C-487/06 British Aggregates Association v Commission of the European Communities and United Kingdom (2008) ECLI:EU:C:2008:757 para. 84-85, та цитована тут судова практика.

⁵ Joined cases C-78/08 to C-80/08 Ministero dell'Economia e delle Finanze and Agenzia delle Entrate v Paint Graphos Soc. coop. arl (C-78/08), Adige Carni Soc. coop. arl, in liquidation v Agenzia delle Entrate and Ministero dell'Economia e delle Finanze (C-79/08) and Ministero delle Finanze v Michele Franchetto (C-80/08) (2011) ECLI:EU:C:2011:550 para. 82.

Для запровадження та успішного проведення податкової амністії, з поміж іншого, потрібно:

1) проаналізувати як саме податкова амністія вплине на міжнародні домовленості. Наприклад, державам-членам ЄС необхідно переконатися, що положення програми не виходять за межі дискреції наданої для уникнення зловживань та махінацій з боку платників податків.

2) обумовити проведення програми з урахуванням норм конкурентного права. Для реалізації вказаного, необхідно умови податкової амністії узгодити з цілями податкової політики в цілому, та уникнути ситуації за якої певні підприємства отримають конкурентну перевагу. Для оцінки впливу програми на конкуренцію потрібно відповісти на такі питання:

- чи мають умови амністії вибірковий характер?

- Чи узгоджується прийняття податкової амністії із загальною податковою системою країни?

- Чи відповідає амністія принципам послідовності (чи такі пільги є логічним продовженням функціонування підприємств які ними скористаються) та пропорційності?

- Чи можна переслідувані державою цілі досягти іншим способом?

Врахування вказаних факторів є необхідною складовою успішності програми податкової амністії.

***Науковий керівник:** д.ю.н., доц., завідувачка кафедри публічного права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича Р.О. Гафрілюк.*

МЕТА ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА: ВИРІШИТИ ЧИ ВРЕГУЛЮВАТИ? НА ШЛЯХУ ДО РОЗВИТКУ АЛЬТЕРНАТИВНОГО ВРЕГУЛЮВАННЯ СПОРІВ В УКРАЇНІ

Турканова В.І.

*аспірантка кафедри нотаріального, виконавчого процесу,
адвокатури, прокуратури, судустрою Наукового-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,*

*магістр права (Київський національний університет імені Тараса Шевченка), магістр політології
та комунікацій*

(London School of Economics and Political Science)

Доступ до правосуддя для всіх є невід'ємним елементом верховенства права та демократичної правової держави¹. Забезпечення рівного доступу до правосуддя для всіх визначено однією з цілей сталого розвитку², що обумовлює підвищення інтересу до ефективних шляхів його досягнення, зокрема, до досвіду провідних держав світу із розвитку альтернативного врегулювання спорів³. Доволі справедливо за останнє

¹ Eliasson Jan The Role of the UB in Promoting the Rule of Law: Challenges and New Approaches. URL: <https://www.un.org/en/chronicle/article/role-un-promoting-rule-law-challenges-and-new-approaches> (дата звернення: 22.09.2021)

² Goals of Sustainable Development. URL: <https://sdgs.un.org/goals/goal16> (дата звернення: 22.09.2021); Указ Президента України Про Цілі сталого розвитку України на період до 2030 року. URL: <https://www.president.gov.ua/documents/7222019-29825> (дата звернення: 22.09.2021)

³ Vytautas Nekrošius, Vigitā Vėbraitė, Yurii Prytyka, Iryna Izarova, Legal, Social and Cultural Prerequisites for the Development of ADR Forms in Lithuania and Ukraine. Teise (Law), Vol. 116 (2020) P. 8-23; 36. наук. праць учасників

десятиліття цей інститут зайняв чільне місце серед навчальних дисциплін, що вивчаються на юридичних факультетах¹. Увага таким способом врегулювання спорів присвячується навіть в межах таких традиційних курсів, що стосуються цивільного процесу та інших². Водночас, багато дискусійних питань залишаються, зокрема, щодо використання термінології³, особливостей застосування конкретних способів врегулювання до різних категорій спорів⁴ тощо.

В цих тезах увагу буде приділено особливому питанню – визначенню нового підходу до врегулювання спорів як мети цивільного судочинства, що сприяє широкому тлумаченню поняття правосуддя в цивільних справах, а також забезпечує більш ефективні інструменти для захисту прав осіб.

Йдеться, насамперед, про Модельні правила європейського цивільного процесу, що в 2020 році були схвалені ELI та Unidroit (далі – Правила)⁵. Як зазначено в преамбулі до Правил, розвиток різноманітних видів альтернативного врегулювання спорів став загальною рисою цивільного судочинства у всіх європейських країнах, зокрема, забезпечує можливість суду брати активну участь у процесі, який прагне допомогти сторонам досягти консенсусу у вирішенні їхнього спору. Інноваційним кроком, що застосовується в зазначених Правилах, є детальна розробка обов'язків, покладених на сторін щодо вжиття заходів для врегулювання спору до початку розгляду справи по суті, взаємний обмін інформацією щодо доказів, заохочення врегулювання спору частково тощо⁶.

Відповідні положення відображені в тексті всіх Правил, зокрема, в положеннях першого правила щодо сфери їхньої дії – вони застосовуються до врегулювання внутрішніх та транскордонних спорів у цивільних та господарських справах незалежно від суду («These Rules apply to the resolution of domestic and cross-border disputes in civil and commercial matters whatever the nature of the court») (тут і далі переклад авторки).

Так само серед основних принципів Правил цивільного процесу було визначено такі:

принцип співробітництва суду та сторін, що представляє собою зобов'язання сторін, їхніх адвокатів та суду співпрацювати для забезпечення справедливого, ефективного та своєчасного врегулювання спору («Parties, their lawyers and the court must co-operate to promote the fair, efficient and speedy resolution of the dispute» та інші)⁷;

міжнар. семінару «Поширення литовського досвіду альтернативного вирішення спорів в Україні», за заг.ред. Ірини Ізарової, Вітаутаса Некрошюса. Київ: ВД «Дакор», 2020, 142 с.

¹ Альтернативне вирішення спорів : підруч. / за заг. ред. Ю. Д. Притики. [Кол. авторів Притики Ю. Д., Ханік-Посполітак Р. Ю., Кравцов С. О. та ін.]. – Київ: ВД «Дакор», 2021. – 436 с.; Альтернативне вирішення цивільно-правових спорів / за заг. ред. Н.Ю. Голубової. – Фенікс, 2021. – 344 с.

² Ізарова І. О., Ханік-Посполітак Р. Ю. Цивільний процес України : Навч. посіб. для студ. юрид. спец. закладів вищої освіти / І.О. Ізарова, Р. Ю. Ханік-Посполітак, 3-ге вид., перероб. і доп. – Київ : ВД «Дакор», 2019, 274 с.

³ Ханік-Посполітак Р., Посполітак В. «Досудове», «альтернативне», «позасудове» врегулювання/вирішення приватноправових спорів: співвідношення понять. URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2019/1/8.pdf> (дата звернення: 22.09.2021)

⁴ Турканова В. Ефективне врегулювання спору: основні підходи до визначення у світі // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки, 2020, № 3(114), С. 60-64; Нікітіна Т. Судове та позасудове вирішення спорів, що виникають з відносин заподіяння шкоди медичним працівником // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки, 2021, № 1(116), С. 35-39.

⁵ ELI-Unidroit Model European Rules of Civil Procedure. URL: <https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/eli-unidroit-rules> (дата звернення: 22.09.2021) Див. також правила, опубліковані в 2021 році Oxford University Press.

⁶ Там само; преамбула.

⁷ С. Н (Remco) van Rhee 'Towards Harmonised European Rules of Civil Procedure: Obligations of the Judge, the Parties and their Lawyers' (2020) 1(6) Access to Justice in Eastern Europe 6-33. <http://doi.org/10.33327/AJEE-18-3.1-a000024>

пропорційності, що зобов'язує суд забезпечити пропорційність процесу врегулювання спору («The court must ensure that the dispute resolution process is proportionate» та інші)¹; та

урегулювання («Settlement»), що зобов'язує сторін співпрацювати для врегулювання свого спору шляхом досягнення компромісу як до, так і після початку провадження у справі («Parties must co-operate in seeking to resolve their dispute consensually, both before and after proceedings begin» та інші)².

Варто відмітити, що ідея поєднання альтернативного врегулювання спорів та цивільного судочинства не нова, окремі елементи такого підходу вже запроваджені в багатьох нормативних актах різних країн світу, зокрема, і в Україні. Водночас, провідний європейський досвід свідчить про подальший розвиток альтернативного врегулювання спору та його імплементацію в цивільне судочинство з метою забезпечення більш ефективного захисту прав, а також рівного доступу правосуддя для всіх.

***Науковий керівник** – д.ю.н., професор, професор кафедри нотаріального, виконавчого процесу, адвокатури, прокуратури, судустрою Навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка І.О. Ізарова.*

СУДОУСТРІЙНІ ЗМІНИ У СФЕРІ РОЗГЛЯДУ КОМЕРЦІЙНИХ СПОРІВ У ДЕЯКИХ КРАЇНАХ ЄВРОПИ

Цісельський О.В.

суддя Господарського суду Одеської області

Судоустрійні зміни в країнах Європи - не часте явище, проте суди, які розглядають комерційні спори, у XXI столітті зазнали помітної трансформації - зокрема, у Франції, Німеччині, Бельгії, Нідерландах.

Господарські суди не нові для країн Європи: у Франції комерційні суди (tribunaux de commerce) існують з 1563 року, в Англії та Уельсі спеціальні торгові суди функціонують з 1890-х років. Проте Brexit, тобто вихід Сполученого Королівства з Європейського Союзу, прискорив формування нових підходів щодо створення та заснування нових комерційних судів у державах-членах Європейського Союзу.

Той факт, що пропозиції у цьому напрямі не з'явилися уперше, а саме прискорилися, не дозволяє вважати Brexit єдиною причиною змін у судових системах країн ЄС. Як вказують Е. Петерманс і Ф. Ламбрехт, в Бельгії ідея створення Брюссельського міжнародного комерційного суду з питань вирішення комерційних спорів була вперше висловлена в 2014 році. Подібні міркування у Франції, Німеччині та Нідерландах виникли ще раніше³.

Таким чином, Brexit привернув більше уваги деяких країн-членів ЄС до усвідомленої необхідності вийти за рамки обговорення і, можливо, як припускають Ф. Ламбрехт і Е.

¹ Ізарова І. О. Принципи пропорційності у цивільному процесі ЄС та перспективи його запровадження в цивільному процесі України // Наук. вісн. Ужгород. нац. ун-ту. Серія «Право», 2016, Вип. 37, Т. 1, С. 127–130, а також Цувіна Т.А. Принципи пропорційності в цивільному судочинстві/ Право України, 2018, №10, С. 18-24.

² Ізарова І.О. Теоретичні засади цивільного процесу ЄС : монографія / І. О. Ізарова. – Київ : ВД Дакор, 2015. 336 с.; Узеаца А. На шляху до Європейських правил цивільного процесу: переосмислення процесуальних // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки, № 1(106), 2018, С. 23-32.

³ Erik Peetermans and Philippe Lambrecht, The Brussels International Business Court: Initial Overview and Analysis. *Erasmus Law Review*. 2019. №1. P.42-55.

Петерманс, прийняті Brexit як основу, на якій вони можуть отримати «непередбачену» вигоду для своєї юрисдикції¹.

Якщо Brexit є не більш ніж прискорювачем європейської експансії, його остаточне обґрунтування слід шукати в іншому місці. Це обґрунтування пов'язується в основному з економічною зацікавленістю. Така ситуація склалася як в Європі, так і в інших юрисдикціях по всьому світу, де створюються або вже функціонують міжнародні комерційні та комерційні суди. В обґрунтування цієї тези доцільно навести наступні аргументи.

По-перше, як зазначають європейські дослідники, Франція і Німеччина прагнуть покращити свою національну репутацію як центри комерційного права і комерції в цілому. Так, для Франції, припускає А. Біар, основна увага приділяється підвищенню репутації в області комерційного права. Таким чином, створення нових комерційних судів у Парижі відбувається в тандемі з недавніми реформами французького договірної права, останнє направлене на підвищення його привабливості для міжнародних комерційних і ділових сторін². А створення сучасних міжнародних комерційних судів, наприклад, у Франкфурті-на-Майні, є засобом, за допомогою якого Німеччина могла б, таким чином, підвищити свою конкурентоспроможність як комерційного і юридичного центру³.

По-друге, очевидно, що створення впливового міжнародного комерційного та комерційного суду дає суттєву вигоду для національної економіки.

Підвищення репутації національного комерційного права і судів, здатних вирішувати спори, що впливають з нього, має ряд наслідків. Чим більш привабливим є конкретне комерційне або договірне право на світовому ринку, тим більша ймовірність того, що міжнародні суб'єкти виберуть його як регулююче право для своїх договорів. І тим більш імовірно, що вони виберуть в якості суду - арбітражний суд країни, в якій приймається застосовне право.

У 2018 році французькі юристи провели кілька важливих заходів для підвищення конкурентоспроможності Франції і французької правової системи, а також для того, щоб зробити Париж привабливим місцем для ведення бізнесу при зіткненні з міжнародними комерційними судовими позовами. У лютому 2018 року Апеляційний суд Парижа відкрив нову спеціалізовану палату, яка займається міжнародними комерційними справами (Chambre commerciale internationale de la Cour d'appel de Paris). Представники Паризької колегії адвокатів і судових органів підписали протокол, який встановлює нові правила процедури роботи палати. Сьогодні загальновизнано, що при розгляді трансграничних комерційних справ суди не тільки відправляють правосуддя, а й діють як постачальники послуг, конкуруючи один з одним за те, щоб сторони обрали їх в якості форуму для вирішення спорів у їх договірних відносинах. Ця конкуренція матеріалізувалася по-різному: від маркетингових стратегій до публікації брошур, які рекламують сильні сторони національних судів і правових систем до великих структурних змін за рахунок створення нових міжнародних комерційних судів⁴.

В останні роки конкуренція між юрисдикціями значно загострилася через рішення Великобританії вийти з Європейського союзу (ЄС) (Brexit). Ця подія послужила

¹ Erik Peetermans and Philippe Lambrecht, The Brussels International Business Court: Initial Overview and Analysis. *Erasmus Law Review*. 2019. №1. P.42-55.

² Alexandre Biard, International Commercial Courts in France: Innovation without Revolution. *Erasmus Law Review*. 2019. №1. P.24-32.

³ Burkhard Hess and Timon Boerner, Chambers for International Commercial Disputes in Germany: The State of Affairs. *Erasmus Law Review*. 2019. №1. P.33-41

⁴ Erdis Themeli, Matchmaking International Commercial Courts and Lawyers' Preferences in Europe. *Erasmus Law Review*. 2019. №1. P.70-81.

каталізатором, і багато європейських країн розцінили Brexit як неопіненну можливість для просування своїх національних систем. Таким чином, Brexit стимулював законодавчі інновації серед держав-членів, що бажають запропонувати альтернативні майданчики для Лондона, який довгий час вважався одним з провідних міжнародних центрів комерційних судових розглядів у всьому світі. Плани зі створення комерційного суду Нідерландів були ініційовані задовго до того, як виникли будь-які дискусії про референдум по Brexit. Фактично, вперше ця тема була винесена на обговорення, коли Наукова рада з урядової політики Нідерландів опублікувала у 2003 році звіт «Нідерланди, торгова країна, перспективи транзакційних витрат»¹.

Одна з рекомендацій ради полягала в тому, щоб зробити можливим, в світі важливості міжнародної торгівлі для країни, вести судові розгляди англійською мовою в голландських судах. Хоча в той час по цій темі велася певна дискусія, ця рекомендація залишалася нерозглянутою протягом багатьох років, поки в 2014 році ця ідея не була реалізована Радою судової влади Нідерландів у вигляді плану створення комерційного суду Нідерландів.

У Раді судової влади було кілька причин для цієї ініціативи. По-перше, в той час як міжнародна торгівля голландських підприємств збільшилася, кількість комерційних справ, що мають міжнародний характер для голландських судів, зменшилася значно в попередні роки. Подальший аналіз показав, що вибір голландських судів в міжнародних ділових контрактах також різко скоротився. Це було помітно і у всіх сферах бізнесу, в тому числі в справах про міжнародні перевезення, в яких Окружний суд Роттердама традиційно мав відмінну репутацію. Причина цього зниження полягає в тому, що в міжнародних ділових контрактах вибір Лондонського комерційного суду в якості компетентного суду став варіантом за умовчанням.

Основа для розробки Комерційного суду Нідерландів (NCC) закладена в законопроекті, який був представлений до Палати представників («Tweede Kamer») в липні 2017 року. Законопроект був прийнятий Палатою представників в березні 2018 року і спрямований в Сенат («Eerste Kamer»). 11 грудня 2018 року законопроект і, як наслідок, установа Комерційного суду Нідерландів були схвалені Сенатом. Законодавство про NCC набуло чинності 1 січня 2019 року².

Таким чином, поширення комерційних судів з питань бізнесу в Європі і за її межами викликало широку дискусію на національному політичному рівні і привернуло увагу як вчених, так і практиків. У досліджених країнах багато суперечок виникає навколо конкуренції між міжнародними комерційними судами, а також між міжнародними комерційними судами і арбітражем. Сьогодні виникають сумніви щодо того, чи є судова конкуренція вагомою причиною для реформи судової системи, чи вона є стимулом для модернізації системи правосуддя в тому, що стосується судових позовів.

Проведений аналіз реформування судів з розгляду комерційних спорів у деяких країнах Європи дозволяє дійти до висновку про обсяг перетворень, які відбулися у сфері розгляду економічних суперечок, про взаємне збагачення і зближення судового розгляду з арбітражем.

¹ Eddy Bauw, Commercial Litigation in Europe in Transformation: The Case of the Netherlands Commercial Court. *Erasmus Law Review*. 2019. №1. P.15-23.

² Eddy Bauw, Commercial Litigation in Europe in Transformation: The Case of the Netherlands Commercial Court. *Erasmus Law Review*. 2019. №1. P.15-23.

МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД ЗАСТОСУВАННЯ МЕДІАЦІЇ ДЛЯ ВИРІШЕННЯ КОРПОРАТИВНИХ СПОРІВ

Швецова Л.А.

*аспірантка кафедри Права Європейського Союзу
Національного юридичного університету ім. Ярослава Мудрого*

Останнім часом в Україні нагальним питанням є становлення та розвиток корпоративних правовідносин у контексті економічної та правової євроінтеграції. Актуальною є не лише проблема судового захисту інтересів учасників корпоративних правовідносин, а й можливість врегулювання корпоративного спору із застосуванням альтернативних способів вирішення конфліктів. Широкого застосування у європейських країнах набула медіація, за допомогою якої можливо вирішення транскордонних корпоративних спорів закріплена у Директиві Європейського Парламенту і Ради 2008/52/ЄС від 21 травня 2008 року (надалі – Директива 2008/52/ЄС) про деякі аспекти посередництва (медіації) в цивільних та комерційних справах¹. Як зазначено у Директиві, медіація може забезпечити економічно ефективне та швидке позасудове вирішення спорів у цивільних та комерційних справах за допомогою процесів, адаптованих до потреб сторін. Угоди, що випливають із посередництва, будуть виконуватися добровільно і, швидше за все, збережуть дружні та стійкі відносини між сторонами. Ці переваги стають більш вираженими у ситуаціях із відображенням транскордонних елементів. З метою сприяння медіації та забезпечення того, щоб сторони, які звертаються до медіації при вирішенні транскордонних корпоративних конфліктів могли спиратися на передбачувану правову базу, необхідно запровадити рамкове законодавство, що стосується ключових аспектів цивільного процесу.

Положення вказаної Директиви застосовуються лише до посередництва у транскордонних справах, але не має перешкоди щодо застосування таких положень і до внутрішніх процесів посередництва. Вказана Директива визначає поняття транскордонного спору та порядок вирішення транскордонних суперечок, визначаючи, що сторони можуть використовувати альтернативні способи вирішення конфліктів: медіацію, посередництво, визначене судом та посередництво, закріплене у національному законодавстві.

Практика свідчить про ефективність застосування медіації при вирішенні комерційних конфліктів, у тому числі і корпоративних. Генеральною Асамблеєю ООН рекомендовано всім державам застосовувати Типовий закон про міжнародну комерційну погоджувальну процедуру, який прийнято Комісією ООН з права міжнародної торгівлі², та розглянути питання уніфікації законодавства про процедури врегулювання суперечок у міжнародній комерційній погоджувальній практиці. У резолюціях, прийнятих Генеральною Асамблеєю ООН 22 червня 2011 року та 13 вересня 2012 року № 65/283 та № 66/291, відповідно, також наголошується на необхідності застосування посередницьких процедур, у тому числі і медіації як альтернативи судового розгляду^{3,4}. Особливої уваги заслуговує доповідь Генерального секретаря ООН на 66 сесії Генеральної Асамблеї про зміцнення ролі посередництва у мирному врегулюванні суперечок, запобіганні та вирішенні конфліктів за результатами якої і саме було

¹ Директива Європейського Парламенту і Ради № 2008/52/ЄС від 21.05.2008 р. «Про деякі аспекти посередництва (медіації) в цивільних та комерційних справах» // URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a95#Text.

² Типовий закон Комісії ООН з права міжнародної торгівлі «Про міжнародну комерційну погоджувальну процедуру» від 24.06.2002 р. // URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_117#Text/.

³ Резолюція Генеральної Асамблеї ООН від 22.06.2011 р. № 65/283 // URL: <https://undocs.org/ru/A/RES/65/283>

⁴ Резолюція Генеральної Асамблеї ООН від 13.09.2012 р. № 66/291 // URL: <https://undocs.org/ru/A/RES/66/291>

прийнято резолюцію № 66/291¹. У цій доповіді було звернута увага на домінуванні конфліктів у контролі за органами управління та необхідності запровадження посередницьких процедур.

Директива № 2008/52/ЄС мала значний вплив на гармонізацію національного законодавства європейських країн. Так, у Комерційному кодексі Франції визначення медіації було використано у відповідно до положень Європейської Директиви, а її дію було поширено не лише на трансграничні спори, у тому числі і на спори у корпоративних відносинах².

Італія також гармонізувала вищезазначену Директиву № 2008/52/ЄС, шляхом прийняття Декрету № 28 від 04.03.2010 р. у сфері медіації, який спрямований на примирення у цивільних та комерційних спорах. Хоча треба зазначити, що в італійському законодавстві окремі норми про медіацію були запроваджені ще цивільним кодексом 1865 р., але найбільший розвиток та популярність вона отримала після прийняття Директиви № 2008/52/ЄС та трансформації цих норм у національне законодавство Законом № 69 від 18.06.2009 р.³.

Суттєвою особливістю Декрету № 28 від 04.03.2010 р. є обов'язковий характер посередництва: приблизно 90% комерційних випадків медіація має бути застосована сторонами як обов'язкова попередня умова доступу до правосуддя⁴.

Крім того, бельгійські суди повинні запропонувати сторонам врегулювати конфлікт за допомогою механізмів альтернативного вирішення спорів, а англійський суд навіть має право накладати на учасників спору фінансові санкції, якщо вони відмовились, наприклад, від медіації. В Іспанії та Німеччині законодавством передбачена обов'язкова медіація щодо розгляду спорів з невеликою ціною позову⁵.

Незважаючи на те, що в різних країнах Європи способи альтернативного вирішення спорів у цілому, і медіація зокрема, мають багато спільного, їх роль у механізмі захисту прав і взаємодія з юрисдикційним захистом відрізняються. Так, наприклад, у Великій Британії медіація широко застосовується при вирішенні правових суперечок, як повноцінна заміна цивільного судочинства, а також в якості доповнення судового процесу⁶.

У Польщі медіація в цивільно-правових спорах була запроваджена у Цивільний процесуальний кодекс Польщі Законом від 28.07.2005 року, у якому чітко визначені правила здійснення такої медіації у цивільних спорах. Медіація здійснюється на підставі угоди про медіацію або відповідної постанови суду, який здійснює розгляд справи і може скеровувати сторони до процедури медіації⁷. В угорському законодавстві основна увага

¹ Доповідь Генерального секретаря «Про зміцнення ролі посередництва у мирному врегулюванні суперечок, запобіганні та вирішенні конфліктів» від 25.06.2012 р. на 66 сесії Генеральної Асамблеї ООН // URL: <https://undocs.org/pdf/symbol=ru/A/66/811>

² Зверєва Н. С. партисипативна процедура – новий альтернативний спосіб врегулювання суперечок у Франції // Арбітраж. і громад. процес. – 2014. № 4. С. 51.

³ LEGGE 18 giugno 2009 , n. 69 Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile. (09G0069) // URL: <https://www.altalex.com/documents/leggi/2012/10/11/collegato-competitivita-in-gazzetta-la-riforma-del-processo-civile>

⁴ Медіація в Італії. // URL: <https://iqdecision.com/mediacija-v-italii>

⁵ Косак В. Альтернативне вирішення спорів як спосіб захисту порушених прав // Перспективи застосування альтернативних способів вирішення спорів (ADR) в Україні: матеріали 2-го Львів. міжнар. форуму (Львів, 26—29 трав. 2009 р.). Львів: Львів. держ. ін-т новіт. технологій та упр. ім. В. Чорновола, – 2009. С. 11.

⁶ Ендарюс Н. Національна доповідь Англії і Уельсу на Секції 1 «Різноманітні форм вирішення спорів: формальні і неформальні процедури» // Цивільний процес в міжкультурному діалозі: євразійський контекст: Всесвітня конференція. Міжнародна асоціація процесуального права, 18-21 вер. 2012, Москва: зб. доп. під ред. Д. Я. Махешіна. М.: Статут, – 2012. С. 65.

⁷ Arbitraz w prawie międzynarodowym / red. nauk. C. Mik. Warszawa, –2014. S. 100-103

приділяється принципу добровільності і неупередженості медіатора. У свою чергу в Австрії існують чотири принципи медіації: професіоналізм, нейтральність, спрямованість на результат, відповідальність сторін у вирішенні спору.

Цілі і функції медіації в європейській літературі розглядаються не однаково. Слід зазначити, що вони залежать від виду медіації. Необхідно, однак, підкреслити, що укладення угоди як вирішення спору, на відміну від унеможливлення його вирішення, є основною метою медіації. Така теза підтверджує визнання аргументів, орієнтованих на вирішення проблеми (settlement-oriented mediation)¹.

В Європейському Союзі, в якому пропагандистської ідеєю є ідея громадянського суспільства, вважається, що медіація змінює людей, що беруть участь у ній, їх позиції і відносини з іншими людьми. Медіація підсилює почуття відповідальності за власну поведінку і сприяє діалогу і активності².

Серед альтернативних способів врегулювання суперечок використовуються переговори, третейський суд (арбітраж), посередництво (медіація: судова і позасудова), примирення (до судового розгляду спору, кримінально-правова медіація: судова і громадська), консолідація (погоджувальна процедура), мирова угода, експертиза.

Доволі актуальною, на даний час, залишається і питання вирішення корпоративних конфліктів, у тому числі за участю іноземних суб'єктів (акціонерів, інвесторів), оскільки судовий порядок, у зв'язку з тривалістю процесу та його невисокою ефективністю, не здатен привести конфліктуючі сторони до швидкого і взаємовигідного врегулювання спору.

У зв'язку з цим позасудова форма вирішення корпоративних та інших конфліктів, і стимулювання передачі спорів до третейських установ, у тому числі які створені саморегульованими організаціями, надасть можливість застосувати у діловій практиці нового способу пошуку рішень та виходу з критичних ситуацій за допомогою медіації (посередництва). Дотримання таких досудових процедур, з метою врегулювання корпоративних конфліктів, в значній мірі залежить від волі самого суспільства, та може бути закріплено не лише в законодавчих актах, а і у статутних або інших внутрішніх (корпоративних) документах товариств.

PRO HOMINE DOKTRINE UND NEUESTE TRENDS IN DER MENSCHENRECHTSAUSLEGUNG

Shcherbanyuk Oksana

*Leiter der Abteilung Verfahrensrecht Nationale Yuriy Fedkovich Czernowitz-Universität, Doktor der
Rechtswissenschaften, Professorin*

Sinkevych Olena

*Doktor der Rechtswissenschaften, außerordentlicher Professor am Institut für Verfassungsrecht
Pädagogisches und wissenschaftliches Institut für Rechtswissenschaften, Taras Shevchenko Nationale
Universität in Kyiv*

Derzeit gibt es unterschiedliche Interpretationsansätze, die durch die Art der interpretierten Norm bestimmt werden. So könnte man auf rechtlicher Ebene die Auslegung der formellen Rechtsquelle und auf verfassungsrechtlicher Ebene die Auslegung der offiziellen Quelle der

¹ Morek R. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/EC z 21.05.2008 r. o niektórych aspektach mediacji w sprawach cywilnych i handlowych: nowy etap rozwoju mediacji w Europie // ADR. Arbitraz i Mediacja. – 2008. № 3.

² Barcz J. Intergovernmental measures consolidating the euro area (in the light of Judgement of the Court of Justice of the EU in Pringle case) // Panstwo i Prawo. – 2013. № 8. S. 3-19.

Verfassung nennen. Auf einer anderen Analyseebene kann es, unabhängig von den formalen Rechtsquellen, im materiellen Umfang derselben eine Auslegung der Grundrechte geben. Das übliche und häufigste Auslegungsgebiet auf Landesebene (oder das, was auf den ersten Blick scheint) ist die Rechtsauslegung.

Das Prinzip der pro-hominen Auslegung ist als hermeneutisches Kriterium für alle Menschenrechtsgesetze definiert, aufgrund dessen bei der Anerkennung von Schutzrechten auf eine weiter gefasste Norm bzw. oder die engste Auslegung, wenn es um dauerhafte Beschränkungen bei der Ausübung von Rechten oder deren außerordentliche Aussetzung geht.

Ein Aspekt, der das Prinzip von pro homine charakterisiert, ist, dass unabhängig davon, wo eine Regel gefunden wurde, ob rechtlich, verfassungsmäßig oder international, diejenige, die die Rechte des Einzelnen am besten schützt oder die am wenigsten schädlich oder einschränkend ist dieser Rechte. Die Vielzahl der formalen Quellen in der Menschenrechtsrechtsordnung führt zwangsläufig zu einer Kompatibilität hinsichtlich des Umfangs der vom Staat übernommenen Rechte und Pflichten und führt dazu, dass diese Auslegung den besten Schutz individueller Rechte bietet.

Der Grundsatz von pro homine weist auch darauf hin, dass "im Zweifelsfall eine Auslegung gewählt werden sollte, die die Menschenrechte im Allgemeinen schützt, sichert, garantiert, in einer ganzheitlichen Struktur im Lichte der sie prägenden Werte. Das Prinzip der pro-hominen Interpretation steht in engem Zusammenhang mit dem Prinzip der angemessenen Interpretation, das als zusätzlicher Grund aufgestellt wird, die Menschenrechte als unteilbare Gesamtheit zu begreifen und vor allem die Bedeutung des Inhalts von Rechten außerhalb der formalen Quelle zu verstehen in denen sie gesammelt werden. In Bezug auf die Einschränkung und Aufhebung von Grundrechten sieht der Grundsatz der pro-homine-Auslegung vor, dass „Einschränkungen der Ausübung von Menschenrechten nach bestimmten formalen Anforderungen an die Medien festgelegt werden müssen. Wodurch sie sich manifestieren – und die Rahmenbedingungen – werden durch die Legitimität der Ziele repräsentiert, die mit solchen Einschränkungen erreicht werden müssen. Unter dem Gesichtspunkt der Aussetzung von Grundrechten ist diese Situation nur in Ausnahmefällen sehr eingeschränkt und eingeschränkt, da sie die Ausübung und Ausübung der Menschenrechte betrifft; Aus diesem Grund ist es erforderlich, die Anforderungen aus diesem Grund einzuhalten; andernfalls können diese Rechte nicht ausgesetzt werden.

Bei der Kontrolle der Konventionalität werden Gültigkeitsverhältnisse durch ein materielles Kriterium, die Anwendung pro-hominer Kriterien, hergestellt. Eine Unkonventionalitätserklärung liegt vor, wenn der Schutz durch internationale Menschenrechtsnormen wirksamer oder weniger restriktiv ist als nationale Gesetze. Die Amerikanische Menschenrechtskonvention bildet zusammen mit ihren Protokollen und den Entscheidungen des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte einen sogenannten Konditionalitätsblock, der ein Paradigma für die Überprüfung der Gültigkeit von Rechtsakten im weitesten Sinne schafft.

Was die Grundrechte angeht, so können wir sagen, dass Luis Ferraglio behauptet, dass die Grundrechte "all jene subjektiven Rechte sind, die allen "menschen, die mit dem Status einer Person, eines Bürgers oder einer handlungsfähigen Person ausgestattet sind", universell entsprechen.¹ Der Autor selbst stellt klar, dass wir unter subjektivem Recht "jede positive Erwartung (Nutzen) oder negative (nicht zu schädigen)" verstehen, die dem Subjekt durch eine Rechtsnorm auferlegt wird, während wir unter Status "den Zustand des Unterprojekts" verstehen sollten. wird auch durch eine positive Rechtsnorm als Voraussetzung für deren

¹ Caballero Ochoa, José Luis y Vazquez, Luis Daniel, 2014, en SALAZAR UGARTE, Pedro (coord.) La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual, ed. Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, México, p. 22. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33063.pdf>

Eignung als Inhaber von Rechtsverhältnissen und/oder Urheber von Handlungen, die deren Durchführung sind, bereitgestellt. Mit anderen Worten, dies ist keine dogmatische Definition, dh formuliert mit Bezug auf die Regeln einer bestimmten Rechtsordnung, wie der Verfassung Italiens oder Spaniens. Dementsprechend werden wir sagen, dass die Rechte, die die Rechtsordnung allen Individuen als solche als Bürger oder als erwerbsfähige Personen gewährt, „grundlegend“ sind, in denen sie die Ordnung der normativen und interpretativen Überlegenheit festlegt, da die Norm oder die weiteste Auslegung verwendet werden, und umgekehrt ist die Norm eingeschränkter, wenn es um die Betriebsstätte der Rechtsausübung geht.

Der Grundsatz einer erweiterten Grundrechtsauslegung besteht darin, den Inhalt des Rechtsschutzes im Zeitpunkt seiner Anwendung zu erweitern und damit seine ungerechtfertigte Einschränkung zu vermeiden. Die wachsende Macht der Grundrechte kann unter zwei Gesichtspunkten betrachtet werden. Einerseits unter dem Gesichtspunkt der Auslegung der Rechtswirkungserweiterung von Grundrechten, die grundsätzlich davon ausgeht, dass Grundrechte das gesamte Recht, auch das Verfahrensrecht und sogar das Privatrecht, berühren. Auf der Grundlage einer so weiten Grundrechtsauslegung wurden weitere wichtige Grundsätze formuliert, wie die Strahlenwirkung, die sogenannte Drittwirkung von Grundrechten und Schutzpflichten im Grundrechtsbereich.

Ein klarer Ausdruck des Grundsatzes der expansiven Auslegung ist, dass die Rechtsordnung über dem alle Rechtsgebiete abdeckenden und allen Gerichten auferlegten Mindestmaß an Rechtsschutz liegen muss. Dieser Gedanke wird durch die Geltendmachung des Schutzes der mit einem ordnungsgemäßen Verfahren verbundenen Rechte unter allen Umständen unterstützt. Und ein anderer klarer Ausdruck ist, dass das Gericht ein Garant für die Achtung der Gleichheit der Parteien sein muss, was in einem Strafverfahren provoziert wird, bedeutet, dass jeder, der Zugang zur Justiz hat, nach den gleichen Gesetzen und Themen vor Gericht gestellt werden muss zu einem allgemeinen, gleichen und festgelegten Verfahren, das dieses Recht verletzt, wenn eine der Parteien in eine ungleiche Lage gebracht wird oder die wirksame Ausübung ihrer Rechte behindert.

Die Lehre von der evolutionären Auslegung der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten ist die Quintessenz der Arbeit des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Entwicklung der Menschenrechte. Die evolutionäre Auslegung wurde erstmals vom EGMR in „Tyrer gegen das Vereinigte Königreich“ angewandt, in dem festgestellt wurde, dass „das Übereinkommen ein lebendes Dokument ist, das im Licht der gegenwärtigen Umstände auszulegen ist“¹.

In „Goodwin gegen Vereinigtes Königreich“, 2002, gab der Gerichtshof eine evolutionäre Auslegung von Artikel 12 der Konvention und stellte eine Verletzung fest.² Es ist notwendig, die Unterschiede in der Argumentation des Gerichtshofs und den Grund herauszufinden, warum er seine Praxis geändert und zu einem anderen Ergebnis als in früheren Fällen gekommen ist. Das Gericht stellte fest, dass es „unsicher sei, dass sich die Begriffe“ Mann „und“ Frau „auf die Definition des Geschlechts nach rein biologischen Kriterien beziehen sollten“ und verwies auf die gesellschaftlichen Veränderungen in der Institution Ehe und die grundlegenden Veränderungen, die durch die Entwicklung verursacht wurden Medizin und Wissenschaft seit Verabschiedung der EMRK auf dem Gebiet der Transsexualität“. Der EGMR stellt fest, dass der Test der biologischen Faktoren in dieser Hinsicht nicht mehr ausschlaggebend sein kann, und verweist auf die Anerkennung des Zustands von Störungen der Geschlechtsidentität durch Ärzte und Gesundheitsbehörden in den teilnehmenden Ländern „und die Bereitstellung einer medizinischen Behandlung, die die Person so nahe

¹ ECHR, Tyrer v. United Kingdom, Judgment, 25 April 1978.

² ECHR, Tyrer v. United Kingdom, Judgment, 22 January 2008.

bringt“ wie möglich zum neuen Geschlecht. Es ist schwer zu übersehen, dass das Argument über den unter Ärzten gebildeten Konsens über die Geschlechtsdysphorie bereits 1998 in einem separaten Gutachten von Richter J. Casadevall geäußert wurde. Der EGMR verwies auch auf das Fehlen der Begriffe „Mann und Frau“ in der kürzlich verabschiedeten Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Dabei verweist der Gerichtshof erneut auf ein Dokument, das nicht in Kraft getreten ist. Der Gerichtshof wirft ferner die Frage auf, ob das Eherecht auf die Verankerung des Geschlechts im nationalen Recht gemäß dem bei der Geburt eingetragenen Recht beschränkt ist, und bejaht. Das Gericht argumentiert, dass „die Klägerin als Frau lebt, mit einem Mann in einer Beziehung steht und nur mit einem Mann verheiratet werden möchte“, eine solche Möglichkeit aber nicht hat. Es ist erwähnenswert, dass das Gleiche zum Beispiel von den Antragstellern im vorherigen Fall, Miss Reese, gesagt werden kann. Trotz des Fehlens entscheidender Änderungen des Sachverhalts selbst kommt der EGMR daher zu dem Schluss, dass der Kern des Rechts auf Ehe verletzt wurde. Daher ist es möglich, eine gewisse Inkonsistenz des Gerichtshofs bei der Entscheidung über die evolutionäre Auslegung festzustellen. Natürlich hat der Gerichtshof nicht nachgewiesen, dass sich die Umstände seit dem Fall Reese geändert haben und dass in dieser Frage Konsens besteht.

Die Menschenrechte sollten nach moderner Doktrin bei ihrer Wahrung, die völkerrechtlich Beachtung verdienen, über nur nationale Interessen stehen. Erklärungen oder Konventionen zu Menschenrechten zielen auf die Emanzipation der Menschen ab, und obwohl sie noch nicht in ihrer Fülle angekommen sind, zeigt sich, dass die Überwindung von Hindernissen einiger Richter und Gesetzgeber, die Schaffung von Mechanismen zur Umsetzung, eine der großartigsten Errungenschaften ist, die es bisher gab.

Die Menschenrechte lassen sich nach den hier angeführten kurzen Zeilen als supranational bezeichnen, da ihre Verbreitung nicht von der verfassungsrechtlichen Anerkennung abhängt, sondern der äußeren Rechtsordnung und dem ausnahmebestimmenden und inhaltlich klärenden Staat angehören. Sie sind echte absolute Grundrechte, weil sie auf der Grundlage von Verträgen auf den Staat gestützt sind und das Recht für die Beschränkung ihrer Anwendung zuständig ist. Sie sind keine Produkte einer Verfassungsnorm, sondern ihr Ursprung transzendiert die nationale Rechtsordnung und wird ihr schonungslos aufgezwungen und verpflichtet die verfassungsgebende Gewalt, sie im Grundgesetz zu erklären, umzusetzen und zu schützen.

СЕКЦІЯ 3. НОВІ ВИКЛИКИ ІНСТИТУТУ АДВОКАТУРИ ТА ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ

АДВОКАТСЬКА ДІЯЛЬНІСТЬ В УМОВАХ СУЧАСНИХ ТЕХНОЛОГІЙ

Вільчик Т.Б.

*доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри адвокатури*

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Адвокатська професія перебуває на критичному переломному етапі, коли передові технології, такі як комп'ютеризація і технології штучного інтелекту, істотно впливають на професійну діяльність адвокатів і ступінь такого впливу має тенденцію збільшуватися. Професійна діяльність адвоката, що проявляється й із позиції споживання інформації та використання інформаційних технологій включає в себе наявність навичок роботи з електронними пошуковими системами та базами, в тому числі системою електронного судочинства, позиціонування себе в інформаційному просторі через соціальні мережі, віртуалізацію надання правової допомоги та багато іншого¹. З 15 грудня 2021 року починає діяти Інформаційно-телекомунікаційна система досудового розслідування, (далі -ІТСДР), проголошується рівність правового статусу паперових та електронних документів. Захисник та інші учасники кримінального провадження можуть використовувати систему під час реалізації своїх повноважень (ст. 106-1 КПК України).² Як зазначалося на на British Legal Technology-2020 в Лондоні, - заглядаючи набагато далі вперед, ми можемо уявити собі друге покоління онлайнних судів, в яких штучний інтелект буде грати певну роль в наданні цілеспрямованих юридичних консультацій користувачам судів, в наданні можливостей сторонам вирішувати спори без втручання людини і навіть у прийнятті рішень³.

Цифрові технології обов'язково матимуть суттєвий вплив на обсяг попиту, на специфіку юридичних послуг, а також на кількість юристів, яких випускають сьогодні та випускатимуть національні вищі. На зміну звичайним юристам придуть зовсім нові юридичні професії, сфокусовані на інноваціях, технологіях і нових способах надання послуг з меншими витратами без якого-небудь збитку для якості. Згідно зі звітом Annual Trends Survey Report 2019–2020⁴ від компанії RWB, під час онлайн-опитування більш ніж 1 000 топ-менеджерів у вересні 2019 року трохи більше половини опитаних (51%) заявили, що робот був би кращим при прийнятті рішень, ніж їх начальник – це приголомшливе зростання на 17% порівняно з попереднім роком. «Робо-юристи» на сьогоднішній день є конкурентами для «людино-юристів» та юридичної сфери загалом. Наприклад, у США подібний робот формує позовні заяви та бере участь в адміністративних діях, пов'язаних із нарахуванням штрафів з боку поліції (мова про

1 Бірюкова А.М. Правовий статус адвоката і адвокатури: вітчизняна модель у контексті процесів глобалізації (дис. докт. юрид. наук, Київ 2019) .

² Закон України Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо запровадження інформаційно-телекомунікаційної системи досудового розслідування. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1498-20#Text>

³ “Юриспруденція без юристів, суди без засідань” (О чем говорили на British Legal Technology-2020 в Лондоні). URL: <https://platforma-online.ru/media/detail/yurisprudentsiya-bez-yuristov-sudy-bez-zasedaniy/?fbclid=IwAR0vKfOdZu0lu-GCW8zAtzvV5sZKMldjgYhLcjKsrZ50Yt3qd26awkHVVmI>

⁴ <https://www.oneadvanced.com/trends-report/2019-20/>

чат-бот DoNotPay). Робот – програма, яка була одного разу написана і не задіяла працюю людей – вже заперечила 160 тис. штрафів у США.¹

Розвиток цифрових технологій призводить до суттєвих змін форм спілкування адвоката з довірцем, а також порядку і умов зберігання адвокатського досьє та іншої інформації. Відомості, що становлять адвокатську таємницю, часто можуть передаватися в незашифрованому вигляді і, як результат, випадково або навмисно стати доступними третім особам. К сучасним загрозам інформаційної безпеки адвокатської діяльності та, відповідно, адвокатської таємниці, можна віднести втрати або розкращання, доступ інших осіб до цифрових носіїв інформації, що містять інформацію по справах клієнтів (ноутбуки і планшети, телефони), а також комп'ютерні зломи, кіберзлочини. На практиці адвокат може просто помилково направити електронний лист на іншу адресу. Застосовуються різні варіанти шахрайства з використанням особами, зацікавленими в дискредитації адвоката, його вигаданих сторінок і розміщенням інформації від імені адвоката; поширення шкідливих програм, які, проникаючи в комп'ютер, роблять недоступною для користувача важливу інформацію, що міститься в ньому, з метою подальшого вимагання грошових коштів за відновлення доступу до неї; поширення неправдивих відомостей про адвоката, які посягають на його честь та гідність та можуть суттєво вплинути на вибір адвоката потенційним клієнтом.² Фішинг - це кіберзлочин, при якому хакер видає себе за законну установу або особу, щоб «заманити» кого-небудь для надання конфіденційної інформації, такої як паролі, дані банківського рахунку, тощо.³ Хакери також можуть видавати себе за законного відправника, щоб спокусити одержувача відкрити файл або веб-посилання, яка викликає завантаження шкідливого ПО на комп'ютер (також відома як «шкідливе посилання»)⁴. Таким чином, використання адвокатом у своїй роботі сучасних технологій не тільки дає нові професійні можливості, але і породжує нові загрози порушення професійної таємниці адвоката.

При збереженні інформації на цифрових джерелах, хмарних ресурсах носії таємниці зобов'язані забезпечити її безпеку шляхом використання паролів, шифрів, криптографічних програм. Крім того, при використанні віртуальних («хмарних») серверів адвокат повинен враховувати наступні особливості зберігання інформації на них: 1) визначити юрисдикцію власника таких серверів та переконатися, що закони країни фактичного місцезнаходження сервера встановлюють високі стандарти конфіденційності; 2) ліквідація підприємства-власника серверів неминуче призведе до втрати інформації, яка є конфіденційною юридичної інформацією; 3) провайдер (технологічний посередник для надання доступу до мережі Інтернет), і, отже, суб'єкт, який отримав в системі безпеки провайдера, має негайний доступ до інформації в момент її передачі з пристрою адвоката на віртуальний сервер⁵.

Типові правила професійної поведінки Американської асоціації юристів (АБА) передбачають, що адвокату потрібно отримати згоду клієнта й перед тим, як використовувати у своїй діяльності штучний інтелект (далі - ШІ) і така згода повинна базуватися на повному інформуванні клієнта. Повне інформування повинно містити

¹ Генкин А. Михеев А. Есть ли будущее у юридической профессии? Государственная служба. 2020. Том 22 № 2. С. 10-15.

² Соловьева В.И. Проблема обеспечения сохранения адвокатской тайны в условиях цифровизации. Евразийская адвокатура. № 6 (43). 2018. С.51-55.

³ What Is Phishing? PHISHING.ORG, URL: <https://www.phishing.org/what-is-phishing>

⁴ How to Recognize a Malware Email. Michigan State University. URL: <https://www.egr.msu.edu/decs/security/how-recognize-malware-email>

⁵ Наумов В.В. Информационная безопасность адвоката в сети «Интернет». Динамика на сьременната наука—2017: матеріали XIII Міжнародна научна практична конференція. Софія: «Бял. ГРАД-БГ», 2017. С. 6-11.

інформацію про ризики та обмеження системи ШІ. У певних випадках рішення адвоката не використовувати ШІ також може бути обов'язковим для поінформовування клієнта, якщо використання ШІ може бути корисним для нього.¹ Вважаємо, що вищевказані положення можуть бути корисними і для актів національних органів адвокатського самоврядування. Зокрема, адвокату слід до укладення договору про надання правової допомоги обговорити з клієнтом необхідні заходи щодо забезпечення цифрової безпеки інформації, яку він буде довіряти адвокату, а також прийняти спільне рішення з даного питання, яке було б зрозумілим та влаштовувало обидві сторони. Бажано таку угоду скласти в листі-зобов'язанні або іншому письмовому вигляді про характер комунікацій та заходи безпеки цифрової інформації, які будуть (або не будуть) використовуватися, наприклад, шифрування та інші конкретні заходи безпеки.²

Офіційний висновок Постійного комітету АВА з етики та професійної відповідальності «Обов'язки юристів після злому електронних даних або кібератаки» (від 17 жовтня 2018 г.) ясно дає зрозуміти, що «вірогідність етичного порушення виникає, коли юрист не робить розумних зусиль, щоб уникнути втрати даних або виявити кібервотрощення, і що відсутність таких розумних зусиль є причиною порушення».³ Кібербезпека - це загальний термін, який зазвичай відноситься до захисту систем та захисту інформації, підключених до Інтернету. Як відмічав David G. Ries⁴, перший крок в програмі кібербезпеки - це покладання відповідальності за безпеку. Це включає визначення того, хто відповідає за безпеку, і визначення ролі кожного, включаючи керівництво, адвокатів і допоміжний персонал. Безпека починається з інвентаризації інформаційних активів для визначення того, що необхідно захистити, а потім з оцінки ризиків для виявлення очікуваних загроз для інформаційних активів. Наступним кроком є розробка, впровадження та підтримання комплексної програми кібербезпеки з використанням розумних фізичних, адміністративних і технічних заходів безпеки для захисту від виявлених ризиків Програма кібербезпеки повинна охоплювати основні функції безпеки: ідентифікацію, захист, виявлення, реагування та відновлення.⁵

Правила професійної поведінки Американської асоціації адвокатів розглядають як одну з професійних компетенцій те, що адвокат повинен «бути в курсі змін в законі і практиці застосування, включаючи пільги і переваги, ризики, пов'язані з відповідною технологією».⁶ Сьогодні в більшості штатів США юристи дотримуються цього стандарту, і з нього випливає кілька практичних висновків. Наприклад, в 2015 році Колегія адвокатів штату Каліфорнія винесла висновок про те, що адвокати, які приймають участь у судових засіданнях, несуть етичний обов'язок бути компетентними у відкритті електронних документів або співпрацювати з іншими особами, що володіють такою компетенцією. У штаті Флорида навчання технологіям є обов'язковим з 2017 року. Нещодавно Верховний суд Мічигану запропонував додати технологічні компетенції в список необхідних навичок відповідно до державних правил професійної поведінки для адвокатів. Ця пропозиція передбачає те, що адвокати, які мають ліцензію на практику в

¹ Model Rule of Professional Conduct. 2019. URL: https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/

² David G. Ries. Cybersecurity for Attorneys: Addressing the Legal and Ethical Duties. ON NOVEMBER 14, 2019. URL: <https://www.lawpracticetoday.org/article/cybersecurity-attorneys-legal-ethical/>

³ Cybersecurity. ABA. October 16, 2019. URL: https://www.americanbar.org/groups/law_practice/publications/techreport/abatechreport2019/cybersecurity2019

⁴ David G. Ries юрист, співавтор книг: Encryption Made Simple for Lawyers (ABA 2015) та Locked Down: Practical Information Security for Lawyers, Second Ed. (ABA 2016).

⁵ David G. Ries. Cybersecurity for Attorneys: Addressing the Legal and Ethical Duties. ON NOVEMBER 14, 2019. URL: <https://www.lawpracticetoday.org/article/cybersecurity-attorneys-legal-ethical/>

⁶ The American Bar Association Code of Conduct. URL: https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/resources/professionalism/professionalism_codes/

штаті, повинні будуть, серед іншого, брати участь в безперервній освіті в галузі «розробки технологій, які в розумних межах необхідні для забезпечення компетентного представництва»¹.

Існує необхідність у розробці як конкретних рекомендацій для адвокатів у цій новій та важливій галузі їх діяльності, так і здійсненні роботи у таких важливих напрямках, серед яких: забезпечення цифрових сервісів для адвокатів; розробка і впровадження біометричного адвокатського посвідчення. ідентифікація автора запитів адвокатів; інформатизація діяльності органів адвокатського самоврядування; створення цифрового простору з надання адвокатами безоплатної правової допомоги, тощо.² Важливою є взаємодія адвокатів з технічними фахівцями в сфері цифрових технологій. Адвокати повинні бути добре обізнані про можливості сучасних технологій і володіти навичками їх ефективного використання, оскільки вони стануть або конкурентними, або втратять багато можливостей. Необхідно оцінити ті наслідки, які має для юридичного ринку загалом і ринку юридичної освіти, зокрема, поява сучасних технологій.

Виступаючи на літній зустрічі Національної асоціації губернаторів США в Провіденсі, глава Tesla та Space X Ілон Маск сказав: «Штучний інтелект – той рідкісний випадок, коли, як на мене, нам потрібно бути проактивними в регулюванні, а не реактивними. Тому що я думаю, що на той час, коли ми почнемо реагувати у сфері регулювання ШІ, буде надто пізно»³.

ЕТИЧНІ АСПЕКТИ УЧАСТІ ПРОКУРОРА У СУДОВОМУ ПРОЦЕСІ

Гультай П.М.

кандидат юридичних наук, прокурор другого відділу процесуального керівництва при провадженні досудового розслідування територіальними органами поліції та підтримання публічного обвинувачення управління нагляду за додержанням законів Національної поліції України та органами, які ведуть боротьбу з організованою та транснаціональною злочинністю Харківської обласної прокуратури, молодший радник юстиції

Діяльність прокурора у судовому процесі пов'язана з великою кількістю моральних проблем, вирішення яких відбувається залежно від особистих ідеалів, принципів і почуттів прокурора. Роль регулятора поведінки в усіх випадках виконують цілком конкретні, перевірені практикою і освячені традицією вимоги прокурорської етики. У правовій літературі не надається визначення професійної етики прокурора, тому раніше зроблено спробу сформулювати це визначення.

Професійна етика прокурора - це зведення правил етичної поведінки під час здійснення функцій прокуратури у відносинах із громадянами, суддями, адвокатами, іншими сторонами кримінального провадження та судового процесу, представниками правоохоронних та інших державних органів, установ, органами місцевого самоврядування, зарубіжними органами прокуратури, об'єднаннями громадян, засобами

¹ Deep thinking: the future of the legal profession in an age of technology (Speech of Chief Justice Sundaresh Menon at the 29th Inter-Pacific Bar Association Annual Meeting and Conference) URL:<https://medium.com/@singaporeacademyoflaw/deep-thinking-the-future-of-the-legal-profession-in-an-age-of-technology-6b77c9ddb1e9>

² Пряхиннікова А. Цифровые технологии в практической деятельности адвоката. Образование и право № 5. 2020. С. 223-226.

³ Gibbs S. Elon Musk: regulate AI to combat 'existential threat' before it's too late. 2017. July, 17: www.theguardian.com/technology

масової інформації, колегами - прокурорами, що є передумовою підтримання авторитету прокуратури в суспільстві¹.

Основним документом, який стосується етики і моралі в діяльності прокурорів усієї системи органів прокуратури України, є Кодекс професійної етики та поведінки прокурорів (далі - Кодекс), затверджений 27 квітня 2017 року Всеукраїнською конференцією прокурорів².

Зазначений нормативно-правовий документ визначає основні принципи, моральні норми та правила прокурорської поведінки, яким повинні керуватися прокурори при виконанні своїх службових обов'язків та поза службою.

Норми кодексу для всіх прокурорів - орієнтир належної службової та позаслужбової поведінки, що дає їм змогу як неупередженим особистостям демонструвати високу професійну й особисту культуру.

В Кодексі інтегровано положення міжнародного та чинного законодавства України щодо професійної етики та поведінки прокурорів. Основні принципи професійної етики та поведінки прокурорів регламентовано ст. 4 Кодексу, де зазначено, що професійна діяльність прокурорів ґрунтується на принципах:

- верховенства права та законності;
- поваги до прав і свобод людини і громадянина, недопущення дискримінації;
- незалежності та самостійності;
- політичної нейтральності;
- презумпції невинуватості;
- справедливості, неупередженості та об'єктивності;
- професійної честі і гідності, формування довіри до прокуратури;
- прозорості службової діяльності, конфіденційності;
- утримання від виконання незаконних наказів та вказівок;
- недопущення конфлікту інтересів;
- компетентності та професіоналізму;
- доброчесності, зразковості поведінки та дисциплінованості;
- поваги до незалежності суддів.

При цьому, прокурор підтримуючи публічне обвинувачення у судовому процесі має керуватися не лише нормами етики, враховуючи при цьому специфіку служби у прокуратурі. Прокурор у ході судового розгляду обирає лінію оптимальної поведінки, яка відповідає його внутрішньому моральному переконанню, передбачаючи за порушення етичних норм, залежно від характеру порушень, юридичну відповідальність як представника держави.

Важливе значення професійної етики прокурора полягає в тому, що її основною функцією є регулювання моральних відносин прокурора, що виникають під час здійснення ним підтримання публічного обвинувачення.

Застосування прокурорами норм професійної етики у судовому процесі створює сприятливий професійний клімат у прокурорському середовищі, підвищує повагу учасників судового процесу до прокурорів та рівня їх доброчесності і цим самим допомагає підвищити авторитет прокуратури в суспільстві.

Професійна етика відіграє велику роль для виховного процесу в прокурорській системі. Кожна людина в суспільстві виконує різні соціальні ролі і функції. Виконання

¹ Білиця І.О. Професійна етика прокурора : монографія / І.О. Білиця. – Одеса : Юридична література, 2005. – 184 с.

² Кодекс професійної етики та поведінки прокурорів від 27 квітня 2017 року затверджений всеукраїнською конференцією прокурорів // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України, URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0001900-17#Text>.

певних функцій передбачає наявність не тільки професійних знань, навичок і умінь, але й дотримання моральних вимог, а також виховання необхідних моральних якостей для виконання соціальної ролі професії.

Важливим завданням професійної етики є етичне виховання особи прокурора та формування належної моральної позиції, яка у кожної особистості органічно пов'язана з її життєвим кредо. У житті кожної людини завжди є вибір як діяти у тій чи іншій ситуації. Люди з міцною моральною позицією поведуться так, як відчуває їх серце, як вимагає обов'язок, за честю та совістю. Такі особистості здатні жити, дотримуючись Конституції, законів України, кодексів честі і доброчесності.

Тому, одна з головних вимог до прокурора - публічного обвинувача є об'єктивність, принцип настільки юридичний, наскільки і етичний. За будь-яких обставин публічний обвинувач повинен бути справедливим. Тільки тверда переконаність у винуватості обвинуваченого, заснована на об'єктивному, повному дослідженні всіх обставин справи та наявних доказів, надає прокурору юридичне і моральне право наполягати на його засудженні. Вимога об'єктивності визначає не тільки правову позицію прокурора в судовому розгляді, але і його поведінку, зокрема, і ставлення до сторін – учасників процесу.

КОНФІДЕНЦІЙНІСТЬ ЯК ФУНДАМЕНТАЛЬНИЙ ПРИНЦИП АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Ковальова Я.О.

*кандидат юридичних наук, асистент кафедри адвокатури
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Сформульовані ще у XIX ст. відомим французьким адвокатом М. Молло правила адвокатської професії у Франції стали настільною книгою адвокатів і не втратили й до сьогодні своєї актуальності¹.

Звертаючись до історичних витоків адвокатури, можна впевнитись у тому, що в стосунках між адвокатом та клієнтом у центрі уваги зберігалися:

1. порядність адвоката;
2. добросовісність;
3. чесність;
4. відданість справі;
5. справедливість;
6. корпоративний дух професії.

Зазначені принципи завжди вимагали необхідності дотримання адвокатської таємниці. Наприклад, Харківська Рада присяжних повірених установила, що присяжний повірений не повинен розголошувати таємниці свого довірителя не тільки під час провадження його справи, а й у разі усунення від справи, та після її закінчення².

Майже всі міжнародно-правові акти, що стосуються діяльності адвоката, обов'язково приділяють увагу принципу конфіденційності.

Так, у правилі 93 Мінімальних стандартних правил щодо поводження з ув'язненими ООН наголошено: З метою свого захисту в'язні, які перебувають під слідством, повинні мати право звертатися там, де це можливо, до безплатної юридичної консультації,

¹ Молло М. Правила адвокатської професії во Франції. Традиції адвокатської етики / М. Молло. – СПб.: Юридический Центр Пресс, 2004.

² Правила адвокатской профессии в России: Опыт систематизации постановлений советов присяжных поверенных по вопросам профессиональной этики. А.Н. Марков. – М.: Тип. О.А. Сомовой, 1913.

приймати в ув'язненні юридичного радника (адвоката), який взяв на себе їх захист, підготовлювати і передавати йому конфіденційні інструкції. З цією метою на їхню вимогу треба надавати в їхнє розпорядження письмове приладдя. Побачення в'язня з його юридичним радником повинні відбуватися на очах, але за межами слуху міліцейських або в'язничних органів¹.

У Рекомендаціях R(2000)21 Комітету Міністрів державам-учасницям Ради Європи про свободу здійснення професійних адвокатських обов'язків, від адвоката вимагається вдаватися до всіх необхідних дій, спрямованих на належне забезпечення конфіденційного характеру взаємин між адвокатом і клієнтом².

Проте у цьому міжнародному документі міститься виключення: «Будь-які винятки з цього принципу можуть дозволятися лише у відповідності із засадами верховенства права». З цього вислову ми розуміємо, що заради найбільш високих людських цінностей, допущається певне відхилення від абсолютності адвокатської таємниці.

І.М. Гловацький вважає, що з ініціативи адвоката таємниця може бути розкрита, зокрема, «коли предметом адвокатської таємниці стане інформація про підготовку злочину»³.

В такому випадку адвокат повинен попередити свого клієнта про наслідки, які будуть на нього чекати та намагатися переконати клієнта, а розкриття адвокатської таємниці є неприпустимим діянням.

Для тлумачення Європейських стандартів принципу конфіденційності необхідно звернутися до Загального кодексу правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства (2.3 Конфіденційність) в якому зазначено⁴:

2.3.1. Особливість професії адвоката полягає в тому, що він одержує від клієнта відомості, які той не буде повідомляти іншій особі, а також іншу інформацію, яку йому належить зберігати в таємниці. Довіра до адвоката може виникнути лише за умови обов'язкового додержання ним принципу конфіденційності. Таким чином, конфіденційність є першорядним і фундаментальним правом та обов'язком адвоката.

2.3.2. Адвокат зобов'язаний однаковою мірою зберігати в таємниці як відомості, одержані ним від клієнта, так і інформацію про клієнта, надану йому у процесі надання послуг клієнту.

2.3.3. На обов'язок додержання конфіденційності не поширюється дія строку давності.

2.3.4. Адвокат зобов'язаний вимагати додержання конфіденційності від помічників і від будь-яких інших осіб, які беруть участь в наданні послуг клієнту.

Загальний кодекс правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства став взірцем для розробок професійних кодексів поведінки багатьох країн, в тому числі й для України.

Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та Правила адвокатської етики^{5,6} були прийняті задля виконання норм Конституції України, яка визначає: для

¹ Мінімальні стандартні правила поведінки з в'язнями. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_212 (дата звернення: 10.10.2021)

² Рекомендація R(2000)21 Комітету Міністрів державам-учасницям Ради Європи про свободу здійснення професійних адвокатських обов'язків, від 25 жовтня 2000 р. URL: <http://www.scout.gov.ua/clients/vsu/v>. (дата звернення: 10.10.2021)

³ Гловацький І. Ю. Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесі / І.Ю. Гловацький.- Навч.посібник, - Атіка.: Київ.- 2003 р.- 352 с.

⁴ Загальний кодекс правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства,(Прийнято делегацією дванадцяти країн-учасниць на пленарному засіданні у Страсбурзі в жовтні 1988 року) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_343#Text(дата звернення: 10.10.2021)

⁵ Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/5076-17> (дата звернення: 10.10.2021)

забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правничої допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура (ч.2 ст. 59).

Відповідно до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»: адвокатська діяльність є незалежною професійною діяльністю щодо здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту (ч. 2 ст. 1); керівними принципами адвокатської діяльності є: верховенство права, законності, незалежності, конфіденційності та уникнення конфлікту інтересів (ч. 1 ст. 4).

Слід звернути увагу, що Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» вперше на законодавчому рівні закріпив поняття «адвокатська таємниця», під яким слід розуміти: Адвокатською таємницею є будь-яка інформація, що стала відома адвокату, помічнику адвоката, стажисту адвоката, особі, яка перебуває у трудових відносинах з адвокатом, про клієнта, а також питання, з яких клієнт (особа, якій відмовлено в укладенні договору про надання правничої допомоги з передбачених цим Законом підстав) звертався до адвоката, адвокатського бюро, адвокатського об'єднання, зміст порад, консультацій, роз'яснень адвоката, складені ним документи, інформація, що зберігається на електронних носіях, та інші документи і відомості, одержані адвокатом під час здійснення адвокатської діяльності (ч. 1 ст. 22).

Правила адвокатської етики зазначають, що дотримання принципу конфіденційності є необхідною і щонайважливішою передумовою довірчих відносин між адвокатом і клієнтом, без яких є неможливим належне надання професійної правничої допомоги, здійснення захисту та представництва.

Зв'язок адвокатської етики та принципу конфіденційності в адвокатській діяльності – тісний, нерозривний та доволі органічний. Високий соціальний статус адвоката підштовхує на усвідомлення суттєвої відповідальності за свої професійні дії, а тому має супроводжуватися дотриманням певних орієнтирів, зокрема, правил адвокатської етики.

На думку Президента франкомовної палати адвокатів Брюсселя Michel Vlies, розвиток суспільства завжди створює нові виклики для адвокатів, але до цього часу найважливіші засади адвокатської професії (незалежність, автономність власної організації, захист професійної таємниці) витримують випробування часом та новими політичними доктринами¹.

РОЛЬ ПІДВИЩЕННЯ КВАЛІФІКАЦІЙ ПРОКУРОРІВ У РОЗБУДОВІ СИСТЕМИ ОРГАНІВ ПРОКУРАТУРИ

Ковальчук І.С.

*к.ю.н., доцент, доцент кафедри організації судових,
правоохоронних органів та адвокатури*

Національного університету «Одеська юридична академія»

Інститути органів прокуратури завжди відігравав ключову роль, як у судовій та правоохоронній системі України, так і в механізмі держави в цілому. Адже дана інституція наділена виключними повноваженнями, які не притаманні іншими органам та інституціям. Якість та злагодженість роботи органів прокуратури напряму залежить від її кадрового складу. Якраз саме підвищення кваліфікації прокурорів відіграє ключову роль

⁶ Правила адвокатської етики, затверджені З'їздом адвокатів України 17 листопада 2012 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0003418-12> (дата звернення: 10.10.2021)

¹ Стаття за матеріалами Дев'ятої Конференції 21 по 24 травня з питань адвокатури (Bar Leaders' Conference), організована Міжнародною асоціацією юристів (International Bar Association) (Брюссель, 21-24 травня 2017 р.). URL: <http://unba.org.ua/publications/168-nezalezhnist-advokatury.html> (дата звернення: 10.10.2021)

в наповненні цього органу високоморальними та кваліфікованими кадрами, які зможуть в повній мірі виконувати поставлені перед ними завдання та реалізовувати надані їм повноваження.

В червні 2021 року було прийнято новий наказ Генерального прокурора, яким було закріплено концептуально нову процедуру підвищення кваліфікації прокурорів. Що ж змінилося?

Основними завданнями підвищення кваліфікації прокурорів являється : обов'язковість, тобто підвищення кваліфікації є прямим обов'язком кожного прокурора, що перебуває на посаді, слід відвітити, що дане положення закріплене навіть в Законі України «Про прокуратуру»; постійність, тобто підвищення кваліфікації відбувається протягом перебування особи на посаді прокурора, при чому форми підвищення кваліфікації можуть змінюватися; періодичність тобто визначені часові межі протягом яких прокурор повинен пройти підвищення кваліфікації; диференційованість тобто прокурору надається право вибору найоптимальнішої для нього форми підвищення кваліфікації; практична спрямованість полягає у тому, що кожна форма підвищення кваліфікації покликана удосконалити навички та поглибити знання прокурора, які він зможе імплементувати та застосувати у своїй практичній діяльності; інноваційність та врахування вітчизняного і міжнародного досвіду дана засада полягає у тому, що при процесі підвищення кваліфікації застосовуються ІТ-технології (що є досить доречним саме у теперішній час коли весь світ і в тому числі і Україна перебуває в пандемічних обмеженнях, спровокованих коронавірусом).

Тепер виділяється на нормативному рівні шість форм підвищення кваліфікації, а саме: самостійне навчання (самоосвіта); стажування в органі прокуратури вищого рівня; участь у семінарах та інших колективних формах навчання; підготовка (навчання) у Тренінговому центрі прокурорів України; тренерська (викладацька) діяльність у Тренінговому центрі прокурорів України; наукова діяльність.

Щодо форм підвищення кваліфікації то слід відмити наступне те, що такий їх різновид повинен позитивно вплинути на якість підвищення кваліфікації прокурорами.

Проте слід зупинитися і на питаннях, які залишилися не вирішеними у процедурі підвищення кваліфікації.

По-перше в Положенні про підвищення кваліфікації не зазначено яким чином прокурор може обрати ту чи іншу форму підвищення кваліфікації і за який період часу прокурор повинен пройти підвищення кваліфікації в тій чи іншій формі.

По-друге можливо потрібно було б передбачити прозору систему оцінювання для прокурорів. Наприклад, можливо було б запозичити систему оцінювання підвищення кваліфікації у адвокатів, відповідно до якої прокурор отримував би певну кількість балів за виконання тієї чи іншої форми підвищення кваліфікації і повинен був набрати певну кількість балів за календарний рік.

По-третє вважає за недоречним виділяти самостійною формою – самоосвіту, адже зрозуміло, що кожен прокурор повинен слідкувати за змінами в законодавстві, які відбуваються досить часто в нашій країні. Адже без цього він не зможе виконувати свої посадові обов'язки. А також фактично її неможливо проконтролювати і оцінити її якість.

По-четверте потрібно закріпити, обов'язкове вивчення норм, що містяться в Кодексі професійної етики та поведінки прокурорів в рамках окремого курсу підготовка (навчання) у Тренінговому центрі прокурорів України. Даний курс повинен стати обов'язковим для всіх прокурорів, а результати його вивчення повинні враховуватися при індивідуальному оцінюванні якості роботи прокурора.

По-п'яте слід відзначити, що недоліком є те, що лише результати проходження прокурором навчання у Тренінговому центрі прокурорів України, результати

тренерської діяльності у Тренінговому центрі прокурорів України та результати наукової діяльності враховуються під час індивідуального оцінювання якості роботи прокурора. А всі інші форми, які як наприклад стажування в органі прокуратури вищого рівня та участь у семінарах та інших колективних формах навчання відповідно не враховуються під час індивідуального оцінювання якості роботи прокурора.

Підсумовуючи слід, відзначити, що процедура підвищення кваліфікації прокурорів зазнала значних змін з урахуванням вимог сьогодення, але все одно існують недоліки, які потрібно вирішити внесенням змін в Положення про систему підвищення кваліфікації прокурорів, задля удосконалення системи підвищення кваліфікації прокурорів.

ПРОФЕСІЙНЕ ВИГОРАННЯ ПРОКУРОРА: ПРИЧИНИ ВИНИКНЕННЯ ТА ШЛЯХИ ПОДОЛАННЯ

Крегул Я.М.

кандидат юридичних наук

прокурор Голосіївської окружної прокуратури міста Києва

В житті дорослої людини дуже важливе місце займає сфера її трудової діяльності, оскільки, в просуванні до вершин професійної майстерності звичай відбувається самореалізація особистості. Досягнення людини в своїй професії значною мірою визначаються особливостями її мотивації до трудової діяльності. Отже, розуміння мотивації праці, її змісту, характерних рисів тому числі, у різних галузях професійної діяльності і на окремих етапах професійної кар'єри, чинників, що впливають на такі мотиваційні процеси, має велике практичне значення для вдосконалення системи управління в будь-якій організації.

Дослідження наукової літератури засвідчило, що існує багато підходів до визначення мотивації, узагальнюючи які, можна стверджувати, що мотивація визначається, як сукупність зовнішніх та внутрішніх чинників, які забезпечують процес спонукання працівника до діяльності, спрямованої на досягнення особистих і колективних цілей.

У свою чергу, американський учений Р. Дарт розглядає мотивацію, як сили, що існують всередині людини або поза нею, і які збуджують у ній ентузіазм і завзятість до виконання певних дій. Зокрема, він зазначає: «Мотивація працівників впливає на їхню продуктивність, і частина роботи менеджера полягає в тому, щоб спрямувати мотивацію на досягнення цілей організації»¹.

Під ефективністю діяльності прокурора слід розуміти визначений з позиції оптимальності ступінь досягнення прокурорами цілей, поставлених перед ними у законі й інших нормативних актах, із найменшими можливими у цих умовах витратами².

На наш погляд, не менш важливим елементом ефективності прокурора є його вмотивованість на здійснення функцій, передбачених Конституцією України. Підтвердженням цього можемо вважати дослідження вчених Ф. Райта та К. Левіна, під час якого 267 опитаних американських прокурорів пояснили чого очікують від професії. Зокрема, до таких сподівань належать: особиста визначеність як професіонала, можливість отримання практичних навичок, служіння на благо суспільству та підтримання балансу між роботою та особистим життям³.

¹ Дафт Р. А. Менеджмент / Р. А. Дафт ; пер.с англ. – СПб.: Питер, 2001. – 829с., С. 480.

² Годуєва К. Визначення ефективності захисту прокурором прав і свобод дітей поза межами кримінального провадження/ Науковий часопис Національної академії прокуратури України. - 2015. - № 2. - С. 19-31 URL: <http://www.chasopysnapu.gov.ua/chasopys/ua/pdf/6-2015/godueva.pdf>. (дата звернення 10.10.2021).

³ F. Wright R. Career Motivations of State Prosecutors [Електронний ресурс] / R. F. Wright, K. L. Levine. – 2018. – Режим доступу до ресурсу: <https://www.gwlr.org/wp-content/uploads/2018/12/86-Geo.-Wash.-L.-Rev.-1667.pdf>.

На думку, вчених-психологинь О. Дніпрової та А. Когут, виконуючи одну й ту ж саму діяльність люди відрізняються один від одного, перш за все тим, що їх рівень активності визначається різними причинами. Це багато в чому впливає і на процес діяльності, і на результат. Активність в будь-якій діяльності визначають не тільки здібності та знання, а й рівень мотивації. Чим вище рівень мотивації, тим більше факторів, тобто мотивів спонукають людину до діяльності, тим більше зусиль вона схильна докласти. Тобто, мотивація є не тільки активуючою, спрямовуючою і сенсоутворюючою силою, визначає бажання, цілі, уподобання, захоплення, моральні цінності, світогляд, загальну спрямованість особистості, але і бере участь у формуванні емоційної сфери людини, впливає на внутрішній стан (настрій) і ставлення до себе, професії та інших людей¹.

Людську діяльність спонукають внутрішні і зовнішні фактори. К. Замфір до зовнішніх мотивів відносить грошову винагороду, професійну кар'єру, соціальний статус і престиж, повагу з боку колег і керівництва, уникнення критики і можливих покарань (неприємностей). Внутрішні мотиви пов'язані безпосередньо з діяльністю – задоволення від самого процесу і результату роботи, самореалізація в даній професії².

Вважаємо, що робота прокурора неможлива без зовнішньої мотивації, тому що професіонали, які володіють такими якостями можуть втратити інтерес до прокурорської роботи внаслідок її відсутності. Також, необхідно є внутрішня мотивація, яка пов'язана із особистісними схильностями до справедливості, альтруїзму, самовідданості та відчуття корисності для суспільства, оскільки така робота безпосередньо пов'язана із працею на благо інших.

Зауважимо, що діяльність прокурора належить до соціономічних професій, які охоплюють різні сфери життя, де потрібна допомога людям: навчання і виховання, організація колективів; керівництво людьми, колективами; побутове, торгове обслуговування, інформаційне обслуговування; правовий захист; медичне обслуговування. Головна особливість полягає у тому, що предметом є людина (група людей), мету соціальних видів діяльності становлять різновиди допомоги людям (збереження, захист, лікування, полегшення функціонування, сприяння розвитку), особливість умов праці полягає у міжособистісному професійному спілкуванні, великій кількості емоційних контактів, які становлять суб'єкт-суб'єктні відносини, а засобом праці є особистісний внесок працівника, його професійно важливі якості, ціннісні орієнтації, культурні цінності. Умови праці передбачають великі емоційні і енергетичні навантаження, тому питання психологічного благополуччя, внутрішньої рівноваги постає як професійно необхідне.

Взаємовплив професії і особистості визнається більшістю зарубіжних і вітчизняних дослідників. Цей взаємовплив може мати як позитивний, так і негативний характер. Одним з негативних проявів у представників професій соціального типу можна розглядати «емоційне вигорання»³.

«Вигорання – це синдром, концептуально спричинений хронічним стресом на робочому місці, який не вдалося успішно подолати. Він характеризується трьома вимірами: відчуття виснаження або виснаження енергії; збільшена психічна дистанція від

¹ Днірова О. А. Місце внутрішньої мотивації в профілактиці емоційного вигорання [Електронний ресурс] / О. А. Днірова, А. Р. Когут // Вісник університету імені Альфреда Нобеля. Серія «Педагогіка і психологія». Педагогічні науки. №1(13). – 2017. – Режим доступу до ресурсу: <http://ir.duan.edu.ua/bitstream/123456789/2899/1/14.pdf>. (дата звернення 10.10.2021)

² Климчук В.А. Тренінг внутрішньої мотивації / В.А. Климчук. – СПб: Речь, 2005. – 76 с., С. 10

³ Днірова О. А. Місце внутрішньої мотивації в профілактиці емоційного вигорання [Електронний ресурс] / О. А. Днірова, А. Р. Когут // Вісник університету імені Альфреда Нобеля. Серія «Педагогіка і психологія». Педагогічні науки. №1(13). – 2017. – Режим доступу до ресурсу: <http://ir.duan.edu.ua/bitstream/123456789/2899/1/14.pdf>. (дата звернення 10.10.2021).

роботи або почуття негативізму чи цинізму, пов'язані з роботою; та зниження професійної ефективності¹.

Серед дослідників теми «професійного вигорання» можна виділити праці таких відомих вітчизняних науковців, як: Х. Алієва, М. Буриша, А. Видая, М.Гінзбург, С. Гремлінг, Дж. Грінберг, Р. Дарт, Г.Діон, Ф. Джонс, М. Дмитрієв, О. Кобець, Л. Китасв-Смик, Н. Левицька, Г. Ложкін, М. Лейтер, Д. Льюїс, С.Максименко, В. Медведєв, А. Малєць, Е. Махер, В. Ніконова, Г. Нікіфорова, А. Олєфір, В. Орел, М. Смульсон, В. Снєтков, А. Столяренко, Т. Форманюк, Х.Фрейденбергер та інших. Попри це, феномен «вигорання» працівників прокуратури не знайшов такого ж широкого відображення в науковій спільноті, як, до прикладу, ті ж проблемні питання у діяльності працівників поліції.

Зокрема, С. Максименко та В. Медведєв детально охарактеризували феномен професійної деформації та професійного вигорання серед працівників поліції. Науковці переконані, що таке явище виникає внаслідок ризиконебезпечного та стресового характеру діяльності, накопичення негативних емоцій. Емоційне вигорання, на думку більшості вчених, визначається як: «...набутий стереотип емоційного реагування найчастіше в межах професійної поведінки. З одного боку, воно дає змогу людині дозувати й економно використовувати енергетичні ресурси, а з іншого – спроможне негативно впливати на виконання професійної діяльності, стосунки з партнерами по спілкуванню та службі»².

Враховуючи вищевикладене, приходимо до висновку, що особливі умови професійної діяльності працівників прокуратури, а саме: постійне психологічне навантаження, в тому числі, внаслідок спілкування із учасниками досудового розслідування та судового провадження, судьями, адвокатами, слідчими, необхідність стримання власних негативних емоцій, фізичне виснаження внаслідок понаднормової роботи, велика кількість стресових ситуацій, термінових завдань із коротким строком їх виконання, спрямованість роботи на досягнення «статистичного» благополуччя всупереч його змістовному виміру можуть призводити до інтенсивного та масштабного розвитку емоційного вигорання, а надалі й професійної деформації.

Разом із цим, ми переконані, що позитивним зрушенням у напрямку вирішення цієї проблеми є прийняття Стратегії розвитку прокуратури на 2021–2023 роки, до цілей якої належать, поряд з іншими, створення умов для оптимального організаційно-правового забезпечення високоєфективної діяльності органів прокуратури, впровадження сучасної системи управління людським капіталом, запровадження системи електронного кримінального провадження та інші актуальних інформаційних технологій, які здатні дебіюрократизувати буденну діяльність прокурора³.

¹ Burn-out an "occupational phenomenon": International Classification of Diseases [Електронний ресурс] // The World Health Organization. – 2019. – Режим доступу до ресурсу: <https://www.who.int/news/item/28-05-2019-burn-out-an-occupational-phenomenon-international-classification-of-diseases>. (дата звернення 10.10.2021).

² Юридична психологія: особистісно-діяльнісний підхід / С. Д. Максименко, В. С. Медведєв. К.: Слово, 2017. 405 с.

³ Стратегія розвитку прокуратури на 2021–2023 роки, затверджена Наказом Генерального прокурора від 16 жовтня 2020 року № 489 URL: https://old.gp.gov.ua/file_downloader. (дата звернення 10.10.2021).

ПРЕДСТАВНИЦТВО АДВОКАТОМ В НОТАРІАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ

Крижевська О.О.

*кандидат юридичних наук, доцент кафедри нотаріального, виконавчого процесу та адвокатури,
прокуратури, судустрою Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

За своєю природою адвокатура є одним з інститутів демократичного суспільства, оскільки виконує найважливішу громадянську функцію – захист прав і законних інтересів громадян і юридичних осіб. Адвокатура, як незалежна громадська організація, певною мірою покликана виконувати роль гаранта в дотриманні суб'єктивних прав громадян і організацій. Зважаючи на це, зростає науковий інтерес до сучасних проблем, пов'язаних із роллю та місцем адвокатури України в механізмі реалізації права на правову допомогу, зміна її правового статусу на сучасному етапі конституційної реформи в державі має стійку тенденцію до зростання.

Актуальність обраної теми зумовлена розкриттям ролі адвоката у наданні правової допомоги, зокрема при посвідченні правочинів нотаріусом, які спрямовані на охорону безспірних прав суб'єктів цивільних відносин з метою надання їм юридичної достовірності. Автор ставить собі за мету зупинитися на аналізі договірної виду представництва та документах, що посвідчують повноваження адвоката на надання правової допомоги з метою належної регламентації цих важливих питань у Законі України «Про нотаріат».

Процедура нотаріального посвідчення (договорів, довіреностей, заповітів) найбільш оптимально захищає права та інтереси сторін, оскільки має на меті роботу не лише з документами, а й з особами, які звернулись за посвідченням правочинів¹. Нотаріус посвідчує правочин, якщо кожна із сторін розуміє значення, умови правочину та його правові наслідки. У свою чергу, беручи участь у нотаріальному процесі, адвокат може не тільки надавати правову допомогу та захищати права особи, а й виступити її представником. Слід враховувати те, що на практиці адвокати та нотаріуси можуть взаємодіяти (співпрацювати) при наданні правової допомоги своїм клієнтам при вчиненні нотаріальної дії, відповідно, адвокат здійснюючи функцію представництва, а нотаріус посвідчуючи правочини. Проте така співпраця має, насамперед, ґрунтуватися на принципі законності, поваги один до одного як представників юридичної професії з дотриманням правил професійної етики.

У світі нотаріуса називають радником, юристом-посередником, а також охоронцем і захисником прав та інтересів фізичних та юридичних осіб². Наприклад, нотаріус виконує досить важливу роль у сімейних відносинах, регламентуючи права подружжя на тривалий час їх шлюбного життя, а також і після розірвання шлюбу, шляхом укладення різного роду договорів, у яких можуть регламентуватися права та обов'язки не тільки подружжя, а й членів їхньої сім'ї, зокрема, дітей, батьків, посвідчувати договір про поділ спільного майна подружжя, шлюбний, аліментний договори, допомагати особі викласти її останню волю в заповіті подружжя тощо.

¹ Бондар І.В. Участь адвоката в нотаріальному процесі (посвідчення договорів). *Часопис Київського університету права*. 2015. № 1. С. 139-143.

² Фурса С.Я., Фурса С.І. Представництво адвокатом в нотаріальному процесі: актуальні питання законодавчої регламентації, практики та теорії. *Visegrad journal on human rights*. 2021, № 2. 264-268.

Все це свідчить про те, що питання представництва у нотаріальному процесі, правове становище процесуального представника, оформлення його повноважень вимагають належного врегулювання у законодавстві про нотаріат.

Так, наразі гостро стоїть питання про необхідність доповнення ст. 43 Закону України «Про нотаріат»¹ та конкретизації такого виду представництва у нотаріальному процесі як договірне, тобто представництво адвокатом інтересів клієнта, на кшталт як це має місце у ст. 16 Закону України «Про виконавче провадження»². У ст. 43 Закону йдеться про представництво, але фактично, договірне представництво адвокатом в нотаріальному процесі нині здійснюється на підстав пунктів 2, 6, 10 ст.19 Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність»³.

Також спірним є питання, щодо документів, якими підтверджують повноваження адвоката в нотаріальному процесі, тому що наприклад у цивільному та виконавчому процесі підходять до документів різняться. Ч. 4 ст. 62 ЦПК повноваження адвоката як представника підтверджуються довіреністю або ордером, виданим відповідно до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Згідно абз. 2 ч. 4 ст. 16 Закону України «Про виконавче провадження» повноваження адвоката як представника посвідчується ордером, дорученням органу чи установи, що уповноважені законом на надання безоплатної правової допомоги або договором про надання правової допомоги. До ордеру обов'язково додається витяг із договору, у якому зазначаються повноваження адвоката як представника або обмеження його прав на вчинення окремих дій як представника сторони виконавчого провадження. Витяг засвідчується підписом сторін договору.

Вважаємо положення даного Закону правильними і такими, що повинні знайти своє закріплення у Законі України «Про нотаріат» у таких можливих варіантах на підставі документів: – договору про правову допомогу (як самостійного документу); – ордеру та витягу із договору у якому зазначаються повноваження – адвоката як представника заявника (ів) чи заінтересованої особи або обмеження його прав на вчинення окремих дій у нотаріальному провадженні, оскільки згідно пунктів 2, 5, 12.4 Положення про ордер на надання правничої (правової) допомоги⁴, ордер як письмовий документ, який підтверджує повноваження адвоката на надання правової допомоги є обов'язковим для прийняття усіма органами, установами, організаціями на підтвердження правомочності адвоката. Назва органу та вид правової допомоги повинні зазначатися у ордері з посиланням на договір про правничу (правову) допомогу, його номер та дату укладення (форма ордеру - додаток до Положення). Серед таких органів, крім судових, також є правоохоронні до яких можна віднести й нотаріат, який виконує правоохоронну функцію.

Адвокат не може діяти на підставі довіреності, як це передбачено у ст. 62 ЦПК, оскільки у ній не може бути зазначений його статус як адвоката, не може йтися про відповідальність та оплату гонорару, там лише зазначаються права та обов'язки та їх можливі обмеження. Крім того, недоцільно їх дублювати в довіреності, якщо вони передбачені договором. Саме тому заслуговує на увагу положення Закону України «Про виконавче провадження», де передбачається, що договір про надання правової допомоги може вважатися достатнім (самостійним) документом, який підтверджує повноваження адвоката.

¹ Про нотаріат: Закон України від 02.09.1993р № 3425-ХІІ. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua>.

² Про виконавче провадження: Закон України від 2 червня 2016 р. // Голос України. 2016. № 122–123.

³ Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України із змінами, внесеними згідно із Законом № 1798-VIII від 21.12.2016, ВВР, 2017. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>.

⁴ Положення про ордер на надання правничої (правової) допомоги із змінами, внесеними рішенням Ради адвокатів України від 17 листопада 2020 року № 118. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/vr041871-19#n215>.

Отже, доходимо висновку, що у Законі України «Про нотаріат» необхідно закріпити норми, які б регламентували можливість здійснення адвокатом договірного представництва у нотаріальному процесі, а також передбачити документи, які підтверджують його повноваження.

ПРОФЕСІЙНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ АДВОКАТА: НЕДОЛІКИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Кухнюк А.В.

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри нотаріального, виконавчого процесу та
адвокатури, прокуратури, судострою Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

Як відомо однією із складових професійного статусу адвоката є дисциплінарна відповідальність за порушення професійних обов'язків.

Основні міжнародні стандарти дисциплінарної відповідальності адвокатів передбачають:

- 1) здійснення дисциплінарних проваджень щодо адвокатів відповідно до кодексів професійної поведінки та інших визнаних стандартів та етичних норм;
- 2) швидку та справедливую процедуру притягнення до відповідальності;
- 3) справедливий розгляд та можливість користуватись правовою допомогою за вибором адвоката;
- 4) здійснення дисциплінарного провадження безсторонніми дисциплінарними органами;
- 5) можливість оскарження рішень дисциплінарних органів до суду;
- 6) здійснення дисциплінарного провадження відповідно до ЄКПА та практики ЄСПЛ;
- 7) дотримання принципу пропорційності при визначенні дисциплінарних санкцій^{1,2,3,4}.

Відповідно до п. 17 ч. 1 ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (надалі – «Закон») здійснення дисциплінарного провадження стосовно адвоката в особливому порядку є однією з гарантій адвокатської діяльності⁵.

Забезпечення конкретизації підстав, процедур притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності та порядку оскарження рішення про притягнення до такої відповідальності відповідно до Стратегії розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021 – 2023 роки затвердженої Указом Президента

¹ Basic Principles on the Role of Lawyers Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba 27 August to 7 September 1990 - [Електронний ресурс]. – Офіційний сайт Організації Об'єднаних Націй - Режим доступу: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfLawyers.aspx> п.п. 26-29.

² Recommendation No. R(2000)21 of the Committee of Ministers to member States on the freedom of exercise of the profession of lawyer - URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016804d0fc8 Principle VI.

³ Рекомендації з дисциплінарного процесу для правничої професії (CCBE) URL: https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/DISCIPLINE/EN_DISC_20070917_CCBE_Recommendations_disciplinary_proceedings.pdf

⁴ Короткий виклад дисциплінарного провадження та контактних пунктів в ЄС та країнах-членів ЄЄП (CCBE) URL: https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EU_LAWYERS/EUL_Position_papers/EN_EUL_20161128_Table_discipline.pdf

⁵ Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/en/5076-17/print1486547138018324>

Україні від 11 червня 2021 року № 231/2021 (п. 4.5 Стратегії)¹ є одним із напрямків удосконалення інституту адвокатури.

На думку автора, основними недоліками нормативного регулювання дисциплінарної відповідальності адвокатів є:

1. невизначене коло осіб, які можуть звернутись із заявою (скаргою) на дії адвоката;
 2. відсутність законодавчо визначених вимог до форми заяви (скарги), щодо неналежної поведінки адвоката, яка може мати наслідком дисциплінарну відповідальність адвоката;
 3. вузький перелік дисциплінарних стягнень, який не дозволяє застосовувати принцип пропорційності при визначенні дисциплінарного стягнення;
 4. відсутність визначення поняття дисциплінарного проступку;
 5. наявність чисельних дублювань та повторів в переліку дисциплінарних проступків;
 6. формулювання змісту дисциплінарних проступків адвоката, які передбачають необмежену дискрецію дисциплінарних органів, зокрема, таких, як порушення присяги адвоката, (п. 1 ч. 2 ст. 32, п. 2 ч. 2 ст. 34 Закону);
 7. наявність оціночних суджень, таких, наприклад, як «порушення правил адвокатської етики, що підриває авторитет адвокатури України», як підстави для застосування найсуворішого дисциплінарного стягнення (п. 4 ч. 2 ст. 34 Закону);
 8. не врахування при обчисленні строку притягнення до дисциплінарної відповідальності моменту виявлення дисциплінарного проступку;
 9. відсутність положення про врахування характеру проступку, його наслідків, особи адвоката, ступеню його вини, наявність непогашених дисциплінарних стягнень, інших обставин що впливають на можливість притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності;
 10. відсутність вимог до форми та змісту рішення в дисциплінарній справі;
 11. наявність положення про те, що оскарження рішення в дисциплінарній справі не зупиняє його дії;
 12. відсутність механізму погашення дисциплінарних стягнень;
 13. відсутність у ВКДКА права офіційного тлумачення Правил адвокатської етики;
 14. закритість даних дисциплінарної практики від суспільства, зокрема, не оприлюднення рішень дисциплінарних органів у знеособленому вигляді.
- 3 метою конкретизації підстав та процедур притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності, слід шляхом внесення змін до Закону:
1. визначити поняття дисциплінарного проступку адвоката;
 2. усунути з переліку видів дисциплінарних проступків наявних дублювання та повторів;
 3. відмовитись від дисциплінарного проступку у виді порушення присяги адвоката України, як всеохоплюючої та надто широкої підстави для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності;
 4. запровадити поняття істотного дисциплінарного проступку, як підстави для застосування дисциплінарного стягнення у виді позбавлення права на зайняття адвокатською діяльністю;
 5. вилучити оціночні судження: «грубе одноразове», «систематичне порушення», «порушення правил адвокатської етики, що підриває авторитет адвокатури України», у визначенні підстав для застосування дисциплінарного стягнення;

¹ Стратегія розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021 – 2023 роки затверджена Указом Президента України від 11 червня 2021 року № 231/2021 URL: <https://www.president.gov.ua/documents/2312021-39137>

6.при визначенні видів дисциплінарних проступків уникати розпливчатих формулювань, які можуть призводити до різного тлумачення, свавілля та потенційних зловживань з боку дисциплінарних органів;

7.віднести до дисциплінарних проступків адвоката:

- порушення вимог щодо несумісності;
- порушення Правил адвокатської етики;
- несплату щорічних внесків адвоката на забезпечення реалізації адвокатського самоврядування;
- невиконання або неналежне виконання адвокатом інших професійних обов'язків;

8.визначити коло осіб, які мають право звернутись із скаргою на дії адвоката або визначити вичерпний перелік звернень, які можуть бути підставою для порушення дисциплінарного провадження. Такими особами, на думку автора, можуть бути, наприклад:

- клієнт, колишній клієнт або особа якій було відмовлено у наданні правової допомоги;
- інший адвокат;
- суддя який розглядав справу в якій адвокат здійснював захист або представництво;
- голова ради адвокатів регіону або його заступники;
- керівник центру БВПД.

9.визначити вимоги до змісту заяви (скарги), яка може мати наслідком дисциплінарну відповідальність адвоката;

10. визначити вимоги до скарги на рішення дисциплінарної палати КДКА у дисциплінарній справі, що подається до ВКДКА;

11. визначити вимоги до змісту рішення КДКА в дисциплінарній справі;

12. розширити перелік дисциплінарних стягнень, для забезпечення дотримання принципу пропорційності при обранні виду дисциплінарного стягнення, такими стягненнями можуть бути, наприклад:

- попередження;
- догана;
- сувора догана;
- зупинення адвокатської діяльності на строк від 1 місяця до 1 року;
- позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю;

13. передбачити, що дисциплінарне стягнення до адвоката застосовується протягом 3 років із дня вчинення проступку але не пізніше 1 року з дня його виявлення;

14. передбачити можливість спрощеного дисциплінарного провадження в справах про несплату щорічних внесків на забезпечення реалізації адвокатського самоврядування;

15. додати до переліку стадій дисциплінарного провадження стадії перегляду та виконання рішення в дисциплінарній справі;

16. передбачити наявність вини, як обов'язкової умови притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності;

17. закріпити дію принципу презумпції невинуватості у вчиненні дисциплінарного проступку під час всього дисциплінарного провадження до вступу дисциплінарного стягнення в силу;

18. передбачити обставини, які виключають можливість дисциплінарного провадження щодо адвоката та підстави повернення скарги без розгляду;

19. передбачити, що під час обрання виду дисциплінарного стягнення стосовно адвоката враховуються характер проступку, його наслідки, особа адвоката, ступінь його

вини, наявність непогашених дисциплінарних стягнень, обставини, що впливають на можливість притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності;

20. передбачити, що оскарження рішення в дисциплінарній справі зупиняє його виконання;

21. передбачити механізм погашення дисциплінарного стягнення;

22. залишити єдиний підхід стосовно визначення КДКА, яка розглядатиме дисциплінарне провадження (за адресою основного робочого місця адвоката вказаного у ЄРАУ), незалежно від участі скаргника або адвоката в органах адвокатського самоврядування;

23. наділити ВКДКА виключним правом тлумачення Правил адвокатської етики замість з'їзду адвокатів та РАУ.

ПРОКУРОР ЯК ПОМІЧНИК СУДДІ У СУДОВОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Лапкін А.В.

доктор юридичних наук, доцент,

доцент кафедри судострою та прокурорської діяльності

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

В умовах реформування системи кримінальної юстиції в Україні набуває актуальності уточнення місця й ролі прокурора у судовому кримінальному провадженні. Значною мірою ці місце й роль прокурора визначаються взаємодією із суддею як головним суб'єктом судочинства. Специфічний характер цієї взаємодії зумовлює постановку питання про оцінку статусу прокурора як помічника судді у розгляді й вирішенні кримінальних проваджень, яку передбачається надати в межах цього наукового дослідження.

Здійснення правосуддя у кримінальних провадженнях пов'язується із стадією судового розгляду, у якій суд за активної участі сторін розглядає і вирішує справу по суті, тобто з'ясовує всі істотні обставини кримінального провадження, перевіряє й оцінює надані сторонами докази, ухвалюючи на їх основі законний і обґрунтований вирок, яким вирішується питання про винуватість особи і покарання. Відповідно, участь прокурора у цій стадії, пов'язаній з реалізацією правосуддя, займає центральне і найважливіше місце в структурі прокурорської діяльності у кримінальному провадженні, хоча й значно поступається за обсягом його роботи у досудовому розслідуванні, зважаючи на порівняно незначну кількість проваджень, які стають предметом судового розгляду¹.

Розглядаючи процесуальний статус прокурора у судовому розгляді, слід зазначити, що він визначається засадою змагальності, яка згідно із ст. 22 КПК України, передбачає самостійне обстоювання стороною обвинувачення і стороною захисту їхніх правових позицій, прав, свобод і законних інтересів засобами, передбаченими КПК України. Суд у змагальному процесі виступає арбітром між сторонами, тобто, зберігаючи об'єктивність та неупередженість, створює необхідні умови для реалізації сторонами їхніх процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків та вирішує справу по суті.

Таким чином, у змагальному судовому процесі прокурор є стороною, однак його процесуальне становище має низку особливостей. Науковці відмічають, з одного боку,

¹ Так, у 2013 р. прокурорами взято участь у судовому розгляді 60 615 кримінальних проваджень з ухваленням вироку, що становило близько 11 % від здійснених у цьому році кримінальних проваджень; у 2014 р. – 74 109 або 14 %; у 2015 р. – 68 295 або 12 %; у 2016 р. – 60 924 або 10 %; у 2017 р. – 62 563 або 12 %; у 2018 р. – 61 085 або 13 %; у 2019 р. – 58 670 або 13 %; у 2020 р. – 53 066 або 15 %.

рівноправність прокурора із стороною захисту, а з іншого – наявність особливих завдань та зумовлених ними обов'язків прокурора, що веде до дискусій у його розумінні. Так, на думку П.М. Каркача, на стадії судового розгляду прокурор займає процесуальне становище сторони – обвинувача, є рівноправним з іншими сторонами, які беруть участь у справі, але має інші обов'язки, зокрема ужити усіх передбачених законом заходів для того, щоб суд постановив законний, обґрунтований та справедливий вирок¹. О.М. Толочко вказує, що прокурор є простою стороною у кримінальному провадженні, але водночас він зобов'язаний сприяти суду в постановленні законного і обґрунтованого рішення шляхом вжиття передбачених законом заходів до усунення будь-яких порушень закону, від кого б ці порушення не виходили².

Разом з тим, уявляється, що вести мову про статус прокурора як «простої» чи «особливої» сторони судового провадження взагалі некоректно, оскільки будь-яка властива йому специфіка обумовлена завданнями та функціями, зміст яких визначає статус прокурора саме як сторони обвинувачення. Аналогічно, але на підставі змісту власних завдань та функцій, формується специфіка статусу сторони захисту. Тобто кожна зі сторін унікальна, але не сама по собі, а відносно іншої. Винятковість статусу прокурора у судовому розгляді виявляється у тому, що він ініціює судовий розгляд, визначає його предмет і межі, а також може змінити їх. В цьому відношенні суд та учасники судового провадження певним чином «підпорядковуються» процесуальній позиції прокурора, є нею пов'язаними і залежними від неї: суд – в тому, що зобов'язаний провести судовий розгляд та ухвалити за його результатами судові рішення на підставі і в межах пред'явленого прокурором кримінального позову; сторона захисту – в тому, що захищається від цих вимог тощо.

Водночас, ці особливості процесуального статусу логічно обумовлюються виконуваною прокурором процесуальною функцією, є властивими для позивача у будь-якому судовому процесі і не надають прокуророві жодних переваг, оскільки в межах змагального судочинства сторонам надаються рівні можливості сформулювати і довести свою правову позицію, задля чого вони мають рівні права. Їх специфіка у кримінальному провадженні, порівняно із іншими видами судочинства, пояснюється тим, що прокурор є позивачем публічним, тому першочерговими для нього залишаються публічні інтереси, навіть тоді, коли вони суперечать займаний ним правовій позиції. Публічний характер діяльності, її спрямованість на забезпечення судового захисту прав особи, інтересів суспільства й держави від кримінально-протиправних посягань, є визначальними спільними рисами, що характеризують прокурора і суду у кримінальному провадженні.

Під час участі в судовому розгляді прокурор продовжує реалізацію загальних та спеціальних завдань, виконуваних ним у кримінальному провадженні. При цьому специфічними є окремі завдання прокурора, до яких, як було вказано вище, дослідники відносять сприяння суду у всебічному, повному та об'єктивному розгляді кримінального провадження і постановленні законного, обґрунтованого і вмотивованого судового рішення за його результатами. Загалом, аналогічно визначають роль прокурора у судовому процесі міжнародні документи, зокрема, відповідно до п. 20 Рекомендації R (2000) 19 Комітету Міністрів Ради Європи про роль публічного обвинувачення в системі кримінального правосуддя від 06.10.2000, публічні обвинувачі у судовому засіданні повинні виконувати свої обов'язки так, щоб бути об'єктивними і неупередженими по

¹ Каркач П. М. Державне обвинувачення в суді за новим кримінальним процесуальним законодавством України : навч. посіб. Х.: Право, 2013. С. 15, 18.

² Толочко О. Процесуальна діяльність прокурора у кримінальному провадженні: структурно-функціональний аспект. Вісник Національної академії прокуратури України. 2013. №. 4. С. 53.

відношенню до суду, вони повинні надавати суду всі аргументи і доводи з усіх фактів справи та правових питань, які необхідні для здійснення справедливого правосуддя. Відповідно до п. XVI Римської хартії (Висновок КРЕП № 9 від 17 грудня 2014 р. «Європейські норми та принципи, що стосуються прокуратури»), прокурори сприяють винесенню справедливих вироків судами і повинні сприяти ефективному, оперативному та ефективному функціонуванню системи правосуддя.

Слід відмітити, що відповідне сприяння суду у встановленні обставин справи здійснює і захисник, однак воно не розглядається як його обов'язок чи завдання. В цьому контексті слід відмітити, що здійснення судового розгляду передбачає прийняття судового рішення в процесі відкритого обговорення заінтересованих сторін, спору між ними, висунення й доведення кожною з них правильності своєї правової позиції й хибності позиції опонента. З цього можна зробити висновок, що у змагальному процесі відповідне сприяння суду у здійсненні правосуддя здійснюється обома сторонами шляхом належної реалізації їхніх процесуальних функцій.

Однак, на відміну від прокурора, процесуальна функція сторони захисту вважається односторонньою. Адже захисник зобов'язаний діяти лише в інтересах підзахисного і не повинен виявляти обставини, які підтверджують його винуватість чи обтяжують покарання. На користь сторони захисту діє і засада презумпції невинуватості, яка вимагає забезпечення доведеності вини. При цьому, якщо сторона захисту у судовому засіданні може поводити себе пасивно і взагалі не вживати ніяких заходів до спростування обвинувальної тези й встановлення судом істини у справі, то від прокурора, як позивача, вимагається активне доведення своєї позиції, тобто обґрунтування винуватості підсудного. Натомість пасивність прокурора, який має виключне повноваження на здійснення кримінального переслідування у формі підтримання публічного обвинувачення, веде до недоведення його перед судом. В такому випадку, в силу дії презумпції невинуватості, обвинувачений має бути виправданий, тому участь прокурора у судовому провадженні не досягне мети. Це зумовлює заінтересованість прокурора у встановленні судом всіх обставин кримінального провадження і всебічне сприяння у проведенні судового розгляду.

Отже, реалізація прокурором своєї процесуальної функції покладає на нього додаткові обов'язки та відрізняє від сторони захисту. Уявляється, що саме ця обставина лежить в основі поглядів на прокурора як на своєрідного «помічника судді», які висловлювалися ще класиками вітчизняного кримінального процесу Н.Н. Полянським, Н.Н. Розіним, М.А. Шифманом. Вони розвинуті сучасними дослідниками та вбачаються у наданні прокурором правової оцінки змісту процесуальної діяльності інших учасників кримінального процесу¹. Як вказує С.В. Прилуцький, прокурор є активним помічником суду, радником юстиції, який сприяє судді у формуванні його внутрішнього переконання з метою встановлення об'єктивної істини (правди)². Така точка зору заслуговує на увагу, адже дозволяє зрозуміти сутність процесуальних відносин між судом і прокурором, а також особливості процесуального статусу останнього у судовому кримінальному провадженні.

На основі цих поглядів можна розвинути бачення прокурора як своєрідного процесуального помічника судді у відправленні правосуддя, який здійснює всебічне сприяння у розгляді судом кримінального провадження. Водночас, допомога чи

¹ Воронин О. К. К вопросу о типологии прокурорской деятельности. *Правовые проблемы укрепления российской государственности* : [сборник статей]. Томск, 2013. Ч. 59. С. 13.

² Прилуцький С. В. Прокуратура як незалежний орган судової влади та самостійний інститут кримінальної юстиції. *Матер. Всеукр. наук.-практ. конф. «Вдосконалення діяльності прокуратури – шлях до реформування кримінальної юстиції»* (м. Львів, 28 трав. 2010 р.). Ль.: Галицький друкар, 2010. С. 146.

сприяння з боку прокурора не означає його підпорядкованість судді, а скоріше взаємообумовленість здійснюваних ними процесуальних функцій, за якої функція обвинувачення досягає своїх завдань в результаті розгляду й вирішення справи, а функція правосуддя не може бути реалізована без активної участі позивача (прокурора). Тобто прокурор, зважаючи на виключну роль суду у реалізації функції правосуддя, має розглядатися як «помічник-партнер», а не «помічник-підлеглий» судді.

СПІВУЧАСТЬ У ЗЛОВЖИВАННІ ПРАВОМ АДВОКАТОМ: РОЛЬ КЛІЄНТА

Маліневський О.М.

аспірант Навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, партнер юридичної компанії EQUITY

Проблема зловживання правом адвокатом не нова та в певному сенсі супроводжує правничу професію з часів зародження судового представництва. В нас час вона набула особливої актуальності з огляду на нову хвилю судово-правової реформи, спроби законодавчого переосмислення особливостей її правової природи, яка залишається вкрай дискусійною як серед юристів-практиків, так і в наукових колах.

Важливим аспектом даної теми є проблематика взаємовідносин «адвокат – клієнт», роль останнього у зловживанні правом адвокатом. Важливо визначити, чи може йти мова про наявність такого правопорушення та співучасті клієнта у його вчиненні, якщо адвокат діє в кращих інтересах клієнта, або ж клієнт схилив адвоката вдатися до зловживань.

Сучасне нормативне закріплення явища зловживання правом отримало в Цивільному кодексі України, де у статті 13 було зазначено, що при здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, та заборонено дії, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах¹. З прийняттям нових процесуальних кодексів наприкінці 2017 року заборона зловживання процесуальними правами набула ще більшої формалізації, та було закріплено перелік дій, які б могли кваліфікуватися як зловживання.

Незважаючи на це, складність та багатогранність вищезазначеного явища й досі проковує розбіжності у підходах до його розуміння. Серед наукових концепцій визначення зловживання права найбільш оптимальною є концепція², за якою зловживання правом розуміється як здійснення права з метою, яка суперечить його призначенню, зокрема завдання шкоди правам третіх осіб, принципам взаємовідносин, у яких вчиняються дії адвоката. Таке тлумачення найкраще розкриває негативну суть зловживання правом, та підкреслює невідповідність зовнішнього (об'єктивного) прояву (вчинення дій в межах наявного права чи повноважень) внутрішньому (суб'єктивному) прояву, для якого визначальною є протиправність мети – наміру використання права всупереч його призначенню, правам інших учасників правовідносин, в яких здійснюється зловживання.

Ключовими ознаками зловживання правом за даною концепцією є: а) активність та цілеспрямованість дій суб'єкта зловживання; б) діяння, яке становить об'єктивну сторону зловживання, формально є реалізацією наявних прав чи повноважень суб'єкта

¹ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV// Відомості. Верховної Ради України. - 2003. - № 40-44 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>

² Резнікова В. В. Зловживання правом: поняття та ознаки. Університетські наукові записки. - 2013. - № 1. - С. 23-35. - URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2013_1_5

зловживання; в) формально таке діяння знаходиться в межах повноважень відповідного суб'єкта; г) протиправність основної мети діяння, суперечність правам, свободам чи законним інтересам інших учасників таких правовідносин чи їх основним принципам або засадам; д) усвідомленість причинно-наслідкового зв'язку між зовні правомірним діянням та протиправними наслідками; е) наявність іншого права чи інтересу (неправомірної вигоди), на задоволення якого здійснюється зловживання.

Відповідно до зазначеної концепції, розглянемо кілька варіантів взаємовідносин «клієнт-адвокат» в контексті вчинення адвокатом дій щодо зловживання правом.

Перший – адвокат виконує вказівку клієнта щодо вчинення дій, яка становить зловживання правом. Тут важливі кілька аспектів. Адвокат як особа, що має спеціальні правничі знання не може не усвідомлювати мету вчинення дій, які просить вчинити клієнт. І у разі неправомірності мети таких дій, зобов'язаний відмовитися від їх вчинення. Адже Правила адвокатської етики¹ (далі - ПАЕ) зобов'язують адвоката дотримуватися законності на етапі прийняття та виконання доручення клієнта. Так, відповідно до ст. 19 ПАЕ адвокату забороняється приймати доручення, якщо результат, якого бажає клієнт, або засоби його досягнення, на яких клієнт наполягає, є протиправними, а відповідно до ст. 24 ПАЕ, адвокату категорично забороняється використовувати при виконанні доручення клієнта незаконні та неетичні засоби, а також, використовувати інші засоби, що суперечать чинному законодавству або цим Правилам. Проте інколи доручення клієнта не мають очевидно незаконного характеру, зводяться до виконання лише техніко-юридичних функцій, а тому за своїм буквальним змістом не підпадають під заборони, накладені ПАЕ. Наприклад, у випадку коли клієнт підписує заяву про відвід судді та доручає адвокату лише подати (хоча адвокат може і розуміти безпідставність такої заяви). Чи повинен адвокат у даному випадку заявляти про відмову у виконанні такого доручення? Або якщо адвокат все ж таки подасть заяву до суду, чи буде він співучасником у зловживанні правом, враховуючи, що під заявою не буде його підпису? Вважаємо, що в цьому разі всю повноту відповідальності за подання такої заяви повинен нести клієнт, особливо за умови, коли адвокат повністю роз'яснив йому юридичний зміст та наслідки вчинення таких дій.

Другий випадок – адвокат діє на власний розсуд в інтересах клієнта. Повертаючись до прикладу з відводом, уявімо, що адвокат свідомо дає підписати клієнту безпідставну заяву про відвід, а потім подає її до суду. Чи в даному випадку буде співучасть у зловживанні правом? Різниця між цими двома прикладами не лише у свідомому ставленні адвоката до діяння, що і розкриває головний елемент, без якого ми не можемо говорити про наявність зловживання: суб'єктивний фактор (протиправна мета). Фактично адвокат вчиняє об'єктивну сторону діяння – формує зміст клопотання. Проте, діючи навіть в інтересах клієнта, адвокат не повинен йти всупереч інтересам судочинства. Необхідно пам'ятати, що інтереси клієнта є такого ж рівня, як і інтереси іншої особи, і їх не можна порушувати з мотивів задоволення власного інтересу. Крім того, розуміючи безпідставність подання заяви про відвід, фактично адвокат розуміє й відсутність права у нього клієнта на таке повторне чи необґрунтоване клопотання, а отже мова не йде про порівняння (конкуренцію) благ (цінностей) одного рівня, а лише про завдання шкоди іншій стороні спору (процесуальному опоненту) чи основоположним принципам судочинства.

Третій випадок – адвокат діє на власний розсуд всупереч інтересам клієнта. Наприклад, подаючи клопотання про відкладення розгляду справи з підстав, непогоджених із клієнтом. Мотивом для відкладення в подібних випадках може

¹ Правила адвокатської етики, затверджені звітньо-виборним з'їздом адвокатів України 09 червня 2017 року: [Електронний ресурс] // - Режим доступу: https://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/pravila/2019-03-15-pravila-2019_5cb72d3191e0e.pdf

зазначатися зокрема участь в іншій справі, яка не пов'язана з цим клієнтом (хоча адвокат і мав можливість прибуття в справі, в якій подано клопотання). В такому випадку, важливо з'ясувати дійсну мету зловживання, адже вона зрозуміло не пов'язана із задоволенням інтересів клієнта.

Четвертий випадок – реалізація права безвідносно вказівок клієнта здійснюється адвокатом всупереч його прямому призначенню, водночас з правомірною метою – захистити клієнта від свавільних дій суду та навпаки забезпечення завдань та принципів судочинства. Вважаємо, що така мета виключає можливість кваліфікації дій адвоката як зловживання правом, водночас найскладнішим в такому випадку є виявлення та доказове підтвердження дійсних намірів адвоката. Саме для подібних випадків важливим є встановлення законодавчих презумпцій, які прямо визначають часові рамки, форми та інші критерії кваліфікації певних дій як зловживання правом (наприклад, подання «пізніх» або повторних відповідей).

Отже, зловживання правом адвокатом у відносинах з клієнтом є багатоаспектним явищем, де адвокат, як особа з високим рівнем обізнаності в галузі права, має підвищену відповідальність у порівнянні з його клієнтом. Але в той же час, варто пам'ятати, що не кожне діяння адвоката, яке має певні ознаки зловживання правом, дійсно є таким за правовою природою. Суб'єктивна сторона, а саме наявність усвідомлення, що діяння можуть завдати шкоди правосуддю або інтересам інших осіб, та свідоме бажання настання таких наслідків – є ключовими елементами задля кваліфікації діянь як зловживання правом.

МЕДІАЦІЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ ЯК ТРЕНІНГОВА ПРОГРАМА ДЛЯ ПІДВИЩЕННЯ КВАЛІФІКАЦІЇ ПРОКУРОРІВ У ТРЕНІНГОВОМУ ЦЕНТРІ ПРОКУРОРІВ УКРАЇНИ

Дозерський І.В.

*доктор юридичних наук, професор, академік НАНВО України
професор кафедри цивільного та кримінального права і процесу
Чорноморського національного університету імені Петра Могили*

Здійснювані в Україні адміністративна та судово-правова реформи, метою яких є поетапне формування ефективної організації виконавчої та судової влади, орієнтація їх, передусім, на захист прав, свобод та законних інтересів фізичних та юридичних осіб, інтеграція законодавства України до європейських стандартів не могли обійти осторонь проблеми оптимізації медіаційного процесу в діяльності прокурора. Ще на початку 2007 року між тоді ще Генеральною прокуратурою України та Швейцарською агенцією розвитку та співробітництва і Українським Центром Порозуміння розпочато реалізацію проекту «Підтримка реформи системи кримінальної юстиції в Україні: впровадження прийомів медіації в діяльність органів прокуратури», що скерований на проведення низки тренінгів у частині сприяння підвищенню обізнаності прокурорів щодо можливостей впровадження програм відновного правосуддя, зокрема медіації у кримінальних справах на досудовій стадії розгляду кримінальних справ.

Тож, наразі буде актуальною ідея запровадження в Тренінговому центрі прокурорів України спеціальної тренінгової програми «Медіація в кримінальному процесі України», що узгоджується з п. 2.1. Стратегії розвитку Тренінгового центру прокурорів України на 2021-2023 роки, та спрямована на професійну, практичну підготовку прокурора до здійснення примирних (медіаційних) процедур в кримінальних провадженнях, особливо за участю неповнолітніх. Необхідність запровадження тренінгової програми «Медіація в

кримінальному процесі України» для прокурорів ґрунтується на позитивних результатах практики застосування інституту примирення в багатьох країнах світу, що свідчить про його ефективність. Крім того, цей вектор відповідатиме загальній позиції України щодо гармонізації національного законодавства із законодавством Європейського Союзу, оскільки питанню примирних процедур присвячено низку рекомендацій і рішень Ради Європи. Принагідно відзначити, що 7 серпня 2019 року в Сінгапурі, Україною була підписана Конвенція ООН «Про міжнародні угоди за результатами медіації».

І наостанок, слід згадати доленосне, зокрема для медіації, рішення Конституційного Суду України від 31.10.2019 року, № 4-в/2019, в якому вписано, що представництво особи у суді може бути здійснене за вибором особи іншим суб'єктом. Щодо останнього («іншим суб'єктом»), то це цілком узгоджується з діяльністю медіатора (посередника) в провадженні щодо укладення мирової угоди в суді. Таким медіатором може виступати представник відповідної громадської організації, бажано психолог, або особа, що має базову чи спеціальну психологічну підготовку. Означене, узгоджується з положеннями відображеними Постановами Пленуму Верховного Суду України від 16 квітня 2004 р. № 5 «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх», від 2 липня 2004 р. № 13 «Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів» та від 15 травня 2006 р. № 2 «Про практику розгляду судами справ про застосування примусових заходів виховного характеру» прямо рекомендовано судам залучати для проведення процедур медіації відповідні громадські організації.

В кримінальному процесі України ініціатива укладення угоди про примирення відповідно до вимог ч. 1 ст. 469 КПК має походити тільки від потерпілого або підозрюваного чи обвинуваченого. Лише після того, як потерпілий або підозрюваний чи обвинувачений виявили бажання (волю) примиритися з протилежною стороною, оскільки саме факт примирення є підставою для укладення угоди про примирення, до процедури примирення можуть залучатися інші особи, зокрема представники медіаційних центрів, особи, які мають певний авторитет для учасників процедури. Домовленості стосовно угоди про примирення можуть проводитися самостійно потерпілим і підозрюваним чи обвинуваченим, захисником і представником або за допомогою іншої особи, погодженої сторонами кримінального провадження (крім слідчого, прокурора або судді). Слід зазначити, що прокурор зобов'язаний згідно з ч. 7 ст. 469 КПК України лише проінформувати підозрюваного та потерпілого про їхнє право на примирення, роз'яснити механізм його реалізації та в жодному разі не чинити перешкод в укладенні угоди, не ініціювати її укладення та не вести перемовин (проводити домовленості) щодо її змісту.

Отож, метою запровадження спеціальної тренінгової програми «Медіація в кримінальному процесі України», є озброєння прокурорів системою загально-теоретичних та практично-орієнтованих знань, вмінь і навичок альтернативних форм і засобів забезпечення процедури медіації в кримінальному процесі та оптимізації врегулювання та вирішення конфліктів з подальшим укладенням відповідних угод про примирення. Завданням спеціальної тренінгової програми «Медіація в кримінальному процесі України» є: формування у прокурорів системи знань про можливості укладення угод про примирення в кримінальних провадженнях за участі медіатора; сприяти аналізу конкретних конфліктних ситуацій, виявляти справжні інтереси сторін; пояснити можливості застосування, переваги та недоліки медіації; проводити діагностику конфліктних ситуацій, прогнозувати шляхи їх розв'язання, визначати найбільш ефективні стратегії подолання конфлікту; здійснювати аналіз та порівняння норм вітчизняного та іноземного законодавства щодо альтернативного вирішення спорів;

застосовувати набуті юридико-психологічні знання у різних правових ситуаціях, виокремлювати юридично значущі факти і формувати обґрунтовані психологічні висновки для оптимізації примирення сторін спору (конфлікту); складати проекти угод про примирення за участі медіатора тощо.

ОКРЕМІ АСПЕКТИ КОНСТИТУЦІЙНОСТІ РЕФОРМУВАННЯ ОРГАНІВ ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ

Попов Г.В.

*професор кафедри кримінального процесу та криміналістики
Академії адвокатури України, доктор юридичних наук*

Вже кілька років точаться дискусії навколо конституційності або неконституційності Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури» від 19 вересня 2019 року № 113-IX (далі – Закон № 113-IX). Навіть конституційне подання 50 народних депутатів України до Конституційного Суду України щодо відповідності Конституції України наведеного правового акту не сприяло отриманню відповіді на зазначене, надзвичайно актуальне для нашої країни, запитання.

Отже, проаналізуємо з наукової точки зору положення вказаного вище закону. Так, відповідно до ст. 131-1 Конституції України організація та порядок діяльності прокуратури визначаються законом. Таким є Закон України «Про прокуратуру» від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII (в редакції 2019 року) (далі – Закон № 1697-VII), у ст. 51 якого визначено загальні умови звільнення прокурора з посади, припинення його повноважень на посаді. При цьому ані наведена стаття, ані Закон у цілому не містять вказівки на те, що іншими законами також можуть визначатися порядок та умови звільнення прокурорів з посади.

Разом із тим у п. 19 Прикінцевих і перехідних положень Закону № 113-IX було встановлено додатковий перелік підстав для звільнення прокурорів, які на день набрання чинності цим Законом займають посади у Генеральній прокуратурі України, регіональних прокуратурах, місцевих прокуратурах, військових прокуратурах. З-поміж іншого такою підставою визначено неподання прокурором Генеральної прокуратури України, регіональної прокуратури, місцевої прокуратури, військової прокуратури у встановлений строк заяви до Генерального прокурора про переведення до Офісу Генерального прокурора, обласної прокуратури, окружної прокуратури та про намір у зв'язку із цим пройти атестацію.

Згідно з принципами законодавчої техніки Законом № 113-IX слід було б внести зміни і доповнення до відповідних статей Закону № 1697-VII (зокрема, й до ст. 51).

За таких умов існування двох законів, що мають однакову юридичну силу і предметом регулювання яких є одні й ті ж самі суспільні відносини (зокрема, умови звільнення прокурора з посади, припинення його повноважень на посаді), становить порушення принципу правової визначеності і суперечить ст.ст. 8 та 131-1 Конституції України.

Важливо також звернути увагу на окремі елементи незалежності прокурора, що також зазнали впливу у зв'язку з прийняттям Закону № 113-IX, яким, зокрема, було визначено: «Кваліфікаційно-дисциплінарну комісію прокурорів» замінити словами «відповідний орган, що здійснює дисциплінарне провадження» (пп. 5 п. 21 Розділу I).

У результаті зазначених змін фактично було ліквідовано такий колегіальний орган, як Кваліфікаційно-дисциплінарна комісія прокурорів (далі – КАКП), що визначала рівень фахової підготовки осіб, які виявили намір зайняти посаду прокурора, та вирішувала

питання щодо дисциплінарної відповідальності, переведення та звільнення прокурорів з посади.

Запровадження нових підходів і механізмів добору і розстановки кадрів органів прокуратури, притягнення до дисциплінарної відповідальності прокурорів у 2017 році стали однією з гарантій незалежності прокурорів.

Викладене, узгоджується з вимогами Керівних принципів, що стосуються ролі осіб, які здійснюють судове переслідування (прийняті восьмим Конгресом ООН з попередження злочинності і поводження з правопорушниками 7 вересня 1990 року), де вказано, що держави забезпечують, щоб особи, які здійснюють судове переслідування, могли виконувати свої професійні обов'язки в обстановці, вільній від погроз, перепон, залякування, непотрібного втручання або невинуватеного притягнення до цивільної, кримінальної або іншої відповідальності (п. 4).

Підвищення в посаді осіб, які здійснюють судове переслідування, де існує така система, ґрунтується на об'єктивних факторах, зокрема на професійній кваліфікації, здібностях, моральних якостях і досвіді, і рішення про нього приймається відповідно до справедливих і неупереджених процедур (п. 7).

Крім того, згідно з пп. «а» п. 5 Рекомендації Res (2000) 19 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо ролі прокуратури в системі кримінального правосуддя (далі – Рекомендація Res (2000) 19) держава повинна вжити заходів, щоб дисциплінарне судочинство проти прокурорів регулювалося законом і гарантувало справедливу й об'єктивну оцінку та рішення, що є предметом незалежного і неупередженого нагляду.

У п. 41 Висновку Генерального директорату з прав людини і верховенства права Ради Європи щодо проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо питань правосуддя)» (у частині вдосконалення діяльності Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів)» від 23 квітня 2018 року, підготовленого на основі досліджень експертів Ради Європи, також зазначено, що поправка, згідно з якою КАКП приймає рішення в дисциплінарній справі, а Генеральний прокурор видає наказ щодо застосування до прокурора дисциплінарного стягнення, а не приймає рішення про застосування дисциплінарного стягнення, покликана підкреслити незалежність повноважень КАКП у процесі ухвалення рішень та позбавити Генерального прокурора будьякої свободи розсуду в цьому питанні.

Отже, Законом № 113-IX Генеральному прокурору, за відсутності конкретно визначеного відповідного органу, було надано право одноосібно приймати рішення про притягнення прокурора до дисциплінарної відповідальності, а так само його звільнення, що може мати наслідком порушення трудових прав прокурорів.

Також впливає на незалежність прокурорів наявність у Законі № 113-IX окремих термінів та положень, що не мають завершеної правової конструкції і, як наслідок, можуть призвести до порушення прав прокурорів. Так, Закон № 113-IX перенасичений неоднозначними словосполученнями: «у разі потреби», «у встановленому порядку», «інші етапи» (сьогодні ці словосполучення залишається у законі в редакції 2021 року).

У пп. 5 п. 21 Розділу I Закону № 113-IX, зокрема, зазначено: «у встановленому порядку на підставі рішення відповідного органу про притягнення до дисциплінарної відповідальності прокурора приймає рішення про застосування до прокурора Офісу Генерального прокурора, прокурора обласної прокуратури дисциплінарного стягнення або про неможливість подальшого перебування такої особи на посаді прокурора».

Разом із тим у Законі № 113-IX, Законі № 1697-VII та в інших законах не визначено, хто встановлює такий порядок, механізм його розробки та реалізації, що може призвести до зловживання та прийняття необґрунтованого рішення під час проведення

атестації. Як наслідок, мали місце порушення права прокурорів на працю (наприклад, безпідставне звільнення з органів прокуратури), що гарантоване ст. 43 Конституції України.

На окрему увагу заслуговує абзац 2 п. 19 Закону № 113-IX, згідно з яким перебування прокурора на лікарняному через тимчасову непрацездатність, у відпустці чи у відрядженні до Національної академії прокуратури України для участі в її роботі на постійній основі не є перешкодою для його звільнення з посади відповідно до цього пункту. Наведена норма є відверто дискримінаційною і суперечить ст. 24 Конституції України, відповідно до якої громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом. Зазначене положення Закону № 113-IX стосується виключно прокурорів. Водночас для всіх інших категорій працівників у нашій державі діє чітка заборона звільнення в період їх тимчасової непрацездатності. Так, згідно з ч. 3 ст. 40 Кодексу законів про працю України не допускається звільнення працівника з ініціативи власника або уповноваженого ним органу в період його тимчасової непрацездатності (крім звільнення за п. 5 цитованої статті), а також у період перебування працівника у відпустці. Це правило не поширюється на випадок повної ліквідації підприємства, установи, організації.

Крім того, Конституційний Суд України у своєму Рішенні від 7 липня 2004 року № 14-рп/2004 вказував, що мета встановлення певних відмінностей (вимог) у правовому статусі працівників повинна бути істотною, а самі відмінності (вимоги), що переслідують таку мету, мають відповідати конституційним положенням, бути об'єктивно виправданими, обґрунтованими та справедливими (абзац 7 пп. 4.1 п. 4 мотивувальної частини).

З огляду на це Конституційний Суд України зазначив, що не може бути дискримінації у реалізації працівниками трудових прав. Порушення їх рівності у трудових правах та гарантіях є недопустимим, а будь-яке обмеження повинне мати об'єктивне та розумне обґрунтування і здійснюватися з урахуванням та дотриманням принципів Конституції України та міжнародних правових актів (Рішення від 4 вересня 2019 року № 6-р(II)/2019).

Про заборону будь-якої дискримінації, зокрема, йдеться у ст. 7 Загальної декларації прав людини 1948 року.

Враховуючи викладене, вважаю, що окремі положення Закону № 113-IX суперечать ст.ст. 8, 24, 43, 131-1 Конституції України і, як наслідок, призводять до порушення прав та гарантій діяльності прокурорів.

СЕКЦІЯ 4. ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ТА СУДОВА АРГУМЕНТАЦІЯ

ДОКАЗОВА ДІЯЛЬНІСТЬ ПРОКУРОРА В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Андрієвська Л.О.

*адвокат, старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*

Кожна держава має на меті забезпечити захист прав і свобод людини та громадянина. В структурі процесуальної діяльності важливе місце займає саме процес доказування. Напевно, жодна правова категорія не має такого значення для встановлення обставин цивільної справи та правозастосування, як доказова діяльність. Саме ця діяльність пронизує все судочинство, визначає характеристики складних правовідносин таких, як цивільний процес. Важливу роль у цивільному процесі посідає прокурор.

Термін «прокурор» походить від латинського «прокуратор», яким у Стародавньому Римі називалися:

- керівник господарством;
- чиновник, котрий збирав податки;
- повірений у справах, який здійснює доручення довірителя щодо ведення судових справ і управління майном;
- намісник римського імператора у провінції¹.

В наш час прокурор - це головний законний представник обвинувачення в країнах цивільного права з системою слідства або в країнах загального права, що прийняли змагальну систему.

Відповідно до ст.23 Закону України «Про прокуратуру» представництво прокурором інтересів громадянина або держави в суді полягає у здійсненні процесуальних та інших дій, спрямованих на захист інтересів громадянина або держави, у випадках та порядку, встановлених законом². Тобто, основними процесуальними діями, які розкривають принцип змагальності, є подання доказів та доведення їх переконливості перед судом.

Якщо привернути увагу на процесуальний статус прокурора в чинному законодавстві, то прокурор не наділений перевагами перед іншими особами, які беруть участь у справі, щодо подання доказів, участі в їх дослідженні та оцінці, а також заявлені клопотань. Проте Закон України «Про прокуратуру» надає процесуальний статус прокуророві, який відрізняється від інших учасників судового розгляду.

Цивільний процесуальний кодекс України не містить повноваження прокурора щодо самостійного пошуку доказів або клопотань про витребування. Відповідно до ч.5 ст.81 ЦПК України - докази подаються сторонами та іншими учасниками справи³, тобто і прокурор, але обов'язок довести обставини справи покладено лише на сторін. Однак, такий обов'язок поширюється і на прокурора, відповідно до ч.4 ст.23 Закону України

¹ Осенчук І. Історія формування законодавства про участь прокурора у цивільному процесі до 1917 р. Право. 2010. №11. С.35-38.

² Закон України «Про прокуратуру» від 14.10.2014 № 1697-VII. Відомості Верховної Ради, 2014, № 2-3, ст.12. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18#Text>

³ Цивільний процесуальний кодекс України від 18.04.2004 № 1618-IV. Відомості Верховної Ради України, 2004, № 40-41, 42, ст.492 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.

«Про прокуратуру» – у разі підтвердження судом наявності підстав для представництва, прокурор користується процесуальними повноваженнями відповідної сторони процесу¹.

Прокурор, який подав до суду позов або вступив у справу, передусім є суб'єктом доказування. Оскільки суд відповідно до принципу змагальності є неупередженим спостерігачем за доведенням сторонами наявності або відсутності певних обставин, які обґрунтовують їх вимоги або заперечення, то у прокурора, який вступає у справу або пред'являє позов, є такі самі обов'язки стосовно правильного визначення предмета доказування та доведення обставин, які до нього входять².

Згідно із ч.4 ст.23 Закону України «Про прокуратуру», прокурор має ряд специфічних повноважень по позасудовому витребуванні доказів, які необхідні для обґрунтування підстав його представництва інтересів громадянина або держави. У разі відсутності суб'єкта владних повноважень, до компетенції якого віднесений захист законних інтересів держави, а також у разі представництва інтересів громадянина або представництва інтересів держави у справах про визнання необґрунтованими активів та їх стягнення в дохід держави з метою встановлення наявності підстав для представництва прокурор має право: 1) витребувати за письмовим запитом, ознайомлюватися та безоплатно отримувати копії документів і матеріалів органів державної влади, органів місцевого самоврядування, військових частин, державних та комунальних підприємств, установ і організацій, органів Пенсійного фонду України та фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування, що знаходяться у цих суб'єктів, у порядку, визначеному законом; 2) отримувати від посадових та службових осіб органів державної влади, органів місцевого самоврядування, військових частин, державних та комунальних підприємств, установ та організацій, органів Пенсійного фонду України та фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування усні або письмові пояснення. Отримання пояснень від інших осіб можливе виключно за їхньою згодою³.

Отже, можна зробити висновок, що прокурор є повноправним суб'єктом доказової діяльності, хоч він наділений рівними з іншими особами правами в сфері доказування, прокурор має специфічні позасудові владні повноваження щодо збирання доказів. Можна сказати, що вони обумовлені обов'язком прокурора довести наявність підстав для представництва в суді.

ЩОДО ПРАВОВОГО СТАТУСУ НЕПОВНОЛІТНІХ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Бабенко Г.О.

*к.ю.н., адвокат, доцент кафедри права та публічного управління
Запорізького інституту економіки та інформаційних технологій*

Будь-яка правова держава опікується станом захищеності прав і свобод її громадян, особливо такої їх категорії як неповнолітні, що обумовлено, перш за все, особливостями їх соціального, біологічного, фізіологічного та психологічного розвитку. Одним із головних положень, регламентованих Конвенцією про права дитини, є положення про те, що в усіх діях щодо дітей, незалежно від того, здійснюються вони державними чи

¹ Закон України «Про прокуратуру» від 14.10.2014 № 1697-VII. Відомості Верховної Ради, 2014, № 2-3, ст.12. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18#Text>

² Гусарова А. Особливості правового становища прокурора в цивільному процесі. Вісник прокуратури. 2011. №7. С. 101–106.

³ Закон України «Про прокуратуру» від 14.10.2014 № 1697-VII. Відомості Верховної Ради, 2014, № 2-3, ст.12. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18#Text>

приватними установами, що займаються питаннями соціального забезпечення, судами, адміністративними чи законодавчими органами, першочергова увага приділяється якнайкращому забезпеченню інтересів дитини, адже діти мають право на особливе піклування і допомогу¹. Крім того, дитина, внаслідок її фізичної і розумової незрілості, потребує спеціальної охорони і піклування, включаючи належний правовий захист як до, так і після народження². При цьому в розумінні Конвенції про права дитини дитиною є кожна людська істота до досягнення 18-річного віку, якщо за законом, застосовуванням до даної особи, вона не досягає повноліття раніше. Такі ж норми містять і Закон України «Про охорону дитинства»³. Отже, вищезазначені керівні положення щодо особливого правового захисту з боку держави повинні застосовуватися до всіх неповнолітніх.

Комітетом міністрів Ради Європи 17 листопада 2010 року під час 1098-го засідання заступників міністрів, посилаючись на необхідність забезпечення ефективної реалізації існуючих обов'язкових норм, що стосуються прав дітей, відзначаючи існуючі перешкоди для дітей в системі правосуддя, такі як, серед іншого: неіснуюче, часткове або умовне законне право на доступ до правосуддя, різноманітність і складність процедур, можлива дискримінація за різними ознаками, було прийнято Керівні принципи Комітету міністрів Ради Європи щодо правосуддя, дружнього до дітей (далі – Керівні принципи). Ці принципи було прийнято в якості практичного інструменту для держав-членів у процесі адаптації їх судових і позасудових систем до конкретних прав, інтересів і потреб дітей та закликала держави-члени забезпечити їх широке розповсюдження серед всіх органів, відповідальних або іншим чином причетних до прав дітей в судочинстві. В розумінні Керівних принципів термін «правосуддя, дружнє до дітей» відноситься до систем правосуддя, які гарантують повагу та ефективне здійснення прав усіх дітей на найвищому рівні, беручи до уваги принципи, перераховані далі, і з належним урахуванням рівня зрілості та розуміння дитини, а також обставин справи. Це, зокрема, правосуддя, яке доступне, відповідне віку, швидко, добре виконане, адаптоване та націлене на задоволення потреб і прав дитини, яке поважає права дитини, в тому числі права на справедливий судовий розгляд, на участь та розуміння судового розгляду, на повагу до приватного та сімейного життя, честі та гідності⁴.

Зазначені положення знайшли своє втілення у багатьох нормативно-правових актах, серед яких і Цивільний процесуальний кодекс України (далі – ЦПК України). Так, згідно положень чинного ЦПК України неповнолітні особи можуть брати участь в процесі безпосередньо як учасники справи (сторони, треті особи), або в якості осіб, інтересів яких стосується справа, спір (зокрема, але не виключно, у сімейних спорах, житлових тощо). Неповнолітня особа, що бере участь у провадженні як учасник справи, наділена комплексом процесуальних прав та обов'язків, передбачених ЦПК України, які має також і будь-яка повнолітня особа - учасник справи. Водночас, ст. 45 ЦПК України «Забезпечення захисту прав малолітніх або неповнолітніх осіб під час розгляду справи» визначає, що додатково малолітня або неповнолітня особа має також такі процесуальні права: 1) безпосередньо або через представника чи законного представника висловлювати свою думку та отримувати його допомогу у висловленні такої думки; 2) отримувати через представника чи законного представника інформацію про судовий розгляд; 3) здійснювати інші процесуальні права і виконувати процесуальні обов'язки,

¹ Конвенція про права дитини від 20 листопада 1989 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021.

² Декларація прав дитини, прийнята резолюцією 1386 (XIV) Генеральної Асамблеї ООН від 20 листопада 1959 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_384.

³ Закон України «Про охорону дитинства» від 26 квітня 2001 року № 2402-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2402-14>.

⁴ Керівні принципи Комітету міністрів Ради Європи щодо правосуддя, дружнього до дітей, прийняті 17.11.2010 року. URL: <https://rm.coe.int/16804c2188>

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

Цією ж статтею передбачено, що суд роз'яснює малолітній або неповнолітній особі її права та можливі наслідки дій її представника чи законного представника у разі, якщо за віком вона може усвідомити їх значення та суд також сприяє створенню належних умов для здійснення малолітньою або неповнолітньою особою її прав, визначених законом та передбачених міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України¹.

Як бачимо з назви цієї статті, вона повинна забезпечувати додатковий захист прав неповнолітніх під час розгляду справи з урахуванням їх психологічних та вікових особливостей, натомість за своїм змістом її положення не лише дублюють деякі права, передбачені для всіх учасників справи, наголошуючи на тому, що реалізувати їх можна лише через законних представників, але й подекуди допускають певне звуження цих прав. Так, зокрема, процесуальне право отримувати через представника чи законного представника інформацію про судовий розгляд, передбачене п. 2 ч. 1 ст. 45 ЦПК України, є, на наш погляд, проявом звуження прав неповнолітніх учасників процесу, оскільки позбавляє їх можливості бути безпосередньо повідомленими, поряд з іншими учасниками, про справу. Це також вбачається зі змісту окремих положень Керівних принципів, які визначають, що з моменту першої участі в системі правосуддя або інших компетентних органів (наприклад, поліції, імміграційної, освітньої, соціальної та медичної служб) та протягом усього цього процесу, діти та їхні батьки повинні невідкладно отримувати належну інформацію. При цьому, інформація та консультації повинні бути надані дітям з урахуванням їх віку та ступеня зрілості, мовою, яку вони можуть зрозуміти та з урахуванням статевих та культурних особливостей. Цими ж Керівними принципами передбачено, що як правило, як дитина, так і батьки або законні представники повинні безпосередньо отримувати інформацію. Надання інформації для батьків не повинно бути альтернативою повідомленням інформації для дитини².

Ще одним проявом звуження прав неповнолітніх учасників процесу, може бути також положення про те, що права, свободи та інтереси неповнолітніх осіб віком від чотирнадцяти до вісімнадцяти років, а також осіб, цивільна дієздатність яких обмежена, можуть захищати у суді відповідно їхні батьки, усиновлювачі, піклувальники чи інші особи, визначені законом (законні представники), які можуть доручати ведення справи в суді іншим особам (ст. 59 ЦПК України)³. Частина 2 ст. 47 ЦПК України також передбачає, що неповнолітні особи віком від чотирнадцяти до вісімнадцяти років можуть особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді у справах, що виникають з відносин, у яких вони особисто беруть участь, якщо інше не встановлено законом. Суд може залучити до участі в таких справах законного представника неповнолітньої особи⁴. У свою чергу, положення Керівних принципів говорять про можливість дітей мати право на власного юрисконсульта та представництво від свого імені під час судового розгляду, в якому є або може бути конфлікт інтересів між дитиною і батьками або іншими зацікавленими сторонами; мати доступ до безкоштовної юридичної допомоги на таких самих або більш поблажливих ніж для дорослих умовах. Діти повинні розглядатися в якості повноцінних клієнтів зі

¹ Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року № 1618-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.

² Керівні принципи Комітету міністрів Ради Європи щодо правосуддя, дружнього до дітей, прийняті 17.11.2010 року. URL: <https://rm.coe.int/16804c2188>.

³ Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року № 1618-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.

⁴ Там само

своїми правами, а адвокати, що представляють інтереси дітей, повинні доносити думку дитини¹. Отже, чинний ЦПК України не передбачає можливості неповнолітньому самостійно обирати собі представника з метою отримання правової допомоги. Питання про те, що неповнолітні мають самостійне право на правову допомогу і воно не повинно ставитися в залежність від бажання на укладення такого договору з боку законних представників, було і є предметом дослідження з боку багатьох вітчизняних науковців², що також доводить його актуальність.

Таким чином, на сьогоднішній день деякі положення цивільного процесуального законодавства щодо правового статусу неповнолітніх як учасників справи є недосконалими, не в повній мірі узгоджуються із вимогами та рекомендаціями міжнародно-правових актів, а отже потребують подальшої адаптації до конкретних прав, інтересів і потреб дітей.

METODE DE INTERPRETARE A DREPTULUI LA DEMNITATE UMANĂ ÎN DECIZIILE CURȚII CONSTITUȚIONALE A UCRAINEI ȘI ALE CONSILIULUI CONSTITUȚIONAL AL FRANȚEI

Bzova L.G.

*student postuniversitar al departamentului de drept procesual la facultatea de drept
Universitatea națională din Cernăuți în numele lui Iurii Fedkovici*

Moisei G.G.

*asistent al departamentului de drept procesual la facultatea de drept
Universitatea națională din Cernăuți în numele lui Iurii Fedkovici*

Alicarea statului de drept de către judecător necesită o abordare dublă. Primul își propune să abstractizeze din situația concretă a litigiului elementele care, în mod legal, pot fi considerate relevante. Al doilea constă într-o lucrare de interpretare a standardelor care face posibilă apropierea lor de faptele disputate. Prin urmare, activitatea jurisprudențială oscilează inevitabil între abstract și concret. Cu toate acestea, existența unor dispute obiective face posibilă calificarea acestei concluzii.

Scopul principal al metodologiei este de a studia și de a folosi principiile, abordările, metodele, metodele, metodele (tehnici), cu care noile cunoștințe pot fi obținute pe nivel teoretic și pe empirice - practic transformă realitatea. Înțelegerea semnificativă a metodologiei iese din faptul că funcția de căutare instrumentală este implementată în ea.

Într-adevăr, în aceste cazuri, este împotriva standardului însuși că este făcut un proces. Prin urmare, judecătorul nu este confiscat de o dispută ale cărei origini sunt de fapt. Prin urmare, nu există nicio justificare pentru stabilirea unei legături pretoriene între normă și fapt.

Aceasta înseamnă că natura obiectivă a unui litigiu elimină orice contribuție jurisprudențială în timpul dezvoltării soluției litigiului? Nu, fără îndoială. Orice critică adresată unui stat de drept trebuie, într-un sistem juridic bazat pe principiul ierarhiei normelor, să se refere la încălcarea unei norme superioare. Acesta este cazul litigiilor privind constituționalitatea legilor.

¹ Керівні принципи Комітету міністрів Ради Європи щодо правосуддя, дружнього до дітей, прийняті 17.11.2010 року. URL: <https://rm.coe.int/16804c2188>.

² Гаро Г.О. Найкращі інтереси дитини у цивільному провадженні / Г.О. Гаро, О.М. Спектор, Т.В. Водоп'ян, С.Л. Савицька та ін. Х.: Фактор, 2020. 96 с.

Водоп'ян Т.В. Особливості реалізації права на правову допомогу дітьми в цивільному процесі України. Імплементація міжнародних стандартів у цивільне та господарське судочинство України: збірник матеріалів науково-практичного круглого столу (м. Київ, 16 травня 2018 р.). К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2018. С. 24-27.

Teleologia este un studiu al finalității¹. Prin urmare, interpretarea teleologică analizează un standard în funcție de obiectivele sale, care pot varia în timp. Se diferențiază de interpretarea istorică care nu ia în considerare aceste variații. Vom lua în considerare metodologia de motivare a deciziilor Curții Constituționale a Ucrainei pe baza practicii judiciare. Deci, într-o opinie separată a judecătorului Curții Constituționale din Ucraina I.D. Slidenko afirmă că, în partea motivantă a deciziei, Curtea Constituțională a Ucrainei a aplicat o combinație arbitrară de metode, a căror bază a devenit metoda țință (teleologică)². Cu toate acestea, concluziile făcute de Curtea Constituțională a Ucrainei prin aplicarea metodei teleologice pentru interpretarea regulamentelor „la următoarea sesiune ordinară a Radei Supreme a Ucrainei“, care conține articolul 155 din Constituția Ucrainei, în special, de reproducere a proiectului de lege și adoptarea legii și timp pentru o analiză suplimentară a proiectului de lege, care nu îndeplinesc criteriile de utilizare pentru această metodă. Pur și simplu pune, Curtea Constituțională a Ucrainei aplicat în mod greșit metoda teleologică. Interpretarea teleologică, în general, și în dreapta, în special, este destinat să stabilească, să identifice obiective în conformitate cu obiectul de cercetare. Acest lucru poate fi unul sau mai multe goluri, dar în orice caz, există o țință de bază și obiective auxiliare. Interpretarea teleologică dă un răspuns la întrebarea „pentru ce“, în contextul conveniențelor și având în vedere obiectul interpretării.

Concluzie că legislator în aprobarea timp a proiectului de lege și adoptarea legii este o consecință a interpretării literală, nu teleologică. Faptul că legiuitorul este un anumit interval de timp între aprobarea proiectului de lege și adoptarea legii, aparent, face posibil pentru analiza sa, dar acest lucru nu poate fi obiectivul principal al legiuitorului, pentru simplul motiv că o astfel un obiectiv este plasat în toate etapele de adoptare a proiectului de lege, variind de la introducerea acesteia în parlament. De fapt, etapa procedura de examinare a proiectului de lege în Parlament și este, în același timp, care este dat pentru a analiza și de a afla posibilele consecințe ale modificărilor la Constituția Ucrainei.

Utilizarea metodei teleologice în mod independent pentru a stabili obiectivele acestei norme este imposibilă. Această metodă ar trebui utilizată în interconectarea cu metode comparative și istorice și juridice.

Analiza comparativă a prevederilor “În următoarea sesiune regulată a Radei Verkhovna din Ucraina”, care conține în articolul 155 din Constituția Ucrainei, ne permite să concluzionăm că reproducerea în timp a amendamentelor la Constituția Ucrainei de Parlament este una Din mijloacele de garantare a regulii Constituției Ucrainei, locul său special în ierarhia actelor normative, mijloacele de asigurare a unei astfel de calități ca stabilitate. Acest lucru este evidențiat de experiența statelor, care își schimbă în mod similar constituțiile lor.

Care este postulatul de raționalitate al legiuitorului? Acesta este un principiu interpretabil indemonstrabil, care conferă legiuitorului un anumit număr de calități. Aceste calități se reflectă în tehnicile de redactare a textelor legale.

Implicațiile postulatului de raționalitate al legiuitorului³ referă la trei niveluri de interpretare. Judecătorul presupune, în primul rând, că legiuitorul face uz rațional al limbajului: aceasta este ceea ce se numește în mod obișnuit raționalitate lingvistică. Judecătorul consideră, în al doilea

¹ X. Dieux, "L'application de la loi par référence à ses objectifs. Esquisses de la raison finaliste en droit privé", *Journal des tribunaux*, 1991, p.201

² Окрема думка судді Конституційного Суду України Сліденко І.Д. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо офіційного тлумачення положення "на наступній черговій сесії Верховної Ради України", яке міститься у статті 155 Конституції України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nea1d710-16#Text>

³ F. Ost, "L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur", *L'interprétation en droit*, Facultés universitaires St-Louis, 1978, p.97

rând, că același legiuitor a elaborat sistemul juridic într-un mod rațional: este vorba de raționalitate praxeologică. În sfârșit, se stabilește ca principiu că acțiunea legiuitorului ține seama de realitate și de valorile sociale. Această dublă preocupare poate fi calificată drept raționalitate epistemologică și axiologică¹.

Interpretarea unei reguli de drept se poate baza pe un set de elemente atât de dogmatice cât de logice. Aceasta poate varia de la intenția exprimată de autorul regulii până la aplicarea liniilor directe interpretative. Prin urmare, în principiu, judecătorul care acționează ca interpret al legii nu este eliberat de constrângeri care, într-un fel, constrâng procesul interpretativ. Aceste constrângeri permit explicarea apariției curenților reali ai jurisprudenței, rezultate din reproduceri succesive ale aceleiași diagrame de analiză a ordonanței juridice aplicabile. Cu toate acestea, există standarde care scapă acestui fenomen al penuriei de sens pe care le conțin. Formularea lor, care este atât simplă, cât și complexă, permite doar o interpretare de la caz la caz. Această constatare tinde să susțină teza conform căreia puterea judecătorului este, în astfel de circumstanțe, întărită în mod deosebit.

În această perspectivă, singurele reguli care au o coerență sunt cele care au fost interpretate de judecător. Prin urmare, legea se reduce la ceea ce se spune de instanțe, acestea din urmă creând astfel legea în cursul jurisprudenței lor. „Puterea creatoare a judecătorului se dezvoltă în timpul interpretării legii (care i se impune) și a umplerii golurilor pe care uneori le ascunde”². Pe scurt, există un stat de drept mai autentic în afara legii referitoare la acesta.

Este această perspectivă interpretativă, care își propune să fie realistă, cea adoptată parțial de Consiliul Constituțional? Jurisprudența constituțională respectă, în mare măsură, preceptele de interpretare care lasă puțin loc pentru situații neprevăzute. Cu toate acestea, o privire de ansamblu asupra hotărârilor pronunțate în materie de recurs de suspendare nu exclude interpretarea realistă.

Neputând fi foarte des mulțumit de o interpretare pur și simplu exegetică, „ceea ce ar duce la credința că regula justiției este specificată în ceea ce privește textul unic al legii, ca și cum justiția s-ar reduce la aplicarea corectă a legii scrise”³, judecătorul trebuie să se străduiască, de dragul armonizării, să stabilească sau să restabilească o ordine juridică. Procesul interpretativ al magistratului este traversat de ideea că legea trebuie, mai presus de toate, să se manifeste printr-un set coerent de norme care constituie un sistem. În această perspectivă descriem sistemul juridic ca formând o ordonanță reală, „astfel încât singurele principii de soluție care vor fi considerate ca oferind o justificare validă în cadrul sistemului juridic sunt cele care se armonizează cu principiile recunoscute în acel sistem”⁴. Fiecare standard are, prin urmare, o funcție care îi permite să se încadreze cel mai bine în sistem normativ.

Abordarea epistemologică a devenit baza în studiul sensului interpretării

activitatea. La urma urmei, activitatea de interpretare a Curții Constituționale ca proces de cunoaștere este în primul rând un proces intern intelectual-volitional, în cadrul căruia există o clarificare a situației constituției Ucrainei, a înțelegerii sale „pentru mine”. După stabilirea adevărului dispozițiilor situmative există lor Clarificarea „pentru alții”.

Demnitatea umană a fost și rămâne utilă legii. Din punctul de vedere al dreptului intern și internațional, problema drepturilor omului a apărut și apoi s-a dezvoltat prin improvizarea

¹ J.B. Auby, "Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public français", *Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, 1990, p.149

² F. Ost, M. van de Kerchove, "Création et application du droit. Structure linéaire ou circulaire du système juridique?", *Jalons pour une théorie critique du droit*, 1987, p.196.

³ P. Nihoul, "Les aspects techniques de la radiodiffusion et le juge constitutionnel", *Journal des tribunaux*, 1990, p.418, n°10.

⁴ L.P. Suetens, "Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof", *Gelijkeheid en non-discriminatie*, Kluwer, 1991, p.100.

conceptului în sine. La acest dublu nivel, acesta poate fi considerat un principiu al clarității drepturilor ca răspuns la o întrebare referitoare la natura sa operațională, cu privire la conținutul său specific; care nu poate fi înțeles decât prin funcțiile sale. Istoria surprinde, fără îndoială, o referire sporită la această noțiune în textele juridice de bază, chiar dacă originile sale în discursul filosofic sunt mult mai devreme decât sfințirea sa legală. De aceea, pe lângă critica care face acest concept discutabil, apelul la conceptul de demnitate este funcțional și structural, având în vedere faptul că, în raport cu sistemul global al drepturilor omului, acesta este prezentat ca un concept și un interes înrădăcinate.

Multe legi naționale au abordat destul de funcțional conceptul de demnitate umană, percependu-l atât negativ, cât și pozitiv. Negativ datorită faptului că aceasta este baza unui număr de obligații impuse fiecărei persoane; în mod pozitiv, deoarece permite declararea drepturilor care aparțin unei persoane și respectarea sau restaurarea pe care aceasta le poate solicita. Pe scurt, demnitatea umană poate fi înțeleasă ca un drept obiectiv și subiectiv. Acest concept pătrunde în texte importante ale proiectului de lege a drepturilor adoptat în contextul crizelor și conflictelor naționale care au modelat instituțiile politice ale multor popoare.

Deși este clar că principiul demnității umane a devenit principiul dreptului pozitiv într-un număr mare de legi publice naționale, în special datorită recunoașterii sale constituționale, acest lucru se întâmplă, totuși, în legătură cu instanța constituțională, care se minunează de realitatea sa natură și consecințele. Este relevant, de exemplu, să considerăm acest principiu superconstituțional? Cu alte cuvinte, apariția demnității în jurisprudența constituțională este atât de puternică încât afectează evoluția standardelor de referință? Este principiul demnității umane doar un principiu al valorii constituționale sau un principiu al valorii supraconstituționale?

În ceea ce privește legalizarea principiului demnității umane, acest proces nu ar trebui considerat în mod absolut ca fiind nedorit, chiar dacă în mod rezonabil, urmând exemplul profesorului Muriel Fabre-Manyan, să credem că ar fi mai bine ca “dignitatea să nu devină un concept juridic valabil, deoarece este principiul fundamental al întregului sistem juridic”. Evident, demnitatea personalității umane ar trebui înțeleasă ca valoare și principiu meta-drept. Pentru că dincolo de aceste cadre “există neînțelegeri și pericole în intrarea lui în sistemul juridic, ca orice alt stat de drept”¹. Astfel, în decizia adoptată de Consiliul Constituțional cu privire la prevederile legilor din 1994, rezultă clar că “principiile aprobate în acest mod tind să asigure respectarea principiului constituțional al protecției demnității umane”². Astfel, principiile enunțate în legi, ca respect față de om, inviolabilitate și integritate a corpului uman, reprezintă o traducere legislativă a principiului constituțional al protecției demnității umane.

Curtea Constituțională a Ucrainei subliniază că demnitatea umană trebuie interpretată ca un drept garantat de articolul 28 din Constituția Ucrainei, iar ca o valoare constituțională care umple sensul existenței umane, este fundamentul tuturor celorlalte drepturi constituționale, o măsură de determinare a esenței acestora și un criteriu de admisibilitate a eventualelor restrângeri ale acestor drepturi. Cele de mai sus sunt confirmate indirect de sensul unic al demnității umane din Constituția Ucrainei, potrivit căruia, în special, o persoană din viața și sănătatea, onoarea și demnitatea sa sunt recunoscute în Ucraina ca fiind cea mai mare valoare socială (partea întâi a articolului 3); toți oamenii sunt liberi și egali în ceea ce privește demnitatea și drepturile (articolul 21); toată lumea este obligată să respecte cu strictețe

¹ M. FABRE-MAGNAN, 2007, « La dignité en droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol 58, n 1.

² Décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994, JO du 29 juillet 1994, p. 1124-1126

Конституція України **і** легі України, сá ну invoce drepturile **і** libertățile, onoarea **і** demnitatea altor persoane (partea întâi a articolului 68)¹.

În altă decizie Curții Constituționale a Ucrainei consideră că modificările legislației în sfera socială, o situație financiară **і** economică dificilă, necesitatea de a asigura echilibrul bugetului de stat al Ucrainei nu ar trebui să conducă la încălcarea demnității unei persoane care aparține valorilor fundamentale protejate de Constituția Ucrainei **і** care constituie baza sistemului de protecție constituțională a drepturilor **і** libertăților omului **і** ale cetățenilor. O componentă obligatorie a demnității umane este accesul uman la beneficii sociale minime care îi pot oferi un nivel de trai suficient **і** decent. Rada Supremă a Ucrainei, care formează politica socială a statului, ar trebui să asigure exercitarea efectivă a dreptului la respectarea demnității umane, în special prin asigurarea pensiilor, a altor tipuri de prestații sociale **і** a asistenței pentru persoanele care au nevoie de protecție socială².

În consecință, arsenalul metodologic reprezintă, de fapt, un sistem multi-nivel de cunoștințe metodologice care nu este static, dar reprezintă un sistem organic dinamic în care elementele sale intră într-o conexiune, relație **і** interacțiune între ele. Utilizarea diferitelor informații **і** numirea metodelor de studiu a interpretării oficiale a normelor constituționale ca Curții Constituționale **і** Consiliul Constituțional a oferit posibilitatea de a face un studiu interpretării al diferitelor aspecte ale interpretării desfășurate de organele jurisdicției constituționale.

ТАНЦЮЮТЬ ВСІ? (ПРО МНОЖИННІСТЬ ОСІБ ІНІЦІУЮЧОГО КРЕДИТОРА У СПРАВАХ ПРО БАНКРУТСТВО)

Білецька А.М.

*суддя Центрального апеляційного господарського суду,
кандидат юридичних наук*

Ніхто не буде заперечувати проти того, що законодавство має бути чітким, ясним, «якісним» у розумінні Конвенції про захист прав і основоположних свобод і судової практики Європейського Суду з прав людини і наразі національних українських судів. Бо інакше втрачається можливість правового регулювання суспільних правовідносин, а розмаїте судове таумачення не завжди спроможне усунути недоліки, що допущені законодавцем.

Чи чули Ви, шановний Читачу, про конкурс, у якому під музику крутом одного стільця бігають декілька учасників і під час музикальної паузи той учасник, якому не вистачило стільця, вибуває з конкурсу, бо він знає, що такі його умови, і що стільців на один менше, ніж учасників?

Щось подібне спадає на думку, коли читаєш статтю 39 Кодексу України з процедур банкрутства, зокрема, в частинах, що регламентують питання надходження декількох заяв до підготовчого засідання господарського суду у справах про банкрутство.

Так, частиною четвертою цієї статті врегульовано, що у разі , якщо до господарського суду до дня підготовчого засідання надійшло декілька заяв і одна з них прийнята

¹ Рішення Великої палати Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 12 розділу I Закону України „Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України“ від 28 грудня 2014 року № 76–VIII від 22 травня 2018 року № 5-р/2018

² Рішення Великої палати Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень пункту 7 розділу II Закону України „Про запобігання фінансової катастрофи та створення передумов для економічного зростання в Україні“ від 7 листопада 2018 року № 9-р/2018

господарським судом до розгляду, інші ухвалою господарського суду приєднуються до матеріалів справи і розглядаються одночасно. Таким чином, законодавець гарантує всім заявникам (по суті потенційним ініціюючим кредиторам) розгляд їх заяв, що надійшли до його початку, власне у підготовчому засіданні. Тобто наявна ситуація «повної відповідності числа стільців» кількості потенційних учасників провадження.

Абзац же другий цієї частини уточнює, що тільки у разі визнання вимог першого заявника необґрунтованими господарський суд оцінює обґрунтованість вимог інших заяв кредиторів, присланих до матеріалів справи, і вирішує питання про відкриття провадження у справі у порядку, передбаченому цією статтею. Важко зрозуміти цю логіку або концепцію «зменшення числа стільців», що означає неможливість розгляду заяв інших учасників у разі, коли вимоги першого заявника будуть визнані обґрунтованими.

З метою врегулювання цієї ситуації судова практика пропонує перенесення розгляд інших заяв у попереднє засідання, що, на наш погляд, не тільки не вирішує проблему, але і поглиблює її. Адже різниця у статусі ініціюючого кредитора і інших кредиторів саме і полягає у тому, що за його заявою порушується (відкривається) провадження у справі про банкрутство. Крім того, після відкриття провадження у справі і введення мораторію на задоволення вимог кредиторів він є єдиною стороною у справі і йому єдиному може погашатися борг, оскільки інших кредиторів ще не існує. Йому не треба доводити обґрунтованість своїх вимог у попередньому засіданні, бо він автоматично включається до реєстру вимог кредиторів. Щоправда надалі після затвердження реєстру вимог кредиторів ці його відмінності зникають і він стає звичайним кредитором, що однак, не скасовує його права бути деякий час єдиним або «одним з декількох».

Тут існує ще і етичний бік питання, який полягає у тому, що другого і наступних заявників безпідставно скинуто зі стільців ініціюючих кредиторів і перенесено розгляд їх заяв до попереднього засідання поза встановленим порядком його призначення і проведення, якого заявники не дотрималися і не могли дотриматися, оскільки він відмінний від ініціювання провадження у справі про банкрутство. Чого вартують тільки дотримання встановленого законодавцем строку на подання заяв конкурсних кредиторів і наслідки пропуску цього строку (ч. 4 ст. 45 Кодексу України з процедур банкрутства) або бої кредиторів у ході формування реєстру вимог, внаслідок чого процесуальні документи про визнання грошових вимог буває скасовуються декілька разів! Однак все це не стосується ініціюючого кредитора, грошові вимоги якого вже перевірено і визнано ухвалою про відкриття провадження у справі про банкрутство і який спокійно і терпляче чекає, допоки він ввійде до остаточно сформованого реєстру вимог кредиторів.

Тому можна зрозуміти обурення і скарги множинних заявників, яких скинуто з таких бажаних для них стільців ініціюючих кредиторів. І чи не простіше було б переглянути і виключити з закону цю шкідливу норму, яка обмежує право других і наступних заявників трансформуватися в ініціюючих кредиторів, аніж вдаватися до сумнівних спроб розгадати цю проблему.

Отже, танцюють всі?

РОЗУМНІСТЬ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ДІЙ СУДДІ ПІД ЧАС РОЗГЛЯДУ ЦИВІЛЬНОЇ СПРАВИ

Бойко В.В.

*аспірант кафедри цивільного права і процесу
Національної академії внутрішніх справ*

Завданням цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держав (ч. 1 ст. 2 ЦПК України). Суд та учасники судового процесу зобов'язані керуватися завданням цивільного судочинства, яке превалює над будь-якими іншими міркуваннями в судовому процесі (ч. 2 ст. 2 ЦПК України). Отже, що задля досягнення цілей і завдань цивільного судочинства розумність так чи інакше присутня чи має бути присутня в щоденній діяльності судді з відправлення судочинства та виражатися в розумних процесуальних діях судді під час розгляду кожної конкретної справи. Розумність процесуальних дій судді проявляється в різних аспектах на різних етапах розгляду справи й проаналізувати та визначити її ознаки ставимо собі за мету у цих тезах.

Передусім нагадаємо, що розумність як принцип, як концепт, не піддається і, впевнені, не може піддаватися жорстким рамкам визначення, адже розумність є оціночною категорією, яка розкриває свою сутність і призначення в практичній площині, з огляду на певну ситуацію, на певний набір обставин і умов, як вони склалися в конкретній справі. Тому висновок про те, чи розумними є процесуальні дії судді, так само більшою мірою залежить від обставин конкретної справи – одна й та ж сама процесуальна дія може бути цілком розумною в одній справі, але безглуздою і невинноватою в іншій справі. У процесі формулювання висновків про «розумність» процесуальних дій судді спиратимемося на такі ознаки: чи передбачена процесуальна дія процесуальним законом та чи передбачена процесуальна стадія, на якій дія вчиняється; чи обов'язковою є процесуальна дія або процесуальний закон надає судді право вибору вчинення процесуальної дії (право вчинити чи не вчинити цю дію з огляду на власне переконання судді); чи є доцільною процесуальна дія, тобто з якою метою вона вчиняється і чи сприятиме її вчинення досягненню завдань цивільного судочинства тощо.

Обстоюємо думку, що розумна процесуальна дія судді в конкретній цивільній справі – це елемент ефективності та якості здійснення цивільного судочинства. Розумна процесуальна дія – це дія, яка передбачена цивільним процесуальним законом, але вчиняється суддею без надмірного і невинноватого формалізму, в найбільш економний із процесуальної точки зору спосіб (з огляду на темпоральні межі виконання учасниками справи обов'язків, які випливають із учиненої суддею процесуальної дії та з урахуванням фінансових затрат суду та учасників справи на виконання таких обов'язків тощо), вчиняється з урахуванням змісту та предмету позову, обсягу доказів, процесуальних дій учасників справи та інших процесуальних дій судді у цій же справі та в сукупності з ними (цими іншими процесуальними діями) забезпечує ефективне здійснення судочинства та справедливий розгляд цивільної справи судом.

Розумно для суду означає діяти без надмірного формалізму, адже надмірний формалізм під час учинення подібної процесуальної дії суддею спотворить саму суть права на доступ до суду. Указане неодноразово підтверджував ЄСПЛ стосовно вирішення питання про прийнятність і позовних заяв, і апеляційних та касаційних скарг (наприклад, рішення ЄСПЛ у справі «Перес де Рада Каванілес проти Іспанії» 28 жовтня

1998 року¹, рішення ЄСПЛ у справі «ТОВ «Фріда» проти України» від 08 грудня 2016 року², рішення ЄСПЛ у справі «Дос Сантос Каладо та інші проти Португалії» від 31 березня 2020 року³ і т.д.). При проведенні оцінювання процесуальних дій суддів стосовно відмови в прийнятті до розгляду процесуальних заяв по суті ЄСПЛ часто наголошував на питаннях **«юридичної визначеності»** та **«належного здійснення правосуддя»** як на двох основних елементах для проведення розмежування між надмірним формалізмом та прийнятним застосуванням процесуальних формальностей. Зокрема, Суд постановляв, що є порушення права на доступ до суду, коли норми не переслідують цілі юридичної визначеності та належного здійснення правосуддя та утворюють свого роду перепону, яка перешкоджає вирішенню справи учасників судового процесу по суті компетентним судом (*«Карт проти Туреччини»* (*Kart v. Turkey*) [ВП], № 8917/05, п. 79 (в кінці), ЄСПЛ 2009 (витяги); *«Ефстатіу та інші проти Греції»* (*Efstathiou and Others v. Greece*), № 36998/02, п. 24 (в кінці), від 27 липня 2006 року, *«Ешім проти Туреччини»* (*Eşim v. Turkey*), № 59601/09, п. 21, від 17 вересня 2013 року)⁴.

Прикладом, який ілюструє вказаний висновок у національній судовій практиці, приведемо справу № 177/1163/16-ц, розглянуту 05 серпня 2020 року Верховним Судом (далі – ВС) у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду⁵. У цій справі суд першої інстанції, з яким погодився апеляційний суд, спочатку залишив без руху, а потім визнав неподаною та повернув позовну заяву, спираючись на формальні приписи ст. ст. 175, 185 ЦПК України, й мотивуючи свої процесуальні дії тим, що позивач не виконав вимоги ухвали суду про залишення позовної заяви без руху, а додані до клопотання про усунення недоліків позову письмові докази щодо грошової оцінки нерухомого майна на підтвердження ціни уточненого позову викликають обґрунтовані сумніви у добросовісному здійсненні позивачем його процесуальних прав щодо надання доказів.

Натомість суд касаційної інстанції з указаним не погодився і зауважив, зокрема, наступне⁶. Стаття 6 Конвенції визначено право людини на доступ до правосуддя, а статтею 13 Конвенції – ефективний спосіб захисту прав, і це означає, що особа має право пред'явити в суді таку вимогу на захист цивільного права, яка відповідає змісту порушеного права та характеру правопорушення. Прямі чи опосередкована заборона законом на захист певного цивільного права чи інтересу не може бути виправданою. Тому пункт 1 статті 6 Конвенції гарантує кожному право звернутися до суду з будь-якою вимогою щодо своїх цивільних прав та обов'язків. У такий спосіб здійснюється право на суд, яке включає не лише право ініціювати провадження, а й право отримати вирішення спору судом. Крім того, при застосуванні процесуальних норм належить уникати як надмірного формалізму, так і надмірної гнучкості, які можуть призвести до скасування процесуальних вимог, встановлених законом. Надмірний формалізм у трактуванні процесуального законодавства визнається неправомірним обмеженням права на доступ

¹ Рішення Європейського суду з прав людини від 28 жовтня 1998 року в справі «*Pérez de Rada Cavanilles v. Spain*» (заява № 28090/95). URL.: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-6775>.

² Рішення Європейського суду з прав людини від 08 грудня 2016 року в справі «ТОВ «ФРІДА» проти України» (заява № 24003/07). URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_c83.

³ Judgment Dos Santos Calado and Others v. Portugal - excessive formalism of the Constitutional Court and right of access to a court. Press Release - Chamber Judgments. URL.: <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-6671914-8874130>.

⁴ Law Center «InLaw». Доступ до суду з практики ЄСПЛ. Адвокат по зверненнях до Європейського суду. URL.: <https://www.inlaw.kiev.ua/blog>.

⁵ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 05 серпня 2020 року в справі № 177/1163/16-ц. URL.: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90847615>.

⁶ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 18 грудня 2018 року в справі № 761/5894/17. URL.: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78979581>.

до суду як елемента права на справедливий суд згідно зі статтею 6 Конвенції. Унаслідок наведеного, ВС скасував постановлені в справі № 177/1163/16-ц ухвали судів першої та апеляційної інстанції й направив справу до суду першої інстанції для продовження розгляду (вирішення питання про відкриття провадження в справі).

Подібні висновки та аналогічний результат демонстрував ВС і раніше. Так, за результатами розгляду, наприклад, справи № 761/5894/17 ВС у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду прийняв постанову від 18 грудня 2018 року¹.

У цій справі суди вирішували питання належності способу посвідчення копії документа, який додавався до заяви як доказ. Документ (контракт), який складався з кількох сторінок, був поданий заявником суду у виді копії, – прошитий, пронумерований і скріплений печаткою, але засвідчувальний напис стосовно відповідності копії оригіналу містився лише на останній сторінці документа. Суди першої та апеляційної інстанції вважали, що засвідченого має бути копія кожної сторінки й із цих підстав повернули заявнику заяву без розгляду по суті. Натомість суд касаційної інстанції з таким не погодився й скасував постановлені в справі ухвали, прямо вказавши, що суд першої інстанції припустився надмірного формалізму, а суд апеляційної інстанції хоч і мав можливість, але зазначених порушень не усунув.

Аналіз указанного дає підстави для висновку, що вирішуючи питання про відкриття провадження в указаних справах суди першої інстанції слідували формалізму невинувато. Тут звернемо увагу, що процесуальний формалізм, у тому числі стосовно встановлення вимог до форми, змісту позовної заяви та документів, які подаються до суду, як такий абстрактно допустимий і загалом законний. Проте в цих, проаналізованих нами вище, справах формалізм був вочевидь невинуватим і несправедливим, а тому й нерозумним.

Нагадаємо, що розуміння права не дає підстав для його ототожнення із законом, який іноді може бути й несправедливим². Тобто можна стверджувати, що в наведених справах процесуальні дії суддів були вочевидь нерозумними, хоча й мали під собою формальне процесуальне підґрунтя.

З цього випливає важливий висновок: розумність процесуальних дій судді не є тотожною законності таких дій. Процесуальна дія може бути формально, «абстрактно» законною, проте її вчинення суддею в реаліях конкретної справи може бути нерозумним. Закон, у тому числі й процесуальний, сам по собі – набір абстрактних норм і правил, а набирає він «людських рис» і стає справедливим чи несправедливим у процесі його застосування в конкретній ситуації, спорі, конфлікті, до конкретних суб'єктів, із урахуванням конкретних обставин. Однозначно можна сказати те, що нерозумним є вчинення суддею незаконної процесуальної дії. Однак зворотної залежності не вбачаємо.

¹ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 18 грудня 2018 року в справі № 761/5894/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78979581>.

² Рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004 у справі № 1-33/2004 за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04>.

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ ПРО ВСТАНОВЛЕННЯ ПОБАЧЕНЬ З ДИТИНОЮ

Бондар І.В.

*д.ю.н., доцент кафедри нотаріального, виконавчого процесу
та адвокатури, прокуратури, судострою Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

Виконання рішень у цивільних справах є складовою права на справедливий суд і є однією з процесуальних гарантій доступу до суду.

Частина 3 статті 157 Сімейного кодексу¹ встановлює, що той із батьків, з ким проживає дитина, не має права перешкоджати тому з батьків, хто проживає окремо, спілкуватися з дитиною та брати участь у її вихованні, якщо таке спілкування не перешкоджає нормальному розвитку дитини. Одним із принципів проголошених Декларацією прав дитини² є те, що дитина для повного і гармонійного розвитку її особистості потребує любові і розуміння. Вона має зростати, якщо це можливо, в піклуванні та під відповідальністю своїх батьків, у будь-якому разі – в атмосфері любові та моральної і матеріальної забезпеченості. У випадку перешкоджання тому з батьків, хто проживає окремо, у спілкуванні з дитиною та у її вихованні, другий з батьків може звернутися до суду, згідно ч.1 ст.159 СК, про усуненні цих перешкод. Якщо між батьками не досягнута згода щодо порядку та способу участі батьків (баби або діда) у вихованні дитини це не може бути підставою для відмови у спілкуванні з дитиною. Відповідно до ч.2 ст.159 СК суд визначає способи участі одного з батьків у вихованні дитини (періодичні чи систематичні побачення, можливість спільного відпочинку, відвідування дитиною місця його проживання тощо), місце та час їхнього спілкування. В окремих випадках, якщо це викликано інтересами дитини, суд може обумовити побачення з дитиною присутністю іншої особи. Це може бути особа, з якою проживає дитина (наприклад, матір або батько), психолог, представники органів опіки та піклування.

Рішення про встановлення побачень з дитиною та усунення перешкод у побаченні з дитиною виконується в порядку, встановленому ст.64-1 Закону України «Про виконавче провадження»³. Зазначена стаття не передбачає примусового виконання рішення державним виконавцем, виконання чи забезпечення виконання рішення покладається на боржника і не може бути виконане без його участі. Державний виконавець лише здійснює перевірку виконання у порядку, визначеному рішенням суду, він обов'язково має бути присутнім у час і місці побачення стягувача з дитиною.

Європейський суд у справі «Вишняков проти України»⁴ (п.43) визнає, що перевага завжди надається добровільному виконанню, проте зазначає, що незмінна позиція, якої часто дотримуються батьки у таких справах, може ускладнити таке добровільне виконання та зумовити у відповідних випадках необхідність застосування пропорційних примусових заходів.

¹ Сімейний кодекс України від 10.01. 2002 № 2947-III База даних «Законодавство України»/ ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text> (дата звернення: 01.10.2021).

² Декларація прав дитини Прийнята резолюцією 1386 (XIV) Генеральної Асамблеї ООН від 20.11.1959.База даних «Законодавство України»/ ВР України. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_384 (дата звернення: 06.10.2021).

³ Про виконавче провадження: Закон України від 02.06.2016 № 1404-VIII База даних «Законодавство України»/ ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19> (дата звернення: 02.10.2021).

⁴ Європейський суд з прав людини: Рішення у справі «Вишняков проти України» від 24 липня 2018 р. База даних «Законодавство України»/ ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_d01#Text (дата звернення: 02.10.2021).

У випадку невиконання боржником без поважних причин рішення, державний виконавець складає акт та вносить постанову про накладення на боржника штрафу. Відповідно до правового висновку Верховного Суду від 31.03.2020 по справі №640/11079/19¹ поважними підставами в розумінні щодо невиконання рішення суду можуть вважатися об'єктивні причини, які унеможливили або значно ускладнили виконання рішення боржником та які не залежали від його власного волевиявлення. Тобто, поважність причин невиконання судового рішення має оцінюватися виконавцем, в кожному випадку окремо, з урахуванням того як вони випливали на виконання рішення. Державний виконавець накладає на боржника штраф лише у випадку невиконання судового рішення без поважних причин, коли боржник мав можливість виконати рішення, але не зробив цього.

У разі виконання боржником рішення виконавець складає акт та вносить постанову про закінчення виконавчого провадження. Боржник може не ухилитися від виконання рішення, однак перепорою для виконання може стати небажання дитини спілкуватися зі стягувачем. Як приклад, можна навести справу, що розглядалася Верховним Судом, де заявник звернувся до суду зі скаргою на постанову державного виконавця про закінчення виконавчого провадження. Підставою для даної постанови був акт державного виконавця про те, що боржник з'явився за місцем виконання рішення суду та надала дитину для побачення. Заявник вважає, що така позиція державного виконавця є неправомірною і побачення з дитиною не відбулося в повному обсязі, оскільки, мало тривати три години, а тривало лише десять хвилин. Судом було встановлено причину короткої тривалості вказаного побачення – особисте бажання дитини залишити місце побачення. На думку суду державний виконавець дотримався передбаченого законом порядку виконання рішення суду, а постанова про закінчення виконавчого провадження є правомірною².

Відповідно до ч.7 ст.7 СК дитина має бути забезпечена можливістю здійснення її прав, установах Конституцією, Конвенцією про права дитини, іншими міжнародними договорами України. В свою чергу, ст.3 Конвенції про права дитини³ визначає, що в усіх діях щодо дітей, незалежно від того, здійснюються вони державними чи приватними установами, що займаються питаннями соціального забезпечення, судами, адміністративними чи законодавчими органами, першочергова увага приділяється найкращому забезпеченню інтересів дитини. Разом з тим, згідно рішення Європейського Суду у справі «А.В. проти Словенії» п.72, право дитини висловлювати власні погляди не повинно тлумачитися як ефективне надання безумовного права вето дітям без будь-яких інших факторів...; такі інтереси зазвичай диктують, що зв'язки дитини з сім'єю повинні зберігатися, за винятком випадків, коли це може зашкодити його здоров'ю та розвитку⁴. Підтвердження та розвиток зазначеної позиції Європейського суду можна побачити у справі «Ген та інші проти України»⁵ (п.66), коли органи державної влади постійно стикалися з відмовою дуже маленької дитини

¹ Постанова Верховного Суду від 31.03.2020 по справі №640/11079/19 URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/88507189> (дата звернення: 06.10.2021).

² Постанова Верховного Суду у складі колегії судів Третьої судової палати Касаційного цивільного суду у справі № 404/8677/13-ц від 23.10.2019 року. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85295578> (дата звернення: 03.10.2021).

³ Конвенція про права дитини (в редакції зі змінами від 21 грудня 1995 р.) База даних «Законодавство України»/ ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021#Text (дата звернення: 06.10.2021).

⁴ Європейський суд з прав людини: Рішення у справі «А.В. проти Словенії» від 09 квітня 2019 р. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%2201-192205%22%5D%7D> (дата звернення: 06.10.2021).

⁵ Європейський суд з прав людини: Рішення у справі «Ген та інші проти України» від 10 червня 2021 р. База даних «Законодавство України»/ ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_f88#Text (дата звернення: 06.10.2021).

спілкуватися з членами своєї сім'ї, вони не забезпечили надання дитині належної професійної цільової підтримки; така підтримка була надзвичайно важливою для неї, аби звикнути до думки про регулярні побачення з батьком, бабою та дідом, а також забезпечити розуміння В., що згідно з обґрунтуванням судових рішень, які підлягали виконанню, це відповідало найкращим інтересам дитини.

Отже, при виконанні таких рішень, необхідно зважати, з одного боку, на право дитини висловити свою думку та бути вислуханою з питань, що стосуються її особисто, зокрема, висловлювати небажання спілкуватися зі стягувачем, а з іншого боку, на права батьків брати участь у вихованні дитини та безперешкодному спілкуванні з нею. Тому простого документування виконавцем небажання дитини спілкуватися під час здійснення перевірки є недостатнім та не сприяє забезпеченню виконання рішення суду. Однак і батьківські права не можуть бути здійснені всупереч інтересам дитини. Державному виконавцеві необхідно дотримуватися розумного балансу між інтересами дитини та інтересами її батьків щодо участі у вихованні дитини. Таке збалансування має бути основою виконання рішень про встановлення побачень з дитиною та рішень про усунення перешкод у побаченні з дитиною. І хоча, як вже було зазначено, державний виконавець без участі боржника не може в примусовому порядку виконати такі рішення, а лише вчиняє послідовно дії передбачені ст.64-1 Закону України «Про виконавче провадження», разом з тим, зобов'язаний вживати всі заходи передбачені законодавством. Залучення органів опіки та піклування, як спеціально уповноваженого органу з питань захисту дітей та психолога може сприяти налагодженню контакту з дитиною та, відповідно, виконанню рішення суду. Залучення психолога та проведення консультацій сприяє як налагодженню взаємодії між дитиною та стягувачем, так і відновлення взаєморозуміння між стягувачем та боржником. Також кваліфікований психолог на підставі ґрунтовного дослідження може встановити факт негативного психологічного впливу боржника на дитину, що може бути теж причиною небажання спілкуватися зі стягувачем.

ВПЛИВ УНІФІКАЦІЇ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ КОДЕКСІВ НА ОПЕРАТИВНІСТЬ ГОСПОДАРЬСЬКОГО СУДОЧИНСТВА

Бугирська І.А.

*кандидат юридичних наук, доцент,
асистент кафедри процесуального права*

Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

Однією з характерних рис господарського судочинства завжди була його оперативність: господарська справа раніше могла пройти всі інстанції за строк у п'ять-сім місяців. Необхідність швидкого та якісного вирішення спорів за участю суб'єктів господарювання диктується економічними причинами – адже якби там не було, практично кожна судова справа так чи інакше впливає на господарську діяльність сторін. І чим швидше буде розглянути справу і ухвалено остаточне рішення про спір між сторонами, тим краще для економіки.

15 грудня 2017 року господарський, цивільний та адміністративний процеси було уніфіковано завдяки набранню чинності новими редакціями відповідних процесуальних кодексів. Як вказують В. Щербина та В. Резнікова, процеси уніфікації правового регулювання стосовно господарського процесу зумовлені причинами як об'єктивного (розвиток суспільних відносин, – уніфікація правового регулювання є результатом ускладнення суспільного життя, ринкових відносин, умов господарювання, а тому слугує

проявом удосконалення самої форми правового регулювання і законодавчої техніки, яка, зі свого боку, характеризується відмовою від казуїстичності і виробленням загальних понять), так і суб'єктивного характеру (при низькій якості правотворчої діяльності та за наявності помилок законодавця уніфікація стає важливим засобом для усунення прогалин та дублювань у правовому регулюванні)¹. Поряд з цим, Л. Ніколенко щодо нової редакції Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України), ще у 2017 році наголошувала, що процес уніфікації та надмірної деталізації господарського судочинства може негативно вплинути на такий важливий принцип, як оперативність. Перевагою господарського судочинства були скорочені строки розгляду справ. Деталізація та застосування невластивих інститутів у господарському судочинстві може призвести до затягування судового процесу, що навряд чи позитивно позначиться на динаміці розвитку господарських відносин². І більш ніж трирічна практика застосування нової редакції ГПК України показала: дійсно, намагаючись уніфікувати всі процеси, було втрачено оперативність господарського судочинства.

Так, ГПК України 2017 року, так само, як і Цивільний процесуальний кодекс України та Кодекс адміністративного судочинства України, передбачає поділ позовного провадження на загальне та спрощене. Спрощене позовне провадження за ГПК України має ряд особливостей у порівнянні з загальним позовним провадженням: свідки не викликаються, справа розглядається протягом п'ятнадцяти днів з дня відкриття провадження у справі, відсутня стадія підготовчого провадження, судові дебати не проводяться. У порівнянні із загальним позовним провадженням, спрощене є набагато ближчим до тих правових традицій, що існували у господарському судочинстві до 2017 року. І, як показує практика, спрощене позовне провадження є досить ефективним, а часу, відведеного для вирішення господарської справи у такому порядку, – цілком достатньо для ухвалення законного, справедливого і обґрунтованого рішення.

Стосовно свідків, то ідея запровадження даного інституту у господарський процес критично оцінювалася науковцями і практиками ще на етапі обговорення проекту ГПК України 2017 року. Так, у науковій літературі відзначалося: «... які б покази не давали свідки, якщо відсутні відповідні первинні документи, то відсутні і підстави стверджувати про наявність між сторонами господарських відносин. Крім того, участь свідків у справі призведе до затягування розгляду справи, що, знову ж таки, аж ніяк не сприятиме стабільності ділового обороту і розвитку економіки»³. На думку Т. Васильченко, такий засіб доказування у господарському процесі, як показання свідків, має право на існування, але ймовірніше як виняток, аніж загальне правило, та з введенням дієвих механізмів для недопущення затягування розгляду справи⁴. Дійсно, на сьогоднішній день можна констатувати, що участь у господарському судочинстві свідків – це скоріше виняток, аніж правило. І за наявності у справі, крім показів свідків, письмових доказів, які суперечать показам свідків, суд скоріше повірить документам. І не зовсім зрозуміло, чому у спрощеному позовному провадженні свідки не викликаються, а у загальному позовному – викликаються? Адже не завжди невелика ціна позову свідчить про простоту справи, і, навпаки, висока ціна позову (і, як наслідок, розгляд справи за правилами загального

¹ Щербина В., Резнікова В. Сучасні тенденції розвитку господарського процесу України. *Право України*. 2017. № 9. С. 9–27.

² Ніколенко Л. Уніфікація норма у проєкті Господарського процесуального кодексу України. *Право України*. 2017. № 9. С. 63–69.

³ Бутирський А. Проєкт Господарського процесуального кодексу України: крок уперед чи два назад. *Право України*. 2017. № 9. С. 56–62.

⁴ Васильченко Т. Новели інституту доказування у господарському судочинстві. *Право України*. . 2017. № 9. С. 146–153.

позовного провадження) не завжди означає складність самої справи і необхідність використання всього арсеналу засобів доказування, що нам пропонує ГПК України.

Наступний цікавий момент – це судові дебати. Попередня редакція ГПК України взагалі не передбачала як таких судових дебатов, але це аж ніяк не впливало на якість господарського судочинства і на реалізацію права кожної сторони бути почутою. ГПК України 2017 року ж передбачає необхідність проведення судових дебатов у загальному позовному провадженні. Тут також виникає запитання: чому тільки у загальному? Чому у спрощеному позовному провадженні можна і надалі обходитися без них? Можливо, не настільки важливий цей інститут, якщо у спрощеному позовному провадженні можна обійтися без нього. Вважаємо, що практика застосування попередньої редакції ГПК України наочно продемонструвала, що у господарському процесі можна обійтися і без судових дебатов. Всі пояснення і доводи сторін суд заслуховує на початку судового розгляду, а також під час дослідження письмових доказів. На відміну від процесу кримінального, де до судових дебатов прив'язано цілий ряд інших процесуальних дій, у процесі господарському до даного етапу прив'язано лише питання відшкодування судових витрат (ч. 8 ст. 129 ГПК України).

І ще один момент – це вихід суду до нарадчої кімнати. Ст. 219 та ч. 1 ст. 220 ГПК України передбачають: після судових дебатов суд виходить до нарадчої кімнати (спеціально обладнаного для ухвалення судових рішень приміщення) для ухвалення рішення, оголосивши орієнтовний час його оголошення. Під час ухвалення судового рішення ніхто не має права перебувати в нарадчій кімнаті, крім складу суду, який розглядає справу.

Нарадча кімната є дієвим і необхідним інструментом при колегіальному розгляді справ – тоді дійсно забезпечується таємниця нарадчої кімнати, колегія суддів весь час перебуває в одному приміщенні і радиться щодо ухвалення судового рішення. Але питання щодо доцільності інституту нарадчої кімнати виникає під час розгляду справи суддею одноособово. Так, по-перше, незрозуміло, з ким суддя «радиться» у нарадчій кімнаті? Якщо сам із собою, то це він може зробити і без виходу до спеціальної кімнати. По-друге, у більшості господарських судів нарадчою кімнатою судді служать або його особистий кабінет (а для того, щоб туди потрапити із зали судових засідань, судді треба пройти по коридору, через свою приймальню, тощо, і тут забезпечити відсутність спілкування будь з ким доволі складно); або ж суддя просить учасників процесу вийти в коридор і нарадчою кімнатою йому слугує зала судових засідань (а там, як правило, елементарно відсутній принтер, щоб надрукувати за його допомогою хоча би резолютивну частину судового рішення). Тому вважаємо, що у випадку одноособового розгляду господарської справи вихід суду до нарадчої кімнати – це в більшості випадків ніщо інше, як елемент церемоніальності та обрядовості, який лише затягує розгляд і вирішення справи.

Важко не погодитися із О. Бринцевим, який вказує: «Очевидно, що втрата господарською юрисдикцією головної своєї переваги – оперативності розгляду судових справ має низку далекосяжних негативних наслідків як для судової системи, так і для держави загалом. Позбавлення господарського процесу засад оперативності нівелює його цінність як спеціального потужного правового інструменту, призначеного для швидкого та ефективного вирішення конфліктів, що виникають в економіці України»¹. Тому подальші зміни у ГПК України повинні вноситися з метою виключення елементів церемоніальності та обрядовості, та повернення господарському судочинству тих

¹ Бринцев О. До питання про принципи оперативності господарського судочинства в контексті універсалізації судового процесу в Україні. *Право України*. 2018. № 7. С. 34–46.

ефективних механізмів, за допомогою яких господарські суди тривалий час в Україні займали лідируючі позиції по якості та оперативності розгляду справ.

СУБ'ЄКТИ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ РЕАЛІЗАЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНОГО КОНТРОЛЮ

Буханевич О. М.

*професор кафедри конституційного,
адміністративного та фінансового права*

Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова,

доктор юридичних наук, професор,

член-кореспондент Національної академії

правових наук України, заслужений юрист України

Івановська А.М.

професор кафедри конституційного,

адміністративного та фінансового права

Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова,

доктор юридичних наук, доцент

У конституційно-правовій доктрині процесуальним відносинам у сфері реалізації конституційного контролю приділяється недостатньо уваги, як на рівні на рівні дисертаційних, монографічних досліджень, так і на рівні наукових статей. На нашу думку, процесуальні правовідносини у сфері реалізації конституційного контролю – це врегульовані конституцією, законодавством, регламентарними нормами суспільні відносини, котрі складаються між суб'єктами права у процесі реалізації конституційного контролю. Такі відносини мають свої специфічні риси, що стосуються об'єктів процесуальних відносин у сфері реалізації конституційного контролю, суб'єктів цих відносин, характеру їх процесуальних прав та обов'язків.

Необхідно зазначити, що для правовідносин у сфері реалізації конституційного контролю характерним є специфічне коло суб'єктів цих відносин. Певною мірою воно збігається з колом суб'єктів матеріальних відносин, однак може включати й суто процесуальних учасників. Ж.І. Овсепян справедливо вказує на те, що суб'єктний склад учасників процедури конституційного контролю, як правило, закріплений (і обмежений) як в родовому, так і видовому переліках, тобто у спеціальному законодавстві названі конкретні категорії фізичних осіб, конкретні органи, посадові особи, юридичні особи – можливі учасники¹. Такими суб'єктами можуть бути органи публічної влади, посадові особи, громадяни, юридичні особи, об'єднання громадян. Так, виходячи зі змісту статті 70 Закону України «Про Конституційний Суд України» до суб'єктів процесу реалізації конституційного контролю відносяться: суб'єкт права на конституційне подання, конституційне звернення, конституційну скаргу (уповноважена особа, що діє від його імені) та орган або посадова особа, які ухвалили акт, що є предметом розгляду в Суді, а також залучені Судом до участі в розгляді справи органи й посадові особи, свідки, експерти, спеціалісти, перекладачі та інші особи, участь яких необхідна для забезпечення об'єктивного і повного конституційного контролю². В Литві такими учасниками є особи,

¹Овсепян Ж. И. Правовая защита конституций. Судебный конституционный контроль в зарубежных странах. Ростов-на-Дону: Издательство «Литера-Д». 1992, с. 207.

² Про Конституційний Суд України : Закон України від 13 липня 2017 року № 2136-VIII (редакція від 11.04.2021 р.). *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19#Text>

які беруть участь у справі, їх представники, свідки, експерти, запрошені спеціалісти та перекладачі (ст. 33 Закону «Про Конституційний Суд Литовської Республіки»¹.

Залежно від можливостей впливати на хід процесу, від характеру зацікавленості в результаті суб'єктів процесуальних відносин у сфері конституційного контролю зазвичай поділяють на три групи: орган конституційного контролю; сторони – органи та особи, безпосередньо зацікавлені в результаті справи; особи, які залучаються до участі в справі для сприяння у реалізації конституційного контролю (свідки, експерти, перекладачі). Стосовно представників сторін вчені зазначають, що вони не можуть кваліфікуватися як обов'язкові і відокремлені суб'єкти процесу конституційного контролю, оскільки сторона здатна здійснювати свої права і без представника. Крім того, виділяють додаткову групу суб'єктів, які за своїм становищем не є учасниками процесу і не впливають на його динаміку, але вступають в певні відносини з органом конституційного контролю². Погоджуємось з цією позицією, однак вважаємо, що виділення додаткової групи суб'єктів, які за своїм становищем не є учасниками процесу є недоцільним, оскільки ці особи не беруть участі у процесі реалізації конституційного контролю, жодним чином на нього не впливають, а тому не можуть вважатись його суб'єктами.

Ще однією особливістю правовідносин у сфері реалізації конституційного контролю є множинність їх потенційних суб'єктів, домагання яких знаходяться в публічно-правовій сфері, на відміну від цивільного і господарського процесу, де учасники відстоюють особисті інтереси. Тобто суб'єктний склад таких правовідносин не є статичним, він постійно змінюється залежно від стадії реалізації конституційного контролю.

Коло суб'єктів реалізації конституційного контролю в різних країнах різне, однак головне місце серед них займає орган конституційного контролю як організатор процедури здійснення конституційного контролю. Особливість органів конституційного контролю порівняно із судами системи судоустрою полягає в тому, що, наприклад, порівняно із суб'єктами кримінально-процесуальних правовідносин, в процесі реалізації конституційного контролю орган конституційного контролю є єдиним організатором цього процесу. Він має досить значні повноваження у цій сфері, не зважаючи на те, що у більшості країн органи конституційного контролю не мають права його реалізувати за власною ініціативою.

До другої групи належать суб'єкти, які мають в процесі конституційного контролю власний інтерес. Особливістю такого «інтересу» є те, що він носить публічно-правовий характер, пов'язаний із захистом конституції, забезпеченням її верховенства. До вказаної підгрупи суб'єктів відносяться: а) заявники і б) органи або посадові особи, що видали або підписали акт, конституційність якого заперечується, а також представники заявників та органів (посадових осіб), які видали відповідний акт. Особливістю процесуальних відносин у сфері реалізації конституційного контролю є те, що коло заявників різниться в залежності об'єкта конституційного контролю. Так, відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 31 Закону «Про Конституційний Суд Литовської Республіки» заявник заяви – державна установа, група членів Сейму, яким надано право звернутися до Конституційного Суду

¹ Закон «Про Конституційний Суд Литовської Республіки» (станом на 30.06.2020 р.). *Офіційний сайт Конституційного Суду Литовської Республіки.* URL : <https://www.lkt.lt/lt/apie-teisma/teisine-informacija/konstitucinio-teismo-istatymas/1450>

² Витрук Н. В. Конституционное правосудие. Судебно-конституционное право и процес : учеб. пособие. 3-е издание. М. : НОРМА-ИНФРА-М. 2012, с. 356.

відповідно до Конституції для визначення відповідності того чи іншого правового акта Конституції чи законам та їх представники, а також посадові особи та їх представники¹.

В рамках першої підгрупи (заявники) також слід виділити суб'єктів, які не мають особистого інтересу в процесі конституційного контролю, але мають право звертатися до органу конституційного контролю в силу займаної посади. До таких суб'єктів варто віднести генерального прокурора, омбудсмена, главу держави (в тому випадку, коли він звертається до органу конституційного контролю для вирішення спорів між відповідними органами публічної влади). Наприклад, у Франції Президент може звертатися до Конституційної Ради з запитом щодо конституційності проєктів законів (ст. 61 Конституції Франції)².

Виходячи з вищезазначеного, особливістю процесуальних правовідносин у сфері конституційного контролю є те, що одні і ті ж самі суб'єкти можуть виступати і в якості заявників, і в якості протилежної сторони, тобто органів чи посадових осіб, що видали акти (вчинили дії), конституційність яких перевіряється шляхом конституційного контролю.

Суб'єктами конституційних процесуальних відносин можуть бути також особи, які не мають власних інтересів в процесі конституційного контролю, але надають допомогу органу конституційного контролю в ході розгляду справи. Це – свідки, експерти, фахівці, перекладачі.

Таким чином, суб'єкти процесуальних відносин у сфері конституційного контролю – це органи влади й особи, котрі беруть участь в процесі реалізації конституційного контролю, а також органи влади й особи, котрі вступають у певні відносини із органом конституційного контролю, пов'язані з реалізацією конституційного контролю, що володіють певним процесуальним статусом та комплексом процесуальних прав та обов'язків. Специфікою суб'єктів процесуальних відносин і сфері конституційного контролю порівняно із суб'єктами провадження у судах системи судоустрою полягає в тому, що суб'єктний склад його учасників чітко визначений, обмежений, їхні інтереси знаходяться у публічно-правовій сфері.

Залежно від ступеню участі у процесі реалізації конституційного контролю, суб'єкти цих відносин можна поділити на дві основні групи: 1) основні, до яких слід віднести орган конституційного контролю як організатора процедури конституційного контролю; 2) другорядні – суб'єкти, пов'язані з процесом реалізації конституційного контролю, які сприяють його реалізації.

Спільною ознакою для всіх вищезазначених суб'єктів процесуальних відносин у сфері конституційного контролю є те, що не зважаючи на відмінності процесуального статусу, характеру і змісту їх прав і обов'язків та виконуваних ними функцій, всі вони беруть участь у реалізації конституційного контролю. При цьому така участь має різну цільову спрямованість, що визначає відмінності у їх процесуальному статусі. Зокрема, сторони та їх представники беруть участь у відстоюванні певних інтересів, пов'язаних або із забезпеченням верховенства конституції, або із захистом своїх конституційних прав і свобод, або з пред'явленням певних претензій щодо компетенції або запереченням проти таких претензій з питань компетенції. В цілому інтереси сторін впливають на перебіг процесу конституційного контролю та його результат. Дещо інша роль таких суб'єктів процесуальних правовідносин у сфері конституційного контролю

¹ Закон «Про Конституційний Суд Литовської Республіки» (станом на 30.06.2020 р.). *Офіційний сайт Конституційного Суду Литовської Республіки*. URL : <https://www.lrkt.lt/lt/apie-teisma/teisine-informacija/konstitucinio-teismo-istatymas/1450>

² Конституція Французької Республіки : *Офіційний сайт Конституційної Ради Французької Республіки*. URL : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution>

як свідки, експерти, спеціалісти та перекладачі. Вони виконують певні обов'язки, вчиняють певні процесуальні дії, однак не є постійними учасниками таких відносин. Допоміжна роль цих суб'єктів не дає підстав прирівнювати їх за процесуальним становищем до сторін та їх представників.

ДО ПИТАННЯ ПРО ОБ'ЄКТИ СУДОВОГО КОНТРОЛЮ ЗА МУНІЦИПАЛЬНО-ПРАВОВИМ РЕГУЛЮВАННЯМ

Галус О.О.

*доцент кафедри конституційного, адміністративного та фінансового права
Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова,
кандидат юридичних наук, доцент*

Правове регулювання муніципально-правових відносин відбувається на загальнодержавному (у Конституції України, законах України, підзаконних актах органів державної влади) та муніципальному рівні (у нормативних та індивідуальних муніципально-правових актах). На нашу думку, під муніципально-правовим актом доцільно розуміти рішення нормативно-правового або індивідуально-правового характеру, прийняте безпосередньо членами територіальної громади або уповноваженими органами чи посадовими особами місцевого самоврядування з метою вирішення питань місцевого значення в межах Конституції та законів України¹. Саме муніципально-правові акти складають питому вагу серед інших правових актів, що регулюють муніципально-правові відносини. Із проведенням в Україні реформи децентралізації все більше питань місцевого значення врегульовуються саме в муніципально-правових актах. Тому суб'єкти муніципальної влади володіють особливим автономією у регулюванні питань місцевого значення. Оскільки органи місцевого самоврядування є найбільш наближеними до населення, їх акти безпосереднього впливають на права та обов'язки громадян як членів певної територіальної громади, то важливе значення має належний публічний контроль за муніципально-правовим регулюванням з метою недопущення порушень прав та свобод людини і громадянина, інтересів територіальної громади, спільних інтересів територіальних громад у муніципально-правових актах. Одним із видів такого публічного контролю виступає судовий контроль за законністю муніципально-правового регулювання.

Слушно видається позиція О.А. Смоляра, який стверджує, що судовий контроль у сфері місцевого самоврядування полягає у перевірці та оцінці саме законності актів, рішень і дій (бездіяльності) органів та посадових осіб місцевого самоврядування, а не їх доцільності². Однак, на нашу думку, не варто звужувати об'єкти судового контролю за муніципально-правовим регулюванням лише до актів, рішень і дій (бездіяльності) органів та посадових осіб місцевого самоврядування. Муніципально-правовими актами залежно від суб'єктів їх прийняття виступають як правові акти органів та посадових осіб місцевого самоврядування так і муніципально-правові акти безпосереднього народовладдя.

Тому до об'єктів судового контролю за муніципально-правовим регулюванням варто відносити: правових актів органів та посадових осіб місцевого самоврядування (правові акти місцевих рад, правові акти виконавчого комітету місцевої ради, правові акти

¹ Галус, О. О. Поняття та види муніципально-правових актів. *Конституційно-правові академічні студії*. 2017. №3. С. 31.

² Смоляр О. А. Особливості організації судового контролю у сфері місцевого самоврядування. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. 2015. №30. С. 143.

сільського, селищного, міського голови, правові акти голови обласної, районної та районної в місті ради, акти органів самоорганізації населення, муніципально-правові (договори) та муніципально-правові акти безпосереднього народовладдя (рішення місцевих референдумів, рішення загальних зборів громадян за місцем проживання, рішення про самооподаткування тощо). До прикладу, юрисдикція адміністративних судів поширюється на справи у публічно-правових спорах щодо правовідносин, пов'язаних з виборчим процесом чи процесом референдуму.

Залежно від видів муніципально-правових актів, що підлягають контролю, варто виділяти судовий контроль за законністю нормативних муніципально-правових актів та судовий контроль за законністю індивідуальних муніципально-правових актів.

Особливим видом правових актів органів та посадових осіб місцевого самоврядування виступає муніципально-правовий договір, який також виступає об'єктом судового контролю. До прикладу, відповідно до ч. 7 ст. 16 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», органи місцевого самоврядування з урахуванням місцевих умов і особливостей можуть перерозподіляти між собою на підставі договорів окремі повноваження та власні бюджетні кошти¹. Закон України «Про співробітництво територіальних громад» від 17.06.2014 р. регулює порядок укладення договорів про співробітництво територіальних громад, зокрема у ст. 18 передбачає однією із підстав припинення співробітництва територіальних громад прийняття судом рішення про припинення співробітництва². Договір про співробітництво територіальних громад варто відносити до адміністративних договорів, адже п. 16 ч. 1 ст. 4 Кодексу адміністративного судочинства України визначає, що адміністративний договір – спільний правовий акт суб'єктів владних повноважень або правовий акт за участю суб'єкта владних повноважень та іншої особи, що ґрунтується на їх волеузгодженні, має форму договору, угоди, протоколу, меморандуму тощо, визначає взаємні права та обов'язки його учасників у публічно-правовій сфері і укладається на підставі закону: для розмежування компетенції чи визначення порядку взаємодії між суб'єктами владних повноважень; для делегування публічно-владних управлінських функцій; для перерозподілу або об'єднання бюджетних коштів у випадках, визначених законом; замість видання індивідуального акта; для врегулювання питань надання адміністративних послуг. Ч. 1 ст. 19 відносить до юрисдикції адміністративних судів справи у публічно-правових спорах, що виникають з приводу укладання, виконання, припинення, скасування чи визнання нечинними адміністративних договорів³.

Отже, систему об'єктів судового контролю за муніципально-правовим регулюванням складають нормативно-правові та індивідуально-правові акти органів та посадових осіб місцевого самоврядування, в тому числі муніципально-правові договори, а також муніципально-правові акти безпосереднього народовладдя, тощо.

¹ Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21.05.1997 № 280/97-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0%B2%D1%80#Text>

² Про співробітництво територіальних громад: Закон України від 17.06.2014 № 1508-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1508-18?find=1&text=%D1%81%D1%83%D0%B4#w1_1

³ Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 № 2747-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text>

ПИТАННЯ ДОЦІЛЬНОСТІ ЗАЛУЧЕННЯ НОТАРІУСА ТА ПРЕДСТАВНИКІВ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ АБО МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ЯК ЗАІНТЕРЕСОВАНИХ ОСІБ У СПРАВАХ ЩОДО ВСТАНОВЛЕННЯ ФАКТУ ПРОЖИВАННЯ ОДНІЄЮ СІМ'ЄЮ ЧОЛОВІКА ТА ЖІНКИ БЕЗ ШЛЮБУ

Гансецька В. В.

кандидат юридичних наук, асистент кафедри нотаріального, виконавчого процесу та адвокатури, прокуратури, судової структури

Навчально-наукового інституту права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Для реалізації права на спадкування за законом в порядку четвертої черги після смерті одного з «фактичного подружжя» іншому для отримання свідоцтва про спадщину необхідно звернутися до нотаріуса. Проте, досить часто такі особи не обізнані в тому, що для реалізації цього права їм необхідно надати офіційне підтвердження проживання зі спадкодавцем, а саме рішення суду, що набрало законної сили про встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу. Таке положення передбачено п.4.2. глави 10 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України¹. У випадку, коли особа не надала відповідного рішення суду, нотаріус приймає заяву від такої особи, проте повідомляє її про необхідність звернення до суду за встановленням відповідного факту. Проте, існують випадки, коли нотаріус відмовляє в цьому випадку у вчиненні нотаріальної дії.

Аналіз судової практики свідчить про те, що в заявах про встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу зазначається, що нотаріус відмовляє у вчиненні нотаріальної дії, і в таких випадках суддя йде шляхом залучення нотаріуса в якості заінтересованої особи в такій справі. Наприклад, у справі Іванківського районного суду Київської області від 19 грудня 2012 року № 2-о-30/2012 заявниця звернулася до суду із заявою про встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу. Після смерті особи, з яким вона проживала однією сім'єю, вона звернулася до нотаріуса з метою оформлення спадщини, проте їй було відмовлено у зв'язку із відсутністю підтвердження факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу, а саме рішення суду, що набрало законної сили. Судом нотаріуса було залучено в якості заінтересованої особи². Проте, в іншій аналогічній справі Ленінського районного суду м. Дніпропетровськ № 205/8001/15-ц від 27 липня 2016 року, нотаріуса не було залучено в якості заінтересованої особи³.

Варто зазначити, що більшість таких справ стосується саме ситуацій, коли заява про прийняття спадщини не була прийнята та відповідно не зареєстрована, а отже спадкова справа не відкрита (не заведена), тому залучати нотаріуса до справи не має сенсу, адже він не прийняв заяву, а тому не має відношення до справи.

На нашу думку, судова практика в таких справах сформувалася неправильно, і перш за все через нечітке розуміння сутності заінтересованих осіб у справах окремого провадження.

¹ Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України [Електронний ресурс] // Офіційний веб-портал Верховної Ради України – Режим доступу до ресурсу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12#Text>.

² Рішення Іванківського районного суду Київської області від 19 грудня 2012 року № 2-о-30/2012 р URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/52062241>

³ Рішення Ленінського районного суду м. Дніпропетровськ № 205/8001/15-ц від 27 липня 2016 року URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59423647>

До заінтересованих осіб в науці цивільного процесуального права прийнято відносити учасників справи, які мають юридичну заінтересованість у вирішенні справи. У юридичній науковій літературі існує думка, що до заінтересованих осіб слід відносити осіб, взаємовідносини яких із заявником залежать від мети факту, що підлягає встановленню¹. Для цих осіб характерним є те, що їхні суб'єктивні права та обов'язки мають юридичний зв'язок із суб'єктивними правами і обов'язками заявників. Коло заінтересованих осіб визначається взаємовідносинами із заявником у зв'язку з обставинами, які підлягають встановленню і які можуть вплинути на їх права та обов'язки. Виходячи з цього, залучення в якості заінтересованої особи нотаріуса, який відмовив у відкритті провадження у справі відповідно до чинного законодавства не має сенсу ані для заявника, ані для самого нотаріуса. Участь нотаріуса повинна бути зумовлена інтересом щодо юридичних наслідків розглядуваного факту, а цього в даному випадку немає.

В іншому випадку, якщо нотаріус відкрив (завів) спадкову справу, прийнявши та зареєструвавши заяву, тоді можна говорити про те, що нотаріус має стосунок до цієї справи. Проте, в силу свого статусу нотаріус не підпадає під ознаки заінтересованої особи, адже навіть якщо він зареєстрував заяву та відкрив (завів) спадкову справу, в нього не має юридичного зв'язку із суб'єктивними правами та обов'язками заявника. Він заінтересований лише в здійсненні самої нотаріальної дії, яку він і вчинив відкривши спадкову справу.

Наступним не менш проблемним питанням є залучення в якості заінтересованих осіб представників сільських, селищних рад. Так, у справі Городоцького районного суду Хмельницької області від 9 жовтня 2015 року № 672/1293/15-ц факт проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу був підтверджений письмовими доказами, а саме довідками Веселецької сільської ради²; в іншій справі Чуднівського районного суду Житомирської області від 7.05.2012 року № 625/580/2012 даний факт було підтверджено виписками із господарчих книг³. На нашу думку, якщо були надані відповідні письмові докази, тоді залучати в якості заінтересованих осіб представників сільських, селищних рад немає сенсу, оскільки вони не мають зацікавленості у встановленні такого факту. Проте, аналіз судової практики свідчить про протилежну ситуацію.

Щодо доцільності залучення представників інших державних органів, то це залежить від заінтересованості у встановленні даного факту. Так, наприклад, у справі Суворовського районного суду м. Херсона від 22.12.2015 року № 668/11395/15-ц залучення Головного Управління Пенсійного фонду України матиме місце у випадку встановлення факту у зв'язку із призначення пенсії іншому з фактичного подружжя⁴. В цьому випадку це правильна практика, адже вони будуть нараховувати пенсію, і відповідно мають інтерес у справі. В іншій справі Деснянського районного суду м. Києва від 18 травня 2016 року № 2-о/754/156/16 мало місце залучення Лівобережного об'єднання управління Пенсійного фонду України в м. Києві так як встановлення факту

¹ Васильовський Е.В. Учебник гражданского процесса. – М.: 2-е изд. – 1917. – 429 с.

² Рішення Городоцького районного суду Хмельницької області від 9 жовтня 2015 року № 672/1293/15-ц URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52110996>

³ Рішення Чуднівського районного суду Житомирської області від 7.05.2012 року № 625/580/2012 URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63216437>

⁴ Рішення Суворовського районного суду м. Херсона від 22.12.2015 року № 668/11395/15-ц URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/54576982>

мас значення для реалізації особистих немайнових та майнових прав, зокрема, права на матеріальну допомогу у зв'язку з втратою годувальника¹.

Отже, залучення судом нотаріуса в якості заінтересованих осіб при встановленні факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу є обґрунтованим лише у випадках, коли ними була заведена спадкова справа і внаслідок встановлення кола спадкоємців виявлено особу, яка стверджує, що проживала з спадкодавцем однією сім'єю без реєстрації шлюбу. На наш погляд, необґрунтованою є практика залучення в якості заінтересованих осіб представників органів державної влади або місцевого самоврядування у зв'язку з наданням ними відповідних довідок про проживання. Надання такої інформації для суду не може розглядатися як їх юридична заінтересованість у результатах вирішення справи, а відтак безпідставним є їх залучення у якості заінтересованих осіб у справах про встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу.

ПЕРЕПИСКА У МЕСЕНДЖЕРАХ: АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ДОКАЗУВАННЯ

Гаркот А.Б.

прокурор окружної прокуратури міста Івано-Франківська

Із розвитком новітніх технологій Інтернет почав займати чи не основне місце серед засобів комунікації між людьми. Одним із досягнень Інтернету стала наявність месенджерів, у тому числі таких як Viber, Telegram, Whatsapp, Skype. З кожним роком їх популярність збільшується. Кількість користувачів месенджерів зростає щорічно, як і зростають їх можливості, які, разом із мобільним зв'язком, практично витіснили стаціонарні пристрої. Із поширенням смартфонів мобільний обмін миттєвими повідомленнями став надзвичайно актуальним. Месенджери - це особлива форма обмінами миттєвими повідомленнями, яка дозволяє користувачам полегшити соціальні взаємодії.

Відмінність миттєвих повідомлень від, наприклад, електронної пошти в тому, що обмін повідомленнями відбувається в реальному часі. При відправленні повідомлення електронною поштою повідомлення зберігається у поштової скриньці на сервері. Для того, щоб отримати повідомлення, отримувач повинен сам перевірити свою поштову скриньку і забрати їх. У інтернет-пейджерах зв'язок між користувачами утримується постійно і відправлене повідомлення одразу передається користувачу.

На теперішній час за допомогою месенджерів ведеться не тільки особисте листування, а вирішуються і ділові питання. Тому месенджери стали головними додатками у мобільних телефонах.

Однак, в частині доказування у кримінальному процесі часто виникають ситуації з наданням доказової сили листуванню, що здійснюється з використанням месенджерів.

Так, частиною другою статті 9 Кримінального процесуального кодексу України передбачено, що прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий зобов'язані всебічно, повно і неупереджено дослідити обставини кримінального провадження, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують підозрюваного, обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують чи обтяжують його покарання, надати їм належну правову оцінку та забезпечити прийняття законних і неупереджених процесуальних рішень.

¹ Рішення Деснянського районного суду м. Києва від 18 травня 2016 року № 2-о/754/156/16 URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57764584>

Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінюють кожний доказ з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів - з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення (ст. 94 Кримінального процесуального кодексу України)¹.

Внутрішнє переконання – це тверда впевненість, що склалася у судді, слідчого судді, прокурора, слідчого в тому, що ними дано правильну оцінку всім наявним у кримінальному провадженні засобам доказування і всім встановленим фактам, і те, що отриманий таким шляхом висновок з усіх питань, які виникли в кримінальному провадженні, є єдино правильним.

Внутрішнє переконання формується в процесі дослідження доказів, і тому має бути обґрунтованим. Воно є наслідком ретельного, критичного розгляду наявних джерел доказів і тих фактичних даних, які в них містяться².

Таким чином, усі зібрані під час досудового розслідування докази підлягають ретельній оцінці на предмет їх допустимості, належності, достовірності та достатності.

З приводу оцінки з точки зору допустимості доказу - переписки у месенджері «Телеграм» висловився Верховний Суд.

У постанові від 9 квітня 2020 року у справі № 727/6578/17 Верховний Суд зазначив, що отримання слідчим доступу до відомостей з мобільного телефону особи без постанови слідчого судді не є істотним порушенням кримінального процесуального закону, оскільки такий доступ не обмежувався власником, володільцем або утримувачем таких відомостей та не був пов'язаний з подоланням системи логічного захисту. Зокрема, у касаційній скарзі захисник засудженого просив скасувати ухвалу апеляційного суду та призначити новий розгляд у суді апеляційної інстанції. Зазначав, що апеляційний суд не звернув уваги на порушення, допущені під час розгляду справи в суді першої інстанції, а саме що винуватість засудженого у вчиненні злочинів, передбачених ч. 3 ст. 305, ч. 3 ст. 307 КК, не доведена належними та допустимими доказами. Вказував про недопустимість такого доказу, як протокол огляду предметів (телефону та бандеролі).

Колегія суддів ВС рішення, що оскаржувалися, залишила без зміни, мотивуючи це наступним. Протоколом огляду мобільного телефону доведено, що в переписці за допомогою програми «Телеграм» засуджений обговорював з іншим користувачем суми грошей, за які можна продавати товар. Безпідставним є твердження захисника про те, що під час досудового розслідування було здійснено незаконний (без постанови слідчого судді) доступ до відомостей з електронних інформаційних мереж, який оформлено як протокол огляду предмета – телефону. Сутність такої НСРА, як доступ до зняття інформації з електронних інформаційних систем, полягає здійсненні на підставі ухвали слідчого судді пошуку, виявлення і фіксації відомостей, що містяться в електронній інформаційній системі або її частин, доступ до яких обмежений власником, володільцем або утримувачем системи розміщенням її у публічно недоступному місці, житлі чи іншому володінні особи або логічним захистом доступу, а також отримання таких відомостей без відома її власника, володільця або утримувача.

Зняття інформації з електронних інформаційних систем або їх частин можливе без дозволу слідчого судді, якщо доступ до них не обмежується їх власником, володільцем або утримувачем або не пов'язаний з подоланням системи логічного захисту.

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

² Кримінальний процес України у питаннях і відповідях: навчальний посібник / Л.Д. Удалова, В.В. Рожнова, Д.О. Савицький, О.Ю. Хабло, О.В. Римарчук, Київ, 2016. 354 с.

Що стосується інформації, яка була наявна в мобільному телефоні, то вона була досліджена шляхом включення телефону та огляду текстових повідомлень, які в ньому знаходились та доступ до яких не був пов'язаний із наданням володільцем відповідного серверу (оператором мобільного зв'язку) доступу до електронних інформаційних систем. У даному випадку орган досудового розслідування провів огляд предмета – телефону та оформив його відповідним протоколом, який складений з дотриманням вимог КПК¹.

За таких обставин Верховний Суд не знайшов жодних порушень вимог кримінального процесуального закону при розгляді даного кримінального провадження.

Отже, отримання відомостей особами, не уповноваженими на провадження оперативно-розшукової діяльності, в результаті випадкового, а не ініціативного характеру їхніх дій, робить ці відомості допустимими для використання у кримінальному процесі як доказів².

Водночас, наявні ситуації, за яких виникають проблеми при наданні оцінки таким доказам, як скріншоти переписки у мобільних додатках, які містять інформацію про обставини вчинення кримінального провадження, через неможливість підтвердити їх достовірність шляхом огляду у мобільних терміналах.

Зокрема, у мобільних додатках наявна функція видалення чи редагування повідомлень, у тому числі у режимі видаленого доступу, у обох співрозмовників, що може призвести як до неповноти дослідження ланцюгу повідомлень, оскільки невідомо, чи було видалено чи відредаговано частину повідомлень, так і до повного знищення інформації про листування на телефоні. Також, до повної втрати інформації призведе видалення додатку на мобільному пристрої, що унеможливить здійснити перевірку відповідності інформації, наведеної у скріншотах, її оригінальному змісту у месенджері.

В окремих випадках виникають проблеми ідентифікації співрозмовника. Точну ідентифікацію особи можна встановити тільки при використанні фізичної мережевої адреси (IP) та офіційного підтвердження приналежності номерів телефонів співрозмовникам.

Окрім того, відсутність у операторів мобільного зв'язку фіксації дзвінків та повідомлень, здійснених за допомогою месенджерів, не дає можливості підтвердити чи спростувати факт наявності спілкування та переписки між конкретними особами.

На підставі викладеного, можна дійти висновку, що в епоху розвитку Інтернет-комунікацій месенджери відіграють важливу роль при обміні інформацією між людьми. При цьому, інформація, яка міститься у повідомленнях, може мати важливе значення для доказування у кримінальному провадженні. Тому рішення з боку прокурора потрібно приймати за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження.

¹ Рішення Верховного Суду від 09 квітня 2020 року у справі № 727/6578/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/88749345>.

² Лобойко А.М., Банчук О.А. Кримінальний процес: Навчальний посібник. – К.: Ваїте, 2014. – 280 с.

СТАДІЇ ТА ВИДИ ПРОВАДЖЕНЬ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ: ТЕОРЕТИКО-ПРИКЛАДНИЙ ЗМІСТ

Гетманцев О.В.

*доцент, к.ю.н., доцент кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

Цивільне судочинство має давню і тривалу історію свого виникнення та існування. Для кожного історичного періоду були характерні поступова диференціація зумовлена особливостями в правовому регулюванні судочинства для розв'язання соціальних конфліктів у різні історичні періоди розвитку та становлення державності в Україні. Вже з другої половини XIX століття під впливом світових прогресивних подій які відбувалися в деяких європейських країнах (Франція, Німеччина, Австрія, Італія) не оминули питання судового захисту. Виокремлення цивільного судочинства в самостійний вид судової діяльності спрямованого на захист був пов'язаний з переосмисленням у розумінні мети судочинства, його функцій, призначенням в людському суспільстві, що спонукали до новаторських змін у правовому регулюванні і в науковому дослідженні.

Сучасне розуміння цивільного судочинства досліджується в різних напрямках і розглядається в певних практичних проявах у суспільстві. Важливим і актуальним є питання стосовно внутрішньої будови, а саме структури, цивільного судочинства і цивільного процесу в цілому.

Враховуючи положення цивільного процесуального кодексу України (далі ЦПКУ) викладені у статті 2 під назвою «Завдання та основні засади цивільного судочинства» можна вважати їх тим орієнтиром на який спрямовані всі структурні елементи цивільного судочинства з яких воно утворюється і за допомогою яких досягаються мета судочинства.

Цивільне судочинство, як основна і невід'ємна частина цивільного процесу, повинно розглядатися як важливі правові форми діяльності в державі. Вони ґрунтуються на нормах цивільного процесуального права і повинні функціонувати на основі їх дотримання та реалізації.

Відповідно до ЦПКУ внутрішня будова (структура) цивільного судочинства утворюється із системи самостійних проваджень. На це звертали увагу В.В.Комаров¹ і Ю.Д. Притика². Юридичною основою судових проваджень в цивільному судочинстві стають перш за все норми цивільного процесуального права – фундаментальний елемент змісту кожного судового провадження, через сукупність яких встановлюється процесуальні права та обов'язки і процесуальні дії з їх реалізації судом та учасниками судового процесу спрямованих на виконання завдань конкретного виду провадження. Цивільні процесуальні норми є відправною точкою для динаміки судового провадження і відповідно цивільного судочинства. Такі норми закріплюють процесуальний порядок, черговість процесуальних дій вчинення їх судом і учасниками судового процесу. Результати такої процесуальної діяльності фіксуються у відповідних процесуальних документах, форма і зміст яких визначена ЦПКУ. Це забезпечує оптимальність процесуальних дій та ефективність в досягненні юридичних результатів суду та учасниками судового процесу. Відсутність детальної процесуальної регламентації

¹ Цивільне судочинство України: основні засади та інститути: монографія /В.В. Комаров, К.В. Гусаров, Н.Ю. Сакара та ін.; за ред. В.В. Комарова. Х.: Право, 2016. 848 с. (автор Розділу 1, підрозд. 1.4 Комаров В.В.)

² Притика Ю.Д. Сліввідношення понять «стадії» та «провадження» в цивільному процесуальному праві // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. 2009. №81. С. 163-166.

призведе до не виправданих втрат у часі, неузгодженості дій суб'єктів судового процесу на різних етапах (рівнях) провадження або до інших негативних наслідків, які утрудняють досягнення мети чи конкретного завдання провадження.

Поняття судового провадження у нормах ЦПКУ не дається, а тому законодавець використовує цей термін для позначення певного процесуального порядку діяльності суду та учасників судового процесу для досягнення конкретної мети, обумовленої завданнями цивільного судочинства визначених у ч. 1 ст. 2 ЦПКУ.

У теорії цивільного процесуального права судове (або процесуальне) провадження розглядають як одну з складових частин юридичної процесуальної форми, що узагальнює загальні критерії поділу юрисдикційного процесу по предмету розгляду юридичних справ і відображає комплекс взаємообумовлених взаємозв'язаних процесуальних дій, які виражаються: (а) у системі процесуальних відносин; (б) сукупності способів здійснення процесуальної діяльності; (в) системі офіційних документів, що фіксують результати розгляду справи.

Вид провадження – це передбачений нормами цивільного процесуального права порядок розгляду окремої категорії справ, в основі якого лежать обумовлені предметом судової діяльності особлива мета і метод виконання завдань по захисту суб'єктивних прав і охоронюваних законом інтересів, і який разом з тим підпорядкований загальним правилам цивільного судочинства¹; специфічна конструкція, морфологічна модель розгляду цивільної справи, що відбиває предметну характеристику цивільного судочинства з точки зору матеріально-правової природи права, що розглядається, специфіку доказування фактів як юридико-фактологічної основи справи та результатів розгляду справи, які відбуваються у процесуальних актах-документах²; особливий порядок (процедура) розгляду окремих категорій юридичних справ; врегульований нормами цивільного процесуального права порядок провадження в цивільних справах, який визначається системою взаємопов'язаних цивільних процесуальних прав та обов'язків і цивільних процесуальних дій, які реалізуються суб'єктами судового процесу: судом і учасниками судового процесу; визначений характером і специфікою матеріального права або охоронюваного законом інтересу, які підлягають судовому захисту; процесуальний порядок порушення, розгляду, вирішення певних груп цивільних справ³. Іноді провадження ототожнюється із цивільним судочинством і останнє визначається через провадження або, наприклад, провадження розглядаються у якості стадії, етапу, частини судового провадження чи цивільного судочинства (процесу).

Надати універсальне поняття судового провадження яке б охоплювало процесуальні особливості усіх існуючих проваджень у ЦПКУ важко і навряд чи є можливим.

Вид провадження в цивільному судочинстві можна визначити як частину цивільного судочинства, в рамках якого вирішуються самостійні процесуальні завдання, які характеризують особливості процесуального регулювання порядку розгляду і вирішення цивільних справ, перегляду судових рішень та інші процесуальні завдання в межах встановленої процесуальної форми. Вид провадження має відносну самостійність і завершеність правового регулювання.

Судові провадження «снують» на основі норм цивільного процесуального права, атому їх кількість визначається кодифікованим галузевим нормативно-правовим актом – ЦПКУ.

¹ Васильєв С.В. Енциклопедія цивільного судочинства: основні інститути та теоретичні засади. Київ: Алерта, 2021. 658 с.

² Курс цивільного процесу: підручник / В.В. Комаров, В.А. Бігун, В.В. Баранкова та ін.; за ред. В.В. Комарова. Х.: Право, 2011. 1352 с

³ Цивільне процесуальне право України: підручник. Вид. 2-ге, переробл. та допов. у 2 т. / за ред. д.ю.н., професора, академіка М.М. Ясинка. Київ: Алерта, 2021. Т. 1. 330 с. (автор Розділу 1 гла. 1 Гетманцев О.В.)

Провадження в цивільному судочинстві поділяються в науці цивільного процесуального права на фундаментальні, основні, базові, спеціальні, специфічні, процедурні, диференційовані, інстанційні, функціональні тощо.

Кожне судове провадження «рухається» стадійно характеризуючи цивільне судочинство як стійку динамічну систему. Такий рух забезпечує одноманітність процесуальних дій суду і учасників судового процесу та гарантує дотримання правового порядку і процесуальної дисципліни в досягненні мети участі в судовому процесі кожного його суб'єкта.

Під стадією в цивільному судочинстві розуміють сукупність ознак, властивостей, які характеризують: а) наявність часових і просторових меж; б) наявність самостійної мети і завдань; в) системи процесуальних відносин; г) відображення результатів у спеціальних процесуальних актах; д) особливості процедури виникнення і розвитку; е) особливості процесуального становища суб'єктів процесу; ж) специфіки реалізації принципів цивільного процесу¹. При цьому перевага повинна надаватися такій ознаці як вирішення завдань та досягнення мети, що створює у даному провадженні.

Потрібно виділяти не стадії цивільного процесу в цілому, а стадії окремих видів проваджень; по-друге, повинно враховуватися специфіка кожного виду провадження в залежності від передбачених у ЦПК України стадій, їх виникнення, розвитку, особливостей врегульованої нормами процедури; по-третє, виділення стадій за видами провадження дасть можливість детальніше охарактеризувати окремі види провадження, виділити їх специфіку.

Стадія провадження – це певна частина самостійного виду провадження, яка характеризує особливості даного виду провадження, об'єднує сукупність процесуальних дій суб'єктів процесу для досягнення визначеної нормами цивільного процесуального законодавства мети у зв'язку із здійсненням правосуддя в цивільних справах.

Отже, сучасне цивільне судочинство структурно складається з самостійних видів проваджень які за своїм змістом передбачають рух по стадіям.

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ТАУМАЧЕННЯ ТА ЗАСТОСУВАННЯ СТАТТІ 24 КПК УКРАЇНИ

Глов'юк І.В.

*д.ю.н., професор, заслужений юрист України,
професор кафедри кримінально-правових дисциплін Інституту права
Львівського державного університету внутрішніх справ*

Як один із елементів засади забезпечення права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності КПК України у ст. 24 передбачає таке положення: «гарантується право на перегляд вироку, ухвали суду, що стосується прав, свобод чи інтересів особи, судом вищого рівня в порядку, передбаченому цим Кодексом, незалежно від того, чи брала така особа участь у судовому розгляді». Відмітимо, що схоже формулювання є, наприклад, у ст. 17 ЦПК України, де передбачено, що «учасники справи, а також особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їхні права, свободи, інтереси та (або) обов'язки, мають право на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках - на касаційне оскарження судового рішення». Разом з тим, перелік суб'єктів оскарження у ст. 393 КПК України та ст. 425 КПК України, є вичерпним, і «інші

¹ Цивільне процесуальне право України: підручник. Вид. 2-ге, переробл. та допов. у 2 т. / за ред. д.ю.н., професора, академіка М.М. Ясинка. Київ: Алерта, 2021. Т. 1. 330 с. (автор Розділу 1 гла. 1 Гетманцев О.В.)

особи» є суб'єктами апеляційного оскарження лише у випадках, передбачених цим Кодексом, а серед суб'єктів касаційного оскарження «інших осіб» - немає.

У літературі є пропонувані переліки «інших осіб», коло яких доволі широке¹. Разом з тим, такий нормативний підхід суперечить загальному змісту засади забезпечення права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності, оскільки не враховує інших осіб, які прямо не передбачені у КПК України, та їх інтереси. У аспекті проблемності такого становища при оскарженні ухвал слідчих суддів наводили аргументи та пропозиції Д.І. Клепка², Т.О. Музиченко³, і є пропозиція внести зміни до п. 10 ч. 1 ст. 393 КПК, та викласти його в наступній редакції: інші особи, інтересів яких стосується судове рішення⁴, з якими, як буде обґрунтовано далі, слід погодитись, проте, дещо уточнити.

Відмітимо, що судова практика вже давно іде по шляху розширеного тлумачення суб'єктів права на апеляційне оскарження, і не тільки ухвал слідчих суддів. Наприклад, розтлумачено право потерпілого на оскарження вироку на підставі угоди про визнання винуватості: як убачається з матеріалів провадження, у своїй апеляційній скаргі потерпілий ОСОБА_1 вказував на те, що ухвалою Київського районного суду м. Полтави від 28 березня 2017 року його було визнано потерпілим у кримінальному провадженні і своїй письмової згоди на укладення угоди про визнання винуватості між прокурором та обвинуваченим ОСОБА_2 від 27 листопада 2017 року він не надавав. Крім того, зауважував, що районний суд затвердив цю угоду та постановив указаний вирок у його відсутності, не перевіривши належним чином, чи було дотримано прокурором при укладенні угоди вимог ч. 4 ст. 469 КПК. Акцентував увагу апеляційного суду на тому, що умови цієї угоди порушують його права та законні інтереси, а тому вирок місцевого суду постановлений з істотними порушеннями вимог кримінального процесуального закону та підлягає скасуванню. При вирішенні питання про відкриття апеляційного провадження суддя апеляційного суду на ці доводи потерпілого уваги не звернув та не зважив на те, що суть доводів потерпілого, викладених у апеляційній скаргі, стосується не змісту вироку місцевого суду, а визначеної кримінальним процесуальним законом процедури прийняття такого рішення, яку, на думку потерпілого, було проведено цим судом з істотним порушенням вимог КПК. За таких обставин при прийнятті рішення суддя апеляційного суду повинен був керуватися не положеннями ч. 4 ст. 394 та ч. 4 ст. 399 КПК, а виходити із загальних засад кримінального провадження, закріплених у ст. 7 КПК, у тому числі таких, як верховенство права, законність та забезпечення права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності (ст.ст. 8, 9, 24 КПК)⁵. Крім того, є поширена судова практика оскарження вироків на підставі угод «іншими особами», які не брали участь у судовому провадженні, проте, вирок стосується їх інтересів⁶. Саме по вироках на підставі угод доречно навести також таку правову позицію, яка, до речі, може бути екстрапольована і на інші питання оскарження, якщо судове рішення торкається інтересів особи: оскільки ст. 394 КПК не врегульовано питання апеляційного оскарження вироку на підставі угоди, якщо ним порушуються

¹ Бобечко Н.Р. Апеляційне та касаційне провадження у кримінальному судочинстві України : дис. докт. юрид. наук : 12.00.09. Львів, 2016. С. 105-106

² Клепка Д.І. Оскарження рішень, дій чи бездіяльності під час досудового розслідування як окремий вид провадження: дис. канд. юрид. наук : 12.00.09. Харків, 2017. С. 136-137

³ Музиченко Т.О. Апеляційне оскарження ухвал слідчого судді щодо правомірності обмеження права власності особи у досудовому розслідуванні: дис. канд. юрид. наук : 12.00.09, Київ, 2018. С. 181-182

⁴ Клепка Д.І. Вказана праця, С. 137

⁵ Постанова ККС ВС від 05 листопада 2019, справа № 552/7940/17, URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85615498>

⁶ Постанова ККС ВС від 21 червня 2018, справа № 466/6808/16-к, URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74963638>

права іншої особи, яка не є учасником цього кримінального провадження, суд, вирішуючи питання захисту порушених прав такої особи, повинен звертатися до загальних норм кримінального процесуального закону. Отже, при вирішенні питання, чи є підстави для оскарження рішення суду до суду вищого рівня певною особою, незалежно від того, чи брала така особа участь у судовому розгляді, ключовим є з'ясування, чи насправді це рішення стосується інтересів конкретної особи¹.

Більше того, у постанові ККС ВС зазначено ще більш широко: незалежно від використаної законодавчої техніки (інша особа), право на апеляційне оскарження, як конституційно гарантована засада судочинства, забезпечує право на звернення до суду вищої інстанції не лише підозрюваному, обвинуваченому, а категорія «інші особи» у розумінні пункту 10 статті 393 КПК охоплює й тих учасників кримінального провадження, прав, свобод чи інтересів яких стосується судові рішення².

Це питання нещодавно актуалізувалося у практиці ККС ВС у аспекті права на оскарження свідка (яка зазначала, що фактично у кримінальному провадженні щодо ОСОБА_2 вона є потерпілою. Водночас, органами досудового розслідування її права в частині визнання потерпілою були порушені. Однак, суди як першої, так й апеляційної інстанції вказані порушення не усунули³). ККС ВС вказав, що положення КПК не передбачають можливості подання апеляційної скарги свідком у кримінальному провадженні, і касаційну скаргу залишив без задоволення⁴. Суддя О.Г. Яновська виклала окрему думку із посиланням на те, що «право на оскарження судових рішень у судах апеляційної та касаційної інстанції може виникнути тільки у випадку, якщо рішення суду стосується прав, свобод та інтересів осіб, які подали відповідну апеляційну чи касаційну скаргу. Таким чином, конституційний принцип забезпечення апеляційного та касаційного оскарження гарантує право звернення до суду зі скаргою в апеляційному чи в касаційному порядку, яке має бути реалізовано, за винятком встановленої законом заборони на таке оскарження. ... Як убачається з матеріалів справи, повертаючи апеляційну скаргу ОСОБА_1, суддя апеляційного суду обмежився лише формальним посиланням на положення ст. 393, ч. 3 ст. 399 КПК. При цьому суддя апеляційного суду не перевіряв, чи стосується ухвала суду першої інстанції прав, свобод та законних інтересів ОСОБА_1, яка брала участь у вказаному кримінальному провадженні як свідок і чи в змозі вона з урахуванням норм процесуального закону реалізувати своє право на судовий захист в інший спосіб, ніж шляхом апеляційного оскарження такої ухвали. Отже, при вирішенні питання, чи є підстави для оскарження рішення суду до апеляційного суду певною особою, незалежно від того, чи брала така особа участь у судовому розгляді, ключовим є з'ясування, чи насправді це рішення стосується інтересів конкретної особи»⁵.

Як видається, таке різне тлумачення у судовій практиці пов'язано із тим, що положення ст. 24 КПК України мають засадничий характер і не імплементовані безпосередньо у ст.ст. 393 та 425 КПК України (хоча з позиції засади верховенства права і норми-принципу має бути цілком достатньо для розширеного тлумачення кола суб'єктів апеляційного та касаційного оскарження). Відповідно, для дотримання

¹ Постанова ККС ВС від 30 травня 2019, справа № 523/7652/18, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82217914>

² Постанова ККС ВС від 24 липня 2018, справа № 370/1215/17, URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75528609>

³ Постанова ККС ВС від 03 червня 2021, справа №459/3451/20, URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97495747>

⁴ Там само

⁵ Окрема думка від 03 червня 2021 судді Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду Яновської О. Г. у кримінальному провадженні за касаційною скаргою ОСОБА_1 на ухвалу Львівського апеляційного суду від 15 лютого 2021 року у кримінальному провадженні щодо ОСОБА_2 , обвинуваченої у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч.1 ст.358 Кримінального кодексу України (далі - КК), звільненої від кримінальної відповідальності, на підставі ст. 49 КК у зв'язку із закінченням строків давності, кримінальне провадження щодо якої на підставі п. 1 ч. 2 ст. 284 Кримінального процесуального кодексу України (далі - КПК) закрито. Справа №459/3451/20, URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97495750>

юридичної визначеності та однаковості судової практики пропонуємо доповнити ст.393 КПК України та ч. 1 ст. 425 КПК України новим пунктом, який міститиме положення: «особа, прав, свобод чи інтересів якої стосується судове рішення, її законний представник, представник – у частині, яка стосується прав, свобод чи інтересів особи». У такому формулюванні ця норма вирішуватиме питання оскарження і ухвал слідчих суддів, і інших судових рішень у кримінальному провадженні.

СПРОЩЕНЕ ПОЗОВНЕ ПРОВАДЖЕННЯ: АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ З РОЗГЛЯДУ СПРАВ

Горбачова Л.Д.

помічник адвоката

Адвокатське об'єднання «Правова та економічна безпека»

Судова реформа суттєво вплинула на сучасну судову систему України і на все процесуальне законодавство. Редакція Цивільного процесуального кодексу України від 15 грудня 2017 року кардинально змінила цивільний процес. Завдяки цим змінам законодавцем виокремлено нову позовну форму розгляду цивільних справ – «спрошене позовне провадження».

Втілення такої форми позовного провадження в життя, як спрошене позовне провадження мало на меті створити ряд позитивних моментів, а саме: захист порушених прав та охоронюваних законом інтересів в короткі строки; ефективний розгляд справи за наявними матеріалами у справі за відсутності сторін; зменшення навантаження у роботі суду; відсутність затягування процесу.¹

Але чи вдалося реалізувати те, що мав на меті законодавець?

Запровадження спрошеного позовного провадження повинно було стати важливим кроком для підвищення ефективності цивільного судочинства та виконання завдання цивільного судочинства, яке полягає у неупередженому, своєчасному та справедливому вирішенні цивільних справ за короткі строки з меншим навантаженням на суди.

6-7 грудня 2019 року відбулося засідання Європейської комісії за демократію через право, на якому вона ухвалила висновок щодо змін до законодавства стосовно Верховного Суду та органів суддівського врядування, в якому зазначила наступне.

Реформа Верховного Суду може і навіть повинна бути здійснена після зменшення у ньому величезного накопичення справ. З метою зменшення кількості справ і розвантаження судів було запроваджено фільтри для доступу до Верховного Суду.

Також зазначено, що Положення про зменшення кількості суддів Верховного Суду до 100 повинне бути скасовано з огляду на наступне.

Скорочення кількості суддів призведе до ще більшого накопичення справ і поставить під загрозу функціонування Верховного Суду. Через велику кількість справ (близько 70 000 справ), Верховний Суд не матиме можливість приймати належним чином обґрунтовані рішення упродовж розумного строку, що суперечитиме статті 6 ЄСПЛ.

Однією з причин зменшення чисельності суддів, названих делегації Венеціанської комісії, було забезпечення єдності прецедентного права, якого було б легше досягти зі 100, ніж із 200 суддями. Касаційні суди у Верховному суді приймали б суперечливі судові рішення і навіть Велика Палата, якій були надані повноваження врегулювання таких невідповідностей, виносила б суперечливі рішення.

Під час дискусії з делегацією Венеціанської комісії Верховний Суд дійсно визнав, що в

¹А. С. Франчук «Щодо визначення поняття та ознак спрошеного позовного провадження у цивільному процесі», 2018р.

декількох справах були прийняті суперечливі рішення, але він наполягав на тому, щоб Велика палата активно працювала над вирішенням цих питань. Комісія також дізналася, що, як пріоритет, Верховний Суд вирішував типові справи, що вирішило б правові питання для багатьох справ, розгляд яких ще не завершено (прийнято рішення по 14 таких типових справах).

Скорочення кількості суддів не є гарантією відсутності суперечностей. Є кількісно набагато менші верховні суди, які ухвалюють рішення у палатах, в яких виникає проблема. Надзвичайно важливим моментом є створення в суді механізму реагування, можливо, виправлення та зменшення таких суперечностей. Це – питання процесуальних норм, обізнаності суддів та простоти доступу до прецедентного права (індексація, ефективний пошук у базі даних).

Делегація Венеціанської комісії дізналася, що готується інший проект закону про запровадження процедурних фільтрів, що обмежують доступ до Верховного Суду з метою переходу до «справжнього» касаційного суду, який розглядатиме лише питання права. Дійсно, Верховний Суд здійснює так званий «всебічний перегляд». У Верховному Суді накопичені близько 70 000 справ (у тому числі від колишніх вищих спеціалізованих судів) і він щодня отримує близько 360 нових справ.

Більшість співрозмовників делегації погодилися, що джерелом проблеми накопичення справ є не сам Верховний Суд, а суди першої та другої інстанцій, які ще не були реформовані. Близько 1500 суддів звільняються через оцінювання або до того, як їх було оцінено. Оскільки громадяни не довіряли суддям, багато рішень нижчих інстанцій було оскаржено до Верховного Суду через їх невідповідність. Тому підхід повинен полягати в тому, щоб спочатку реформувати нижчі інстанції та заповнити ці вакансії до того, як перетворити Верховний суд на касаційний суд. В іншому випадку доступ до суду відповідно до статті 6 ЄСПЛ буде серйозно уповільнений.

В принципі, мета зменшення доступу до Верховного Суду та обмеження його вирішенням питань права, а не проведення всебічного перегляду є вагомим метою реформи. Проте Закон № 193 не дотримується послідовності такої реформи. Спочатку повинні бути прийняті процесуальні фільтри, а Верховний Суд повинен вирішити його сучасні накопичені справи, оскільки фільтри матимуть ефект лише стосовно майбутніх справ (застосування із зворотного силою вилучення з реєстру справ, які перебувають наразі на розгляді, викликало б серйозні питання доступу до судів відповідно до статті 6 ЄКПА).

Після того, як накопичені справи будуть розглянуті і рівень завантаженості справами, які постійно надходять, буде зменшений за допомогою фільтрів, кількість суддів можливо поступово зменшувати. Це буде залежати від рівня завантаженості справами, які залишаться, що виникає внаслідок ефективності фільтрів, в той час як необхідно враховувати достатню кількість часу для того, щоб судді серйозно розглядали справи, в яких поставлені важливі принципові питання. Таке зменшення чисельності суддів можливо досягти шляхом природного зменшення кількості (виходу на пенсію) або добровільного переведення.

Тож мета зменшення кількості суддів може бути досягнута на більш пізньому етапі після того, як Верховний Суд усуне своє поточне накопичення справ і фільтри доступу стануть ефективними для нових справ.¹

Отже, через непомірне навантаження на суддів Верховного Суду до Цивільного процесуального кодексу України запроваджено касаційні фільтри, які встановлюють додаткові вимоги для звернення з касаційною скаргою.

¹Європейська Комісія «За демократію через право» (Венеціанська комісія) Висновок щодо змін до законодавчих актів, які регулюють статус Верховного Суду та органів суддівського врядування. Венеція, 6-7 грудня 2019 р.

Відповідно до п. 2 ч. 3 ст. 389 ЦПК України не підлягають касаційному оскарженню судові рішення у малозначних справах та у справах з ціною позову, що не перевищує двохсот п'ятдесяті розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб, крім випадків, якщо: а) касаційна скарга стосується питання права, яке має фундаментальне значення для формування єдиної правозастосовчої практики; б) особа, яка подає касаційну скаргу, відповідно до цього Кодексу позбавлена можливості спростувати обставини, встановлені оскарженим судовим рішенням, при розгляді іншої справи; в) справа становить значний суспільний інтерес або має виняткове значення для учасника справи, який подає касаційну скаргу. Хочу звернути увагу на те, що питання чи становить певна справа суспільний інтерес суд вирішує за своїм внутрішнім переконанням, адже зрозумілим є те, що кожна справа має значення для особи, чії права та інтереси вона вирішує. г) суд першої інстанції відніс справу до категорії малозначних помилково.¹

Тобто, якщо особа, справа якої вирішувалась за правилами спрощеного позовного провадження звертається до Верховного Суду повинна пройти усі чотири фільтри для того, щоб оскаржити у касаційному порядку рішення попередніх судів.

Отже, фактично наразі склалася ситуація, за якої переглянути справу, яка розглядалася в порядку спрощеного позовного провадження, в касаційному порядку практично неможливо.

Так, наприклад, в постанові ККС ВС від 30 квітня 2021 року у справі №175/1605/19 (провадження № 61-6958ск21) суд застосував таку аргументацію.²

Частиною першою статті 274 ЦПК України визначено, що у порядку спрощеного позовного провадження розглядаються справи: малозначні справи; що виникають з трудових відносин.

Для цілей цього Кодексу розмір прожиткового мінімуму для працездатних осіб вираховується станом на 1 січня календарного року, в якому подається відповідна заява або скарга, вчиняється процесуальна дія чи ухвалюється судові рішення (частина дев'ята статті 19 ЦПК України).

Відповідно до пункту 1 частини першої статті 176 ЦПК України у позовах про стягнення грошових коштів ціна позову визначається сумою, яка стягується, чи оспорюваною сумою за виконавчим чи іншим документом, за яким стягнення провадиться у безспірному (безакцептному) порядку.

Предметом позову в даній справі є вимоги про зміну формулювання причини звільнення з роботи, стягнення вихідної допомоги, середнього заробітку за час затримки розрахунку при звільненні та моральної шкоди, при цьому позовна вимога про відшкодування моральної шкоди є майновою вимогою, оскільки позивач її визначив у грошовому вимірі. Тобто ціна позову становить 200 000 грн, яка станом на 01 січня 2021 року не перевищує двісті п'ятдесяті розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб (2 270 грн x 250 = 567 500 грн).

Також ККС ВС окремо послався і на практику Європейського суду з прав людини. Зокрема, ЄСПЛ вказує, що було б важко погодитись з тим, що Верховний Суд у ситуації, коли відповідне національне законодавство дозволило йому відфільтрувати справи, що надходять до нього, має бути пов'язаним з помилками нижчих судів при визначенні питання щодо надання комусь доступу до нього. В іншому випадку це може серйозно заважати роботі Верховного Суду і зробити неможливим виконання Верховним Судом своєї спеціфічної ролі. У прецедентній практиці Суду вже було підтверджено, що повноваження вищого суду щодо визначення своєї юрисдикції не можуть бути обмежені

¹ Цивільний процесуальний кодекс України

² Електронний ресурс: УХВАЛА ВІД 30.04.2021 № 175/1605/19 ВЕРХОВНИЙ СУД. КАСАЦІЙНИЙ ЦИВІЛЬНИЙ СУД (ligazakon.net)

таким чином (рішення у справі «Зубац проти Хорватії», заява № 40160/1, від 05 квітня 2018 року).

Отже, справа є незначної складності, тому є малозначною відповідно до пункту 2 частини шостої статті 19 ЦПК України.

При цьому, Верховним Судом досліджено та взято до уваги: ціну та предмет позову, складність справи, доводи касаційної скарги, а також значення справи для сторін і суспільства, практику розгляду справ з даної категорії.

У висновку КЦС ВС зазначив, що касаційна скарга та додані до неї матеріали не містять посилання на випадки, передбачені пунктом 2 частини третьої статті 389 ЦПК України, за наявності яких судові рішення у малозначній справі підлягають касаційному оскарженню.

Зробивши аналіз судової практики я хочу зауважити наступне - більшість справ навіть не доходять до розгляду в касаційному порядку через недостатню ціну позову або, якщо ціна справа не становить значного суспільного інтересу. Але для особи її справа важлива, вона вважає, що її права та законні інтереси порушено, однак вона позбавлена можливості звернутися до суду за захистом.

Я дійшла до наступного висновку, станом на сьогоднішній день завдання спрощеного позовного провадження, що полягає у неупередженому, своєчасному, справедливому та, водночас, швидкому вирішенні цивільних справ не досягнене.

Законодавець мав на меті оптимізувати процес розгляду справ, але, натомість, вирішуючи справу за правилами спрощеного позовного провадження ми зіштовхуємось із додатковими складнощами в майбутньому.

ПОНЯТТЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ У СФЕРІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ БЕЗПЕКИ ДОРОЖНЬОГО РУХУ

Григорчак Ю.П.

Голова Глибощького районного суду Чернівецької області

Відповідно до ст.9 КУпАП, адміністративним правопорушенням (проступком) визнається протиправна, винна (умисна або необережна) дія чи бездіяльність, яка посягає на громадський порядок, власність, права і свободи громадян, на встановлений порядок управління і за яку законом передбачено адміністративну відповідальність.

В. К. Колпаков вважає, що правопорушення, як це випливає з самого терміну, є порушенням права, акт, що суперечить праву, його нормам, закону. Скоїти правопорушення – означає порушити право. Кожне окреме правопорушення як явище реальної дійсності завжди конкретне і має риси, що дозволяють розмежовувати кримінальні правопорушення (злочини), адміністративні правопорушення, порушення цивільного, трудового законодавства тощо. Конкретність кожного правопорушення полягає в тому, що воно здійснюється конкретною особою, у певному місці, у певний час, порушує конкретну норму конкретної галузі права, характеризується точно визначеними ознаками. Загальне поняття адміністративного правопорушення дає ст. 9 Кодексу України про адміністративні правопорушення. В ній розкривається його матеріальний зміст, юридична природа і соціальна сутність, а також визначаються важливі ознаки¹.

Н. Бортник та С. Єсімов досліджували адміністративні правопорушення в бюджетній сфері. Під адміністративним правопорушенням вони розуміли діяння (дія або бездіяльність) фізичної особи, суспільно небезпечне, протиправне, винне, каране, що

¹ Колпаков В. К. Адміністративне право України. Навчальний посібник. К. : Юрінком Інтер, 2004. 544 с.

посягає на відносини між державою та іншими суб'єктами (учасниками) бюджетного процесу, регульовані нормами бюджетного законодавства, за вчинення якого Кодексом України про адміністративні правопорушення передбачена відповідальність¹.

Н. Майданевич досліджувала адміністративні правопорушення в сфері електроенергетики. Вчена вважає, що адміністративне правопорушення, крім складу, має характеризуватися притаманними лише йому індивідуальними ознаками, серед яких протиправність, винність і суспільна небезпечність (шкідливість). Протиправність як першочергова ознака передбачає, яке відповідне діяння, що може вчинюватись у формі дії або бездіяльності, обов'язково має порушувати встановлені законом норми, тобто відповідні відносини, врегульовані нормами права. Ознака винності є важливим елементом адміністративного правопорушення з позиції визначення психологічного ставлення особи до вчинення того чи іншого виду правопорушення. Наявність ознаки суспільної небезпечності (шкідливості) є необхідною для здійснення належної кваліфікації того чи іншого діяння. Відсутність її може вказувати на відсутність самого правопорушення².

З наведеного можна дійти попереднього висновку, що адміністративне правопорушення вчені розкривають через призму його ознак. Тому для його розуміння необхідним вбачається дослідження ознак адміністративного проступку.

З аналізу Кодексу України про адміністративні правопорушення та поглядів вчених можна визначити такі ознаки адміністративного проступку: дія або бездіяльність, протиправність, винність, караність, суспільна небезпека (шкідливість), суб'єкт проступку, об'єкт посягання.

Однією з основних ознак адміністративного правопорушення є діяння. Досить поширеною є думка про те, що адміністративний проступок вважається вчиненим лише якщо відповідний суб'єкт вчинив активну протиправну дію – активну, свідому й вольову поведінку. Цілком погоджуємося з таким твердженням. Проте варто додати, що існують випадки, коли адміністративне правопорушення вважається вчиненим й тоді, коли особа допускає протиправну бездіяльність – коли для правомірної поведінки суб'єкту необхідно вчинити дію, проте він цього не здійснює³. У справах про адміністративні правопорушення в сфері безпеки дорожнього руху ознакою проступку виступає діяння у формі дії та бездіяльності.

Протиправність – це заборона адміністративно-правовими нормами відповідного вчинку як такого, що завдає шкоди чи загрожує небезпекою⁴.

Продовжуючи аналіз законодавчих ознак адміністративного проступку підкреслимо, що протиправність адміністративного делікту перебуває в тісному та нерозривному взаємозв'язку з винністю особи у його вчиненні. Тут важливо розуміти, що адміністративна протиправність розкриває діяння у призмі його юридичної форми, іншими словами – це його зовнішній прояв, натомість винність характеризує його внутрішню, суб'єктивну сторону, розкриває відношення до проступку самого правопорушника.

Іншою ознакою адміністративного проступку є адміністративна караність. Тобто, за вчинення адміністративного проступку особа повинна нести саме адміністративну, а не

¹ Бортник Н. та Єсімов С. Адміністративне правопорушення в бюджетній сфері як фактична підстава адміністративної відповідальності. *Вісник Національного університету "Львівська політехніка". Серія: "Юридичні науки"*. № 2. 2020. С.146 – 154.

² Майданевич Н. Адміністративне правопорушення у сфері електроенергетики: зміст та значення. *Підприємство, господарство і право*. №3. 2015. С.34 – 37.

³ Панасюк О.В. Сучасні наукові підходи щодо визначення адміністративного проступку. *Право і безпека*. 2020. №1(76). С. 83 – 88.

⁴ Коляков В.К. Адміністративне право України. Підручник. К., 1999. 736 с.

будь-яку іншу, відповідальність. У такому випадку до суб'єкта адміністративного правопорушення можуть бути застосовано адміністративні санкції. Адміністративне стягнення є своєрідною мірою відповідальності. За вчинення адміністративних правопорушень можуть застосовуватись адміністративні стягнення (ст. 24 КУпАП).

Під час аналізу наукової літератури з теорії адміністративно-деліктного права було встановлено, що найбільш спірною ознакою адміністративного проступку є його суспільна шкідливість або суспільна небезпека. Питання про те, яка саме з них притаманна адміністративному проступку, є невизначеним ще з середини XX століття. У сучасній адміністративно-правовій теорії існують різні концепції співвідношення шкідливості і суспільної небезпеки як матеріальних ознак адміністративного проступку. Підкреслимо, що на негативний характер усіх правопорушень вказують всі, без виключення, науковці. Вбачається, що негативна оцінка не може полягати в чомусь іншому, крім шкоди і суспільної небезпеки. Втім жодна з концепцій не знайшла достатньої підтримки в українському законодавстві тією мірою, щоб стати фундаментальною та базовою для подальших досліджень проблем шкідливості і суспільної небезпечності. На нашу думку, суспільну небезпеку і суспільну шкоду у призмі дослідження законодавчих ознак адміністративного проступку необхідно розглядати у діалектичному співвідношенні з урахуванням сучасних досягнень юридичних, філософських, соціологічних та інших наук¹, проте в межах даного дослідження розмежовувати вказані категорії не будемо.

Ще однією ознакою адміністративного проступку є об'єкт посягання. Зі змісту ст.9 КУпАП вбачається, що таким об'єктом є громадський порядок, власність, права і свободи громадян, встановлений порядок управління. У справах про адміністративні правопорушення в сфері безпеки дорожнього руху об'єктом посягання буде виступати власне безпека дорожнього руху.

Наступною ознакою адміністративного проступку є його вчинення деліктоздатною особою.

Аналіз відповідних статей КУпАП дозволяє зробити висновок, що суб'єктом є осудна особа, яка досягла відповідного віку і скоїла описаний у нормативному акті склад адміністративного проступку. Тому, суб'єктом адміністративного проступку є особа, яка його вчинила. Обов'язковою умовою визначення особи суб'єктом правопорушення є наявність у неї деліктоздатності.

На підставі вищевикладеного, можемо зробити висновок, що основними ознаками адміністративного правопорушення в сфері забезпечення безпеки дорожнього руху є діяння у формі дії чи бездіяльності, протиправність, винність, караність, суспільна небезпека (шкідливість), суб'єкт проступку, об'єкт посягання.

Адміністративне правопорушення в сфері забезпечення безпеки дорожнього руху можна розкрити через призму його ознак як протиправне, суспільно-небезпечне, винне (умисне або необережне) дія чи бездіяльність, яка посягає на суспільні відносини в сфері безпеки дорожнього руху, що вчинене деліктоздатною особою, і за яку законом передбачено адміністративну відповідальність.

¹ Панасюк О.В. Сучасні наукові підходи щодо визначення адміністративного проступку. *Право і безпека*. №1 (76). 2020. С.81 – 86.

ПИТАННЯ ВІДСТРОЧЕННЯ ОПЛАТИ СУДОВОГО ЗБОРУ У СУДОВОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Дем'янченко А.С.

Головний спеціаліст Юридичного управління Національного агентства з питань запобігання корупції

Процько М.І.

Провідний консультант відділу обробки звернень, отриманих через Інтернет Державної установи «Урядовий контактний центр»

Питання судового збору є досить дискусійним у сучасній науці процесуального права. З одного боку, це є певним запобіжником від необґрунтованих та безпідставних позовів, натомість у деяких випадках це спричиняє труднощі у доступі до правосуддя.

У випадках коли сплата судового збору спричиняє фінансові труднощі законодавцем було передбачено можливість відстрочення сплати судового збору, тобто сплати коштів уже після подання заяви до суду та початку відповідного провадження.

Відповідно до статті 8 Закону України «Про судовий збір» враховуючи майновий стан сторони, суд може своєю ухвалою за її клопотанням відстрочити або розстрочити сплату судового збору на певний строк, але не довше ніж до ухвалення судового рішення у справі за таких умов:

- 1) розмір судового збору перевищує 5 відсотків розміру річного доходу позивача - фізичної особи за попередній календарний рік; або
- 2) позивачами є:
 - а) військовослужбовці;
 - б) батьки, які мають дитину віком до чотирнадцяти років або дитину з інвалідністю, якщо інший з батьків ухиляється від сплати аліментів;
 - в) одинокі матері (батьки), які мають дитину віком до чотирнадцяти років або дитину з інвалідністю;
 - г) члени малозабезпеченої чи багатодітної сім'ї;
 - г) особа, яка діє в інтересах малолітніх чи неповнолітніх осіб та осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена; або
- 3) предметом позову є захист соціальних, трудових, сімейних, житлових прав, відшкодування шкоди здоров'ю¹.

Варто зазначити про те, що зазначене вище, положення законодавства є спільним для кожного виду судочинства, де передбачено необхідність сплати судового збору. Натомість слід пам'ятати, що відстрочення судового збору є правом, а не обов'язком суду та залежить від обставин кожної конкретної судової справи.

Положення щодо можливості відстрочення судового збору наявні й у процесуальних кодексах. Так, відповідно до частин першої, третьої статті 136 ЦПК України суд, враховуючи майновий стан сторони, може своєю ухвалою відстрочити або розстрочити сплату судового збору на визначений строк у порядку, передбаченому законом, але не більше як до ухвалення судового рішення у справі².

Також згідно з ч. 1 ст. 133 КАС України суд, враховуючи майновий стан сторони, може своєю ухвалою зменшити розмір належних до оплати судових витрат чи звільнити від їх оплати повністю або частково, чи відстрочити або розстрочити сплату судових витрат на визначений строк. У такому разі визначальним є критерій майнового стану³.

¹ Закону України «Про судовий збір». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3674-17#Text>

² Цивільний процесуальний кодекс України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>

³ Кодекс адміністративного судочинства України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text>

Цікавою є практика відстрочення судового збору у різних формах судочинства.

Так, розглядаючи в цивільному судочинстві справу № 757/3887/19-ц Печерський районний суд міста Києва відстрочив позивачу сплату судового збору до ухвалення судового рішення у справі з тих мотивів, що 25 лютого 2019 року до суду надійшло клопотання про звільнення позивача від сплати судового збору, в обґрунтування якого заявник вказав, що він є студентом з єдиним доходом - стипендією, а розмір судового збору перевищує 5 % розміру його річного доходу за 2018 рік¹.

На наше переконання таке процесуальне рішення є правильним та повністю узгоджується з положеннями статті 8 Закону України «Про судовий збір».

Проте в деяких випадках суди не обґрунтовують належним чином відстрочення сплати судового збору.

Так, розглядаючи в адміністративному судочинстві справу № 260/4443/21 Закарпатський окружний адміністративний суд задовольнив клопотання позивача та відстрочив сплату судового збору на строк до 7 днів з дня відкриття провадження у справі, проте не зазначив за якої саме підстави, встановленої статтею 8 Закону України «Про судовий збір», було ухвалено таке процесуальне рішення, обмежившись лише формальним цитуванням положень процесуального законодавства. На наше переконання, така практика не є позитивною, оскільки суперечить вимогам до обґрунтованості судового рішення та може бути свідченням надання стороні необґрунтованих переваг, що є принципом порушення принципу рівності сторін².

Доречно також звернути увагу на ухвалу Господарського суду Луганської області від 01.10.2021 у справі № 913/1373/16, якою було задоволено клопотання ГУ ПФУ в Луганській області та відстрочено сплату судового збору за подання ним заяви від 15.09.2021 №1200-0802-7/37108, про визнання поточних грошових вимог до боржника до ухвалення судового рішення з мотивів складного майнового стану. Проте, на наше глибоке переконання, така практика суперечить статті 8 Закону України «Про судовий збір», де взагалі не передбачено можливість відстрочення сплати судового збору юридичній особі, чим, очевидно, є ГУ ПФУ в Луганській області³.

Цікавою позицією є вирішення сплати судового збору при поданні цивільного позову у кримінальному провадженні. У справі № № 569/17036/18 Колегія суддів об'єднаної палати вважає помилковою позицію судів нижчих інстанцій про обов'язковість стягнення із засудженого судового збору.

Згідно зі ст. 1 Закону № 3674-VI судовий збір включається до складу судових витрат. Відповідно до ст. 133 ЦПК судові витрати складаються з: 1) судового збору; 2) витрат, пов'язаних з розглядом справи (по суті, це і є процесуальні витрати). Отже, поняття «судові витрати» більш широке, ніж «процесуальні витрати».

Водночас у главі 8 КПК чітко врегульовано питання процесуальних витрат у кримінальному провадженні. Вичерпний перелік видів таких витрат міститься у ст. 118 цього Кодексу, а їх розподіл регламентовано ст. 124 КПК. Зокрема, законодавець визначив такі види процесуальних витрат, які складаються: з витрат на правову допомогу; з витрат, пов'язаних із прибуттям до місця досудового розслідування або судового провадження; з витрат, пов'язаних із залученням потерпілих, свідків, спеціалістів, перекладачів та експертів; з витрат, пов'язаних зі зберіганням і пересиланням речей і документів. Отже, судовий збір до вказаних витрат не належить. Більш того, відповідно до ст. 119 КПК у певному випадку, передбаченому цією статтею, суд вправі звільнити

¹ Ухвала Печерського районного суду міста Києва. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80283254>.

² Ухвала Закарпатського окружного адміністративного суду у справі №260/4443/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100070206>

³ Ухвала Господарського суду Луганської області. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100067224>.

обвинуваченого від сплати навіть визначених у законі процесуальних витрат. При вирішенні цивільного позову в межах кримінального провадження та стягнення з винної особи коштів у рахунок відшкодування завданої злочинном шкоди необхідно мати на увазі, що статус особи, яка в силу закону несе цивільну відповідальність, насамперед пов'язаний зі статусом обвинуваченого, якому має бути гарантовано додержання закріпленої у статтях 7, 9 КПК засади законності, та положеннях глави 8 цього Кодексу. Тому, з огляду на зміст наведених норм процесуального права, застосування ч. 3 ст. 88 ЦПК та Закону № 3674-VI і стягнення за вироком із засудженого судового збору суперечить ч. 5 ст. 128, статтям 2, 7, 9, 118, 119, 370 цього Кодексу в їх взаємозв'язку. Така позиція узгоджується з тим, що при оскарженні в апеляційному чи касаційному порядку судових рішень у частині цивільного позову, постановлених у кримінальному провадженні, засуджений, який несе цивільну відповідальність, не сплачує жодних судових витрат, на відміну від цивільного судочинства.

При вирішенні у межах кримінального провадження цивільного позову стягнення судового збору з обвинуваченого, який несе цивільну відповідальність, не допускається, адже таке стягнення суперечить закріпленню у статтях 2, 7, 9 КПК завданням кримінального провадження, засаді законності, не відповідає приписам ч. 5 ст. 128, статей 118, 119, 370 цього Кодексу та істотно порушує гарантоване особі право на розгляд справи щодо неї з додержанням вимог зазначеного провадження, передбачених указаним Кодексом.

Об'єднана палата Касаційного кримінального суду Верховного Суду скасувала вирок у частині стягнення із засудженого на користь держави судового збору¹.

Таким чином, слід зазначити, що питання відстрочення судового збору залежить від майнового стану відповідної сторони та повинно здійснюватися із суворим дотриманням статті 8 Закону України «Про судовий збір».

ПІДСТАВИ ДЛЯ ВІДСТУПУ ВІД ВИСНОВКУ ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ НОРМИ ПРАВА: ПРОБЛЕМАТИКА ЗАСТОСУВАННЯ НА ПРИКЛАДІ СПРАВИ ЩОДО ПОРУШЕННЯ МЕЖ ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ КОМПЕТЕНЦІЇ ВЧИНЕННЯ НОТАРІАЛЬНИХ ДІЙ

Зальотін В.М.

*аспірант Навчально-наукового інституту права
Київський Національний університет ім. Тараса Шевченка*

Відступ від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах як підстава для передачі справи на розгляд Великої Палати Верховного Суду (далі – Велика Палата) передбачений усіма процесуальними кодексами, для прикладу звернімося до Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України)².

Відповідно до частин першої – четвертої статті 403 ЦПК України така можливість надається суду, що розглядає справу в касаційному порядку, якщо суд дійсно вважає такий відступ необхідним. Обґрунтування підстав передачі справи оформлюється ухвалою суду (ч. 4 ст. 404 ЦПК України). Якщо Велика Палата не погоджується з аргументами, викладеними в ухвалі, така справа повертається суду, що розглядає справу в касаційному порядку, в такому випадку повторно на розгляд Великої Палати справу передавати не можна (ч. 6 ст. 404 ЦПК України).

¹ Стаття «Підлиг щодо сплати судового збору». URL: https://protocol.ua/ru/pro_sudoviy_zbir_stattya_5/

² Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18.03.2004 № 1618-IV// Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2004, № 40-41, 42, ст.492. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>

Велика Палата вже розкрила підстави для відступу від своєї практики: попередні рішення неефективні, помилкові чи застарілі в частині розвитку суспільних відносин або їх правового регулювання. Допускаються як відмова від попереднього висновку, так і його конкретизація¹.

Згідно з дослідженням, проведеним Я.О. Берназюком, Велика Палата відступала від попередніх висновків у випадках змін у законодавстві, появи рішення Конституційного Суду України з аналогічного питання, неоднозначність тлумачення, врахування практики ЄСПЛ, зміни у праворозумінні².

Якщо звернутись до іноземного досвіду, то у Великобританії частково схожі підстави для відмови від застосування прецедентів: зміни у суспільних відносинах чи правовому регулюванні, неправильне застосування норм права, недієвість на практиці³.

Проблема виникає при наданні визначення подібних правовідносин, особливо враховуючи практику Верховного Суду, який вказує про існування як подібних, так і тотожних правовідносин⁴.

Також у практиці Верховного Суду знаходимо такі обов'язкові критерії подібності правовідносин: ті самі суб'єкт, об'єкт, обсяг досліджуваних прав та обов'язків⁵; ті самі об'єкт, предмет та умови застосування правових норм^{6,7}.

Науковці наводять власні критерії: дефекти попереднього висновку суду (зокрема, неоднозначність, неузгодженість, недієвість) та зміни у суспільних відносинах⁸; виправлення помилок, усунення неузгодженостей, сприяння динамічному розвитку права⁹.

Подібність правовідносин стала предметом дискусії між Касаційним цивільним судом Верховного Суду (далі – Касаційний цивільний суд) та Великою Палатою у справі № 700/135/17. У даній справі розглядається питання встановлення нікчемності заповіту, зокрема, у зв'язку з його посвідченням секретарем сільської ради поза межами території сільської ради.

На думку Касаційного цивільного суду до порушень форми та посвідчення заповіту належать лише прямо передбачені Цивільним кодексом України. Водночас, усі згадки про територіальну компетенцію вчинення нотаріальних дій знаходяться у Законі України «Про нотаріат» та інших підзаконних нормативно-правових актах.

¹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 04.09.2018 у справі № 823/2042/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/77969515>

² Берназюк Я.О. Особливості забезпечення єдності судової практики та відступу від правових позицій Верховного Суду (на прикладі вирішення публічно-правових спорів). Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. № 2 (90), с. 77-89. – с. 81-82

³ Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. К.: Реферат, 2007. с. 381-382

⁴ Судді ВС обговорили актуальні питання на VII Судовому форумі АПУ. 2018. Офіційний сайт Верховного Суду. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supremepres-centr/news/602800/>

⁵ Окрема думка судді Великої Палати Верховного Суду у постанові від 08.02.2018 у справі № 357/3258/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72243445>

⁶ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 27.03.2018 у справі № 910/17999/16. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73029856>

⁷ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 11.04.2018 у справі № 910/12294/16. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73335676>

⁸ Пирогов В. Підстави відступлення Великої Палати Верховного Суду від власних правових позицій і запитання щодо таких підстав. Юрліга 2019. URL: https://jurliga.ligazakon.net/ru/analitics/183692_pdstavi-vdstuplennya-veliko-palati-verkhovnogo-sudu-vl-vlasnikh-pravovikh-pozitsiy-zapitannya-shchodo-takikh-pdstav

⁹ Гончаров В. В. Динамічне тлумачення юридичних норм. Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України. Рекол.: П. М. Рабінович (голов. ред.) та ін. Серія І. Дослідження та реферати. Вип. 27. Львів: СПОЛОМ, 2013. 252 с. – с. 181

Отже, посвідчення заповіту поза межами нотаріального округу/адміністративних меж населеного пункту (для уповноважених посадових осіб органів місцевого самоврядування) не впливає на дійсність заповіту. Крім того, відсутні санкції за згадані порушення¹. На нашу думку, можна вести мову про будь-які інші правочини за аналогічних правових обставин.

У зв'язку з цим судді передають справу на розгляд Великої Палати для відступу від правового висновку, наведеного у постанові Верховного Суду України від 20.02.2013 у справі № 6-2пс13, згідно з яким *«нотаріальна діяльність здійснюється нотаріусом у межах свого нотаріального округу незалежно від того, де знаходиться приміщення, яке є робочим місцем нотаріуса: в межах нотаріального округу або поза його межами. Законодавством заборонено нотаріусу здійснювати нотаріальну діяльність за межами свого нотаріального округу»*.² На думку Суду, визнання заповіту недійсним з формальної підстави порушення меж територіальної компетенції його вчинення – порушує право громадян скласти заповіт.

Ухвалою Великої Палати справу повернуто Касаційному цивільному суду, зважаючи на таке. Подібними є правовідносини з тими самими предметом спору, підставами позову, змістом позовних вимог, фактичними обставинами та однаковим матеріально-правовим регулюванням спірних правовідносин. Так як у справі № 6-2пс13 заповіт посвідчив приватний нотаріус, а не секретар сільської ради, встановлено різне правове регулювання порівнюваних відносин, а тому не встановлено їх подібності, як і підстав для відступу від правової позиції³.

Шестеро суддів Великої Палати підписалися під Окремою думкою, де відстоюють тотожність порівнюваних правовідносин, керуючись наступним. Як напрацьовано судовою практикою, подібність правовідносин встановлюється для кожної справи індивідуально (тут погодимось, адже нами вже згадано розмаїття підходів). Касаційний цивільний суд передавав справу Великій Палаті так як встановлюється нікчемність заповіту не через дефекти з боку заповідача та незалежно від суб'єкта вчинення нотаріальної дії, а виключно у зв'язку з порушенням вимог посвідчення. При цьому, на переконання суду (з яким ми погоджуємось), визнання нікчемності заповіту виключно через порушення правил територіальної компетенції не має переважати над правами заповідача.

Подібність у цьому випадку встановлюється за критерієм перевищення повноважень будь-яких суб'єктом вчинення нотаріальних дій, а не окремим з них. За таких обставин можна вести мову також і про спільне правове регулювання. Отже, аналогічними є предмет спору, підстава подання позову, зміст позовних вимог, та фактичні обставини, що вказує на тотожність, а не подібність обставин. Тому судді не погоджуються лише з підставою повернення справи Касаційному цивільному суду⁴.

На нашу думку, підставою для передачі справи до Великої Палати мала б бути частина п'ята статті 403 ЦПК України, так як справа містить виключну правову проблему і необхідне формування єдиної правозастосовчої практики. У положеннях ЦПК України не знаходимо прямої вказівки на можливість Великої Палати самостійно змінювати підстави прийняття справи до розгляду для відступу від висновку щодо застосування

¹ Ухвала Касаційного цивільного суду Верховного Суду від 09.09.2020 у справі № 700/135/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91554362>

² Постанова Верховного Суду України від 20.02.2013 у справі № 6-2пс13 URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/30112973>

³ Ухвала Великої Палати Верховного Суду від 29.09.2020 у справі № 700/135/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91998627>

⁴ Окрема думка суддів Великої Палати Верховного Суду від 29.09.2020 у справі № 700/135/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92385646>

норми права. За таких обставин врегулювати окреслену проблематику, на жаль, не вдалося.

Отже, на прикладі проаналізованої справи можемо зробити такі висновки:

1. Існує правова проблема недійсності правочинів виключно з підстав порушення правил територіальної компетенції. На нашу думку, варто піти шляхом запровадження адміністративної відповідальності за такі порушення суб'єктам вчинення нотаріальних дій, а не встановлювати нікчемність таких правочинів виключно з формальних підстав, особливо заповітів.

2. Варто внести у процесуальні кодекси згадку про тотожність правовідносин як підставу для конкретизації висновків щодо застосування норми права.

3. Також вважаємо за необхідне закріпити у процесуальних кодексах право Великої Палати самостійно змінювати підстави прийняття справи до розгляду для відступу від висновку щодо застосування норми права.

ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПУ ЗМАГАЛЬНОСТІ В ПРОЦЕСІ ДОКАЗУВАННЯ ЗГІДНО ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Зіньова О.С.

ст. викладач кафедри права

Київський кооперативний інститут бізнесу і права

Цивільне процесуальне законодавство визначає, що цивільне судочинство здійснюється на засадах змагальності сторін¹. Зазначене положення передбачає, що кожна сторона повинна довести обставини, які мають значення для справи і на які вона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень, крім випадків, встановлених Цивільним процесуальним кодексом України (надалі – ЦПК України).

Попередня редакція ЦПК України передбачала, що тягар доказування повністю покладалася на сторони процесу. Суд не зобов'язаний збирати докази з власної ініціативи, і тільки у випадках, коли сторона не могла отримати докази, суд, за клопотанням цієї сторони, міг витребувати такі докази.

Чинна редакція ЦПК України передбачає не тільки надання судом допомоги сторонам у витребуванні доказів, а й їх збирання за власною ініціативою. Принцип змагальності в доказовому процесі, таким чином, набув нових ознак і по-іншому встановив співвідношення функцій сторін та суду під час доказової діяльності.

Ч. 7 ст. 81 ЦПК України визначає, що суд не може збирати докази, що стосуються предмета спору, з власної ініціативи, крім витребування доказів у випадку:

- 1) у справах окремого провадження (ч. 2 ст. 294 ЦПК);
- 2) коли це необхідно для захисту малолітніх чи неповнолітніх осіб або осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена (ч. 2 ст. 13 ЦПК);
- 3) коли він має сумніви у добросовісному здійсненні учасниками справи їхніх процесуальних прав або виконанні обов'язків щодо доказів (ч. 7 ст. 81 ЦПК).

Реалізація положення ч.7 ст.81 ЦПК України має місце тоді, коли у суду виникнуть сумніви щодо позову (наприклад, позов може носити штучний характер) або коли є сумніви щодо дійсності поданих доказів (є підозра, що сторона подала підроблений доказ).

¹ Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. Відомості Верховної Ради України. 2004. № 40-41, 42. Ст.49.

Чинний ЦПК України містить ряд статей, на підставі яких суд з власної ініціативи може бути задіяний в доказовій діяльності. Це стосується ч. 7 ст. 85 ЦПК України (огляд доказів за їх місцезнаходженням, а саме суд з власної ініціативи може оглянути веб-сайт (сторінку), інші місця збереження даних в мережі Інтернет з метою встановлення та фіксування їх змісту), ч. 6 ст. 95 ЦПК України (витребування оригіналу письмового доказу, якщо була подана копія (електронна копія), ч.5 ст.100 ЦПК України (витребування оригіналу електронного доказу, якщо було подано його копію (паперову копію), ст. 103 ЦПК України (призначення експертизи судом) та інші.

Стосовно реалізації положень ч.7 ст. 81 ЦПК України існують різні трактування, що говорять про можливі порушення принципу змагальності сторін та формування слідчої моделі цивільного судочинства¹.

Загальні правила поведінки учасників справи зводяться до того, що, з одного боку, надавати докази суду – це їх право, а, з іншого боку, відповідно до положень ст. 44 ЦПК України учасники судового процесу та їх представники повинні добросовісно користуватися процесуальними правами. Тому учасники справи повинні надавати докази суду в порядку і строки, визначені законом або судом, і не приховувати їх.

Завдання законодавця при регламентації конструкції доказування полягає у забезпеченні гармонічного поєднання активності сторін та суду в цивільному судочинстві². Це положення спрямоване на чітке закріплення обов'язків учасників судового процесу, наслідки їх невиконання, заборону зловживанням процесуальними правами, надання суду ефективних засобів боротьби з такими зловживаннями.

Таким чином, приходимо до висновку, що реалізація принципу змагальності в теорії доказів набула нових рис і покликана узгодити приватноправові та публічно-правові інтереси учасників судового процесу і суду.

ПІДХОДИ ДО КЛАСИФІКАЦІЇ ЕЛЕКТРОННИХ НОСІВ ІНФОРМАЦІЇ ТА ІНФОРМАЦІЙНИХ СИСТЕМ ДЛЯ ЗАВДАНЬ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Каланча І.Г.

кандидат юридичних наук,

*прокурор Чернівецької окружної прокуратури Чернівецької області,
асистент кафедри процесуального права*

Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

В сучасному інформаційному суспільстві спостерігається дедалі активніше використання сучасних інформаційних технологій та електронних носіїв інформації, як в побуті, так і у виробничих цілях. В контексті кримінальних процесуальних процедур вказане потребує напрацювання процесуально та технічно коректного алгоритму роботи з доказами, що обумовлює необхідність коректного підходу до класифікації електронних носіїв інформації та інформаційних систем для забезпечення виконання завдань кримінального провадження.

¹ Лупеник Д. Доказування у цивільному процесі: що нового у ЦПК та чому суд наділений правом витребування доказів. URL: <http://kdkako.com.ua/dokazuvannya-u-civilnomu-procesi-shcho-novogo-u-cpk-ta-chomu-sud-nadileniy-pravom-vitrebuвання/>

² Лупеник Д. Доказування у цивільному процесі: що нового у ЦПК та чому суд наділений правом витребування доказів. URL: <http://kdkako.com.ua/dokazuvannya-u-civilnomu-procesi-shcho-novogo-u-cpk-ta-chomu-sud-nadileniy-pravom-vitrebuвання/>

В Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК України) ілюструє своєрідний «зоопарк» термінології з досліджуваного питання, зокрема: «електронний документ» (ч. 3 ст. 99, ч. 5 ст. 106-1), «електронні інформаційні системи» (п. 4 ч. 4 ст. 258, ст.ст. 264-265), «електронні інформаційні системи або їх частини» (абз. 2 ч. 1 ст. 159, ч. 2 ст. 168), «інформаційні (автоматизовані) системи» (ч. 4 ст. 99, абз. 4 ч. 2 ст. 168), «інформаційно-телекомунікаційні системи» (ч. 4 ст. 99), «інформаційно-телекомунікаційні системи, їх невід’ємні частини» (абз. 4 ч. 2 ст. 168), «інші носії інформації (у тому числі електронні)» (п. 1 ч. 2 ст. 99), «мобільні термінали систем зв’язку» (абз. 2 ч. 1 ст. 159), «носії інформації, на яких за допомогою технічних засобів зафіксовано процесуальні дії» (п. 3 ч. 2 ст. 99), «радіоелектронні засоби» (ст. 268), «телекомунікаційні системи» (ч. 4 ст. 99, абз. 4 ч. 2 ст. 168)¹.

Вказані терміни так чи інакше пов’язані з процесом збирання доказів. Первинне збирання доказів в електронній формі під час досудового розслідування у більшості випадків проводиться з електронних носіїв інформації, які стають фізично доступними слідчому, прокурору під час проведення слідчих (розшукових) чи інших процесуальних дій, зокрема: обшуку, огляду, тимчасового доступу до речей і документів тощо.

В свою чергу, безпосереднім об’єктом пошуку стає електронний носій інформації на якому зберігається власне електронні дані, що цікавлять сторону обвинувачення та, потенційно, є доказом. Таким чином, ключовим у даному питанні стає сам електронний носій інформації (відокремлений або вбудований).

Термін «електронний носій інформації» нормативно не визначено ні в КПК України, ні в профільному законодавстві.

Водночас, ДСТУ 7448:2013 визначає електронний носій як матеріальний носій, який використовують для записування, зберігання та відтворення інформації, обробленої засобами комп’ютерної техніки. До електронних носіїв відносяться жорсткі диски, флеш-пам’ять, CD, DVD, Blue-ray, диски дискети, касети на магнітній стрічці і та ін.²

Для завдань кримінального провадження щодо збирання доказів електронні носії інформації необхідно класифікувати за:

І. Ступенем інтеграції з інформаційною системою (далі - ІС):

1) відокремлені від ІС. Електронний носій інформації стає доступним слідчому, прокурору як окремий пристрій, що безпосередньо призначений для зберігання електронної інформації. До таких пристроїв відносяться зйомні носії - дискети, оптичні диски, карти пам’яті, USB флеш-накопичувачі, накопичувачі на жорстких магнітних дисках, твердотільні накопичувачі, стрічкові картриджі тощо. Вивчення інформації на такому електронному носії передбачає його безпосереднє підключення до комп’ютера для подальшого дослідження інформаційного наповнення.

2) вбудовані в ІС. Електронний носій інформації представлений у складі комп’ютера, мобільного телефона чи іншого виду інформаційної системи. Такі носії поділяються на такі, що:

а) можуть бути відокремлені (від’єднані) від ІС без втрати властивостей. Такі відносяться до знімних або дискретних, тобто можуть відокремлюватися від інформаційних систем (комп’ютерів, телефонів);

б) можуть бути відокремлені (від’єднані) від ІС лише шляхом фізичного знищення стійких структурних елементів та порушення цілісності ІС. Існує велика кількість вбудованих або інтегрованих носіїв інформації, що неможливо відділити від системи без

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI (зі змін. і доп.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text> (дата звернення: 08.10.2021).

² Інформація та документація. Бібліотечно-інформаційна діяльність. Терміни та визначення понять : ДСТУ 7448:2013. Київ : Мінекономрозвитку України, 2014. III, 41 с.

її пошкодження або суттєвого складного втручання. Носій інформації в таких випадках знаходиться всередині системи та не підлягає від'єднанню від системи без порушення її механічної цілісності. Наприклад, у складі мобільних телефонів, планшетних комп'ютерів та окремих ноутбуків основний модуль пам'яті є фізично інтегрованим компонентом, розпаяним на системній платі, і не може бути відділеним без порушення цілісності основного пристрою. У цьому випадку доступ до електронного носія інформації для його вивчення відбувається через інтерфейси інформаційної системи, складовою частиною якою є цей носій.

П. Типом запам'ятовуючого пристрою:

1. Оперативний запам'ятовуючий пристрій – енергозалежна пам'ять. Оперативний запам'ятовуючий пристрій будь-якої інформаційної системи зберігає обмежену кількість електронної інформації лише протягом сеансу роботи системи до її вимкнення. В абсолютній більшості випадків увага спрямована слідчого спрямована на збирання інформації з енергонезалежних носіїв, хоча трапляються випадки, коли інформація в оперативній пам'яті може становити суттєвий інтерес для слідства.

2. Енергонезалежний запам'ятовуючий пристрій (non-volatile storage) – енергонезалежна пам'ять, яка може зберігати інформацію при відсутності живлення, тобто після сеансу роботи системи та її вимкнення.

Отже, коректна оцінка обстановки на місці проведення слідчих (розшукових) дій щодо виявлення та забезпечення стабільної роботи об'єктів, що потенційно містять електронні дані, виявлення електронних носіїв інформації та визначення його типу а також коректна побудова алгоритму роботи з відповідними об'єктами, що потенційно містять електронні дані є передумовою ефективного виявлення та фіксації доказів, що мають електронну форму. Залежно від виду електронного носія інформації слідчому, прокурору під час проведенні слідчих (розшукових) дій необхідно забезпечити першочергове дослідження носіїв, інформація в яких може бути нестабільною, вживати заходів до забезпечення безперерйного живлення інформаційних систем для збереження інформації з оперативних запам'ятовуючих пристроїв. Окрім того, правильна класифікація електронних носіїв інформації за ступенем інтеграції з ІС може бути необхідна, наприклад, для обґрунтування необхідності арешту тимчасово вилученого майна або підтвердження позиції сторони обвинувачення при вирішенні питання про зняття арешту з майна та його повернення власнику.

ЕЛЕКТРОННІ ДОКАЗИ ЯК ЗАСІБ ДОКАЗУВАННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Кондрат'єва Л.А.

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри процесуального права

Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

Цивільний процесуальний кодекс передбачає розширення переліку засобів доказування за рахунок електронних доказів (п.1. ч.2 ст.76). Проблема правового регулювання використання електронних доказів є своєрідною складовою більш ширшої проблеми, а саме: впровадження електронних та інформаційних технологій в судочинство України. На сьогодні електронна форма комунікації в першу чергу соціальні мережі та Інтернет досягли такого розвитку та впливу на суспільне життя, що стали вкрай важливим джерелом інформації, у зв'язку з чим потребують нормативного врегулювання при використанні в процесі розгляду та вирішення цивільної справи

судом. Використання електронних доказів, зокрема в цивільному судочинстві, регулюється Законом України «Про основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007-2015 рр.», Стратегією розвитку Інформаційного суспільства в Україні, Концепцією галузевої програми інформатизації судів загальної юрисдикції, інших органів та установ судової системи, затвердженої ДСА України, Наказом Державної судової адміністрації від 31 травня 2013 року № 72 «Про реалізацію проекту щодо обміну електронними документами між судом та учасниками судового процесу». Логічним завершенням цього процесу став прийнятий Верховною Радою України Закон «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 3.10.2017 року, яким і було запроваджено новий вид доказу – електронний доказ.

Відповідно до ч.1 ст. 100 ЦПК « електронними доказами є інформація в електронній (цифровій) формі, що містить дані про обставини, що мають значення для справи, зокрема електронні документи (в тому числі тестові документи, графічні зображення, плани, фотографії, відео- та звукозаписи тощо), веб-сайти (сторінки), текстові, мультимедійні та голосові повідомлення»¹. Перед подачею електронного доказу до суду слід здійснити його фіксацію. Зробити це можна попередньо звернувшись до відповідних установ або визнаних в цій царині експертів, які надають послуги з проведення фіксації та дослідження змісту веб сторінок в мережі Інтернет. Фіксування електронних доказів значно зменшить ризики їх знищення або заміни, що позитивно вплине на процес доказування в суді. На думку практикуючих юристів, електронні докази слід подавати як в електронній, так і паперовій копіях, що значно полегшує процедуру огляду та дослідження цих доказів судом².

Згідно чинного процесуального законодавства електронні докази можуть подаватися до суду в оригіналі чи електронній копії, що засвідчується електронним цифровим підписом, що притримується до власноручного підпису згідно Закону України «Про електронний цифровий підпис». Разом із тим, учасники справи можуть подавати електронні докази в паперових копіях, що підлягають посвідченню в передбаченому законом порядку. Не зайвим було б звернути увагу на те, що оригінали електронних доказів існують у формі електронних даних на портативних носіях або в мережі Інтернет. При цьому, подаючи до суду їхні копії, наприклад, у вигляді скріншотів чи інтернет-посилань, слід передбачити їх належне засвідчення а також потурбуватися про їх збереження від можливого знищення. При цьому не слід забувати про те, що в таких випадках не зайвим є також і заявлення клопотання про забезпечення таких доказів шляхом їх огляду судом ще до пред'явлення позову.

Згідно статті 7 Закону «Про електронні документи та електронний документообіг»³ електронна копія та копія електронного документа в паперовому документі засвідчується в порядку, передбаченому законом. На жаль, питання щодо порядку засвідчення копій електронного документа на практиці до цього часу залишається не вирішеним, оскільки нормативний акт досі не ухвалений Верховною Радою. Тому під час судового розгляду справ, в яких підлягає доказуванню конкретна інформація з Інтернету або на електронних носіях, постає питання щодо їх належного засвідчення. Згідно чинного процесуального законодавства суддя може засвідчити лише довіреність на ведення

¹ Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>.

² Барбашин С. Використання електронних доказів у суді – власний досвід <https://www.hsa.org.ua/blog/vykorystannya-elektronnyh-dokaziv-u-sudi-vlasnyj-dosvid/>

³ Про електронні документи та електронний документообіг: Закон України від 22.05.2003 року. № 851- 15. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/851-15#Text>.

справи в суді. Щодо нотаріального засвідчення, то відповідно до Закону «Про нотаріат» та Порядку вчинення нотаріальних дій, нотаріус може засвідчити лише копії письмових документів. Правом на засвідчення електронних копій та інформації з Інтернету нотаріус не наділений, тому в переважній кількості випадків вони відмовляють у засвідченні таких документів. Ця проблема могла бути вирішена проектом Закону «Про внесення змін до статті 100 Цивільного процесуального кодексу України» (щодо засвідчення копій електронних доказів) за № 8281 від 17.04.2018 року, який досить тривалий час Верховною Радою не розглядається. Складність засвідчення електронних доказів полягає ще і в тому, що інформація, яка міститься на цих носіях, може бути видалена умисно або випадково, що може призвести до неможливості довести факт наявності такої інформації. Така інформація може бути змінена її користувачем або зберігачем.

Слід також розмежовувати такі поняття як «паперова копія електронного доказу» та «електронна копія паперового доказу». Так, Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного господарського суду в справі за № 922/51/20 констатував, що учасники справи мають право подавати письмові докази в електронних копіях, посвідчених електронним цифровим підписом, прирівняним до власноручного підпису. При цьому електронна копія письмового доказу не вважається електронним доказом.

Таким чином, Верховний Суд дійшов висновку, «що учасник справи на обґрунтування своїх вимог і заперечень має право подати суду електронний доказ в таких формах: 1) оригінал; 2) електронна копія, засвідчена електронним цифровим підписом; 3) паперова копія, посвідчена в порядку, передбаченому законом»¹. «Паперова копія електронного доказу не вважається письмовим доказом, однак є однією із форм, у якій учасник справи має право подати електронний доказ, який є засобом встановлення даних, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення учасників справи, та інших обставин, які мають значення для вирішення справи»².

Такої ж думки притримуються і практикуючі юристи, які вважають, що паперова копія електронного документа не є письмовим доказом, а електронна копія письмового (паперового) документа не є електронним доказом, оскільки роздрукований та доданий до позовної заяви скріншот - це електронний доказ в паперовій формі, а подана до суду сканкопія будь-якого договору на папері - це письмовий доказ в його електронній копії³.

Оригінали електронних доказів або ж їх копії повинні міститися в матеріалах справи. Особа, яка подала електронний доказ до суду в оригіналі на матеріальному носії, може вимагати його повернення, заявивши про це клопотання. Суд може задовольнити таке клопотання після набрання рішенням суду законної сили, а в матеріалах справи залишається його копія, належним чином засвідчена судом.

¹ Постанова Верховного Суду від 27.11.2020 р. № 922/51/20. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86207417>.

² Постанова Верховного Суду від 27.11.2020 р. № 922/51/20. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86207417>.

³ Перникоза Д. Електронні докази – норма для українського судочинства, але є нюанси. URL: <https://vkrp.ua/publication/elektronni-dokazi—norma-dlya-ukrayinskogo-sudochинства-ale-ie-nyuansi>.

ВИСНОВОК ЕКСПЕРТА ЯК ДЖЕРЕЛО ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Косован В.С.

*заступник директора центру –
завідувач відділу товарознавчих, гемологічних,
економічних, будівельних, земельних досліджень
та оціночної діяльності Чернівецького науково-дослідного експертно-криміналістичного
центру МВС України*

Кримінальне провадження являє собою складну різносторонню діяльність сукупності відповідних органів та осіб, коло яких визначено законом. У кримінальному провадженні беруть участь як державні органи, – їх посадові та службові особи, – так і фізичні та юридичні особи, які здійснюють різноманітні процесуальні функції та наділені відповідним обсягом прав і обов’язків, відповідно до законодавства. Однак спільним для них є те, що всі вони в тій чи іншій формі беруть участь у кримінальному провадженні, вступають між собою у процесуальні правовідносини і, тим самим, здійснюють кримінальну процесуальну діяльність. Такі сторони, відповідно до Кримінального процесуального кодексу України іменуються «учасники кримінального провадження».

Відповідно до КПК України, сторони кримінального провадження:

- з боку обвинувачення – слідчий, керівник органу досудового розслідування, прокурор, а також потерпілий, його представник та законний представник;
- з боку захисту – підозрюваний, обвинувачений (підсудний), засуджений, виправданний, особа, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, їхні захисники та законні представники¹.

Крім того, до учасників кримінального провадження кримінально-процесуальний закон відносить експерта як особу, що володіє науковими, технічними або іншими спеціальними знаннями.

Враховуючи практику призначення судових експертиз і використання їх висновків у кримінальному та цивільному судочинстві, Пленум Верховного Суду України зазначає, що судова експертиза як один із засобів доказування сприяє всебічному, повному й об’єктивному дослідженню обставин справ, постановленню законних і обґрунтованих судових рішень.

Відповідно до Закону України від 25 лютого 1994 р. «Про судову експертизу» судово-експертна діяльність в Україні здійснюється державними спеціалізованими установами, їх територіальними філіями, експертними установами комунальної форми власності, а також судовими експертами, які не є працівниками зазначених установ, та іншими фахівцями (експертами) з відповідних галузей знань².

Судова експертиза – це процесуальна форма використання спеціальних знань в кримінальному судочинстві, яка постійно вдосконалюється і перебуває у розвитку шляхом створення нових і вдосконалення наявних методик дослідження і знаходить все більше застосування в судово-слідчій практиці. Законність в діяльності органів у системі МВС України є конституційним принципом їх функціонування, який надає права та свободи і передбачає юридичні гарантії їх існування і захисту.

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України – затверджений 13.04.2012 № 4651-VI, редакція від 28.04.2020, підстава - 361-IX URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення 22.09.2021)

² Закон України «Про судову експертизу» URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/RE30892.html (дата звернення 22.09.2021)

Процесуальний порядок залучення експерта до кримінального провадження був предметом наукових досліджень багатьох вчених різних періодів, зокрема Є.С. Белкіна, В.Г. Гончаренка, І.В. Гори, А.В. Іщенко, К.В. Калюги, Н.І. Клименко, І.П. Кононенко, О.В. Кравчука, С.А. Крушинського, В.К. Лисиченка, А.І. Лозового, Г.М. Нагорного, В.Т. Нора, М.Я. Сегає, В.М. Тертишника, Ю.В. Циганюк, М.Г. Щербаковського та інших.

Основою доказової діяльності в кримінальному судочинстві є засада змагальності сторін та свобода у поданні ними до суду своїх доказів, і в доведенні перед судом їх переконливості.

Участь експерта у кримінальному провадженні досить суттєво впливає на можливості сторін кримінального провадження при збиранні, перевірці та оцінці доказів з метою забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду. Висновок експерта, що наданий особою, яка не є зацікавленою у результатах кримінального провадження, з посиланням на фундаментальні наукові положення та апробовані методику проведення дослідження, який, при необхідності, може бути перевірений, є процесуальним джерелом доказів.

Кожен з доказів оцінюється у сукупності з іншими, не існує такого доказу, який би не перевірявся і не оцінювався. Від матеріальних джерел (документів, відомостей про факти) залежить доля людини, її перебування на волі, тавро судимості тощо. Тому дослідження і оцінка доказів є одним із важливіших компонентів у процесі доведення і визначення вини або невинуватості особи. Не є виключенням і висновок експерта.

В більшості випадків суд та слідчий (прокурор) ставляться до висновку експерта як до непорушної істини, яка є ключовою та вирішальною для обґрунтування обвинувачення та подальшого постановлення вироку.

Експертний висновок як джерело доказів може бути категоричним і ймовірним. Тобто категоричний висновок відповідає на запитання про факт, подію у позитивному або негативному значенні. Висновок експерта має чіткі відповіді на запитання і є не джерелом, а доказом того, чи був насправді той факт, що досліджується. Ймовірні висновки не містять необхідної визначеності, а отже, можливі труднощі під час їх оцінки у процесі розгляду кримінального провадження. Тому проблема про їх допустимість і доказове значення залишається актуальною та дискусійною в юридичній літературі до сьогодні, незважаючи на всі спроби її вирішення. Важливим є питання, щодо правильного використання ймовірних висновків експерта для правосуддя, а не вилучення їх з кримінального судочинства.

Як відомо, докази, для того щоб набути свого статусу, мають бути отримані у передбаченому КПК порядку. Саме тому необхідно на практиці дуже чітко дотримуватись всіх процедурних вимог, уважно вивчити процедурні вимоги, які висуваються до всіх етапів з початку призначення експертизи, до її проведення та оформлення. Судовий експерт повинен, окрім того, щоб досконало володіти спеціальними знаннями в тій чи іншій галузі, знати правову базу і орієнтуватися в законах і підзаконних нормативних актах.

Судова експертиза має проводитися при суворому дотриманні вимог незалежності, об'єктивності, неупередженості. Важливо, щоб експертний висновок містив ґрунтовний аналіз, докладний опис проведених досліджень, виключав невірне тлумачення.

Висновок експерта має містити ясний і точний опис мети оцінки, розкривати будь-які припущення, гіпотетичні спенарії або обмежуючі умови, які безпосередньо впливають на результат, описуючи, якщо це необхідно, їхній вплив на обумовлений результат, тобто сам висновок.

Важливий критерій оцінки висновку експерта – достовірність. Експерт має готувати такий висновок, в якому відповіді на поставлені запитання не повинні виходити за межі

спеціальних знань експерта (ч. 4 ст. 101 КПК України¹). На сучасному етапі в практику судової експертизи впроваджується складне обладнання, новітні методики, і все це суттєво впливає на достовірність висновку експерта, що має модернізуватися відповідно запиту часу. Цю думку можна продовжити, вказавши, що різні характеристики експертних методик також зумовлюють його доказове значення².

Отже, висновок експерта в процесі його оцінки слідчим (судом) вважається відповідним до певного ступеню доказового значення не тільки у співставленні з іншими доказами, але й у залежності від його власних якостей, таких як характеристики обраних експертом методик та здатність слідчого (суду) уявити результати їх застосування. Доказове значення експертизи зумовлене конкретними обставинами провадження, тобто важливістю фактичних даних по ньому, які підлягають встановленню. Таким чином, результатам експертизи притаманне доказове значення як джерелу доказів в системі інших доказів у кримінальному провадженні, так і завдяки властивостям змісту висновку експерта.

ПРОБЛЕМИ ВИКОРИСТАННЯ РЕЗУЛЬТАТІВ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Костроміна О.Г.

кандидат юридичних наук, доцент

Запорізький інститут економіки та інформаційних технологій

Оперативно-розшукова діяльність і кримінальне провадження являють собою єдність процесуального й непроцесуального. Ця єдність полягає не тільки в проведенні слідчих дій та оперативно-розшукових заходів, тобто включає не тільки процедурні питання, але й передбачає поряд з отриманням інформації її використання, прийняття рішень як процесуального, так і оперативно-розшукового характеру.

Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України) регламентує взаємодію слідчого з оперативними підрозділами. Зокрема, слідчий уповноважений доручати проведення негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам (п. 3 ч. 2 ст. 40 КПК України).

Так, виключно прокурор має право прийняти рішення про проведення такої негласної слідчої (розшукової) дії, як контроль за вчиненням злочину (ч. 4 ст. 246 КПК України). Слідчий, який здійснює досудове розслідування, має право проводити контроль за вчиненням злочину або доручити його уповноваженим оперативним підрозділам.

Контроль за вчиненням злочину може здійснюватися у випадках наявності достатніх підстав вважати, що готується вчинення або вчиняється тяжкий чи особливо тяжкий злочин, та проводиться в таких формах:

- 1) контрольована поставка;
- 2) контрольована та оперативна закупка;
- 3) спеціальний слідчий експеримент;
- 4) імітування обстановки злочину (ч. 1 ст. 271 КПК України).

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України – затверджений 13.04.2012 № 4651-VI, редакція від 28.04.2020, підстава - 361-IX URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення 22.09.2021)

² Грошевний Ю. М. Докази і доказування у кримінальному процесі: науково- ISSN 1995-6134 413 практичний посібник. – К.: КНТ, Видавель Фурса С.Я., 2006. – 272 с.

П. 2 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» передбачає, що оперативним підрозділам для виконання завдань оперативно-розшукової діяльності надається право проводити контрольовану поставку та контрольовану і оперативну закупку товарів, предметів та речовин, у тому числі заборонених для обігу, у фізичних та юридичних осіб незалежно від форми власності з метою виявлення та документування фактів протиправних діянь. Проведення контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупки здійснюється згідно з положеннями статті 271 Кримінального процесуального кодексу України у порядку, визначеному нормативно-правовими актами Міністерства внутрішніх справ України, центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну податкову і митну політику, Служби безпеки України, погодженими з Офісом Генерального прокурора та зареєстрованими у Міністерстві юстиції України¹.

Ст. 272 КПК України передбачає, що під час досудового розслідування тяжких або особливо тяжких злочинів можуть бути отримані відомості, речі і документи, які мають значення для досудового розслідування, особою, яка відповідно до закону виконує спеціальне завдання, беручи участь в організованій групі чи злочинній організації, або є учасником зазначеної групи чи організації, який на конфіденційній основі співпрацює з органами досудового розслідування.

Ст. 275 КПК України надає право слідчому під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій використовувати інформацію, отриману внаслідок конфіденційного співробітництва з іншими особами, або залучати цих осіб до проведення негласних слідчих (розшукових) дій у випадках, передбачених КПК України.

Отже, результати оперативно-розшукової діяльності з огляду на її специфіку не завжди можуть мати процесуальне значення й офіційно використовуватися в кримінальному провадженні. Частіше, навпаки, вони виступають лише в якості інформації, яка може бути легалізована в офіційних слідчих діях і представлена як їх результат. Це обумовлено причинами, пов'язаними з реалізацією оперативно-розшукового принципу конспірації й переважно негласним характером цієї діяльності.

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПРАВА ДИТИНИ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ В КОНТЕКСТІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ НАЙКРАЩИХ ІНТЕРЕСІВ ДИТИНИ

Кричина А.В.

*аспірантка кафедри нотаріального, виконавчого процесу,
адвокатури, прокуратури, судустрою Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

Забезпеченню найкращих інтересів дитини сьогодні приділяється належна увага не лише у світі, а зокрема і в Україні. Діти є учасниками багатьох правовідносин, а отже і сторонами, або третіми особами у правових спорах у випадках порушення, оспорування або не визнання їх прав або законних інтересів².

¹ Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України від 18 лютого 1992 р. № 2136-ХІІ. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 22. Ст. 303. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2135-12#Text>

² Ізарова І. О., Ханник-Посполітак Р. Ю. Цивільний процес України : Навч. посіб. для студ. юрид. спец. закладів вищої освіти / І.О. Ізарова, Р. Ю. Ханник-Посполітак, 3-ге вид., перероб. і доп. – Київ : ВД «Дакор», 2019, 274 с., Курс цивільного процесу : підручник / за ред. В. В. Комарова. Харків : Право, 2011. 1352 с. та інші підручники.

За міжнародним правом, європейським та національним законодавством дітям гарантується реалізація їх процесуальних прав та забезпечення захисту малолітніх або неповнолітніх осіб під час розгляду справи в суді¹. Так, у відповідності до ч.ч. 1, 2 ст. 12 Конвенції про права дитини держави-учасниці забезпечують дитині, здатній сформулювати власні погляди, право вільно висловлювати ці погляди з усіх питань, що торкаються дитини, причому поглядам дитини приділяється належна увага згідно з її віком і зрілістю. З цією метою дитині, зокрема, надається можливість бути заслуханою в ході будь-якого судового чи адміністративного розгляду, що торкається дитини, безпосередньо або через представника чи відповідний орган у порядку, передбаченому процесуальними нормами національного законодавства².

Діюче процесуальне законодавство визначає що малолітні та неповнолітні учасники судового провадження крім загальних прав та обов'язків визначених ст. 43 ЦПК України, наділені також додатковими процесуальними правами, що передбачені ст. 45 ЦПК України, згідно яких вони мають право: 1) безпосередньо або через представника чи законного представника висловлювати свою думку та отримувати його допомогу у висловленні такої думки; 2) отримувати через представника чи законного представника інформацію про судовий розгляд; 3) здійснювати інші процесуальні права і виконувати процесуальні обов'язки, передбачені міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.

Суд роз'яснює малолітній або неповнолітній особі її права та можливі наслідки дій її представника чи законного представника у разі, якщо за віком вона може усвідомити їх значення. Суд сприяє створенню належних умов для здійснення малолітньою або неповнолітньою особою її прав, визначених законом та передбачених міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.

Крім того, ч. 2 ст. 47 ЦПК України визначено, що неповнолітні особи від чотирнадцяти до вісімнадцяти років можуть особисто здійснювати цивільні процесуальні права та використовувати свої обов'язки в суді у справах, що виникають з відносин у яких вони особисто беруть участь. Зазначено закріплене і в ст. 18 Сімейного кодексу України. Цим Кодексом визначені окремі категорії справ, по яким дитина може самостійно звертатися до суду з відповідними позовами: - ст. 162 СК України, за забезпеченням права на належне батьківство; - ст. 165 СК України про позбавлення батьківських прав; - ст. 240 СК України про скасування усиновлення або визнання усиновлення недійсним.

Разом з тим існує практичний аспект проблеми забезпечення дитині можливості висловити свою думку в суді, щоб з'ясувати найкращі інтереси дитини. Так, на сьогодні законодавчо не визначено поняття «найкращі інтереси дитини», їх трактують виходячи з положень міжнародного законодавства. Не має критеріїв та методології їх визначення в залежності від певних індивідуальних особливостей дитини та зовнішніх аспектів, що впливають на неї як процесуальну особу. Процесуально не визначено, хто саме повинен визначити здатність дитини в суді сформулювати власні погляди, з урахуванням її віку і зрілості. За замовчуванням, це робить суддя, який не проходив відповідного навчання виходячи з свого власного досвіду.

Крім того, в процесуальному законодавстві наявні норми порядку допиту малолітніх і неповнолітніх свідків (ст.232 ЦПК України) та відсутні норми які б визначали порядок

¹ Див. Керівні принципи Комітету міністрів Ради Європи щодо правосуддя, дружнього до дітей. URL: <https://rm.coe.int/16804c2188> , Стандарти правосуддя, дружнього до дитини, та їх втілення в Україні (некримінальний аспект). URL: <https://www.osce.org/uk/project-coordinator-in-ukraine/453435>, а також Ізарова І. О. Теоретичні засади цивільного процесу Європейського Союзу: монографія. Київ : Дакор, 2015. 336 с.

² Конвенція про права дитини, ратифікована Постановою ВР № 789-XII від 27.02.91 https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021

з'ясування думки неповнолітньої або малолітньої дитини, в інтересах якої подано позови, або у випадках коли спір впливає на права та інтереси дитини. Не вирішує це питання і положення ч. 2 ст. 59 ЦПК України, згідно якої суд може залучити до участі у справах неповнолітню особу, якщо її права та законні інтереси захищають батьки, усиновлювачі, піклувальники.

Отже, чи буде вислухана думка дитини при вирішенні питання про її права і інтереси залежить від дискреційних повноважень судді при розгляді справи.

За для забезпечення реалізації дитиною своїх процесуальних прав в цивільному судочинстві в контексті забезпечення найкращих інтересів дитини необхідно вирішити на законодавчому рівні: - можливість введення спеціалізації для судів, що розглядатимуть справи в яких приймає участь дитина; - можливість суду запросити (звернутися) до відповідного спеціаліста для визначення рівня зрілості та здатності дитини відповідно до свого віку надавати пояснення в суді. Такими спеціалістами можуть стати і медіатори, які проходять спеціальне навчання по роботі з дітьми; - визначити порядок заслуховування думки дитини в судовому засіданні.

Оскільки приміщення судів не пристосовані для перебування малолітніх дітей, є необхідність у запровадженні процесуальної можливості з'ясувати думку дитини по за межами суду в спеціально пристосованих приміщеннях, як суддею, або за дорученням судді іншим фахівцем по роботі з дітьми з відео фіксацією, яка в подальшому була б допустимим доказом по справі. Та визначитись з категоріями справ по яких з'ясування думки дитини буде обов'язковою.

Вирішення зазначених питань суттєво вплине на судову практику яка є неоднозначною саме у зв'язку з невизначеністю забезпечення процесуальних прав дитини процесуальним законодавством України.

***Науковий керівник:** д.ю.н., професор, професор кафедри нотаріального, виконавчого процесу, адвокатури, прокуратури, судострою Навчально-науковий інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка І.О. Ізарова.*

НОРМАТИВНІСТЬ ТА РЕГУЛЯТИВНА РОЛЬ ЯК ХАРАКТЕРНА ОЗНАКА ПОНЯТТЯ ПРИНЦИПІВ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

Кройтор В.А.

*доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри цивільного права та процесу факультету № 6
Харківський національний університет внутрішніх справ*

Уявлення про принципи права, пристосовані до особливостей тих чи інших суспільних відносин, є основою для формування засад їх правового регулювання, зокрема й у галузі цивільного судочинства. У тезах наукової доповіді пропонується звернути увагу насамперед на особливі (специфічні) ознаки поняття «принципи цивільного судочинства», які показують особливості процесуальних принципів, до яких належать і принципи цивільного судочинства. Виокремлення особливих (специфічних) ознак правового поняття має дозволити відрізнити це поняття від суміжних правових понять.

Принципами цивільного судочинства визнаються вихідні, основоположні засади, які є об'єктивними за змістом і суб'єктивними за формою вираження, виражають найбільш загальний характер правових вимог, що ставляться до суду й учасників цивільного процесу, є універсальними, оскільки впливають на всі цивільно-процесуальні норми,

потребують урахування при кожному правозастосуванні, мають імперативний характер, оскільки відхилення від них неприпустимо, та визначають процес формування, функціонування та розвитку всієї галузі цивільного процесуального права¹.

В юридичній літературі зазначається, що особливі (специфічні) ознаки правового поняття є автентичними, проявляються лише у відповідній галузі, тому й характеризуються лише тими ознаками, які відображають специфіку юридичного процесу відповідної галузі². Вважаємо, що є всі підстави зупинитись та виокремити певні ознаки принципів цивільного судочинства, зокрема, таку ознаку - **нормативність та їх регулятивна роль**.

У принципах цивільного процесуального права сконцентровані істотні риси цивільних процесуальних відносин, що є предметом правового впливу цивільного процесуального права. Найважливішою особливістю цих відносин є те, що існувати й нормально розвиватися вони можуть лише в правовій формі³. Принципи цивільного процесуального права висловлюють особливості правового регулювання цивільних процесуальних відносин.

Як уже було показано в дослідженні, загальноприйнятою є точка зору, згідно з якою основні ідеї стають принципами (основними правовими вимогами) з моменту їх закріплення в нормативно-правових актах. Ідеї, які не закріплені в законі, й надалі залишаються початками правосвідомості, науковими висновками, являють собою задум норми-принципу (судження для себе), а не правову норму (судження для всіх). Нормативність – іманентна властивість принципів, невіддільна від природи процесу як особливого роду державно-правової діяльності. За своєю суттю процесуальні принципи носять імперативний характер, владно-примусовий характер. Вони містять обов'язкові принципи, виконання яких забезпечується всім арсеналом правових засобів⁴.

В юридичній літературі правильно називають не правовий, а саме нормативний характер як одну з головних ознак принципів права, маючи на увазі закріплення норм-принципів в актах законодавства національного та міжнародно-правового характеру⁵.

Свою позицію з цього питання можна також підтвердити твердженням І.Є. Марочкіна, який висловив думку про те, що принципи судової влади виокремлюються двома шляхами: закріплені в чинному законодавстві або виведені зі змісту положень законодавства шляхом правотлумачення. На думку прихильників цього підходу, існування принципу-ідеї поза змістом положень закону можливе лише на етапі правотворення. Для аргументації наведено положення про те, що держава зобов'язана закріплювати у своєму законодавстві загальновизнані принципи й норми міжнародного права⁶.

Дійсно, принципи цивільного процесуального права є результатом усвідомленої діяльності конкретного суб'єкта – законодавця. Усвідомлення на конкретному етапі розвитку ідейних особливостей, характерних для цивільних процесуальних відносин,

¹ Кройтор В. А. Принципи цивільного судочинства та їх система: проблеми сучасної теорії та практики : монографія. Харків : Право, 2020. 672 с.

² Рожнов О. В. Принципи оперативності в цивільному процесуальному праві : автореф. дис. ... канд. юрид.наук. Харків, 2000.

³ Федина А. С. Интегративное понимание принципов гражданского процессуального права. *Вестник ТвГУ. Серия: Право*. 2015. № 2.

⁴ Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 1. М. : Юридическая литература, 1982.

⁵ Саменкова С. Е. К вопросу о нормативном закреплении принципов права. *Вектор ТГУ*. 2012. № 1 (19). С. 204–206.

⁶ Судова влада : монографія / І. Є. Марочкін, А. М. Москвич, І. В. Назаров та ін. ; за заг. ред. І. Є. Марочкіна. Харків : Право, 2015. С. 77.

приводить до необхідності формулювання та законодавчого закріплення принципів, що відображають ці ідеї¹.

Однак не виключаються інші способи офіційного юридичного визнання відправних начал (у правових системах, що входять в англосаксонську правову сім'ю, спочатку принципи права були сформульовані й закріплені за допомогою судових прецедентів, а в міжнародному праві поширена їх фіксація в міжнародних договорах). Проголошення нормативно-правового акта як єдиного джерела принципів не узгоджується і з реаліями правової системи України. Відповідно до Конституції України, загальновизнані принципи й норми міжнародного права є складовою частиною правової системи України. Основні положення ЦПК України мають закріплювати принципи цивільного судочинства, що відображають загальновизнані принципи й норми у спільноті демократичних держав, стандарти справедливого судового розгляду, без дотримання яких судочинство не має права претендувати на роль правосуддя. Беручи до уваги зазначені обставини, можна зробити висновок про те, що принципами цивільного процесуального права є не тільки ті, які закріплені в законодавстві про цивільне судочинство, а й основоположні ідеї, які отримали загальне визнання в діяльності органів правосуддя, та які закріплені в міжнародних актах.

При цьому **спосіб нормативного закріплення принципів цивільного процесуального права в нормативній тканині може бути двояким**. А. М. Колодій вказує на існування двох способів вираження принципів права, серед яких називає: безпосереднє формулювання їх у нормах права (текстуальне закріплення) і виведення принципів права зі змісту нормативно-правових актів (змістовне закріплення). В результаті підсумовує, що проблема формування громадянського суспільства та правової держави настійно вимагає, щоб загальноправові принципи текстуально виражались у Конституції України, міжгалузеві й галузеві, а також відповідні принципи структури права – у кодифікаційних і інкорпораційних актах, а принципи юридичного інституту – в актах, що стосуються цього інституту. Іншим способом вираження принципів права є їх змістовне закріплення, тобто виведення принципів зі змісту норм права. Такі принципи більш абстрактні, за їх допомогою можна врегульовувати найбільш загальні суспільні відносини². Тобто з-поміж способів фіксації (закріплення) принципів права, принципів цивільного судочинства в нормах права виділяють **текстуальний і змістовний. Текстуальний спосіб фіксації** принципів цивільного судочинства характеризується тим, що вони закріплюються в конкретних нормах (безпосереднє закріплення), і тим самим є нормами-принципами, дія яких поширюється за межі даної конкретної норми. Так, є принципи, що безпосередньо формулюються в нормах права у вигляді конкретних розпоряджень, наприклад, принцип державної мови судочинства (ст. 7 ЦПК України). Деякі принципи виводяться зі змісту цілого ряду норм цивільного процесуального права, наприклад, принципи диспозитивності (ст. 3, 11, 31, 123, 175 ЦПК України), змагальності (ст. 10, 60, 173, 176 ЦПК України). **Змістовний спосіб фіксації** полягає в тому, що зміст конкретного принципу цивільного судочинства виводиться з аналізу змісту низки правових норм. Підтримуємо думку про те, що якщо зміст принципу не закріплено в конкретній правовій нормі, він виводиться шляхом складних логічних зіставлень, умовиводів, аналізу змісту інших норм, наукових поглядів, судової практики. Це спричиняє те, що кількість, назви та зміст принципів у різних дослідників виходять різними. Питанням фіксації та деталізації змісту принципів

¹ Федина А. С. Интегративное понимание принципов гражданского процессуального права. *Вестник ТбГУ. Серия: Право*. 2015. № 2.

² Колодій А. М. Принципи права: генеза, поняття, класифікація та реалізація. *Альманах права. Основоположні принципи права як його ціннісні виміри*. 2012. Вип. 3. С. 41–43.

цивільного судочинства необхідно приділяти значну увагу, оскільки це має значення особливо для правозастосування. Щодо цього аспекту науковці, зокрема О. Л. Богінч, слушно відзначають, що взаємозв'язок принципів права з атрибутивними властивостями права та їх цінність для суспільства почасти залежить від ефективності функціонування конкретних правових систем, що діють «на базі» таких принципів¹.

Вважаю, що недосконалість процесуального законодавства негативно впливає на реалізацію принципів цивільного процесуального права. Важливим засобом подолання цього недоліку є нормативне закріплення системи принципів цивільного судочинства. Нормативне закріплення принципів цивільного процесуального права дає можливість правозастосувачеві адекватно сприймати волю законодавця. Пропонується передбачити в ЦПК України окрему главу, у якій би закріплювалися принципи цивільного судочинства. Кожен принцип цивільного судочинства повинен знайти місце та бути конкретизований в окремій главі ЦПК. При цьому необхідно, щоб у ЦПК абсолютно точно кожен принцип цивільного судочинства був визначений як поняття, тому що без такого визначення немає однакового розуміння, а, відповідно, – і однакового правозастосування.

ІНСТИТУТ ПОНЯТИХ В СИСТЕМІ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ГАРАНТІЙ ЗАХИСТУ ПРАВ ОСОБИ

Лук'янчиков Є.Д.

доктор юридичних наук, професор

Лук'янчиков Б.Є.

кандидат юридичних наук, доцент

Національний технічний університет України

«Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»

Під кримінальними процесуальними гарантіями розуміють систему закріплених законом правових норм, реалізація яких сприяє виконанню завдань кримінального провадження та забезпеченню прав і законних інтересів його учасників. Важливе місце у цій системі належить інституту понять у кримінальному провадженні, який сприяє дотриманню стандарту «Забезпечення процесуальних гарантій» - орієнтує орган досудового розслідування на належну поведінку з учасниками кримінального провадження та особами, права та законні інтереси яких обмежуються під час слідства. Він покликаний на забезпечення відчуття справедливості процедур та поваги до людини².

Сьогоднішній інститут понять має глибоке історичне коріння. Вже у Литовському статуті містилася норма, в якій визначалося «Яким чином у чісмує домі мають відшукувати речові або сліди» (Артикул 2 розділу 13). Скоріше за все, у сьогоднішньому розумінні, йшлося про проведення обшуку в домі потерпілим, що мало відбуватися у присутності сторонніх людей. Незважаючи на те, що у цій нормі не вказано на кількість таких людей їх мало бути не менше двох, оскільки про них згадується у множині.

Подальші спроби унормування порядку участі громадськості в кримінальному процесі спостерігаємо в Статуті кримінального судочинства 1864 року. Таких осіб називають понятими, визначено слідчі дії, проведення яких має здійснюватися у їх

¹ Богінч О. Л. Принципи права: окремі онтологічні, гносеологічні та аксіологічні проблеми. *Альманах права*. 2012. Вип. 3. С. 114.

² Стандарти досудового розслідування. Київ, 2020. С. 154.

присутності: огляд, освідчування, обшук, виїмка. Кількість понятих, яких запрошували до участі в слідчих діях мала бути не менше двох.

Ще на початку минулого століття І.Я. Фойницький називав інститут понятих залишком стародавнього російського інституту народної участі в кримінальному суаі, який переродився в інститут забезпечення правдивості того, що відбувається на стадії дізнання і попереднього слідства¹. Протягом існування даного інституту відбувалися певні зміни його процесуального врегулювання. На сторінках юридичних видань неодноразово розгорталися дискусії щодо доцільності його збереження у кримінальному провадженні, що може бути предметом самостійного дослідження. Не залишився поза увагою законодавця даний інститут і у зв'язку з прийняттям нового КПК України.

Чинний КПК України визнає понятого учасником кримінального провадження (п. 25 ч. 1 ст. 3 КПК), а не особою, що могла бути присутньою під час проведення слідчої дії (ст. 127 КПК 1960 р.). На жаль, зміна процесуального становища понятого не знайшла відображення у подальших нормах закону. Сьогодні про понятого згадується в ч. 7 ст. 223 КПК України, проте його права та обов'язки, як це передбачено щодо інших учасників провадження не визначаються. У даній нормі названо якісні (незаінтересованість) та кількісні (не менше двох) критерії до осіб, які можуть бути понятими, наведено перелік слідчих (розшукових) дій, до участі в яких запрошуються поняті: пред'явлення особи, трупа чи речі для впізнання, огляд трупа, в тому числі пов'язаного до ексгумації, слідчого експерименту, освідчування особи. Зважаючи на розвиток технічних засобів безперервного відеозапису ходу проведення відповідної слідчої (розшукової) дії, законодавець встановлює виняток і допускає проведення певних дій без участі понятих.

У той же час слідчі дії, що пов'язані із суттєвим втручанням в особисті права та інтереси особи – обшук або огляд житла чи іншого володіння особи, обшук особи здійснюються з обов'язковою участю не менше двох понятих незалежно від застосування технічних засобів їх фіксування. Зазначений перелік слідчих (розшукових) дій є вичерпним. Проте слід зазначити, що законодавець не позбавляє слідчого або прокурора права запросити понятих до участі в інших процесуальних діях, якщо вони вважатимуть це за доцільне (ч.7 ст. 223 КПК).

З наведеного можна дійти висновку, що понятих залучають до участі у слідчих діях, проведення яких пов'язане з можливістю обмеження права особи на недоторканність та втручання в її особисте і сімейне життя. Тому участь понятих у таких слідчих діях має розглядатися в декількох аспектах. З одного боку вважають, що це є запорукою від можливого порушення прав та інтересів особи слідчим. Дане питання потребує самостійного дослідження щоб показати, яким чином понятий, як стороння, незаінтересована в розслідуванні особа, що не має відповідної юридичної підготовки може оцінити правильність дій слідчого.

З іншого боку, залучення понятих призводить до розширення кола осіб, які отримують можливість увійти до помешкання особи, яке підлягає обшуку або у буде проводитися слідчий експеримент, оглянути оголене тіло особи під час її освідчування. Під час проведення слідчих дій та ознайомлення з протоколом і виявленими носіями інформації понятим можуть стати відомі обставини особистого і сімейного життя не тільки особи, щодо якої проводиться відповідна слідча дія, а і інших осіб. Такі відомості можуть міститися на різноманітних носіях інформації, що будуть виявлені в ході слідчої дії (листування, фотознімки, відео або аудіо записи, носії цифрової інформації тощо).

Будь яких особливих вимог до понятих, за винятком їх незаінтересованості, законодавець не встановлює. Тому на практиці до участі в слідчих діях, що проводяться

¹ Фойницький І. Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 2. Спб., 1996. С. 259.

в житті чи іншому володінні особи запрошують найближчих сусідів або інших сторонніх осіб, як і під час освідування. Сусіди можуть перебувати у різних стосунках з особою, в помешканні якої проводиться слідча дія. Не у всіх випадках господар бажає щоб такі особи знайомилися з його помешканням і усім, що у ньому знаходиться, оскільки це стосується особистого і сімейного життя. Для таких випадків особа має володіти правом заявити відвід понятному та обґрунтувати це слідчому. Про доцільність надання такого права особі, що підлягає освідуванню висловлювалася В.В. Логінова¹, а Ж.В. Удовенко² слушно запропонувала поширити таке право на усі випадки залучення понять до участі у проведенні процесуальних дій, якщо є підстави вважати, що такі особи можуть розголосити обставини особистого і сімейного життя людини, а також інші відомості, які відносяться до приватних.

У розв'язанні даного питання, на нашу думку, слушною слід вважати пропозицію В.Г. Дрозда, яка стосується запрошення понять до участі в освідуванні. Вирішення цього питання пропонується погоджувати з особою, виходячи з етичних міркувань, однак остаточне рішення залежить від слідчого³. Подібну пропозицію доцільно поширити на усі випадки запрошення понять до участі у кримінальному провадженні. Якщо мова іде про освідування, слід мати на увазі, що не кожній особі, яка надала згоду добровільно його пройти, присмю, щоб її оголене тіло оглядав не тільки слідчий, а ще й поняті, які є сторонніми особами. Коли в освідуванні бере участь судовий медик або лікар, як спеціалісти, взагалі немає необхідності в залученні понять, що не може викликати сумніву.

Певним запобіжником розголошення понятими відомостей, що стали їм відомі у зв'язку із участю у слідчій дії може бути їх письмове попередження про кримінальну відповідальність, встановлену законом (ст. 387 КК України).

За результатами проведення слідчої дії складають протокол, який мають підписати усі її учасники. Особа щодо якої проводилася слідча дія може відмовитися підписати цей процесуальний документ і письмово пояснення щодо причин такої відмови. Цей факт може бути засвідчено підписом захисника (законного представника) такої особи, а у разі його відсутності – понять (ч. 6 ст. 104 КПК). У той же час законодавець не надає відповіді на порядок дій у випадку відмови підписати протокол понятим. Дане питання є достатньо дискусійним. Здійснивши аналіз змісту частин 4-6 ст. 104 КПК, Ж. В. Удовенко вважає, що закон не передбачає відмову понятого від підпису протоколу, *що є абсолютно справедливо, але не виключає такої можливості* (виділено – нами). Пояснює це тим, що саме понятій повинен засвідчити своїм підписом факт відмови особи від підписання протоколу⁴.

З даною думкою важко погодитися, оскільки йдеться про різні слідчі дії і різні ситуації. Під час огляду, обшуку, освідування понять є учасником слідчої дії від початку її проведення і до оформлення протоколу. В другому випадку понять не був присутнім під час проведення слідчої дії. Його запросили вже після складання протоколу, а можливо і ознайомлення з ним особи. Тому дане питання потребує подальшого опрацювання. Якщо особа дала згоду брати участь як понятій вона не може

¹ Логінова В. В. Особливості проведення освідування при розслідуванні тілесних ушкоджень. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ ім. Е. О. Дідоренка. 2008. Спецвип. №5. Ч. 3. С. 122.

² Удовенко Ж. В. Процесуальні гарантії забезпечення права а невторчання в особисте і сімейне життя у кримінальному провадженні України: монографія. Київ: Центр учбової літератури, 2021. С. 173.

³ Дрозд В. Г. Організаційні і тактичні аспекти розслідування умисних тяжких тілесних ушкоджень : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність». К., 2009. С. 10.

⁴ Удовенко Ж. В. Процесуальні гарантії забезпечення права а невторчання в особисте і сімейне життя у кримінальному провадженні України: монографія. Київ: Центр учбової літератури, 2021. С. 219.

відмовлятися від підписання протоколу, проте може викласти свої зауваження щодо проведення слідчої дії.

На завершення слід зазначити, що інститут понятих потребує подальшого удосконалення та унормування. У розділі КПК «інші учасники кримінального провадження» має бути сформульована відповідна норма, в якій будуть викладені вимоги до осіб, яких залучають до участі у слідчій (розшуковій) дії як понятих, перелік осіб, які не можуть бути понятими, права та обов'язки понятих. Залучені як поняті особи мають право брати участь у слідчій дії, робити заяви та зауваження з приводу її проведення, які підлягають обов'язковому занесенню до протоколу; знайомитися із змістом складеного протоколу; подавати скарги на дії (бездіяльність) і рішення дізнавача, слідчого, прокурора, що обмежують його права. Він не вправі ухилитися від явки за викликом дізнавача, слідчого або в суд, а також розголошувати дані досудового провадження, якщо був попереджений у встановленому порядку. За розголошення даних досудового розслідування понятий несе відповідальність відповідно до ст. 387 КК України.

РЕАЛІЗАЦІЯ ІНСТИТУТУ ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У ЗВ'ЯЗКУ ІЗ ПРИМИРЕННЯМ ВИННОГО З ПОТЕРПІЛИМ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: ОКРЕМІ ПИТАННЯ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

Мазур М.Р.

*кандидат юридичних наук, доцент кримінального процесу та криміналістики
Львівського національного університету імені Івана Франка*

Основою впровадження відновного підходу у національне законодавство безумовно є інститут примирення. У кримінальному і кримінальному процесуальному законодавстві поняття «примирення» не розкрито, проте вживається. Зокрема, коли йдеться про інститут звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із *примиренням* винного з потерпілим (ст. 46 КК України) та інститут угоди про *примирення* між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим (ст. 468 КПК України).

У літературі використовується подвійне розуміння терміну «примирення»: як стану і діяльності. У першому випадку, йдеться про внутрішнє розкаяння винного у вчиненні кримінального правопорушення перед потерпілим, вибачення потерпілого і залягодження заподіяної шкоди. У другому випадку, «примирення» розглядається як певний процес, спрямований на вирішення кримінально-правового конфлікту, усунення його причин і наслідків. Змістом процедури є двостороння взаємодія винного і потерпілого, без акцентування уваги на зміні внутрішнього психологічного ставлення один до одного.

Відповідно до статті 46 КК України, особа, яка вперше вчинила кримінальний проступок або необережний нетяжкий злочин (*крім корупційних кримінальних правопорушень, кримінальних правопорушень, пов'язаних з корупцією, порушень правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керували транспортними засобами у стані алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння або перебували під впливом лікарських препаратів, що знижують увагу та швидкість реакції*), звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона примирилася з потерпілим та відшкодувала завдані нею збитки або усунула заподіяну шкоду.

Таким чином, до обов'язкових умов та підстав звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим можемо віднести: 1) умова – вчинення особою вперше кримінального проступку або необережного

нетяжкого злочину, з урахуванням винятків наведених вище; 2) підстава – примирення винного з потерпілим та відшкодування завданих збитків або усунення заподіяної шкоди.

Велика Палата Верховного Суду у справі №439/397/17 від 16 січня 2019 року¹, вказала, що право на примирення у контексті ст.46 КК України – це особисте право потерпілого. Воно не може бути ніким присвоєне та нікому делеговане. Таке право є природним правом людини, нерозривно пов'язаним з нею та похідним від інших прав, зокрема права на життя.

Використання права на примирення іншими особами (у тому числі визнаними потерпілими від кримінального правопорушення в кримінальному процесуальному сенсі, ч.6 ст.55 КПК України) є неможливим, оскільки таке право тісно пов'язане з особою, яка безпосередньо постраждала внаслідок учинення щодо неї кримінального правопорушення. Під час примирення лише сам потерпілий може виражати свою волю, а не інші особи, які є його представниками або правонаступниками.

Таким чином, Велика Палата Верховного Суду робить висновок, що у ситуації коли потерпілого (жертви кримінального правопорушення) фізично немає, то ніхто інший не може висловити його волю під час вирішення питань, пов'язаних з відшкодуванням шкоди у вигляді смерті, як підстави для звільнення від кримінальної відповідальності за ст. 46 КК України.

У кримінальному процесуальному законодавстві чітко не визначено форму та зміст заяви про готовність потерпілого примиритися з особою, яка вчинила злочин. Зазвичай, на практиці, йдеться про письмову форму такої заяви (або угоди), яка передається слідчому, прокурору або суду.

Так, ККС ВС у справі № 537/1772/17 від 13 серпня 2019 року² вказав, що «примирення винного з потерпілим означає досягнення між ними угоди, в якій зафіксовано, що потерпілий примирився з винним, задоволений вжитими останнім заходами з відшкодування завданих збитків або усунення заподіяної шкоди і внаслідок цього не заперечує проти звільнення винного від кримінальної відповідальності (чи просить про таке звільнення)».

У цьому ж самому рішенні, Суд зробив ще один важливий висновок. Якщо під час розгляду провадження судом першої інстанції підстави та умови для звільнення від кримінальної відповідальності за ст. 46 КК України ще не існували (суд до моменту ухвалення вироку не отримав заяву від потерпілої), це не позбавляє суд апеляційної інстанції обов'язку дати оцінку тому, чи виникли й існують такі підстави та умови на час апеляційного розгляду. Отже, апеляційний суд може закрити кримінальне провадження і звільнити особу від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим як за матеріалами, що надійшли із суду першої інстанції, так і на підставі нових матеріалів, наданих учасниками процесу або витребуваних самим апеляційним судом.

Застосування інституту звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням винного з потерпілим, на практиці, потребує чіткого розмежування підстав для такого звільнення визначеними у ст. 46 КК України з підставами для укладення та затвердження угоди про примирення у кримінальному процесі, оскільки у деяких кримінальних провадженнях можливим є застосування обох вказаних інститутів.

¹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 16 січня 2019 р. у справі №439/397/17 URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/79298600>.

² Постанова ККС ВС від 13 серпня 2019 року у справі № 537/1772/17 URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/83721718>

Тут необхідно звернути увагу на положення постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 грудня 2015 року № 13 «Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угоди»¹.

Відповідно до п. 19 вказаної постанови у випадках, коли у кримінальному провадженні одночасно вбачаються підстави для звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку із примиренням винного з потерпілим, зазначені у ст. 46 КК України, та для призначення обвинуваченій особі покарання на підставі угоди між потерпілим і підозрюваним/обвинуваченим (надійшла укладена між сторонами угода про примирення), суд, враховуючи, що стаття кримінального закону, яка передбачає таке звільнення від кримінальної відповідальності, має імперативний (обов'язковий) характер, а також беручи до уваги встановлені обставини, повинен:

1) за наявності підстав для звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням обвинуваченого з потерпілим (*вчинення вперше кримінального проступку ..., відшкодування потерпілому завданих збитків чи усунення заподіяної шкоди, а також дійсного примирення з останнім, про що свідчить згода потерпілого на звільнення від кримінальної відповідальності на цій підставі*) та згоди обвинуваченого на таке звільнення і закриття провадження з таких підстав – відмовити згідно з п. 3 ч. 7 ст. 474 КПК України у затвердженні угоди про примирення та звільнити обвинуваченого від кримінальної відповідальності на підставі ст. 46 КК України;

2) за наявності підстав для звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням обвинуваченого з потерпілим, у разі якщо потерпілий заперечує проти такого звільнення, оскільки результатом його примирення з обвинуваченим є укладена між ними угода, в якій визначено конкретне покарання або зазначено про звільнення від його відбування з випробуванням, перевіривши угоду на відповідність вимогам КПК України, за відсутності підстав для відмови в її затвердженні – ухвалити вирок, яким має затвердити угоду і призначити узгоджену сторонами міру покарання.

Таку ж позицію висловила і колегія суддів Другої судової палати ККС ВС у справі № 439/1344/17 від 16 жовтня 2018 року². Вказавши, що у випадку наявності підстав для звільнення від кримінальної відповідальності, з огляду на те, що інститут угод у кримінальному провадженні, як і інститут призначення покарання у тому числі з урахуванням його особливостей у випадку затвердження угоди (ч. 5 ст. 65 КК України) жодним чином (як в матеріальному, так і в процесуальному аспектах) не кореспондуються з інститутом звільнення від кримінальної відповідальності, є взаємовиключними та потребують розмежування.

¹ Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 грудня 2015 року № 13 «Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угоди» URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0013740-15#Text>

² Постанова ККС ВС від 16 жовтня 2018 року у справі № 439/1344/17 URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/77249045>

СПІВВІДНОШЕННЯ І РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПІВ ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ ТА ДИСПОЗИТИВНОСТІ ПРИ ВИБОРІ МІСЦЯ ВИКОНАННЯ РІШЕННЯ (НА МАТЕРІАЛАХ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ)

Малярчук Л.С.

*доцентка кафедри нотаріального, виконавчого процесу та адвокатури, прокуратури, судуострою
Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

Останнім часом спостерігається активне порушення принципу територіальності при виборі місця виконання рішення, адже існує проблема встановлення та перевірки реального місця проживання (перебування) боржника, місцезнаходження його майна з метою використання цих критеріїв для пред'явлення виконавчого документа. Похибки при визначенні цих обставин створює для боржника можливість оскаржувати постанову виконавця про відкриття виконавчого провадження та в цілому ставить під сумнів допустимість вчинення ним виконавчих дій у подальшому, що до того ж являється широко розповсюдженою підставою для притягнення виконавців і до дисциплінарної відповідальності. Тому розгляд окреслених питань є актуальним та необхідним, зокрема задля констатації наявних перешкод при відкритті виконавчого провадження у таких ситуаціях та напрацювання шляхів їх подолання на основі аналізу нових тенденцій судової практики.

Так, Верховний Суд роз'яснив, що суть принципу територіальності полягає у тому, що державний виконавець має право приймати до виконання виконавчі документи, місце виконання яких знаходиться на території, на яку поширюються його функції, а приватний виконавець має право приймати до виконання виконавчі документи, місце виконання яких знаходиться у межах його виконавчого округу, на території якого приватний виконавець здійснює діяльність, та відомості щодо якого внесені та містяться у Єдиному реєстрі приватних виконавців України. При цьому місце виконання виконавчого документа визначається за критеріями, зазначеними у ч. 2 ст. 24 Закону України «Про виконавче провадження»¹ (далі - Закон), до яких законодавець відносить: (1) місце проживання, перебування боржника - фізичної особи, (2) місцезнаходження боржника - юридичної особи, (3) місцезнаходження майна боржника. Право вибору місця відкриття виконавчого провадження між кількома органами державної виконавчої служби, що можуть вчиняти виконавчі дії щодо виконання рішення на території, на яку поширюються їхні функції, належить стягувачу. Так само як і відповідно до ч. 1 ст. 27 Закону України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів»² фізичні або юридичні особи мають право вільного вибору приватного виконавця з числа тих, відомості про яких внесено до Єдиного реєстру приватних виконавців України, з урахуванням суми стягнення та місія виконання рішення, визначеного Законом України «Про виконавче провадження». Більше того, державні виконавці можуть вчиняти виконавчі дії і за місцем роботи боржника, тоді коли приватні виконавці наразі позбавлені такої можливості. І так як першочергово диспозитивне право вибору проявляється ще на етапі визначення органу примусового виконання під час вирішення питання щодо звернення до органу державної виконавчої служби чи до представників приватних виконавців, за виключенням

¹Про виконавче провадження: Закон України від 02.06.2016 № 1404-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19#Text> (дата звернення: 09.10.2021).

²Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів: Закон України від 02.06.2016 № 1403-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1403-19#Text> (дата звернення: 09.10.2021).

встановлених ст. 5 Закону винятків, коли рішення підлягають виконанню виключно державними виконавцями, то перевага за останніми, бо мають додаткову альтернативу для пред'явлення виконавчого документа. З огляду на що позитивно оцінюється уніфікація правил територіальної юрисдикції для приватних та державних виконавців у законопроекті «Про примусове виконання рішень»¹.

Зокрема, одним із критеріїв для вибору місця виконання, який часто використовується стягувачами є місцезнаходження майна боржника. Тому, Інструкція з організації примусового виконання рішень² (далі - Інструкція) поповнилася уточненим положенням, за яким у разі пред'явлення виконавчого документа до органу державної виконавчої служби або приватного виконавця за місцезнаходженням майна боржника до заяви про примусове виконання рішення додається документ/копія документа, який підтверджує, що майно боржника (грошові кошти на рахунках в банках або інших фінансових установах) знаходиться(яться) на території, на яку поширюється компетенція органу державної виконавчої служби, або в межах виконавчого округу приватного виконавця. Проте в окремих випадках, якщо це майно не належить до об'єктів нерухомості, існують проблеми в такому обґрунтуванні територіальної прив'язки до того чи іншого місця виконання, зокрема це стосується безготівкових коштів на банківських рахунках.

Так, Верховний Суд абсолютно справедливо наголошує, що у разі посилання стягувача на наявність у боржника грошових коштів на рахунках у банківських установах, стягувач, який обмежений в отриманні інформації, що є банківською таємницею, має надати наявні у нього докази існування таких рахунків боржника, докази, з яких йому стало відомо про такі існуючі рахунки боржника (ділова переписка, правочини, первинні, розрахункові документи тощо). До того ж, перевірка майнового стану боржника (стану рахунків боржника у банках), розшук боржника та/або його майна, зокрема грошових коштів боржника, здійснюється у вже відкритому виконавчому провадженні, тобто на момент аналізу підстав для відкриття виконавчого провадження виконавець не має таких даних³.

Тим не менш, Верховний Суд у попередніх рішеннях наголошував, що при вирішенні питання про прийняття виконавчого документа до виконання та відкриття виконавчого провадження за таким критерієм як місцезнаходження майна боржника у разі, якщо таким майном стягувач визначив грошові кошти на рахунках боржника, має встановити обставини наявності грошових коштів на банківському(их) рахунку(ах) боржника та переконатися, що в межах його округу наявне майно боржника (грошові кошти на рахунках у банках або інших фінансових установах).⁴ Що спонукало стягувачів здійснювати перекази мінімальних сум на рахунки боржника в якості підтвердження, хоча по суті такі дії можна розцінювати як створення штучних умов для визначення підходящого місця виконання, і відповідно вважати проявом зловживання таким правом. Але в свою чергу Північно-західний апеляційний господарський суд визнає таку практику правомірною, відносячи квитанцію як документ, який містить відомості про зарахування коштів, перерахованих на розрахунковий рахунок отримувача – боржника в банку, до належних доказів наявності коштів на рахунку⁵.

¹Проект Закону про примусове виконання рішень № 5660 від 14.06.2021 року. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72223 (дата звернення: 09.10.2021).

² Наказ Міністерства юстиції України «Про затвердження Інструкції з організації примусового виконання рішень» від 02.04.2012 р. № 512/5 URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/z0489-12>.

³ Ухвала КГС Верховного Суду від 25.01.2021 № 905/64/15. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94643021>.

⁴Постанова Верховного Суду від 26 листопада 2020 року у справі № 911/949/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93149492>.

⁵Постанова Північно-західного апеляційного господарського суду від 23 лютого 2021 року у справі № 924/408/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95131401>.

Проте Верховний Суд все-таки висловлював і інше бачення того, що передбачена необхідність стягувача додати до заяви докази місцезнаходження майна боржника обумовлена необхідністю обґрунтування та доведення стягувачем виконавцю такого критерію як місцезнаходження майна боржника та лише в ракурсі того, що майно боржника знаходиться на території, на яку поширюється компетенція органу державної виконавчої служби, або в межах виконавчого округу приватного виконавця.¹ А зазначена норма Інструкції передбачає надання стягувачем лише доказів місцезнаходження майна боржника на цій території, а не доказів фактичної наявності майна боржника у місцезнаходженні такого майна. Цей висновок сприймається так, що стягувач повинен надати відомості лише про існування відкритих рахунків і при цьому звільнений від обов'язку підтверджувати наявність на них коштів, то у такому разі він є поміркованим, бо отримати на цьому етапі інформацію щодо стану цих рахунків дійсно у нього немає можливості. Дані умовиводи по суті можна застосувати виключно щодо такого специфічного майна боржника як безготівкові кошти, і подібна позиція є виправданою, адже надаючи право вибору місця виконання, Закон не повинен створювати перешкоди і незручності для стягувача, які подекуди можуть навіть унеможливити виконання рішення в цілому, так само як і складати хибне враження про повноцінну реалізацію принципу диспозитивності. Адже право вибору місця пред'явлення виконавчого документа стягувачеві має бути належно забезпечене, щоб ініціатор виконання рішення міг обрати оптимальний і зручний варіант для себе і мати безперешкодний доступ до примусового виконання, гарантованого ст. 129-1 Конституції України². Та все ж Верховний Суд нещодавно знову резюмував, що наявність у боржника банківських рахунків не свідчить про наявність у боржника майна в такому банку та не є таким майном, з огляду на що проаналізовані вище положення Інструкції є раціональними, однак такий їх зміст дисонує з окремими підходами Верховного Суду, які в свою чергу також вступають у протиріччя між собою, що свідчить про відсутність усталеної практики з цього питання. Всі ці обставини, а також те, що приводом для притягнення приватних виконавців до дисциплінарної відповідальності є саме порушення принципу територіальності через відкриття виконавчих проваджень без підтвердження наявності коштів на вказаних рахунках вказує на необхідність перегляду цих приписів із врахуванням останніх позицій Верховного Суду і правового режиму такого специфічного виду майна як безготівкові кошти³. А регулятору та представникам органів примусового виконання варто задуматися над доопрацюванням правил територіальної юрисдикції або через звуження можливих варіантів вибору місця виконання рішення з метою збереження регіону, де здійснювався розгляд справи при виконанні ухваленого за її результатами рішення, задля оптимального вирішення окремих процесуальних питань судом, що видав виконавчий документ, у ході його виконання або взагалі приймати кардинальні зміни і йти шляхом запровадження екстериторіального принципу пред'явлення виконавчих документів до виконання в першу чергу для зручності стягувача.

¹ Постанова Верховного Суду від 21 травня 2021 року у справі № 905/64/15. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97735059>.

² Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>.

³ Постанова Верховного Суду від 09 вересня 2021 року у справі № 160/1611/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99482401>.

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА В КОНТЕКСТІ НЕОБХІДНОСТІ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВИХ ТА ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ГАРАНТІЙ ПРАВ ПОТЕРПІЛИХ НА СТАДІЯХ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ТА СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ

Марчук С.В.

прокурор окружної прокуратури міста Івано-Франківська

Прогресивні системи кримінальної юстиції дедалі більше звертають увагу на необхідність захисту потерпілих: психологічного, фізичного, фінансового та юридичного. Набуває популярності так званий *victim-oriented approach* (підхід, орієнтований на потерпілого). Цей підхід передбачає, що потерпілий, його захист та інтереси мають посідати більш пріоритетне місце у кримінальному процесі.

Україна, вступаючи до Ради Європи, взяла на себе зобов'язання не лише визнати, а і закріпити у своєму законодавстві та дотримуватися Європейських стандартів прав людини, в тому числі у кримінальному судочинстві. Одне з важливих завдань, які необхідно при цьому вирішити – гарантування потерпілим надійного захисту від кримінальних правопорушень¹.

Аналіз чинного законодавства України містить широкий перелік прав потерпілого, проте на практиці більшість із них – декларативні. Тому вважаю за доцільне проаналізувати наявний стан правових та процесуальних гарантій прав потерпілого, в тому числі крізь призму імплементації Директиви Європейського парламенту і Ради ЄС щодо мінімальних стандартів прав, підтримки і захисту потерпілих від злочину.

Так, Директива Європейського союзу щодо мінімальних стандартів захисту прав потерпілих є документом, що не обов'язковий для України. Однак, у країнах Європейського Союзу Директива стала потужним інструментом захисту прав потерпілих, адже вимагає регулярного звітування країн – членів ЄС щодо стану її виконання. На жаль, станом на сьогодні, передбачені Директивою стандарти, поки що не відображені в національному законодавстві².

Проблем при застосуванні процесуального законодавства щодо захисту правових та процесуальних гарантій прав потерпілих є багато, однак пропоную зупинитись на найбільш поширених, а також навести можливі механізми їх усунення.

Так, однією з проблем, які виникають на практиці, є залучення адвоката, оскільки це суттєво впливає на реалізацію прав потерпілого. Відсутність представника потерпілого – адвоката у кримінальному провадженні часто перешкоджає або унеможливає реалізацію потерпілим своїх прав. Самі потерпілі рідко залучають адвоката, насамперед тому, що законодавець не відніс потерпілих загалом чи потерпілих від окремих видів злочинів (наприклад, насильницьких) до категорій, які мають право на таку допомогу. Тому вважаю, що доцільним було б законодавчо закріпити право потерпілого на забезпечення безоплатної правової допомоги на усіх стадіях кримінального провадження та судового розгляду.

При цьому, слушною видається думка Нора В.Т., який зазначає, що плату послуг адвоката (представника потерпілого) доцільно покласти на засудженого чи особу, стосовно якої кримінальне провадження закрито за nereабілітуючими підставами.

¹ А.А. Грбовський, Г. В. Дідківська, В. В. Топчий. Правовий статус потерпілого у кримінальному процесі України. URL: file:///C:/Users/User/Desktop/3166_IR.pdf

² В. Луцки, Р. Клімкевич. Гармонізація кримінального процесуального законодавства Європейського Союзу про статус потерпілих: сучасний стан та напрямки вдосконалення. URL: http://www.jurnaluljuristic.in.ua/archive/2018/3/part_1/29.pdf

Реалізація цієї пропозиції у законодавстві розширить права потерпілого - жертви злочину¹.

Вагомою також є проблема недостатності наявних механізмів для запобігання вторинній віктимізації. Для прикладу, непоодинокими є випадки зайвого залучення потерпілих до окремих слідчих дій, коли потерпілий вимушений брати участь в «очній ставці» з підозрюваним або відтворювати болісні для себе спогади багато разів поспіль без потреби. Тому вбачається доцільним розширити практику застосування відеоконференції як способу захисту потерпілих від вторинної віктимізації; запровадити облаштування окремих входів/ виходів для потерпілих, щоб мінімізувати негативний вплив. Наведені механізми потребують внесення змін до кримінального процесуального законодавства, з урахуванням пропозицій консультативної місії Європейського Союзу в Україні².

Наступною проблемою є надмірна тривалість судового розгляду, часті відкладення засідань, що призводить до небажання потерпілого брати участь у розгляді справи надалі. При цьому, якщо на стадії досудового розслідування передбачено можливість оскарження порушення розумних строків, то на стадії судового розгляду потерпілий позбавлений такої можливості. Знову ж таки усунення вказаного недоліку потребує внесення змін до чинного законодавства України.

Крім вказаного, нормативне регулювання захисту потерпілих передбачає досить широкий перелік відповідних способів, таких як фізична охорона, зміна анкетних даних, зміна зовнішності. Однак на практиці рівень їх застосування вкрай низький. Причинами є недостатньо чіткі законодавчі механізми, неналежне матеріально - технічне забезпечення правоохоронних органів і судів, низький рівень підготовки кадрів та відсутність системного підходу до захисту потерпілих. Більше того, станом на теперішній час повноцінної програми захисту потерпілих немає. Як результат, жертви злочинних дій розчаровані захистом держави, адже не відчують себе захищеними. З метою усунення вказаної проблеми доцільним було б створення програми захисту потерпілих, реалізацію якої буде покладено на спеціальну службу. Не зайвим було б також запровадити в системі підготовки та підвищення кваліфікації слідчих, прокурорів і суддів навчання щодо особливостей спілкування з потерпілими, запровадити курси із запобігання вторинній і повторній віктимізації³.

Вагомою проблемою виступає також визначення розміру моральної шкоди потерпілій особі. Наявна практика визначення розмірів моральної шкоди є недосконалою. Присуджувані розміри компенсацій за цю шкоду - низькі. При цьому, потенціал психологічних експертиз залишається невикористаним, а суддівського внутрішнього переконання - недостатньо. Тому доцільно було б розширити практику проведення експертиз для визначення розмірів завданої моральної шкоди, зокрема шляхом обов'язковості призначення такої експертизи у разі насильницьких злочинів згідно п. 6 ч. 2 ст. 242 КПК України. В даному контексті необхідними є також якісні зміни судової практики задля того, щоб розміри моральної шкоди відображали важливість цінностей, на які посягають насильницькі злочини, шляхом: навчання,

¹ Нор В.Т. Удосконалення процесуального статусу потерпілого від злочину та системи гарантій захисту його прав і законних інтересів URL: <http://radnuk.info/component/content/article/24955>.

² В. Луцик, Р. Климкевич. Гармонізація кримінального процесуального законодавства Європейського Союзу про статус потерпілих: сучасний стан та напрямки вдосконалення. URL: http://www.jurnaluljuristic.in.ua/archive/2018/3/part_1/29.pdf

³ В. Луцик, Р. Климкевич. Гармонізація кримінального процесуального законодавства Європейського Союзу про статус потерпілих: сучасний стан та напрямки вдосконалення. URL: http://www.jurnaluljuristic.in.ua/archive/2018/3/part_1/29.pdf

формування правових позицій судами вищих інстанцій, адвокати міжнародних стандартів прав потерпілих, зокрема рішень ЄСПЛ.

Ще одна гостра проблема в кримінальному судочинстві, на якій не можна не зупинитися, – реальне виконання судових рішень про відшкодування матеріальної та компенсацію моральної шкоди. Маляренко В.Т. звертає увагу на те, що в стадії виконання судових рішень зведена нанівець така засада судочинства, як змагальність, оскільки потерпілий майже повністю ігнорується¹.

Як свідчить практика, ухилення від примусового виконання рішень суду про стягнення шкоди за злочин є звичним для обвинувачених/ засуджених, а механізм обтяження (арешту) майна за цивільними позовами у кримінальних справах «не працює». Усупереч усталеним уявленням, стягнення відшкодування із засуджених до позбавлення волі шляхом залучення їх до примусової праці є неефективним. Такі стягнення в установах виконання покарань мають украй обмежений розмір. Тому було б доречним змінити наявну черговість стягнень із заробітку засуджених, щоби стягнення за цивільними позовами потерпілих відбувалися передусім, а не за залішковим принципом; передбачити обмеження певних прав засуджених з метою стимулювання їх до сплати завданої потерпілим шкоди (обмеження права на керування транспортним засобом і виїзду за межі України, унеможливлення умовно-дострокового звільнення та звільнення з випробуванням тощо).

На жаль, в Україні досі не впроваджено механізму компенсації потерпілим від насильницьких злочинів, незважаючи на підписання та намагання ратифікації відповідної Конвенції Ради Європи.

Цікавою видається думка Кучинської О.П., яка зазначає, що проблему реального відшкодування шкоди, завданої потерпілим злочинами, може вирішити створення державного грошового Фонду. Так, нею була сформульована концепція створення Фонду та внесені пропозиції щодо механізму його дії на підставі аналізу досвіду тих держав, в яких такі фонди давно і успішно діють, наприклад: Австрія, Велика Британія, Німеччина, США, Франція, Японія. Зокрема, у США за останні чотири десятиліття створено стійку систему допомоги жертвам злочинів (до речі, не лише фінансової, а й моральної, психологічної допомоги). Перші організації з надання такої допомоги були створені на засадах громадської ініціативи, згодом при Міністерстві юстиції був створений Департамент допомоги жертвам злочинів².

Підсумовуючи викладене, слід визнати, що з прийняттям у 2012 році КПК України правове становище потерпілого під час досудового розслідування та судового розгляду значно покращилось, однак необхідно і надалі розвивати права потерпілого, поступово впроваджуючи міжнародні стандарти задля активної протидії злочинності та дотримання прав і свобод громадян, які гарантовані Конституцією України.

¹ О. П. Кучинська. Проблеми захисту прав потерпілих в кримінальному процесі України. Адвокат №5 (104) 2009. URL:file:///C:/Users/User/Desktop/adv_2009_5_1.pdf

² О. П. Кучинська. Проблеми захисту прав потерпілих в кримінальному процесі України. Адвокат №5 (104) 2009. URL:file:///C:/Users/User/Desktop/adv_2009_5_1.pdf

МЕДІАЦІЯ В СИСТЕМІ АЛЬТЕРНАТИВНОГО ВИРІШЕННЯ СПОРІВ: КОМПАРАТИВІСТСЬКИЙ ПІДХІД

Меленко О.В.

*кандидат юридичних наук, доцент кафедри публічного права
Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича*

Симптоматично, що в сучасному демократичному суспільстві з притаманним йому розвитком громадянських інститутів, механізми врегулювання спорів не залишилися осторонь цих процесів. Дедалі більше конфліктів сьогодні вирішуються за допомогою альтернативного, позасудового способу. Так, наприклад, протягом останніх років переважна кількість справ в ЄС (80%) вирішується за посередництва інституцій альтернативного врегулювання спорів.

Саме гнучкість альтернативних способів у вирішенні спорів, множинність інструментів, за допомогою яких можна «пом'якшити чіткість» правової норми, подолати її вузьке вікно можливостей, – сьогодні є аттракторами для учасників цивільного обігу.

Разом з тим, з розвитком практики альтернативних способів вирішення спорів, виникає потреба у порівнянні переваг та недоліків кожного з цих способів, пошуку можливостей їх удосконалення, в тому числі за рахунок розробки відповідних інституційних інновацій в цій сфері.

Таким чином, комплексний аналіз медіації можливий шляхом проведення такої порівняльної характеристики з іншими альтернативними способами врегулювання спорів, якими є переговори, судове примирення та арбітраж¹.

Переговори являють собою врегулювання спору самими учасниками спору, без залучення кваліфікованої допомоги та на власний розсуд. Центральне місце в переговорах займає і процес, якому передусє кілька етапів, і результат, якого дійшли сторони. Результат переговорів, на думку сучасних представників Гарвардської школи права (Катчер-Гершенфельд Дж, Бейкер К., Беренте Н., Беркман П. та ін.), може бути асиметричним, коли одна сторона в силу різних обставин (невміння вести переговори, слабка емоційна складова, недостатній рівень підготовки чи доказової бази тощо), досягла порівняно більшої вигоди, може бути інтегративним (де кожна сторона максимізувала свою користь), а може бути компромісним, де кожна сторона не досягла своєї максимальної мети в переговорах, але при цьому програші обох сторін порівняно рівноцінні².

Очевидно, що успіх переговорів залежатиме від якості сторін спору як переговорників, арсеналу їх комунікативних прийомів і методів. Відповідно, результат переговорів спиратиметься не на об'єктивні факти та обставини, а на суб'єктивні характеристики та властивості учасників переговорів. Досягнення максимальних переваг для учасників переговорів можливо лише за високої переговорної сили усіх учасників спору, що малоімовірно для буденної практики.

На відміну, від переговорів, де часто сторонами переговорного процесу не отримання перемоги розцінюється як поразка і перемога досягається за будь-яку ціну, результатом медіації є консенсус.

¹ Бондаренко-Зелінська Н. А. Впровадження способів альтернативного вирішення правових спорів (ADR – Alternative Disput Resolution). *Міжнародне приватне право. Розвиток і гармонізація*. 2020. №1. С. 165-168. URL: [http://univer.km.ua/statyi/1.bondarenko-zelinska_n.l._vprovadzhennya_sposobiv_alternativnoho_vyrishennya_pravovykh_sporiv_\(adr_alternative_dispute_resolution\).pdf](http://univer.km.ua/statyi/1.bondarenko-zelinska_n.l._vprovadzhennya_sposobiv_alternativnoho_vyrishennya_pravovykh_sporiv_(adr_alternative_dispute_resolution).pdf)

² Cuthers-Gershenfeld J. Negotiated Sharing of Pandemic Data, Models, and Resources. *Negotiation Journal*. 2020. Vol.36. Issue 4. PP. 497-534

У переговорів як складової ADR, хоч і є ряд переваг (вільний вхід і вихід з процедури, швидкість врегулювання спору, приватний характер, збереження таємниці змісту переговорів виключно між його сторонами, низькі витрати, використання формальних та неформальних інститутів в якості доказової бази, позасудовий розгляд спору, вироблення спільного рішення по врегулюванню спору без залучення третьої особи), але багато корисних опцій просто не передбачено, не інституціоналізовано і потребує подальшого вдосконалення, в тому числі за рахунок внесення відповідних інституційних змін.

Зокрема, слабким місцем переговорів, на відміну від інших інститутів ADR, є відсутність достатніх знань та компетенцій його учасників в юриспруденції, переговорному процесі. Навіть, якщо сторонами переговорів залучаються договірні представники, їх знання з ведення переговорів та конфліктології обмежені. Вирішення цієї проблеми вбачається у введенні в правовий обіг такого інституту як «професійний переговорник»; наділення його певними правами та обов'язками.

Часто учасники переговорів, в силу відсутності регламентованих процедур їх проведення та механізмів дотримання формальних і неформальних інститутів, на які сторони спираються, зіштовхуються із проблемою опортуністичної (недобросовісної) поведінки. Відповідно, процес врегулювання спору за допомогою інституту переговорів часто заходить у «глухий кут». Очевидно, що введення в цей процес третьої неупередженої особи могло би значною мірою нівелювати опортунізм.

Також переговорам притаманний змагальний характер процедури, за яким кожна сторона ставить собі за мету досягти виграну за «будь-яку» ціну, в той час як недосягнення мети розцінює як «провал» переговорів. Внаслідок цього, переговорний процес може затягуватись на кілька раундів без гарантії доведення його до взаємно прийняттого рішення.

Процедура судового примирення відбувається виключно у суді та проваджується за ініціативою судді, можлива лише тільки після порушення справи в суді¹. Основним завданням судових (мирових) посередників є досягнення мирного врегулювання спору на умовах і згідно із процедурами, передбаченими процесуальним законодавством. Іншими словами, мирова угода укладається в публічному просторі, яким є будь-яке судочинство, але завдяки добровільному волевиявленню сторін щодо її укладання, за характером являється альтернативною традиційному судочинству².

Слід зазначити, що на відміну від медіації, у механізмі судового примирення участь 3-ї особи (судового примирювача) не є обов'язковою, а радше факультативною, рекомендованою. Більше того, законодавством багатьох європейських країн (Бельгія, Швейцарія, Франція, Україна та ін.) передбачена можливість проведення процедури примирення самим суддею. Зокрема, в Україні немає 3-ї особи в процесі судового примирення, а сторони за ініціативою судді чи за власною ініціативою укладають мирову угоду і повідомляють про це суд, зробивши спільну письмову заяву (ст. 206-208 Цивільного процесуального кодексу України)³. Практика судового примирення в ЄС показує, що роль судового примирювача бере на себе, як правило, помічник судді, суддя

¹ Носырева Е.И., Фильченко Д.Г. Основные положения концепции об институте примирения сторон в гражданском судопроизводстве. Вестник гражданского процесса. 2015. № 1. С. 113-124.

² Черняк Ю.В. Институт мировой утды из семейно-правовых споров у международному цивильному процесі: стан доктринальної розробки та нормативного регулювання. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». 2016. Випуск 38. Том. 1. С. 100-103.

³ Цивільний процесуальний кодекс України // Верховна рада України. Законодавство України URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/conv#n7612>

у відставці, працівник апарата суду, які не приймають безпосередню участь у розгляді справи¹.

На відміну від медіації, процедура судового примирення відбувається вже після того як справа передана до суду². Іншими словами, знаходження справи у суді є необхідною умовою для застосування процедури судового примирення. В той час як для реалізації процедури медіації немає різниці чи сторони звертались до суду чи ні. Навпаки, інститут медіації має перевагу у тому, що спір можна вирішити в порядку конфіденційності, без звернення до суду.

Крім того, укладання мирової угоди в результаті застосування процедури судового примирення передусе обов'язковій судовій ухвалі, де в резолютивній частині містяться умови мирової угоди. Тільки після судового затвердження мирової угоди суд закриває провадження по справі. В окремих випадках, суд може відхилити мирову угоду і продовжити судове провадження по справі.

Арбітраж (третейський розгляд, третейське судочинство) як спосіб врегулювання спору за допомогою посередника (арбітра), який уповноважений винести обов'язкове для сторін кінцеве рішення³. Підставою для розгляду справи в арбітражі (третейському суді) є арбітражна (третейська) угода, подана на добровільній основі сторонами спору⁴.

Процедура арбітражу побудована на таких принципах, як незалежність та неупередженість арбітрів, рівноправ'я, змагальність сторін. Саме принцип змагальності суттєво відрізняє арбітраж від інших інститутів альтернативного врегулювання спорів. Так, на відміну від медіації, де посередник (медіатор) спрямовує усі зусилля на примирення сторін, арбітражний процес являє собою регламентовані процедури, спрямовані на встановлення системи доказових правил.

Іншими словами, арбітражний процедурі притаманний той самий принцип, що і судовій, в основі яких підставою для прийняття рішення по справі є система доказів (виграє справу той учасник спору, в якого сильніша доказова база).

Отже, узагальнюючою дефініцією для альтернативних, відмінних від офіційного правосуддя, способів вирішення правових спорів (ADR) може бути наступна.

Альтернативні способи вирішення спорів являють собою системи процедур та правил, в межах яких учасниками конфлікту на добровільній основі досягається примирення. В цьому визначені, на відміну від існуючих, де зазначається про «позасудовий характер» та «укладання взаємоприйнятної угоди»⁵ є можливість включення інститутів судового примирення та третейського розгляду (арбітражу) до ADR. Ладже кінцеві рішення, які виносяться за процедурою мирової угоди чи арбітражу є судовими за своєю суттю. Крім того, рішення третейського суду виносяться директивно, а не є продуктом домовленості сторін.

Розмежування між «офіційним правосуддям» та ADR слід проводити за принципами, якими керується остання. На відміну від традиційної судової системи, інститути ADR керуються наступними загальними для них усіх принципами: добровільності;

¹ Magendie Jean-Claude. Célérité et qualité de la justice : les conciliateurs de Justice / Rapport ISSU du groupe de travail sur les consiliateurs de justice. – Paris: ENM, 2010. – 128 p

² Заїка М.М. Інститут примирення сторін в адміністративному судочинстві: проблемні аспекти. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2016. № 2. С. 133-136

³ Про третейські суди: Закон України (№1701-IV від 11.05.2004р.). *Верховна рада України* URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1701-15#Text>

⁴ Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України (№4002-XII від 24.02.1994р.). *Верховна рада України* [URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4002-12#Text>]

⁵ Бондаренко-Зелінська Н. А. Впровадження способів альтернативного вирішення правових спорів (ADR – Alternative Disput Resolution). *Міжнародне приватне право. Розвиток і гармонізація*. 2020. №1. С. 165-168. URL: [http://univer.km.ua/statyi/1.bondarenko-zelinska_n.a._vprovadzhennya_sposobiv_alternativnoho_vyrishennya_pravovy_kh_sporiv_\(adr_alternative_dispute_resolution\).pdf](http://univer.km.ua/statyi/1.bondarenko-zelinska_n.a._vprovadzhennya_sposobiv_alternativnoho_vyrishennya_pravovy_kh_sporiv_(adr_alternative_dispute_resolution).pdf)

конфіденційності; нейтральності та неупередженості 3-ї особи (якщо вона застосовується); співробітництва; рівноправ'я сторін; взаємоповаги; прийняття; прозорості процедури.

Інститут судового примирення, як показує порівняльно-правовий аналіз, має кілька переваг (наявність вищої юридичної освіти у сторін процесу, вільний вхід-вихід з процедури, примирливий характер процедури, гарантія виконання кінцевого рішення) і безліч недоліків.

Слабким місцем інституту судового примирення є те, що якщо учасники спору за власною ініціативою не наважаться на мирову угоду, а суддя з будь-яких причин не посприє їм у проведенні переговорів, в тому числі за участю судового примирювача, то і врегулювання спору нетрадиційним (альтернативним) способом стає практично неможливим.

Слід зазначити, що в Україні інститут судового примирювача наразі відсутній, а головним ініціатором спрямування справи у бік укладання мирової угоди залишається наразі суддя. Зокрема, в Цивільному процесуальному кодексі України в ст.201-205 містяться правила примирної процедури, яку організовує суддя у формі спільної або закритої наради на підготовчому засіданні по справі, але чітких регламентів цієї процедури не прописано. Разом з тим, якісно здійснити примирювальну процедуру за участю судді наразі неможливо. Причиною цього є необхідність розробки методичних рекомендацій з примирювальних процедур в суді, підвищення відповідних для цього процесу компетенцій у суддів (оволодіння техніками комунікації (активне слухання, емпатія, техніка запитань, техніка спілкування), переговорного процесу і вирішення конфліктів, модуляції та ін.), що вимагає багато часу, якого у перевантажених роботою суддів обмаль¹.

В Україні арбітраж як альтернативний спосіб врегулювання спорів не набув широкої популярності. Причиною тому є те, що з його компетенції випадає цілий пласт спорів, які щоденно виникають між фізичними і юридичними особами (ст.6 Закону України «Про третейські суди»). Серед них: спори із сімейних правовідносин, спори щодо нерухомого майна, спори з трудових відносин, спори щодо захисту прав споживачів тощо.

Крім того, учасники спорів, що виникають у сфері зовнішньоекономічної діяльності, звернувшись до арбітражу, втрачають право звернення до компетентного суду з того самого питання до тих пір, поки арбітражну угоду визнають недійсною, не виконаною чи такою, що втратила чинність (ст.8 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»). В цьому сенсі, слабкість інституту арбітражу полягає у тому, що учасники втрачають свободу виходу з процедури арбітражу, і одночасно свободу звернення до судової системи загалом.

Недовіра до комерційного арбітражу в Україні продиктована рядом зловживань, зокрема із активного використання третейських судів асоціаціями банківських установ (наприклад, банку і кредитної спілки), що унеможливило для третьої сторони (споживача банківських послуг) вийти із процедури арбітражу і захистити свої інтереси у суді загальної юрисдикції. Нерідко при комерційному арбітражі в Україні не дотримувався принцип конфіденційності, про що свідчить багато розкритих корупційних справ в сфері зловживань з нерухомістю.

На відміну від судового примирення та медіації, яким притаманний принцип співробітництва (примирення), арбітражу притаманний принцип змагальності. Це

¹ Головачов Я. Врегулювання спорів за участю судді. «Що?» і «Як?» *Юридична газета online*. 2020. №9 (715) URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/vregulyuvannya-sporiv-za-uchastyu-suddi-shcho-i-yak.html>

означає, що процедура розгляду справи в третейському суді здійснюється на протидію сторін по доведенню обставин, на яких вони будують свої вимоги і заперечення. В свою чергу, третейський суд, виносить рішення по справі, беручи до уваги лише формальну сторону обставин, нехтуючи при цьому неформальними інститутами (традиціями, звичаями, релігійно-культурними нормами та правилами).

Безумовними перевагами інститутів судового примирення та арбітражу є обов'язковість виконання судового рішення. Судове рішення, в тому числі по ухвалі мирової угоди, яке не виконано добровільно, як відомо, підлягає примусовому виконанню, що надає сторонам очевидні гарантії. Зазначених гарантії наразі не можуть надати інститути переговорів та медіації.

В той же час, отримана в процесі медіації кваліфікована допомога дозволить сторонам спору оцінити альтернативні втрати і вигоди, які вони понесли би в разі передачі справи до суду. І нерідко, безальтернативність виконання судового рішення може принести більше втрат сторонам, ніж користі.

Комерційна складова роботи медіатора та арбітра є потужним стимулом не лише для ефективного вирішення правових спорів, в тому числі задля напрацювання вагомого репутаційного багажу, а і для постійного підвищення своїх фахових здібностей, навиків, розвитку методико-методологічного апарату інструментів і заходів в цій сфері діяльності.

Проведений порівняльно-правовий аналіз альтернативних способів врегулювання спорів дозволяє заключити наступне: усі альтернативні способи врегулювання спорів є взаємодоповнюючими і не виключають один одного; за допомогою альтернативних способів врегулювання спорів сторони мають можливість досягти згоди без винесення судом директивного (обов'язкового) судового рішення, сформованого без участі сторін; якщо за допомогою переговорів сторони не спромоглися дійти згоди, можна використати інший альтернативний механізм врегулювання спорів, зокрема медіацію, судове примирення, третейський суд; найбільш життєздатним в системі альтернативних способів врегулювання правових спорів, з огляду на кількість порівняльних переваг, є інститут медіації; можливість зберегти приватні, комерційні чи інші відносини у майбутньому – це завдання медіації; визначити інтереси та потреби сторін, які впливають на ефективність процесу – це притаманно тільки для медіації; відповідальність за прийняте рішення для сторін конфлікту залишається на сторонах, що відповідає принципам медіації тощо.

Тим самим спеціальним з іншими альтернативними способами, є: слідування інтегральній концепції переговорів, якою передбачена взаємна перемога усіх учасників «виграш-виграш» (win-win); диспозитивність; повна контрольованість процесу на усіх етапах медіаційної процедури; вільний вихід з процедури медіації на будь-якому етапі проходження процедури; мирний (неконфліктний) характер врегулювання спорів; таймменеджмент (економія часових витрат учасників); гнучкість та багатоваріантність рішень щодо врегулювання спорів; проведення процедури медіації без зайвих слів та емоцій (м'який характер дискусії); використання формальних (законодавчих) і неформальних (правила, суспільно-прийняті норми) інститутів в якості бази примирення та формулювання угоди з медіації.

Медіація має високий потенціал для примирення сторін, адже, як відомо, каталізаторами інституційного генезису виступають саме неформальні норми і правила (релігійні, етичні, культурні, соціо-комунікативні тощо), які з часом, завдяки інституційній конкуренції, відбраковують неефективні формальні інститути, стаючи на їх місце. Відповідно, в силу інституційної інерції формальних інститутів, на які спирається суд, судовий примирювач, арбітраж, виникає в певний момент часу

«інституційна пастка» (засила неефективних інститутів), яку може обійти інститут медіації.

ПРО МЕТОДОЛОГІЧНУ НІКЧЕМНІСТЬ ФОРМУЛЮВАННЯ ПОНЯТТЯ «ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ» В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Мельник Я.Я.

*доктор юридичних наук, старший науковий співробітник Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
адвокат, керуючий партнер АО «Спарта Лекс»*

Юридична категорія «суб'єктивний цивільний процесуальний обов'язок» є фундаментальною категорією цивільного процесуального права на рівні із суб'єктивним цивільним процесуальним правом, адже входять у зміст будь якого цивільного процесуального правовідношення.

Проблематикою «зловживання» правом в цивільному процесі переймалися чимало дослідників, практиків. Цивільний процесуальний кодекс України обох моделей (2004 та 2017 рр), закріплює положення про «зловживання процесуальними правами». Сформована відчасти й судова практика стосовно цієї ідеї.

Натомість, з методологічної точки зору уявляється нікчемність застосування цього поняття в цивільному процесуальному праві з огляду на наступне:

1.Зловживання є нічим іншим як невиконання певного або ряду обов'язків, які кореспондують йому. Тому «чистому вигляді», без врахування концепції обов'язків, вести мову про «зловживання» є не правильним первинно.

2.Кожне суб'єктивне право виконується із певною метою. Мета права – це фундаментальна основа та ідея загальних положень права. Вона засновує завдання галузі права. Тому, відсутність мети у праві, вказує на відсутність свідомого вибору права, порушує методологію правозастосування. Відсутність мети вказує на відсутність дієздатності, бо така заснована на ерудиційному, психологічному та юридичних критеріях. Відсутність мети – означає використання права без результату, чи то бажання його настання. Тут же, ця проблема диктується бажанням, тобто, обов'язком приховати одні факти, з зберігаючи актуальність для інших. Це підтверджує тезу про те, що зловживання є реалізацією обов'язку, а не реалізацією в чистому вигляді права на шкоду.

3.Якщо уявно вести мову про зловживання правами, то слід вести мову про зловживання й обов'язками, бо право та обов'язок парні та невід'ємні категорії.

4. Як наслідок, проблема процесуальних кодексів у тому, що вони не спроможні по процедурі деталізувати формулювання «зловживання правом», зводячи її в ранг презумпції, фікції. Проблема неспроможності обґрунтовується відсутністю наскрізної системності виписання цього інституту. Бо обов'язки і права є у всіх стадіях цивільного процесу. Кожне провадження, кожен етап цивільного процесу – специфічні. Це означає, що уявлення про «зловживання» теж такими мають бути, але не є. Чому? Бо їх не має..

5. Проблема судової практики, у методологічних колізіях правозастосування, яке не ґрунтується ані на законі, ані на праві.

6. Кінцева спроможність відповідальності за «зловживання» – нульова, бо не подоланні проблеми та причини невиконання обов'язків.

7. «Зловживання» в уяві про «зло», звучить радше як середньовічний підхід ніж конструктивний тезис про проблеми невиконання обов'язку

8. Якщо припустити що є зловживання з точки зору джерел (форм) права, то можна припустити, що є норми «зловживання», обов'язки «зловживання», джерела права, що націлені на зловживання. То, усі вони про неправовий закон? Про «не право»?

9. Заборона «зловживання правом» як принцип, як ідей правового регулювання, радше слід називати «принципом належної реалізації права». Тут буде спостерігатись стимулювання а не заборона у праві. Стимулювання – ефективніший інструмент ніж заборона, соціально-правовий. Заборона – асоціальний і походить від ідеї неможливості конструктивно впорядкувати правовідносини у регулятивному процесі.

10. Зрештою, «зловживання» правом, це про незнання обов'язків. Усі знають права, вони систематизовані, а ось про обов'язки - ні, не знають. Отже, про зловживання правом – це про правовий нігілізм, про деформацію правосвідомості.

Таким чином, виходячи із вищевикладеного варто констатувати те, що методологічний підхід до праворозуміння такої фундаментальної категорії як «суб'єктивний цивільний процесуальний обов'язок» повинен дістати належне та логічне відображення в судовій практиці, в правовій доктрині. Цивільний процесуальний закон повинен бути змінений на належне формулювання. Цивільний процесуальний обов'язок повинен дістати розширену закріплену концепцію в Цивільному процесуальному кодексі України. Зволікання із зміною застарілого підходу як в науці так і в практиці, на належне розуміння проблеми невиконання процесуального обов'язку, є методологічним ризиком у правозастосовчому процесі, бо сприяє правовій невизначеності, неможливості оперувати правозастосовувачем процесуальними фактами на достатньому методологічному рівні, законом тощо.

Зрештою, ситуація як склалась у правовій доктрині цивільного процесуального права із феноменом «зловживання правом» підпадає під застосування режиму цивільної процесуальної безпеки, із його принципами, методологією виявлення та додання процесуальних аномалій, механізмами.

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ОСКАРЖЕННЯ ПОВЕРНЕННЯ ТИМЧАСОВО ВИЛУЧЕНОГО МАЙНА ЗА КЛОПОТАННЯМ СТОРОНИ ЗАХИСТУ

Мудрецька Г. В.

доцент кафедри кримінального процесу

Одеського державного університету внутрішніх справ, к.ю.н.

Тимчасове вилучення майна є одним із заходів забезпечення кримінального провадження та застосовується з метою досягнення дієвості кримінального провадження, може кореспондуватися з таким заходом забезпечення кримінального провадження як арешт майна (ч.ч. 1, 2 ст. 131 КПК України). Тимчасово вилученим може бути майно у вигляді речей, документів, грошей тощо, щодо яких є достатні підстави вважати, що вони:

1) підпукані, виготовлені, пристосовані чи використані як засоби чи знаряддя вчинення кримінального правопорушення та (або) зберегли на собі його сліди;

2) призначалися (використовувалися) для схилання особи до вчинення кримінального правопорушення, фінансування та/або матеріального забезпечення кримінального правопорушення або винагороди за його вчинення;

3) є предметом кримінального правопорушення, у тому числі пов'язаного з їх незаконним обігом;

4) одержані внаслідок вчинення кримінального правопорушення та/або є доходами від них, а також майно, в яке їх було повністю або частково перетворено¹.

Частина 5 статті 171 КПК України визначає, що у разі тимчасового вилучення майна під час обшуку, клопотання про арешт такого майна повинно бути подано протягом 48 годин після вилучення, інакше майно має бути негайно повернуто особі, в якій його було вилучено. Слідчий, прокурор після отримання судового рішення про відмову в задоволенні або про часткове задоволення клопотання про арешт тимчасово вилученого майна, судового рішення про повне або часткове скасування арешту тимчасово вилученого майна повинні негайно вжити заходів щодо виконання судового рішення та направити повідомлення про його виконання слідчому судді.

Крім цього, клопотання про арешт майна розглядається судом не пізніше двох днів з дня його надходження (частина 1 статті 172 КПК).

Тобто, існує єдина законна підстава неповернення тимчасово вилученого майна – протягом 48 годин з дня проведення обшуку повинно бути подано клопотання про його арешт.

Проте, процедура повернення тимчасово вилученого майна в КПК України вона чітко не визначена. Алгоритм таких дій можна встановити, проаналізувавши норми КПК стосовно проведення обшуку, накладення арешту, подання клопотань слідчому/детективу/прокурору, оскарження дій та бездіяльності під час досудового розслідування.

Тут важливо пам'ятати, що, якщо майно не конкретизовано за певними ознаками (реквізити договорів, колір, марка, модель, серійний номер електронної техніки тощо), то можна приводити доводи того, що воно не міститься в ухвалі про дозвіл на обшук.

Нерідко, нехтуючи вимогами КПК України, після вилучення майна сторона обвинувачення не звертається з клопотаннями про накладення на нього арешту. Причини можуть бути різними: очевидне незаконне вилучення майна, непогодження клопотання про його арешт прокурором, інформація про ймовірну відмову суду в задоволенні клопотання та небажання негайно повернути майно. Найпоширенішою є перша причина, а саме вилучення майна, прямо або взагалі не передбаченого ухвалою про надання дозволу на обшук. Згідно із законом, у такому випадку після спливу 48 годин майно повинно бути повернуте власнику².

На практиці для повернення тимчасово вилученого майна потрібно подати відповідне клопотання до слідчого, котрим було вилучено майно під час обшуку. Зокрема, ст. 303 КПК визначено перелік рішень, дій та бездіяльності, які можна оскаржити на стадії досудового розслідування. На жаль, у цьому переліку немає повноважень сторони захисту, власника вилученого майна чи іншої особи, права та інтереси якої було обмежено під час досудового розслідування, на оскарження очевидних порушень під час обшуку й визнання такого обшуку та його наслідків недійсними.

Наприклад, обшук проведено без обов'язкової відеофіксації, під час нього вилучено майно, для накладення арешту на яке слідчий надалі не звернувся до слідчого судді. Згідно зі ст. 174 КПК право звернутися до слідчого судді з клопотанням про повернення вилученого майна стосується лише арештованого майна через скасування його арешту.

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квіт. 2012 р. № 4651-VI : станом на 12.11.2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n2921>.

² Повернення майна, вилученого під час обшуку, як виграти битву? Юридична газета 28 квітня 2020 р. URL: https://www.asterslaw.com/ua/press_center/publications/return_of_property_seized_during_the_police_search_in_ukraine/

Та й у порядку ст. 303 КПК оскаржити очевидно незаконні дії та рішення слідчого / прокурора під час проведення обшуку неможливо.

Неможливо оскаржити слідчому судді на стадії досудового розслідування й вилучення майна за так званим невідкладним обшуком з підстав, передбачених ч. 3 ст. 233 КПК, без ухвали слідчого судді на обшук.

Натомість слідчий і прокурор, знаючи вже весь перелік вилученого під час такого обшуку майна, звертаються до суду для його легалізації в порядку ч. 3 ст. 233 КПК, унаслідок чого все вилучене під час такого обшуку вже не підпадає під критерії «тимчасово вилученого майна», тож і звертатися до слідчого судді з клопотанням про накладення на нього арешту немає потреби. Не будучи речовим доказом чи тимчасово вилученим майном, усе вилучене зберігатиметься у слідчих роками, й оскаржити такий стан речей на стадії досудового розслідування до передавання справи до суду неможливо.

Отже, законодавець саме на стадії досудового розслідування в порядку ст. 303 КПК не передбачив дієвого способу судового захисту особи від незаконних дій, пов'язаних із вилученням майна під час обшуку.

ОБОВ'ЯЗОК ДОКАЗУВАННЯ І ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ДОКАЗУВАННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Осіпова І.І.

*аспірант Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

Доказування становить обов'язковий елемент у процесуальній діяльності суду та учасників справи в цивільному судочинстві. У якості однієї із засад в цивільному судочинстві в п. 4 ч. 3 ст. 2 і в ст.ст. 12 ЦПКУ закріплено змагальність, відповідно до якого кожна сторона має право і зобов'язана «довести обставини, які мають значення для справи і на які вона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень, крім випадків встановлених цим кодексом»¹.

Процесуальна природа доказування є універсальною та одночасно складною за змістом видом правової діяльності суб'єктів судового процесу в якій поєднуються розумова діяльність, здійснювана на основі філософських догматів пізнання об'єктивної реальності в навколишньому світі які дають можливість робити з врахуванням законів формальної логіки судження та умовиводи щодо обставин справи і практичної діяльності суду та учасників судового процесу здійснювана на основі норм цивільного процесуального законодавства. У теорії цивільного процесуального права, юристами практиками доказування характеризується в якості «центрального інституту цивільного процесуального права, що відбиває фундаментальні особливості національної моделі цивільного судочинства»².

На сьогодні у нормах цивільного процесуального кодексу України відсутнє визначення поняття доказування і на основі аналізу норм даного інституту можна лише зробити загальне уявлення про процес доказування «як судову процедуру внаслідок якої доказова інформація, яку містять в собі засоби доказування, була узаконена і з цих

¹ Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2008 року (з наступними змінами і доповненнями). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>.

² Дмитро Луспенник. Доказування у цивільному процесі: що нового у ЦПК та чому суд наділений правом витребування доказів. URL: <http://kdkako.com.ua/dokazuvannya-u-civilnomu-procesi-shcho-novogo-u-cpk-ta-chomu-sud-nadileniy-pravom-vitrebu-vannya/>

підстав могла б використовуватись судом при обґрунтуванні свого рішення по справі»¹. Пояснити такий феномен можна тим, що доказування є об'єктом теоретичної та практичної (судової) уваги представників наук процесуальних галузей права (кримінального, цивільного, господарського, адміністративного) і юристів – практиків (суддів, прокурорів, адвокатів). Переважна частина норм ЦПКУ присвячена саме процесу доказування, як процесуальній (практичній) діяльності суду та учасників справи. Сам по собі «факт цивільного правопорушення і факт розгляду та вирішення судом цивільної справи не збігаються у часі: суд досліджує на відповідність істині вимоги й заперечення сторін, сприймає чи не сприймає їх позиції та позиції інших суб'єктів доказування. Процесуальні дії сторін та осіб, які беруть участь у справі, мають головною метою переконати суд в істинності їх тверджень»².

Процес доказування у цивільному судочинстві відіграє важливу функцію, яка впливає на вирішення питання про варіант поведінки учасників справи і від якої залежить остаточне вирішення справи судом з метою виконання завдань цивільного судочинства встановлених ст. 2 ЦПКУ.

Відповідно до основної засади в цивільному судочинстві на сторони покладається не тільки право здійснювати доказову діяльність але й одночасно це є їхнім процесуальним обов'язком у формі доведення обставин, на які вона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень, крім випадків встановлених законом (ст. 81 ЦПКУ). Іноді такий обов'язок сторін розглядається в якості «тягара доказування»³. Вживання у тексті статті 81 ЦПКУ термінів «доказування» і «доведення» породило різні погляди науковців на їх співвідношення. Більшість вважає їх різними за змістом, а тому такими, що не підлягають отождествленню. У ст. 82 ЦПКУ говориться про підстави звільнення від доказування, а отже законодавець поняття «доведення» не вживає надалі в інших статтях закону. Доведення, як і спростування, варто розглядати у якості практичних інструментів правового переконання суду у істинності своїх вимог або заперечень. Це логіко-методологічна форма наукового пізнання у широкому розумінні є процесом встановлення об'єктивної істини за допомогою практичних і теоретичних дій та засобів. У вузькому тлумаченні доведенням називається міркуванням, яке встановлює істинність певного твердження за допомогою наведення інших переконливих тверджень.

Як вважає О. Чорнобай: «Логіко-методологічна форма наукового пізнання у широкому розумінні є процесом встановлення об'єктивної істини за допомогою практичних і теоретичних дій та засобів. У вузькому тлумаченні доведенням називається міркуванням, яке встановлює істинність певного твердження за допомогою наведення інших тверджень, істинність яких уже доведено»⁴. Отже, доведення є одним із засобів обґрунтування за допомогою правової аргументації заснованої на законах формальної логіки в істинності тверджень щодо обставин справи навколо яких здійснюється процес доказування. Доведення є практичним елементом доказування як і процес пізнання дійсності.

Актуальним і практично важливим є питання про необхідність включення або не включення до предмету доказування обставин з приводу яких учасник справи

¹ Теорія доказового права: науково-практичний посібник (монографія); за заг. ред. д.ю.н., проф., акад. Академії наук Вищої школи України М.М. Ясинка. Київ: Алерта, 2021. 426 с.

² Цивільне судочинство України: основні засади та інститути: монографія/ В.В. Комаров, К.В. Гусаров, Н.Ю. Сакара та ін.; за ред. В.В. Комарова. Х.: Право, 2016. 848 с.

³ Фартушок Н.Б. Тягар доказування в цивільному судочинстві: порівняльно-правове дослідження. Автореф. дис. на здоб. наук. ступ. канд. юрид. наук за спец. 12.00.03: цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. К., 2016. 20 с.

⁴ Чорнобай О. Доведення (доказ) і спростування як види аргументації. URL: <http://science.lpnu.ua/sites/default/files/journalpaper/2017/aug/5663/vnulpurn201685543.pdf>

звільняється від доказування. Формування предмета доказування є важливим для кожної справи, що розглядається і вирішується судом. На основі предмета доказування формуються вимоги і заперечення сторін, третіх осіб із самостійними вимогами (ч.2 ст.76 ЦПКУ). Відповідно до ч. 3 п.п. 4,5 ст. 175 ЦПКУ попередньо визначати предмет доказування повинен позивач (або його представник) у позовній заяві яка подається до суду, інакше це може тягнути наслідки ст. 185 ЦПКУ. Отже, вказівка на обставини, що підтверджують заявлені вимоги або заперечення покладається на сторін судового процесу. Надалі, звільнення від доказування відбувається за умови посилання на такі обставини учасниками справи і за наявності умов та підстав суд може звільнити від обов'язку їх доказувати.

Потребує позитивного вирішення питання про розширення переліку підстав звільнення від доказування шляхом включення преюдиції або преюдиціальних фактів, презумпції для яких є характерним часова тривалість і стійкість, що дає можливість вирішувати важливе питання про звільнення від доказування учасників справи.

Загалом, теоретичне дослідження питання звільнення від доказування необхідно здійснювати в напрямку загальної концепції доказування в цивільному судочинстві України але з огляду і на практичні питання які стосуються суб'єктів доказування: чи у всіх випадках допускається звільнення від доказування; які межі звільнення від доказування (звільнення повністю чи часткове); стосовно яких суб'єктів судового процесу звільнення від доказування може не допускатися; як бути у випадках, коли особа не бажає бути звільненою від доказування; чи може вважатися звільненням від доказування процесуальне не заперечення тощо.

Отже, звільнення від доказування - це звільнення учасника справи необхідності виконувати свій процесуальний обов'язок приймати активну участь в доказуванні певної обставини справи в наслідок відсутності у суду та учасників справи сумнівів щодо їх існування чи не існування.

ДО ПИТАННЯ ВИЗНАННЯ ДОКАЗІВ НЕДОПУСТИМИМИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Остафійчук Л.А.

*кандидат юридичних наук, доцент кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича, адвокат*

Частиною 3 ст. 217 КПК України, визначено порядок виділення матеріалів досудового розслідування. Зокрема, у разі необхідності матеріали досудового розслідування щодо одного або кількох кримінальних правопорушень можуть бути виділені в окреме провадження, якщо одна особа підозрюється у вчиненні кількох кримінальних правопорушень або дві чи більше особи підозрюються у вчиненні одного чи більше кримінальних правопорушень.

Матеріали досудового розслідування не можуть бути виділені в окреме провадження, якщо це може негативно вплинути на повноту досудового розслідування та судового розгляду (ч.4. ст. 217 КПК). Рішення про об'єднання чи виділення матеріалів досудового розслідування приймається прокурором (ч. 5 ст. 217 КПК).

Отже, постанова має містити обґрунтування необхідності виділення матеріалів досудового розслідування в окреме провадження відносно особи, однак лише тієї, якій було повідомлено про підозру у вчиненні кримінального правопорушення. Якщо спочатку прокурором приймається процесуальне рішення щодо виділення матеріалів кримінального провадження, і лише пізніше особі щодо якої виділено матеріали

досудового розслідування втручається підозра у вчиненні кримінального правопорушення, такий доказ у кримінальному провадженні є недопустимим.

Відповідно до ч. 2 ст. 290 КПК прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний надати доступ до матеріалів досудового розслідування, які є в його розпорядженні, у тому числі будь-які докази, які самі по собі або в сукупності з іншими доказами можуть бути використані для доведення невинуватості або меншого ступеня винуватості обвинуваченого, або сприяти пом'якшенню покарання. Таким чином законодавець встановив процедуру, яка забезпечує реалізацію права на справедливий суд у його процесуальному аспекті, тобто надає можливість сторонам майбутнього судового розгляду ознайомитися із доказами кожної із них і підготувати правову позицію, що буде ними обстоюватись у змагальній процедурі судового розгляду. На практиці зустрічаються випадки, коли слідчі, за погодженням із прокурором, замість формування матеріалів виділеного кримінального провадження із оригіналів документів, виділяють в окреме провадження їх ксерокопії. В цьому аспекті особливої уваги заслуговує неправомірність дій щодо копіювання ухвал слідчих суддів, згідно яких доручається конкретно визначеному в ухвалі слідчому проведення негласних слідчих (розшукових) дій у конкретному кримінальному провадженні, наприклад, надання тимчасового доступу до документів які знаходяться у ПрАТ «Київстар», ПАТ «Укртелеком» чи іншого оператора зв'язку, а саме: оглянути оригінали з можливістю вилучення копій документів, які містять інформацію щодо дати, часу і тривалості вхідних та вихідних телефонних з'єднань по номеру телефона Х з посиланням на ретранслятор та прив'язку до базових станцій, із зазначенням їх адреси, а також адресу місцеперебування абоненту в момент кожного вхідного та вихідного телефонного з'єднання із зазначенням типу з'єднання, ідентифікатора (IMEI та IMSI), вхідних та вихідних SMS-повідомлень (без розкриття їх змісту) і інформацію про GPRS-трафік, з урахуванням нульових з'єднань вказаних абонентів, за визначений в ухвалі період часу.

Зрозуміло, що ухвала слідчого судді приймається на основі клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів підготовленого слідчим та погодженого із прокурором. Таке клопотання містить додатки, якими власне і обґрунтовується потреба у наданні доступу до конфіденційної інформації щодо особи. Проте, як правило, у виділених матеріалах кримінального провадження такі клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів із усіма додатками відсутні. Що також зрозуміло, адже такі документи ч. 4 ст. 254 КПК України забороняє копіювати і тим більше перемішувати їх у матеріали іншого (виділеного) досудового розслідування. Отже, ці докази вважаються такими, які прокурором взагалі не відкривалися і не могли бути відкриті стороні захисту. Крім цього, відкриття стороною обвинувачення стороні захисту копій протоколів про проведення негласних слідчих (розшукових) дій з додатками, в тому числі й до самостійно виготовлених слідчим копій з технічних носіїв інформації, – свідчить про порушення права на захист підозрюваного, обвинуваченого.

Згідно постанови Верховного Суду України від 16.03.2017 № 5-364ксл6, крім протоколів, у яких зафіксовані хід та результати проведення певних дій, в обов'язковому порядку дослідженню підлягають і матеріали, які є правовою підставою проведення таких дій, тобто ухвали, постанови, клопотання, що забезпечує можливість перевірки стороною захисту і судом допустимості результатів таких дій. Інакше такі докази є недопустимими. Цей висновок підтриманий і в постанові Великої Палати Верховного Суду від 16 січня 2019 року у справі № 751/7557/15-к (провадження № 13-37ксл8).

Для доведення допустимості результатів НСРД мають бути відкриті не тільки результати цих дій, а й документи, які стали правовою підставою їх проведення (клопотання слідчого, прокурора, їх постанови, доручення, ухвала слідчого судді),

оскільки змістом цих документів сторони можуть перевірити дотримання вимог кримінального процесуального закону стосовно негласних слідчих (розшукових) дій.

Згідно з ч. 1 ст. 86 КПК України доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому цим Кодексом. Обов'язковим елементом порядку отримання доказів в результаті НСРД є попередній дозвіл уповноважених суб'єктів (слідчого судді, прокурора, слідчого) на їх проведення. Сторона захисту вираві мати інформацію про всі елементи процесуального порядку отримання стороною обвинувачення доказів, які остання має намір використати проти неї в суді. Інакше від самого початку судового розгляду сторона захисту перебуватиме зі стороною обвинувачення в нерівних умовах.

За загальним правилом суд вирішує питання допустимості доказів, оцінюючи їх в нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення (ч. 1 ст. 89 КПК України). Однак у певних випадках суд має право вирішити питання про недопустимість доказу ще до видалення суду до нарадчої кімнати. Так, згідно з ч. 2 ст. 89 КПК України у разі встановлення очевидної недопустимості доказу під час судового розгляду суд визнає цей доказ недопустимим, що тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочате. Відсутність у сторони захисту процесуальних документів, які стали правовою підставою для проведення НСРД, позбавляє її можливості поставити перед судом питання про недопустимість доказів, а суд – вирішити це питання до видалення до нарадчої кімнати. Особливо важливого значення вирішення цього питання судом на початкових етапах судового розгляду набуває у разі, коли йдеться про таку підставу визнання недопустимими доказів, які отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, як здійснення процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов (п. 1 ч. 2 ст. 87 КПК України).

Документи, які стали правовою підставою проведення НСРД (зокрема, не розсекречені на момент звернення до суду з обвинувальним актом), не можуть вважатися додатковими матеріалами до результатів проведених негласних слідчих (розшукових) дій, отриманими до або під час судового розгляду, оскільки є їх частиною. Ці процесуальні рішення виступають правовою підставою проведення НСРД, з огляду на їх функціональне призначення щодо підтвердження допустимості доказової інформації, отриманої за результатами проведення таких дій, і повинні перевірятися та враховуватися судом під час оцінки доказів.

Якщо у процесі такого дослідження постанов, ухвал та клопотань буде встановлено порушення вимог ст. 290 КПК України, то відомості наведені у відкритих процесуальних документах, не є допустимими доказами.

Отже, за наявності відповідного клопотання процесуальні документи, які стали підставою для проведення НСРД (ухвали, постанови, клопотання) і яких не було відкрито стороні захисту в порядку, передбаченому ст. 290 КПК України, оскільки їх тоді не було у розпорядженні сторони обвинувачення (процесуальні документи не було розсекречено на момент відкриття стороною обвинувачення матеріалів кримінального провадження), можуть бути відкриті іншій стороні, але суд не має допустити відомості, що містяться в цих матеріалах кримінального провадження, як докази.

Така позиція узгоджується з практикою Європейського суду з прав людини. Так, у відповідності до рішення Європейського суду з прав людини від 29.06.2006 у справі «Пантелеско проти України», суд наголошував, що вираз «відповідно до закону» значною мірою покладає на національне законодавство і державу обов'язок дотримання матеріальних і процесуальних норм. У рішенні «Гефген проти Німеччини» від 30.06.2008 суд для описання доказів, отриманих із порушенням встановленого порядку,

сформував доктрину «плодів отруєного дерева», відповідно до якої якщо джерело доказів є неналежним, то всі докази, отримані за його допомогою, будуть такими ж. А у рішенні «Нечипорук і Йонкало проти України» від 21.04.2011, Європейський суд зазначив, що докази, отримані в кримінальному провадженні з порушенням встановленого порядку, призводять до їх несправедливості в цілому, незалежно від доказової сили таких доказів і від того, чи мало їх використання вирішальне значення для засудження обвинуваченого судом.

Таким чином, виготовлення копій протоколів про проведення негласних слідчих (розшукових) дій та додатків до них не допускається, вказані процесуальні документи та наявні у матеріалах кримінального провадження копії технічних носіїв інформації не можуть бути визнані належними та допустимими доказами сторони обвинувачення у розумінні ст. 86 КПК України, оскільки є такими, що забуті у позапроцесуальному порядку, тобто отримані внаслідок істотного порушення прав і свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України.

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПІД ЧАС РОЗСЕКРЕЧУВАННЯ МАТЕРІАЛЬНИХ НОСІВ ІНФОРМАЦІЇ ЩОДО ПРОВЕДЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ ТА ВИКОРИСТАННЯ ЇХ РЕЗУЛЬТАТІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Парфьонов І.В.

Керівник Сумської спеціалізованої прокуратури у військовій та оборонній сфері Центрального регіону

Основним завданням під час здійснення досудового розслідування у кожному кримінальному провадженні є встановлення всіх обставин необхідних для прийняття законного та обґрунтованого процесуального рішення, передбаченого ч. 2 ст. 283 КПК України, зокрема після повідомлення особі (особам) про підозру.

Здійснюючи доказування обставин кримінального правопорушення, слідчий та прокурор нерідко позбавлені об'єктивної можливості отримати необхідні та достатні докази для підтвердження вчинення, або готування особою до вчинення кримінального правопорушення, шляхом безпосереднього допиту осіб, проведенням обшуків, тимчасового доступу до речей та документів, у зв'язку з чим, сторона обвинувачення здійснює збирання доказів шляхом проведення негласних слідчих (розшукових) дій (далі - НСРД), результати яких використовує в процесі доказування вини особи у вчиненні інкримінованого кримінального правопорушення, або ж спростування причетності особи (осіб) до вчиненого кримінального правопорушення.

За результатами проведення НСРД складається протокол про результати проведення НСРД, який з додатками не пізніше 24 годин після його складання передається прокурору, який здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва.

Після завершення проведення НСРД грифи секретності матеріальних носіїв інформації щодо їх проведення підлягають розсекречуванню на підставі рішення прокурора, з урахуванням обставин кримінального провадження та необхідності використання матеріалів НСРД, як доказів після проведення таких дій, у випадку, якщо витік зазначених відомостей не завдасть шкоди національній безпеці України¹.

¹ Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні, затвердженою спільним наказом Генеральної прокуратури України, Служби безпеки України, Адміністрації державної прикордонної служби України, Міністерства внутрішніх справ України,

Як визначено п. 5.10 Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні, затвердженої спільним наказом Генеральної прокуратури України, Служби безпеки України, Адміністрації державної прикордонної служби України, Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16 листопада 2021 року №114/1042/516/1199/936/1687/5 (далі - Інструкція), таке рішення оформлюється постановою прокурора, який здійснює повноваження прокурора у конкретному кримінальному провадженні, що погоджується керівником прокуратури.

В той же час, КПК України та Інструкцією чітко не регламентовано питання про те, чи повинна зазначена постанова прокурора мати гриф секретності, оскільки її написання, підготовка та погодження керівником прокуратури не може відбуватися одноомовно, а остання містить відомості про факт проведення НСРД вже на стадії її виготовлення, але до фактичного підписання.

Слід враховувати, що відповідно до Зводу відомостей, що становлять державну таємницю, затвердженого наказом Служби безпеки України від 23 грудня 2020 року №383 визначено, що відомості про факт або методи проведення негласної слідчої (розшукової) дії містять ступінь секретності – «таємно»¹.

Таким чином, у разі не прийняття рішення про розсекречування матеріалів НСРД, тобто зволання із безпосереднім підписанням прокурором відповідної постанови, або взагалі непогодження її керівником прокуратури, призведе до фактичного порушення законодавства про державну таємницю у формі розголошення даних про факт проведення негласних слідчих (розшукових) дій, що виразиться у нежиттєвих заходів щодо забезпечення охорони державної таємниці та незабезпечення контролю за охороною державної таємниці, за що відповідно до ст. 212-2 «Порушення законодавства про державну таємницю» Кодексу України про адміністративні правопорушення, передбачена адміністративна відповідальність².

У даному випадку підготовка та виготовлення відповідної постанови, її проекту, відбувається за допомогою комп'ютерної техніки, яка спеціально не пристосована для підготовки документів з грифом обмеження доступу, а тому існує ризик допущення порушення законодавства про державну таємницю, хоча даний порядок чітко не регламентований.

Державна таємниця - вид таємної інформації, що охоплює відомості у сфері оборони, економіки, науки і техніки, зовнішніх відносин, державної безпеки та охорони правопорядку, розголошення яких може завдати шкоди національній безпеці України та які визнані у порядку, встановленому цим Законом, державною таємницею і підлягають охороні державою³.

В той час, одним із проблемних питань, яке підлягає законодавчому врегулюванню також є розсекречування матеріалів НСРД під час розгляду кримінального провадження в суді.

Як правило розсекречуванню у таких випадках підлягають клопотання слідчого погоджені прокурором, або прокурора про надання дозволу на проведення НСРД та

Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16 листопада 2021 року №114/1042/516/1199/936/1687/5;

¹ Звід відомостей, що становлять державну таємницю, затвердженого наказом Служби безпеки України від 23.12.2020 №383, № 0052-21. База даних «Законодавство України»/ВР України;

² Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон від 07.12.1984 №8073¹-X. База даних «Законодавство України»/ВР України;

³ Закон України «Про державну таємницю»: Закон від 21.01.1994 №3855-XII. База даних «Законодавство України»/ВР України;

відповідні ухвали слідчого судді, які використовуються під час доказування в суді належності та допустимості доказів, які містяться в матеріалах НСРД, а фактично для переконання суду та учасників процесу, що дозвіл на їх проведення, зокрема конкретного виду, дійсно був наданий. Ці документи за своєю природою є процесуальною підставою для отримання доказів. Але сам доказ вони не підмінюють і у докази не трансформуються¹.

Здійснення досудового розслідування, крім випадків, передбачених ч. 3 ст. 214 КПК України, до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань або без такого внесення не допускається і тягне за собою відповідальність, встановлену законом.

У невідкладних випадках до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань може бути проведений огляд місця події (відомості вносяться до Єдиного реєстру досудових розслідувань невідкладно після завершення огляду)².

Досудове розслідування – стадія кримінального провадження, яка починається з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань і закінчується закриттям кримінального провадження або направленням до суду обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності³.

Таким чином, досить логічним є твердження, яке узгоджується з вимогами КПК України, щодо недопустимості доказів у кримінальному провадженні отриманими стороною обвинувачення після закриття кримінального провадження, направлення до суду обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності.

Однак, на даний час склалася практика розсекречування клопотань про надання дозволу на проведення НСРД та відповідних ухвал слідчого судді, вже під час розгляду кримінального провадження в суді⁴.

У даному випадку постає питання щодо законності винесення відповідним прокурором постанови про розсекречування матеріальних носіїв інформації, погодження її керівником прокуратури, оскільки фактично прокурор приймає зазначене рішення поза межами досудового розслідування, що прямо КПК України не визначено.

Відсутність чіткого урегулювання законодавцем вказаних питань призводить до неоднозначного тлумачення суб'єктами застосування зазначених положень Інструкції та КПК України під час прийняття рішень про розсекречення відповідних матеріальних носіїв інформації.

Зазначене проблемне питання може бути вирішено шляхом внесення відповідних змін до Інструкції та КПК України в частині порядку прийняття процесуального рішення прокурора про розсекречування матеріалів НСРД.

¹ Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду у справі від 28 травня 2020 року № 751/9365/15-к.

² Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон від 18.04.2010 №4651-VI. База даних «Законодавство України»/ВР України;

³ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон від 18.04.2010 №4651-VI. База даних «Законодавство України»/ВР України;

⁴ Бауман Ю.Т. Огляд судової практики Верховного Суду щодо застосування Глави 21 Кримінального процесуального кодексу України «Негласні слідчі (розшукові) дії» та провокація вчинення злочину, 2021, С. 4, 10, 23;

ЕЛЕКТРОННІ ДОКАЗИ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ НА ПРАКТИЦІ

Марина Поліщук

*к.ю.н., доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*

В умовах бурхливого розвитку інформаційних технологій активне відкриття та використання нових можливостей для обміну інформацією в Інтернеті набуває все більшого значення щодо нової форми інформації - електронної. З набранням чинності новою редакцією Процесуального кодексу в Україні 15 грудня 2017 року була зроблена спроба законодавчо вирішити деякі питання, пов'язані з електронними засобами доказування. Електронні докази визнані, зокрема, як самостійний засіб доказування у цивільному, господарському та адміністративному судочинстві.

Термін «електронні докази» поширився в 1970-х роках з появою так званих «машинних документів». Але в ті часи «машинні» документи насправді були позначені письмовими доказами, оскільки вони нічим не відрізнялися від звичайних документів, що друкувались на папері. У наш час, завдяки швидкому розвитку Інтернету та різноманітних інформаційно-телекомунікаційних систем, сучасні електронні носії можуть містити будь-яку інформацію, не лише у вигляді тексту. Це може бути, зокрема, графічна, аудіо-, аудіовізуальна, текстова інформація та всі їх поєднання.

Такий високий рівень розвитку інформаційних технологій змусив законодавця надати електронним доказам статус незалежних доказів разом із «традиційними» засобами (письмовими та речовими доказами, показаннями свідків та висновками експертів), запровадивши кілька положень про процесуальні норми. кодифікації. Поточна ціна за клік не є винятком.

Впровадження в ЦПК нових незалежних засобів доказування, таких як електронні докази, є, безумовно, позитивним явищем, оскільки дозволяє уникнути певних проблемних проблем, які раніше виникали у судовій практиці через невідповідність нормативних актів у використанні цих джерел доказів.

За словами пана Воронюка, під час дослідження цифрової інформації через відсутність процесуальних доказів, таких як електронні докази, суди були змушені: аудіо- та відеозаписи для речових доказів та електронного листування, електронні документи - письмові¹.

Подання електронних доказів. Відповідно до ч. 2 ст. Електронні докази 100 ЦПК подаються в оригіналі або в електронній копії, засвідченій електронним цифровим підписом, що еквівалентно власноручному підпису відповідно до українського законодавства «про електронний цифровий підпис». Закон може передбачити інший порядок засвідчення електронної копії електронного доказу².

Подібний стандарт закріплений у Законі України «Про електронні документи та електронний документообіг». Так, згідно зі ст. 7 зазначеного Закону електронна копія електронного документа засвідчується у порядку, встановленому законом. Копіювати паперовий документ для електронного документа - це візуальне зображення

¹ Пронь Н. О. Вимоги до електронних документів: міжнародна практика та досвід України. Збірник наукових праць Національного університету державної податкової служби України. 2018. № 1. С. 356-366

² Пронь Н. О. Вимоги до електронних документів: міжнародна практика та досвід України. Збірник наукових праць Національного університету державної податкової служби України. 2018. № 1. С. 356-366

електронного документа на папері, що засвідчується в порядку, встановленому законодавством¹.

Аналізуючи чинне законодавство України, слід зазначити, що порядок засвідчення електронної копії електронних доказів та її паперової копії законодавчо не встановлений.

На думку Ю.С. Павлова повинна бути засвідчена за змістом електронних документів незалежним учасником цивільно-правових відносин, який має спеціальну компетенцію забезпечувати достовірність юридичних фактів. Враховуючи відсутність особистого інтересу нотаріуса та існування спеціальної юрисдикції перед судом, було б достатньо вважати такі докази допустимими та використовувати їх у процесі. Наприклад, подання до суду копії сторінки з веб-сайту, що містить недостовірну інформацію, є неприпустимим доказом, оскільки суд не має прямої процесуальної можливості переглянути відповідну сторінку в Інтернеті та перевірити достовірність наданої інформації. У той же час участь нотаріуса дозволила б записати вміст веб-сайту та надати роздруківці веб-сайту юридичну силу, що дозволило б використовувати його рівноцінно з іншими доказами².

Як зазначав К.Б. Дрогозюк, на відміну від звичайного документа, електронний документ можна «читати», тобто перетворювати у форму, доступну для сприйняття людиною, лише технічними засобами або спеціальними програмами³. Цей характер електронних доказів повинен враховувати суд під час їх вивчення та оцінки.

Це означає, що копія такого тиску, відтворена на папері, не буде визнана оригінальним електронним тиском, а лише в паперовій копії.

Отже, на мою думку, в умовах швидкого темпу розвитку комп'ютерних технологій та з появою різноманітної кількості нових програм, інформацію в електронній формі дедалі легше підробити, спотворити або навіть знищити, що унеможливить або суттєво утруднить процес дослідження та оцінки електронних доказів судом. Внаслідок цього, суд може прийняти до уваги недостовірний доказ і неправильно встановити обставини справи. Дана проблема лише частково врегульована ЦПК шляхом закріплення такої підстави для перегляду справи за нововиявленими обставинами як фальшивість електронних доказів. Однак, у ЦПК не міститься механізму захисту електронних доказів від підробки або знищення. Частково це може бути здійснено за допомогою інституту забезпечення доказів.

МЕТОДОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ СТАНОВЛЕННЯ МІЖНАРОДНОГО КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА

Попко В.В.

*доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри порівняльного і європейського права
Навчально-наукового інституту міжнародних відносин
Київського університету імені Тараса Шевченка*

Сучасне міжнародне кримінальне право представляє собою складне системне утворення, що динамічно розвивається, зростання ролі якого зумовлене цілим рядом

¹ Цивільний процесуальний кодекс України в редакції від 3 жовтня 2017 року. Відомості Верховної Ради України. 2017. № 48. Ст.436.

² Павлова Ю.С. Особливості збирання і процесуального закріплення електронних доказів в цивільному судочинстві. Науковий вісник Херсонського державного університету. 2017. №4. С.76–80.

³ Кадамайко А.Ю. Місце електронних засобів доказування та окремі питання їх використання в цивільному процесі. Право та інновації. 2015. № 2 10. С. 127–132.

причин, серед яких: а) динамічність розвитку міжнародного кримінального права, обумовлена стрімкими змінами у структурі міжнародної злочинності (різке зростання транснаціональної організованої злочинності, терористичних актів, наркоторгівлі, кіберзлочинності тощо); б) збільшення темпів міжнародної, зокрема європейської, інтеграції та як наслідок необхідність гармонізації і уніфікації національного права держав на основі принципів і норм міжнародного кримінального права; в) складна структурованість суспільних відносин, що регламентуються міжнародним кримінальним правом; г) специфічний характер джерел міжнародного кримінального права; д) недосконалість правового регулювання відносин міжнародної злочинності тощо. Серед цих факторів концептуальне визначення системно-структурного характеру міжнародного кримінального права є принципово важливим для з'ясування сутності міжнародного кримінально-процесуального права.

Питання щодо визнання чи невизнання міжнародного кримінально-процесуального права є дискусійним й пов'язано з проблематикою структурованості системи міжнародного права, зокрема визнання нових галузей. Ще у другій половині XX ст. гостро постало питання про визначення об'єктивних критеріїв розмежування галузей системи міжнародного права. Тенденції стихійного конструювання нових галузей протистояла точка зору, згідно якої в системі міжнародного права зовсім заперечуються будь-які галузі (Л.Н. Галенська)¹. Дана точка зору була піддана конструктивній критиці зі сторони професора Д.І. Фельдмана². Ідею поділу міжнародного права на матеріальне і процесуальне протягом тривалого часу активно відстоював Е.А. Пушмін³. Про необхідність виділення міжнародних процесуальних норм в окрему галузь права пише сучасний дослідник С.А. Лобанов⁴.

Відзначимо, що серед численних норм процесуального характеру існує чи не найбільша група норм, що регламентують процедуру правозастосування, тобто встановлюють послідовність дій, які необхідно виконати суб'єкту правозастосування для прийняття індивідуально-владного рішення у конкретній справі. Особливе значення серед процесуальних норм цієї категорії мають правила, які визначають процедуру судочинства.

Існують ряд особливостей, які обґрунтовують самостійність процесуальних норм у сучасному міжнародному кримінальному праві порівняно з нормами матеріальними. По-перше, це призначення міжнародного кримінального процесу. Міжнародні процесуальні норми регулюють правозастосовну діяльність суб'єктів міжнародного публічного права, тобто практичну реалізацію ними в цих цілях належних їм юридично-владних повноважень. Одночасно цими нормами регламентується такого ж роду діяльність міжнародних судових органів. Як відмічає німецький вчений Герхард Верле, «міжнародний кримінальний процес сприяє застосуванню матеріального міжнародного кримінального права, але останнє ні в якому разі не здійснюється виключно в рамках міжнародних кримінальних процесів. Застосування матеріального міжнародного кримінального права – це в основному завдання держав. Розслідування фактів, встановлення вини, винесення вироків та їх виконання – всі ці завдання виконуються шляхом застосування діючих норм національного права. Єдина роль, яку норми міжнародного кримінального процесу у цій сфері відіграють безпосередньо,

1 Галенская Л.Н. О понятии международного уголовного права. *Советский Ежегодник международного права*. 1969. Москва: Наука, 1970. С. 256-270. С. 256.

2 Фельдман Д.И. Система международного права. Казань: Изд. Казанского университета, 1983. 119 с. С. 150.

3 Пушмин Э.А. О процессуальной форме в международном праве. *Актуальные проблемы юридического процесса в общенациональном государстве*: сб. науч. трудов. Ярославль, 1980. С. 73-81. С. 79.

4 Лобанов С.А. Международный уголовный процесс: тенденции современного развития. *Государство и право*, 2003, № 1. С. 80-86.

полягають як максимум у розподілі повноважень – наприклад, у відповідності з принципом компліментарності, що міститься в статті 1 Статуту МКС. Єдина сфера, в якій міжнародний кримінальний процес застосовується у повній мірі – це процеси у міжнародних судах¹. По-друге, міжнародні кримінально-процесуальні відносини, будучи тісно пов'язаними з кримінально-правовими відносинами, мають відмінні особливості (особливе коло суб'єктів; специфіка юридичних фактів, що покладені в основу таких відносин тощо). По-третє, кримінально-процесуальна діяльність детально регламентується нормами, які передбачають порядок і умови здійснення окремих процесуальних дій і усієї їх сукупності, а також офіційного закріплення їх ходу і результатів (кримінально-процесуальну форму). Відмітимо, що норми міжнародного кримінально-процесуального права зафіксовані у різних джерелах, які різняться за юридичною силою, сферою дії, складу учасників, характеру регулювання й іншим підставам, серед яких основну роль відіграють договірні норми. Тенденція розмежування норм матеріального права і норм процесуального характеру, що визначилась у наш час, чітко проявилась у запропонованому Комісією міжнародного права ООН Проекті кодексу злочинів проти миру і безпеки людства (1991), а також у Римському статуті Міжнародного кримінального суду (1998). Названі документи вперше чітко розмежовують норми матеріального кримінального права і норми процедурного характеру. Значення Статуту Міжнародного кримінального суду для розвитку норм міжнародного кримінально-процесуального права відмічає Г. Верле: «Статут МКС також значно прогресував у сфері процесуального права. Процесуальні і матеріальні норми були об'єднані у зведений каталог норм. Детальні Правила процедури і доказування доповнюють положення Статуту. Всередині міжнародного кримінально-процесуального права розрізняють норми, що відносяться до організації судів і здійсненню управління ними; право, що відноситься до проведення розслідування, обвинувачення і судового процесу; право, що застосовується при виконанні вироків. Насамкінець, положення, що управляють співробітництвом держав з Міжнародним кримінальним судом, в результаті також мають процесуальну природу – поряд з тим, що вони представляють виключну важливість для функціонування міжнародних кримінально-правових механізмів в осяжному майбутньому»². Джерелами міжнародного кримінального процесу також можуть бути норми, що закріплюють стандарти національного кримінального процесу (Загальна декларація прав людини 1948 р.), а також конкретні правила провадження по кримінальним справам (Декларація основних принципів правосуддя для жертв злочинів і зловживання владою 1985 р., Основні принципи незалежності судових органів 1985 р., статuti міжнародних органів юстиції, процедурні правила). Четверте, для кримінального процесу характерним є наявність процесуальних гарантій прав осіб, що беруть участь у ньому. П'яте, у наш час сформувалась система органів міжнародної кримінальної юстиції. До недавнього часу система органів національної юстиції була єдиною ефективною інституційною системою. Але в результаті інтеграції і глобалізації для захисту спільних інтересів усієї міжнародної спільноти в цілому з'явилося велике число різних міжнародних організацій і органів, у тому числі в кримінальній сфері. У літературі все частіше стали вживатися поняття «міжнародна кримінальна юстиція» і «органи міжнародної кримінальної юстиції» (О.М. Солоненко)³.

¹ Верле Г. Принципы международного уголовного права: учебник. Одеса: Фенікс. Москва: ТрансЛит, 2011. 910 с. С. 64-65.

² Верле Г. Принципы международного уголовного права: учебник. Одеса: Фенікс. Москва: ТрансЛит, 2011. 910 с. С. 64-65.

³ Солоненко О.М. Міжнародна кримінальна юстиція: етапи становлення та розвитку: монографія. Київ: Видавництво Аіра-К, 2019. 360 с.

Разом із тим зазначимо, що для виокремлення міжнародного кримінально-процесуального права в якості самостійної галузі міжнародного права існує ряд невіршених питань, у першу чергу питання змісту предмету правового регулювання. Л.О. Лазутін відзначає, що повністю погоджуючись з необхідністю визнання самостійності міжнародного кримінально-процесуального права як галузі міжнародного права, проте «до з'ясування предмету правового регулювання це питання залишається відкритим»¹. Представляється, що предмет міжнародного кримінально-процесуального права утворюють дві основні групи суспільних відносин: а) відносини, що регламентують діяльність міжнародних юрисдикційних органів щодо притягнення до відповідальності правопорушників міжнародного права; б) відносини, що регламентують взаємодію міжнародних та національних органів, які забезпечують виконання матеріальних норм міжнародного права. Однак вивчення змісту предмету правового регулювання міжнародного кримінально-процесуального права може бути об'єктом окремого дослідження. Не менш важливим питанням є з'ясування системи джерел, що застосовуються у цій сфері. Наявність джерельної бази – важливий показник формування самостійної галузі та ознака оформлення її як особливої нормативної підсистеми міжнародного публічного права.

Отже, міжнародне кримінально-процесуальне право як галузь міжнародного публічного права знаходиться у процесі становлення й потребує глибокого теоретичного обґрунтування. Комплексний характер міжнародного кримінального права визначає правомірність постановки питання про самостійність міжнародного кримінально-процесуального права, на що вказують ряд зазначених обставин.

ОСОБЛИВОСТІ ТИМЧАСОВОГО ВИЛУЧЕННЯ МАЙНА ТА КОПІЮВАННЯ ІНФОРМАЦІЇ В КОНТЕКСТІ ЗАБОРОНИ ТИМЧАСОВОГО ВИЛУЧЕННЯ ЕЛЕКТРОННИХ СИСТЕМ АБО ЇХ ЧАСТИН, МОБІЛЬНИХ ТЕРМІНАЛІВ СИСТЕМ ЗВ'ЯЗКУ

Рябовол О.О.

керівник Диканської окружної прокуратури Полтавської області

1. Алгоритм тимчасового вилучення електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку.

Нормативно-правове регулювання даного питання відображено в главах 16 та 17 розділу 2 КПК України².

Проблематика забезпечення законодавчого регулювання дій прокурора, слідчого, дізнавача під час проведення слідчих дій, що пов'язані з вилучення електронних інформаційних або їх частин (далі – ЕІС), мобільних терміналів систем зв'язку (далі – МТСЗ) спонукала законодавця вносити відповідні доповнення до частин 2 та 3 ст. 168 КПК України^{3,4}.

¹ Лазутин Л.А. Правовая помощь в международном уголовно-процессуальном праве. *Московский журнал международного права*, 2008, № 2(70). С. 158-170. С. 166.

² Кримінальний процесуальний кодекс України : чинне законодавство зі змінами станом на 4 липн. 2020 р. – К.: Рябовол А. В., 2020. – 452 с. – (Кодекси України) с. 117-129.

³ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення умов ведення бізнесу (дерегуляція) : Закон України від 12.02.2015 р. № 191-VIII. Дата оновлення: 02.08.2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/191-19#Text> (дата звернення: 05.10.2021).

⁴ Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо забезпечення дотримання прав учасників кримінального провадження та інших осіб правоохоронними органами під час здійснення досудового розслідування : Закон України від 16.11.2017 р. № 2213-VIII. Дата оновлення: 08.07.2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2213-19#Text> (дата звернення: 05.10.2021).

При цьому, метою законодавчого регулювання даного питання є унеможливлення безпідставного вилучення органами досудового розслідування оригіналів документів та комп'ютерної техніки у суб'єктів господарювання, які потерпають від фактичного блокування своєї діяльності внаслідок необґрунтованого вилучення комп'ютерної техніки та серверного обладнання в рамках кримінального провадження та відлому підвищення рівня захисту суб'єктів господарювання під час досудового розслідування кримінального провадження.

Аналіз положень ч. 1 ст. 168 КПК України свідчить про те, що тимчасове вилучення ЕІС та/або МТСЗ під час законного затримання особи в порядку ст. ст. 207, 208, 298-2 КПК України не потребує дозволу суду. Однак, в подальшому не пізніше наступного робочого дня після вилучення майна необхідно подати до суду клопотання про арешт вилученого майна (абз. 1 ч. 5 ст. 171 КПК України)¹.

При проведенні огляду та обшуку законодавцем закріплено необхідну умову для вилучення ЕІС та/або МТСЗ у вигляді наявності ухвали слідчого судді в якій безпосередньо надано дозвіл на вилучення вищевказаних об'єктів. Винятком є проведення обшуку житла чи іншого володіння особи у невідкладних випадках (ч. 3 ст. 233 КПК України). У такому разі невідкладно після проведення обшуку прокурор, слідчий, дізнавач за погодженням з прокурором складає відповідне клопотання, подає його до суду та після подальшої легалізації обшуку слідчим суддею має звернутися з клопотанням про арешт такого майна протягом 48 годин після вилучення майна (абз. 2 ч. 5 ст. 171 КПК України).²

На практиці нерідко виникає патова ситуація, коли в установленому Законом порядку отримано ухвалу слідчого суду на проведення обшуку, однак під час виконання даної слідчої дії уповноважена особа виявляє необхідність вилучення ЕІС та/або МТСЗ, які не передбачені ухвалою слідчого судді. В даному випадку підстави для таких дій відсутні, попри те, що в окремих випадках існує практика подальшої легалізації даного вилучення шляхом задоволення клопотання уповноваженої службової особи правоохоронного органу про накладення арешту на майно.

Окрім цього, добровільна видача правоохоронним органам ЕІС та/або МТСЗ з боку їх володільця (наприклад добросовісного набувача предмету злочину) має здійснюватися шляхом оформлення відповідної заяви (клопотання) із складанням в подальшому відповідного протоколу щодо передачі такого об'єкту із обов'язковим зазначенням в ньому про добровільний характер видачі.

Також, на практиці, мають випадки вилучення ЕІС та/або МТСЗ до або після допиту особи у відповідному процесуальному статусі як свідка, потерпілого або ж підозрюваного з подальшим складанням протоколу огляду. При цьому, вилучення даних об'єктів у підозрюваного має відбуватися виключно за умови забезпечення достатніх гарантій додержання прав підозрюваного, що виключали б будь-який сумнів у добровільному характеру таких дій. Попри те, що вищевказані варіанти безпосередньо не передбачені ст. 168 КПК України, обґрунтування правомірності таких дій можна відшукати в положеннях ст. 93, ч. 2 ст. 100 КПК України, які передбачають право отримання речових доказів стороною кримінального провадження та право надання речових доказів стороні кримінального провадження³.

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України : чинне законодавство зі змінами станом на 4 липн. 2020 р. – К.: Паливода А. В., 2020. – 452 с. – (Кодекси України) с. 118,124.

² Кримінальний процесуальний кодекс України : чинне законодавство зі змінами станом на 4 липн. 2020 р. – К.: Паливода А. В., 2020. – 452 с. – (Кодекси України) с. 124.

³ Кримінальний процесуальний кодекс України : чинне законодавство зі змінами станом на 4 липн. 2020 р. – К.: Паливода А. В., 2020. – 452 с. – (Кодекси України) с. 71,76.

В ході огляду місця події без відповідної ухвали слідчого судді та при добровільному наданні ЕІС та/або МТСЗ доцільно не пізніше наступного робочого дня після вилучення майна подати клопотання про його арешт (абз. 1 ч. 5 ст. 171 КПК України).¹

2. Особливості копіювання інформації, що міститься в електронних інформаційних системах або їх частинах, мобільних терміналах систем зв'язку.

В будь-якому випадку здійснення копіювання інформації з ЕІС та/або МТСЗ потребує відповідного сертифікованого програмного забезпечення, що дозволяє створювати образ інформації з оригінального носія, виключаючи можливість втручання у здійснений запис при його копіюванні, зчитувати контрольну суму, значення якої дозволяє перевірити цілісність скопійованих даних та здійснити їх ідентифікацію.

Іншою умовою успішного копіювання є забезпечення слідчого відповідними технічними носіями інформації достатнього обсягу, які по завершенню відповідної процесуальної дії мають бути опечатані та згідно ч. 3 ст. 107 КПК України долучені для зберігання до матеріалів кримінального провадження. Практичний досвід свідчить також про необхідність в подальшому виготовляти в належний процесуальний спосіб резервних копій відповідної інформації.

При цьому, за відсутності затвердженого нормативного порядку роботи з електронними доказами та встановлення чітких технічних умов їх копіювання, існує ризик поставлення в подальшому під обґрунтований сумнів проведених уповноваженою службовою особою правоохоронного органу, навіть за участі спеціаліста, маніпуляцій з інтегрованими комп'ютерними засобами (персональні комп'ютери, планшети, мобільні телефони, тощо) в контексті внесення в їх результаті неоправданих змін до інформаційного змісту об'єктів, а відтак і належності та допустимості одержаних в такий спосіб доказів.

Таким чином, на практиці, за відсутності належного нормативного, програмного та технічного забезпечення органів досудового розслідування, єдиним процесуальним засобом отримання інформації із ЕІС та/або МТСЗ, який дозволяє відносно гарантовано забезпечити збереження отриманою інформацією доказового значення, залишається проведення судової експертизи оригінального носія інформації.

СВОЄЧАСНИЙ РОЗГЛЯД І ВИРІШЕННЯ ЦИВІЛЬНИХ СПРАВ: ПРАКТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Савчин Н.М.

*кандидат юридичних наук, асистент кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

Кирилюк Н.В.

*кандидат юридичних наук, доцент кафедри Європейського права та порівняльного
правознавства Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

Своєчасний захист прав, свобод та інтересів осіб, що беруть участь у справі, є одним із найважливіших факторів, що визначає доступність правосуддя та ефективність його здійснення. Згідно зі статтею 129 Конституції України на національному рівні розумні строки розгляду справи судом є однією із основних засад судочинства.² Право на

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України : чинне законодавство зі змінами станом на 4 липн. 2020 р. – К.: Паливода А. В., 2020. – 452 с. – (Кодекси України) с. 124.

² Конституція України: Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР (редакція від 01.01.2020). Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 27.09.2021).

розумні строки розгляду справи закріплюється у низці нормативно-правових актів України, зокрема Цивільному процесуальному кодексі України (далі – ЦПК України). У статті 121 ЦПК України закріплено, що суд має встановлювати розумні строки для вчинення процесуальних дій. Строк є розумним, якщо він передбачає час, достатній, з урахуванням обставин справи, для вчинення процесуальної дії, та відповідає завданню цивільного судочинства.¹

Говорячи про своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ, необхідно звернути увагу на те, що статтею 6 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року (далі – Конвенція) гарантується право на розгляд справи судом у «розумні строки».² Відповідно до цивільного процесуального законодавства України, розгляд справ судами протягом розумного строку обмежуються певними конкретними термінами залежно від виду юрисдикції, провадження або категорії справи (наприклад, не більше тридцяти днів з дня початку розгляду справи по суті для цивільних справ, що розглядаються в загальному провадженні – ч. 2 ст. 210 ЦПК України). При цьому закон визначає лише максимальні часові періоди для вчинення тих чи інших процесуальних дій. Суддям доцільно дотримуватися розумних строків розгляду справи і завершувати справи у розумний для кожного випадку строк, не очікуючи на закінчення граничного строку, визначеного процесуальним законодавством.

Слід відмітити, що у своїй практиці Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) підходить до цієї проблеми дуже індивідуально. Разом із тим, були встановлені певні критерії, у світлі яких слід оцінювати тривалість провадження. Ними є: складність справи; поведінка заявника; поведінка судових та інших державних органів; важливість предмету розгляду для заявника.

Між сутністю розумного строку в сенсі українського і європейського законодавця є певна відмінність. Українські процесуальні закони кваліфікують строк як проміжок часу, впродовж якого учасник процесу чи суд повинні вчинити ту чи іншу значиму дію. Інакше кажучи «розумний строк» становить сукупність процесуальних строків, встановлених законом для вирішення справи з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів без необґрунтованих зволікань. Водночас ЄСПЛ оцінює «розумний строк» як тривалість усього провадження, починаючи від його порушення і закінчуючи повним виконанням судового рішення. За цією концепцією розумність строку пов'язана з результатом правосуддя – досягненням справедливості й поновленням у правах. Іншими словами, строк розгляду справи є складником «розумного строку». А останній містить час, упродовж якого справа вирішується судами всіх інстанцій, а також строк виконання судового рішення.³

У рішенні по справі *«Броган (Brogan) та інші проти Сполученого Королівства»* ЄСПЛ роз'яснив, що строк, який можна визначити розумним, не може бути однаковим для всіх справ, і було б неприродно встановлювати один строк у конкретному цифровому виразі

¹ Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18.03.2004 р. № 1618-IV (редакція від 05.08.2021). Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/conv#Text> (дата звернення: 19.09.2021).

² Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: Конвенція, Міжнародний документ від 04.11.1950. Рада Європи. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 29.09.2021).

³ Гуйван П. Д. Своєчасний розгляд справи як елемент права на справедливий суд. *Вчені записки ТНУ імені В. І. Вернадського. Серія: юридичні науки*. 2018. Том 29 (68) № 1. С. 36–42.

для усіх випадків.¹ Таким чином, у кожній справі виникає проблема оцінки розумності строку, яка залежить від певних обставин.

Довга тривалість розгляду справи може бути визнана розумною, якщо сама справа є складною як з фактичного, так і з правового боку.

У разі необхідності, особа, яка звертається до ЄСПА із заявою про визнання розгляду справи необґрунтовано довгим, має довести, що вона особисто не вчиняла дій, спрямованих на затягування процесу. Тобто, ЄСПА кожного разу оцінює поведінку заявника та її вплив на тривалість розгляду справи. Яскравим прикладом, коли поведінка заявників стала однією з причин тривалого розгляду спору, є справа «*Чірікоста і Віола проти Італії*», де 15-річний строк розгляду було визнано виправданим, оскільки самі заявники сімнадцять разів зверталися з проханням про відстрочення процесу і не заперечували проти пізніх перенесень розгляду, здійснених на підставі заяви іншої сторони у справі. Водночас використання всіх засобів оскарження, які передбачені національним законодавством, не вважається ЄСПА таким, що свідчить про затягування строків розгляду справи через поведінку заявника. Крім поведінки заявника, при встановленні розумності строків розгляду справ ЄСПА аналізує і поведінку органів влади. Серед основних причин затягування розгляду справ із вини держави, як правило, є: велике навантаження на суди, недофінансування судів, відсутність достатньої кількості суддів та допоміжних працівників тощо. Затягування строків розгляду справ також може відбуватися внаслідок несвочасного проведення судових експертиз. ЄСПА зобов'язує суддів слідкувати за проведенням цих експертиз: «Експерти працюють в межах судового розгляду, який контролюється суддею. Він залишається відповідальним за підготовку справи до судового розгляду та швидкий хід процесу». Порушенням розумних строків розгляду справ про цивільні права та обов'язки може вважатися тривале невиконання судових рішень з вини державних органів. Згідно з прецедентною практикою ЄСПА, процедура виконання рішень суду є невід'ємною частиною судового розгляду.²

Найбільш поширеними причинами затягування розгляду судових справ можна виділити наступні: 1) неявка сторін у судові засідання; 2) вчинення зацікавленою стороною навмисних дій по затягуванню розгляду справи (наприклад, відкладення розгляду справи без належного доведення поважності причин), на що суддя не реагує або реагує неефективно; 3) невинуватим тривалі перерви в судових засіданнях; 4) перебування судді у нарадчій кімнаті по іншій справі; 5) безпідставне зупинення провадження у справі до розгляду кримінальної справи; 6) призначення судової експертизи та необґрунтована тривалість її проведення; 7) на сьогодні до зазначеного переліку поширених підстав для відкладення розгляду справи беззаперечно можна віднести закінчення повноважень суддів (які були призначені на посаду строком на 5 років), що сприяє збільшенню навантаження на «працюючих» суддів, або проходження суддею кваліфікаційного оцінювання.³

Великим здобутком ЄСПА, що важливо для національної судової практики, є те, що ним розроблена система критеріїв «ефективності» засобу правового захисту права на справедливий судовий розгляд у розумний строк, а саме: 1) одним з кращих превентивних засобів є закріплення абсолютних та безумовних строків розгляду справи;

¹ Справа «*Броган та інші проти Сполученого Королівства*» (Case of Brogan and others v. the United Kingdom). Європейський суд з прав людини (рішення від 29 листопада 1988 року). URL: <http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=430> (дата звернення: 21.09.2021).

² Банчук О. Розумний строк розгляду справи у суді: європейські стандарти та українські реалії. *Адвокат*. 2005. № 11 (62). С. 7–10.

³ Притягнення до відповідальності суддів за пропуск строків розгляду справи: законність і справедливість. URL: <https://goo.gl/Mhk1av> (дата звернення: 25.09.2021).

2) правовий засіб захисту повинен бути ефективним, достатнім та доступним, а тривалість процедури – достатньо короткою; 3) засіб є ефективним, якщо його можна використати для прискорення ухвалення рішення суду, що розглядає справу, або якщо він надає учаснику процесу адекватну компенсацію за затримку, яка вже відбулася; 4) найбільш ефективним рішенням слід визнати наявність правового засобу захисту, направлено на перевірку процесу для попередження затримок, що має беззаперечні переваги порівняно із засобами правового захисту лише компенсаторного характеру, оскільки попереджає послідовні порушення стосовно таких же видів розгляду, а не просто виправляє порушення *a posteriori*; 5) сполучення двох видів засобів захисту, одного – спрямованого на прискорення процесу, а іншого – для визначення компенсації, є найкращим рішенням, при цьому переваги повинні надаватися прискорювальним, а не компенсаторним засобам; 6) засіб правового захисту повинен застосовуватися як для проваджень у справах, розгляд яких не завершений, так і для проваджень у справах, які закінчилися; провадження у таких справах повинно проводитися за спеціальними правилами, які відрізняються від звичайних; 7) засіб правового захисту повинен забезпечувати відшкодування матеріальної та моральної шкоди; 8) рівень компенсації повинен бути адекватним та відповідати рівню компенсації, що присуджується ЄСПЛ.¹

На нашу думку, строки в цивільному процесі відіграють важливу роль не лише в контексті своєчасного здійснення судочинства з мінімальними втратами часу, але й є визначальними категоріями при забезпеченні гарантій здійснення суб'єктами цивільних процесуальних відносин своїх суб'єктивних процесуальних прав і при виконанні покладених на них цивільних процесуальних обов'язків. Таким чином, судам необхідно розглядати справи у розумний для кожного індивідуального випадку строк, при цьому орієнтиром не завжди має бути встановлений граничний строк, визначений процесуальними нормами. Слід відмітити, що на нормативному рівні зроблені вагомі кроки для закріплення права на розумні строки розгляду справи. Проте подальший розвиток та удосконалення механізму захисту такого права має стати пріоритетним напрямом діяльності державних органів України.

ПРАВО НА СВОБОДУ МИРНИХ ЗІБРАНЬ: ЗАСОБИ ЗАХИСТУ

Самбор М.А.

кандидат юридичних наук,

член-кореспондент Національної академії наук вищої освіти України,

начальник сектора моніторингу Прилуцького районного відділу поліції Головного управління

Національної поліції в Чернігівській області,

депутат Прилуцької районної ради,

голова Первинної профспілкової організації

Прилуцького відділу поліції ЧОО ПЛАП ОБС України

Права, свободи та інтереси людини і громадянина є найбільш актуальними питаннями юридичної та ряду інших суспільних наук, оскільки безпосередньо пов'язуються із існуванням особистості у соціальному середовищі. Кожне право, кожна свобода, кожен інтерес, їх змістове наповнення, а також їх практичне втілення, тобто використання, є надзвичайно актуальними питаннями як для окремої особистості, так і для суспільства та держави, що являє собою унікальне політико-територіальне об'єднання людей.

¹ «*Kudla v. Poland*», 26 October 2000. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58920> (дата звернення: 27.09.2021).

Практичне використання та активне здійснення прав, свобод людинию можливе за наявності ефективних механізмів їх охорони і захисту від будь-яких зазіхань зі сторони третіх осіб, які умисно чи необережно чиняють діяння, які обмежують здійснення чи взагалі позбавляють особистість можливості використання та здійснення її прав, свобод та інтересів.

Одним із актуальних прав і свобод, використання якого в останні декілька десятиліть набуває масового поширення практично у всіх без винятку державах світу – є право на свободу мирних зібрань. Право на свободу мирних зібрань відіграє провідну роль не лише у налагодженні комунікативних зв'язків членів суспільства, а є одним із головних засобів формування та виявлення інтересів суспільства, суспільних груп, інститутів та організацій, засобом та можливістю соціуму протистояти антидемократичним проявам державної влади, або позиції влади, яка суперечить інтересам народу, як його джерела, зрештою забезпечує право на спротив для людей проти узурпації влади окремими особами або групами. Отож захист права на свободу мирних зібрань має стати одним із пріоритетних напрямків розвитку та вдосконалення діяльності державного апарату, інститутів громадянського суспільства та індивіда, що створить систему заходів, спрямованих на створення умов для використання та здійснення права на свободу мирних зібрань кожною людиною.

У теорії права питання захисту прав і свобод людини та громадянина є тими питаннями, які виступають як безпосереднім предметом досліджень, так і супутнім предметом під час наукових пошуків особливостей організації та діяльності окремих державних органів, зокрема судів України, ряду інших неурядових інститутів, а також під час дослідження суспільних відносин та процесів.

Як результат, часто називають державно-правовий механізм захисту прав і свобод¹. Діяльність органів державної влади у сфері забезпечення прав людини закріплюється на конституційному рівні та деталізується у чинному законодавстві. Основою цієї системи є положення ст. 3 Конституції України, згідно з яким людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека є найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини визначають зміст і спрямованість діяльності держави². Проголошення прав і свобод людини, у тому числі й права на свободу мирних зібрань, напрямком розвитку держави України, повинна отримати під собою відповідний, перш за все організаційно-правовий фундамент, який визначить особливості впровадження вказаної цілі держави шляхом реалізації функцій держави окремими її органами, посадовими особами та державним апаратом у цілому.

Стверджується, що Верховна Рада України реалізує державно-правовий механізм захисту прав і свобод (додамо, зокрема, і права на свободу мирних зібрань – наголошено нами М.С.) шляхом установчої та законодавчої функцій³. Реалізація законодавчої функції визначає «правила гри» із захисту права на свободу мирних зібрань усіма суб'єктами суспільних відносин, а установча – забезпечує практичний бік участі держави у якості відповідних, спеціально створених, або шляхом визначення повноважень для відповідних державних органів, у суспільних відносинах. Очевидно, що такими органами є перш за все органи

¹ Бакірова І.О. Державно-правовий механізм забезпечення конституційного права людини і громадянина на судовий захист та місце органів юстиції України у здійсненні правосуддя. URL: https://minjust.gov.ua/m/str_9254 (дата звернення: 11.09.2021).

² Стахура Б.І. Роль органів державної влади у забезпеченні прав людини і громадянина в демократичному суспільстві: теоретико-правовий вимір: дис... канд. юрид. наук. зі спец.: 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень. Львів, 2016. 180 с.

³ Стахура Б.І. Роль органів державної влади у забезпеченні прав людини і громадянина в демократичному суспільстві: теоретико-правовий вимір: дис... канд. юрид. наук. зі спец.: 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень. Львів, 2016. 180 с.

виконавчої влади, які повинні, вступаючи у відносини із членами суспільства, поряд з іншим створювати умови свободи використання та здійснення всіма і кожного окремого людського права на свободу мирних зібрань. Поміж цього не можна оминати увагою і створений Верховною Радою України особливий механізм захисту права на свободу мирних зібрань – Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, який здатен контролювати стан використання права на свободу мирних зібрань у суспільстві кожним його членом, а також визначати ефективність того чи іншого органу у забезпеченні умов здійснення права на свободу мирних зібрань.

Найбільш дієвим державно-правовим механізмом є судовий засіб захисту права на свободу мирних зібрань. Судовий захист права на свободу мирних зібрань слід розмежовувати та захист у судах загальної юрисдикції та у суді конституційної юрисдикції.

У цьому контексті можемо спостерігати доволі вдалу активність законодавчого органу у реалізації згаданих вище функцій, спрямованих на створення дієвого інституту захисту права на свободу мирних зібрань та визначення механізму звернення та захисту. У озвученому контексті ключовим є ухвалення процесуальних норм, які забезпечать доступність використання іншого права – права на захист права на свободу мирних зібрань. Чи не найбільше мовиться і досліджено саме судовий механізм захисту права на свободу мирних зібрань. Останній є результатом конституційно-правових гарантій, зафіксованих у ст. 55 Конституції України.

У судовому способі захисту права на свободу мирних зібрань, на наш погляд, особливу роль слід відводити Конституційному Суду України, який здатен додатково вживати заходів, спрямованих на створення функціональних та інституційних механізмів захисту права на свободу мирних зібрань. Натепер, важливим засобом захисту права на свободу мирних зібрань є конституційна скарга. Саме Конституційний Суд України окрім впливу на суб'єктів право творення шляхом приведення нормативно-правових актів у відповідність до Конституції України шляхом визнання таких актів неконституційними або окремих їх норм, а також спонукання таких суб'єктів правотворчості чи законотворчості до ухвалення норм позитивного права, які забезпечуватимуть використання та здійснення права на свободу мирних зібрань всіма людьми у рівній можливості незалежно від будь-яких ознак, таких як раса, вік, колір шкіри, освіта, стать, професія, тощо.

Особлива роль у захисті права на свободу мирних зібрань належить Президентові України – гаранту конституційного права на свободу мирних зібрань. Хоча дієвість вказаних заходів у практичній правозастосовній діяльності не продемонструвала ефективності.

Підсумовуючи державно-правові механізми захисту права на свободу мирних зібрань, заважимо, що останні полягають у створенні відповідних умов як: 1) належності права на свободу мирних зібрань всім людям; 2) рівної можливості доступу та використання права на свободу мирних зібрань; 3) свободи здійснення права на мирні зібрання.

Закріплення навіть найширшого переліку прав і свобод людини в національних конституціях та в міжнародних актах далеко не завжди гарантує їх дотримання та належну практичну реалізацію¹. Одним з основних елементів конституційно-правового механізму захисту прав і свобод людини в Україні є звернення до міжнародних

¹ Безсонова М.В. Конституційне право на звернення до міжнародних правозахисних інституцій: проблеми теорії і практики: дис... канд. юрид. наук. зі спец.: 12.00.02 – Конституційне право; муніципальне право. Харків, 2019. 228 с.

правозахисних інституцій¹. Міжнародні механізми захисту права на свободу мирних зібрань, на нашу думку мають декілька напрямків, а саме: 1) загальний захист об'єктивного права на свободу мирних зібрань, що полягає у систематичному проведенні міжнародних моніторингових місій та надання відповідних пропозицій, сформульованих у резолюціях міжнародних організацій та їх інститутів з метою сприяння дотриманню засадничих принципів права на свободу мирних зібрань, сформульованих у міжнародних документах та у правових доктринах, що перебувають у постійному розвитку та пошуку; 2) персоніфікований захист суб'єктивного права на свободу мирних зібрань шляхом звернення до органів та організацій, які поширюють свої повноваження на членів таких організацій, з метою відновлення порушеного права на свободу мирних зібрань.

Насамкінець зазначимо, що захист права на свободу мирних зібрань перш за все, як превентивний механізм, створює умови ефективного використання та здійснення права на свободу мирних зібрань, а у активній фазі – забезпечує поновлення вихідних умов для здійснення цього права, усуває чинники, які перешкоджають його використанню та здійсненню. Механізм захисту права на свободу мирних зібрань, на наш погляд, слугує засобом стримування суб'єктів, перш за все суб'єктів владних повноважень, у необґрунтованому та безпідставному обмеженні права на свободу мирних зібрань.

Отже, з метою однакоого рівного, справедливого використання та застосування права на свободу мирних зібрань слід використовувати функціональні та інституційні механізми захисту права на свободу мирних зібрань від індивідуального його відстоювання суб'єктом здійснення до звернення до державних органів шляхом використання закріплених у позитивному праві механізмів захисту порушених, або таких, що на думку носія права порушуються, прав і свобод, у тому числі й використання міжнародних процедур.

ЕСТОПЕЛЬ ЯК СКЛАДОВА ДОБРОСОВІСНОСТІ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Татулич І.Ю.

*кандидат юридичних наук, доцент кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

Презумпція добросовісності отримала безпосереднє закріплення у ч. 5 ст. 12 ЦК України, відповідно до якої якщо законом встановлені правові наслідки недобросовісного або нерозумного здійснення особою свого права, вважається, що поведінка особи є добросовісною та розумною, якщо інше не встановлено судом. Що стосується процесуального законодавства, то варто звернути увагу, що у Рішенні Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 р. № 18-рп/2004 у справі про охоронюваний законом інтерес констатувалось, що добросовісність є однією із загальноправових засад. Цивільний процесуальний кодекс України (далі – ЦПК України) 2004 р. у попередній редакції у ч. 3 ст. 27 закріплював обов'язок осіб, які беруть участь у справі, добросовісно здійснювати свої права та виконувати процесуальні обов'язки. Натомість ЦПК України у редакції 2017 р. інакше підходить до зазначеного питання. Так, відповідно до ч. 1 ст. 44 ЦПК України учасники судового процесу та їхні представники

¹ Безсонова М.В. Конституційне право на звернення до міжнародних правозахисних інституцій: проблеми теорії і практики: дис... канд. юрид. наук. зі спец.: 12.00.02 – Конституційне право; муніципальне право. Харків, 2019. 228 с.

повинні добросовісно користуватися процесуальними правами; зловживання процесуальними правами не допускається¹. Отже, категорія «добросовісність» безпосередньо пов'язана з проблемою зловживання правом учасниками судового процесу.

Добросовісність (п. 6 ч. 1 ст. 3 ЦК України) – це певний стандарт поведінки, що характеризується чесністю, відкритістю і повагою інтересів іншої сторони договору або відповідного правовідношення. Саме таке визначення наводиться в одній із постанов Верховного Суду (постанова ККС від 16.05.2018 у справі №449/1154/14). У судовій практиці принцип добросовісності охоплює: естопель; заборона суперечливої поведінки (*venire contra factum proprium*); заборона зловживання цивільними та процесуальними правами.

Добросовісність при реалізації прав і повноважень включає в себе, в першу чергу, неприпустимість зловживання правом, яка, виходячи із конституційних положень, означає, що здійснення прав та свобод людини не повинно порушувати права та свободи інших осіб. Зловживання правом – це свого роду спотворення права. У цьому випадку особа надає своїм діям повну видимість юридичної правильності, використовуючи насправді свої права в цілях, які є протилежними тим, що переслідують позитивне право (постанова КГС ВС від 08.05.2018 р. у справі №910/1873/17; Постанова КГС ВС від 12.03.2019р у справі №918/361/18).

Із принципом добросовісності у цивільному судочинстві також пов'язана вимога заборони суперечливої поведінки в процесі, що у всьому світі відома під назвою процесуального естопелю. Процесуальний естопель становить собою принцип, відповідно до якого сторона не повинна мати можливість отримати переваги від своєї непослідовної поведінки в процесі на шкоду іншій стороні. По суті йдеться про заборону відмови від попередніх процесуальних дій, вчинених стороною під час провадження, та зміни процесуальної поведінки сторони на шкоду іншій стороні. Очевидно, вітчизняний законодавець намагався фрагментарно відтворити елементи процесуального естопелю шляхом регламентації можливості відмови від визнання обставин у справі лише у виключних випадках. Так, за загальним правилом обставини, які визнаються учасниками справи, не підлягають доказуванню, якщо суд не має обґрунтованого сумніву щодо достовірності цих обставин або добровільності їх визнання. Відмова від визнання обставин приймається судом, якщо сторона, яка відмовляється, доведе, що вона визнала ці обставини внаслідок помилки, що має істотне значення, обману, насильства, погрози чи тяжкої обставини, або що обставини визнано у результаті зловмисної домовленості її представника з другою стороною (ч.ч. 1, 2 ст. 82 ЦПК). Зазначене положення, безперечно, спрямоване на забезпечення передбачуваності процесуальної поведінки сторін спору та унеможливлення отримання процесуальних переваг недобросовісної сторони спору. Окрім зазначеного вище прикладу, на думку А. О. Ткачук фрагментарне відтворення зазначене правило знайшло в чинному ЦПК України і в наступних нормах. Наприклад, при визнанні претордиційності судових актів з точки зору звільнення від доказування обставин, що ними встановлені (ч.ч. 4-6 ст. 82 ЦПК України); неможливість скасування судового рішення апеляційним судом у разі порушення правил підсудності, якщо особа без поважних причин не заявляла про непідсудність справи у суді першої інстанції (ч. 2 ст. 378 ЦПК України), тощо².

¹ Цивільний процесуальний кодекс : чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 1 вересня 2021 р. К.: Паливода А. В., 2021. 312 с.

² Ткачук А. О. Принципи добросовісності учасників цивільного судочинства та заборона зловживати цивільними процесуальними правами. Проблеми законності. 2018. Вип. 141. С. 94-103.

Естопель (у перекладі з англійської – позбавляти права надавати заперечення) – правовий принцип, відповідно до якого особа втрачає право посилається на будь-які факти на обґрунтування своєї позиції. Тобто йдеться про заборону відмови від попередніх процесуальних дій, що вчиняються під час провадження та зміни процесуальної поведінки сторони на шкоду іншій стороні.

Доктрина «естопель» бере походження з англосаксонської системи права і базується на принципах добросовісності і послідовності. За своєю природою це прояв загального принципу недопустимості зловживання правом. Сторона, яка вчиняє дії або робить заяви у спорі, що суперечать тій позиції, яку вона займала раніше, не повинна отримати перевагу від своєї непослідовної поведінки. В англійському праві естопель означає заперечення такої поведінки сторони в процесі, якою вона перекреслює те, що попередньо було нею визнано. У міжнародному праві згідно з правилом естопеля суб'єкт не може вчиняти дії, несумісні з його позицією, що випливає з попередньої поведінки чи відповідей заяв¹. При здійсненні цивільного судочинства така ситуація виникає у разі, коли сторона дотримується позиції, яка є протилежною до її попередньої позиції, орієнтуючись на яку діяла інша сторона².

По суті згаданий принцип римського права *venire contra factum proprium* є вираженням *equitable estoppel* – однієї з найважливіших доктрин загального права. В системі загального права ця доктрина ґрунтується на *principles of fraud*. Вона спрямована на недопущення ситуації, в якій одна сторона може займати іншу позицію в судовому розгляді справи, що відрізняється від її більш ранньої поведінки або заяв, якщо це ставить протилежну сторону у невідпідне становище.

При здійсненні правосуддя на суд покладається обов'язок вживати всіх передбачених законом заходів до всебічного, повного і об'єктивного з'ясування дійсних обставин справ, прав та обов'язків сторін, внаслідок чого виникає необхідність дослідження джерел, що містять відомості про фактичні обставини справи. Доказування є єдиним шляхом встановлення судом фактичних обставин справи і передусім акту застосування в судовому рішенні норм матеріального права, висновку суду про наявність прав та обов'язків у сторін. Підсумовуючи зазначене, слід зауважити, що витребування доказів у разі недобросовісної поведінки учасників справи, використання процесуального естопеля підвищує значення процесу доказування і забезпечує дотримання безпеки та дисципліни учасників процесу задля ефективного правосуддя³.

Верховний Суд, а саме Касаційний цивільний та Касаційний господарський суди, в своїх постановках неодноразово посилався на принцип римського права *venire contra factum proprium* (заборона суперечливої поведінки), який базується ще на римській максимі – «*non concedit venire contra factum proprium*» (ніхто не може діяти всупереч своїй попередній поведінці). (*Постанова Верховного Суду у складі Об'єднаної палати Касаційного цивільного суду від 10.04.2019 р. у справі №390/34/17 (провадження №61-22 315сво18)*). У даній постанові визначено, що поведінкою, яка суперечить добросовісності та чесній діловій практиці, є, зокрема, поведінка, яка не відповідає попереднім заявам або поведінці сторони за умови, що інша сторона, яка діє собі на шкоду, розумно покладається на них. У справі №910/19179/17 Касаційним господарським судом застосовано принцип «естопель», тобто принцип, який означає категоричне заперечення такої поведінки

¹ Погребняк С. П. Втілення принципу добросовісності в праві. Вісник Академії правових наук України. 2007. № 2(49). С. 13–24.

² Taniguchi Y. Good Faith and Abuse of Procedural Rights in Japanese Civil Procedure. *Tulsa Journal of Comparative & International Law*. 2000. Vol. 8. P. 164–182.

³ Новосад А. С. Процесуальний естопель: особливості застосування. Міжнародна та національна безпека: теоретичні і прикладні аспекти : матер. III Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Дніпро, 15 березня 2019 р.). Дніпро : ДАУВС, 2019. С. 320–321.

сторони в процесі, якою вона перекреслює те, що попередньо було нею визнано в цьому та/або іншому судовому процесі. Принцип «естопель», зокрема, застосовано і в практиці Європейського суду з прав людини («Хохліч проти України», заява №41707/98; «Рефаг парті зі (Партія добробуту) Туреччини та інші проти Туреччини, заява №№41340/98, 41342/98, 41344/98). Аналогічна правова позиція викладена у справах №914/2622/16, №914/3593/15, №237/142/16-ц, №911/205/18.

На разі, суди загальної юрисдикції рідко застосовують такий правовий принцип, як естопель, натомість часткове відображення процесуального естопелю, як ми вже зазначили, міститься у ч. 2 ст. 82 ЦПК України та в інших нормах. Отже, у сучасному процесуальному законодавстві, як і в зарубіжній літературі з питань цивільного процесуального права, питання процесуальної добросовісності, окрім проблематики зловживання процесуальними правами, згадується також у контексті так званого «процесуального естопелю», під яким розуміють неможливість суперечливої поведінки сторін у цивільному судочинстві, яка надасть переваги одній стороні над іншою, порушивши при цьому основні засади та завдання цивільного судочинства.

ЗАКРИТТЯ ПРОВАДЖЕННЯ У ЦИВІЛЬНІЙ СПРАВІ СУДОМ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЇ

Трач О.М.

*доцент кафедри цивільного права та процесу Хмельницького університету управління та права імені
Леоніда Юзькова, кандидат юридичних наук, доцент*

Закриття провадження у справі допускається як судом першої, так і перевірочних інстанцій. Разом з тим Розділ V ЦПК України визначає спеціальні підстави закриття апеляційного, касаційного проваджень. Ст. 362 ЦПК України визначає підстави закриття апеляційного провадження. Біль розширене коло підстав для закриття касаційного провадження у порівнянні із закриттям апеляційного провадження.

Під закриттям апеляційного провадження у справі слід розуміти вид закінчення провадження без винесення постанови суду апеляційної інстанції по цивільній справі у зв'язку з встановленням судом обставин, що вказують на неправомірність виникнення процесу або неможливість чи недоцільність його продовження, та наслідком якого є неможливість повторного подання тожної апеляційної скарги.

Ст. 362 ЦПК України, встановлено перелік підстав для закриття апеляційного провадження у справі. Чітка процесуальна регламентація таких підстав виступає гарантією того, що правомірне відкриття апеляційного провадження у справі завершиться винесенням постанови, якщо обставини, що обумовлюють цей вид ускладнення будуть відсутні. Розширене тлумачення підстав не допускається, може мати наслідком порушення норм процесуального права. Закриття апеляційного провадження у справі за відсутності для цього визначених процесуальним законом підстав вказують на незаконну відмову у здійсненні права на оскарження судового рішення.

Апеляційне провадження закривається за умови встановлення судом обставин, що вказують на те, що процес в суді апеляційної інстанції виник неправомірно або продовжувати його є неможливим. Неправомірним є процес, який виник за умови відсутності у особи, яка подала апеляційну скаргу передумов здійснення права на апеляційне оскарження. Однак закриття провадження у справі не завжди вказує на помилку суду допущену під час відкриття провадження у справі. Воно може мати місце у разі здійснення диспозитивного права на відмову від скарги.

Однією із підстав закриття апеляційного провадження суду є відкриття провадження у

справі за скаргою особи з підстав вирішення судом питання про її права, свободи, інтереси та (або) обов'язки, та встановлення апеляційним судом, що судовим рішенням суду першої інстанції ці питання не були вирішені. В науковій літературі висловлюється думка про те, що висновок щодо порушення рішенням прав чи інтересів осіб, що не брали участі у розгляді справи в суді першої інстанції, робиться судами апеляційної інстанції після судового розгляду по суті апеляційної скарги, так як його не можна зробити на початковій стадії апеляційного провадження¹. Разом з тим аналіз судової практики свідчить про вирішення таких питань на стадії відкриття провадження у справі.

Наділення повноваженням щодо закриття апеляційного провадження на стадії розгляду апеляційної скарги по суті не викликає дискусії. Разом з тим Глава 1 Розділ V ЦПК України не дає відповіді на питання про те, на якій стадії процесу в суді апеляційної інстанції може мати закриття апеляційного провадження. На нашу думку, його здійснення можливе й на стадії підготовки справи до апеляційного розгляду. Це випливає із кола процесуальних дій, що можуть бути вчені судом на цій стадії процесу, таких які визначені п.1-5 ч. 1 ст. 365 ЦПК України. Тому за умови наявності достатньої інформації суд апеляційної інстанції задля забезпечення оперативності процедури перегляду судового рішення, ліквідації перешкод щодо набрання ним законної сили, має бути компетентним на застосування повноваження щодо закриття апеляційного провадження.

Вважаємо за необхідне віднести до підстав закриття провадження у справі, якщо після відкриття провадження у справі суд встановив, що судові рішення не може виступати об'єктом апеляційного оскарження.

Крім повноваження щодо закриття апеляційного провадження суди апеляційної, касаційної інстанції наділені також повноваженням закриття провадження у справі з одночасним скасуванням судового рішення. Такі повноваження обумовлені специфікою проваджень з перегляду судових рішень. Здійснюючи повноваження щодо скасування рішення суду першої інстанції та закриття провадження у справі суд вищестоящих інстанцій виправляють судові помилки. Вони зумовлені порушенням судом першої інстанції норм процесуального права². Повноваження суду апеляційної інстанції щодо скасування судового рішення обумовлені тим, що суд першої інстанції за наявності усіх обставин, що визначені ст. 255 ЦПК України, не заклав провадження у справі. Допущену судом апеляційної інстанції судову помилку виправляють шляхом скасування попереднього рішення та закриття провадження у справі.

Новелою ЦПК України є можливість здійснення позивачем права на подання заяви щодо направлення справи за встановленою юрисдикцією. Таке право може бути здійснено в судах перевірочних інстанцій. Разом з тим вказуючи на обов'язок суду роз'яснити вказане право, законодавець не визначає у якій спосіб він повинен це зробити. У зв'язку із цим вважаємо за необхідне внести зміни до ЦПК України та доповнити ст. 256 ЦПК України вказівкою на те, що таке право має бути розкрито в постанові суду про скасування судового рішення і закриття провадження у справі.

ЦПК України визначає також повноваження суду апеляційної інстанції закрити провадження у справі та визнати попереднє рішення нечинним. Воно має місце у випадку здійснення таких диспозитивних прав як відмова від позову, укладення мирової угоди в судах перевірочних інстанцій. Воно не пов'язане із скасуванням судового

¹ Гусаров К. В. Інстанційний перегляд судових рішень у цивільному судочинстві : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Х., 2011. 431 с.

² Тимофеев Ю. А. Полномочия суда второй инстанции в гражданском процессе. Современные проблемы. М.: Волтерс Клаувер, 2008. 81 с.

рішення, оскільки скасування рішення допускається у разі його незаконності та (або) необґрунтованості.

Слід зазначити, що самостійним об'єктом апеляційного оскарження виступає ухвала суду першої інстанції про закриття провадження у справі.

Для недопущення порушення норм процесуального права щодо закриття провадження у справі вагомий роль відіграє судова практика Верховного Суду. Вона важлива як для перевірки законності рішень суду першої інстанції, ухвалених за наявності обставин для закриття провадження у справі, так і підставності постановлення ухвал про закриття провадження у справі. Так, Верховний Суд, зокрема Об'єднана палата Касаційного цивільного суду, зазначила, що п. 2 ч. 1 ст. 255 ЦПК України не можна тлумачити лише як відсутність предмета спору під час пред'явлення позову. В постанові від 20 вересня 2021 року вказується, що висновок суду апеляційної інстанції щодо п. 2 ч. 1 ст. 255 ЦПК України про те, закриття провадження у справі має місце щодо відсутності предмета спору лише на час подання позовної заяви не ґрунтується на положеннях закону. Верховний Суд дійшов висновку, що закриття провадження з підстав, що визначені п. 2 ч. 1 ст. 255 ЦПК України, допускається лише в судовому засіданні і не можуть мати місця при проведенні підготовчого засідання. Об'єднана палата Касаційного цивільного суду дійшла висновку, що суд закриває провадження у справі на підставі п. 2 ч. 1 ст. 255 ЦПК України у випадку відсутності предмета спору як на час пред'явлення позову, так і на час ухвалення судом першої інстанції судового рішення при умові, що між сторонами у зв'язку з цим не залишилося питань, які не врегульовані¹.

Разом з тим в мотивувальній частині цієї постанови Верховний Суд вказав, погодившись із висновками апеляційного суду про те, що закриття провадження в підготовчому засіданні суду першої інстанції можливо з двох підстав, у випадку відмови від позову та укладення мирової угоди, визначених ст. ст. 206, 207 ЦПК України, зіславшись на ч. 4 ст. 200 ЦПК України². На нашу думку такі висновки є небезсипними, оскільки частина четверта цієї статті вказує «ухвалення в підготовчому засіданні судового рішення у разі відмови від позову,... укладення мирової угоди проводиться в порядку встановленому статтями 206, 207 цього кодексу», тому йдеться про порядок, а не перелік підстав закриття провадження у справі в підготовчому засіданні.

ПРОБЛЕМИ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ВЗАЄМОДІЇ СЛІДЧОГО ТА ПРОКУРОРА ПІД ЧАС НАДАННЯ ТА ВИКОНАННЯ ПИСЬМОВИХ ВКАЗІВОК ПРОКУРОРА

Тумко Д.І.

*Заступник керівника Сумської спеціалізованої прокуратури у військовій та оборонній сфері
Центрального регіону*

В статті 124 Конституції України визначено, що правосуддя в Україні здійснюється виключно судами, але в основі правосуддя лежать матеріали та докази, що попередньо зібрані й закріплені на стадії досудового розслідування, яка передусє стадії судового розгляду. Тому законність і обґрунтованість судового рішення значною мірою залежать від всебічного, повного та об'єктивного дослідження обставин справи й встановлення

¹ Постанова Об'єднаної палати Касаційного цивільного суду від 20 вересня 2021 року. Справа № 638/3792/20. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99861085>

² Постанова Об'єднаної палати Касаційного цивільного суду від 20 вересня 2021 року. Справа № 638/3792/20. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99861085>

істини на стадії досудового розслідування, яке проводить слідчий, як спеціальний уповноважений державою суб'єкт кримінального провадження.¹

В умовах швидкого розвитку суспільних сфер життєдіяльності країни, перед правоохоронними органами, насамперед поставлено завдання швидкого, повного і неупередженого розслідування кримінальних правопорушень, що в свою чергу досягається шляхом узгодженої взаємодії прокурора та слідчого як основних учасників кримінального провадження з боку обвинувачення. Об'єднання їх спільних зусиль є важливою запорукою успішного виконання завдань, визначених у ст. 2 КПК України.

Слідчий беззаперечно є самостійним у своїй процесуальній діяльності, втручання в яку осіб, що не мають на те законних повноважень, забороняється.

Разом з цим, важливою умовою реалізації конституційних прав і свобод людини та громадянина є контроль за законністю діяльності державних органів і їх посадових осіб, зокрема, в діяльності органів досудового слідства.

Здійснення такого контролю, передбачено законодавцем у формі нагляду за додержанням законів органами, що провадять досудове слідство та покладено на прокурора у кримінальному провадженні.

Одним з основних напрямів діяльності прокуратури є нагляд за додержанням законів органами, що провадять досудове слідство. За своєю природою, як слушно зазначає Г.Р. Колеснік, прокурорський нагляд у досудовому розслідуванні – це активна діяльність прокурора, який із моменту надходження заяви, повідомлення про підготовлене чи вчинене кримінальне правопорушення і до завершення його розслідування постійно тримає під гласним, відкритим відстеженням усі дії та рішення органів досудового розслідування і процесуальні дії інших учасників кримінального провадження, не допускаючи з їхнього боку будь-яких відхилень від вимог, установлених законом.²

Взаємодію прокурора та слідчого у загальному сенсі можна визначити як діловий контакт між ними для забезпечення злагодженої спільної роботи у процесі розслідування конкретного кримінального правопорушення з метою досягнення завдань кримінального провадження, передбачених ст. 2 КПК України.

Основною формою процесуальної взаємодії прокурора зі слідчим, яка вживається на всіх етапах досудового розслідування, є надання прокурором слідчому письмових вказівок та доручень у порядку п. 4 ч. 2 ст. 36 КПК України. При цьому у ст. 25 Закону України «Про прокуратуру» визначено, що вказівки прокурора підлягають виконанню у разі надання їх у межах повноважень, а видання прокурором розпоряджень поза межами його повноважень тягне за собою відповідальність передбачену законом.³

Відповідно до ч. 4 ст. 40 КПК України слідчий зобов'язаний виконувати доручення та вказівки прокурора, які надаються у письмовій формі. Отже, як правило, доручення та вказівки щодо проведення конкретних слідчих (розшукових) дій мають надаватися у письмовому виді. До того ж, надання прокурором письмових вказівок дисциплінує обох суб'єктів взаємодії. Так, отримання слідчим чітких вказівок у письмовій формі є умовою їх належного виконання. Водночас прокурору це надає змогу проконтролювати хід їх виконання.

Належне виконання слідчим письмових вказівок прокурора в повному обсязі носить практичний та дуже важливий характер, адже кінцевий обов'язок доказування в суді винуватості особи кримінально процесуальне законодавство покладає саме на прокурора.

¹ Конституція України URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.

² Прокурорський нагляд у досудовому розслідуванні за КПК України 2012 року: функціональна характеристика, повноваження, форми реалізації / Г. Р. Колеснік // Форум права. - 2016. - № 5. - С. 68–72. - Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2016_5_14

³ Кримінальний процесуальний кодекс України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>.

По суті це означає, що саме на прокурора покладається обов'язок організації процесу досудового розслідування, визначення його напрямів, координація проведення процесуальних дій, сприяння створенню умов для нормального функціонування слідчих, забезпечення дотримання під час кримінального провадження вимог законів України.

Досить часто під час здійснення процесуального керівництва досудовим розслідування спостерігаються випадки не виконання або неналежного виконання слідчим письмових вказівок прокурора, що в свою чергу унеможливило проведення якісного досудового розслідування та встановлення всіх фактичних обставин вчинення кримінального правопорушення, та як наслідок унеможливило прийняття кінцевого обґрунтованого рішення у кримінальному провадженні, передбаченого ст. 283 КПК України. Зазначене, в свою чергу може бути зумовлене, як об'єктивними причинами (надмірною завантаженістю слідчих підрозділів) так і необ'єктивними (формальний підхід слідчого до виконання посадових обов'язків та відсутність дієвої процедури притягнення слідчого до передбаченої законом відповідальності).

Законодавством передбачена певна процедура стимулювання слідчих до належного виконання обов'язків у певному кримінальному провадженні, зокрема: процесуальний керівник може звернутися до керівника органу прокуратури з ініціативою розглянути стан досудового розслідування у відповідному кримінальному провадженні де вбачається бездіяльність слідчого, на оперативній нараді за участі керівника органу досудового розслідування, слідчого та прокурора, які виконують повноваження у цих кримінальних провадженнях; відповідно до п. 8 ч. 2 ст. 36 КПК України прокурор може ініціювати перед керівником органу досудового розслідування питання про відсторонення слідчого від проведення досудового розслідування у певному кримінальному провадженні та призначення іншого слідчого за наявності підстав, передбачених КПК України; відповідно до ч. 4 ст. 40 КПК України невиконання слідчим законних вказівок та доручень прокурора, наданих у порядку, передбаченому КПК України, тягне за собою передбачену законом відповідальність, у тому числі адміністративну за ч. 1 ст. 185-8 «Ухилення від виконання законних вимог прокурора» Кодексу України про адміністративні правопорушення.

Водночас варто зазначити, що такі методи стимулювання слідчого до належного виконання своїх процесуальних обов'язків, не завжди сприятиме плідній співпраці у кримінальному провадженні, наслідком якої буде не їх взаємодія, а лише можлива юридична відповідальність. Такі заходи потрібно застосовувати тільки у крайніх випадках, та у разі переконання прокурором, що невиконання або неналежне виконання слідчим письмових вказівок прокурора не зумовлено об'єктивними причинами. Крім того, застосування вказаних методів потребує значного проміжку часу, що беззаперечно негативно сприятиме на результативності здійснення досудового розслідування певного кримінального провадження та не забезпечить в повній мірі його швидкого, повного та неупередженого досудового розслідування.

Одночасно з цим, нерідко в практичній діяльності, спостерігаються випадки формального підходу прокурора у кримінальному провадженні до надання письмових вказівок. Тобто надання письмових вказівок, які не містять конкретного переліку необхідних слідчих та процесуальних дій, які необхідно провести для досягнення завдань кримінального провадження, або так само у вказівках прокурором передбачено необхідність проведення слідчих дій та прийняття процесуальних рішень, які не є необхідними та доречними під час здійснення досудового розслідування. Вказане призводить до непорозуміння між слідчим та прокурором та як наслідок до порушення розумних строків здійснення досудового розслідування кримінального провадження, що

є неприпустимим та суперечить вимогам Кримінального процесуального законодавства України.

Отже, для уникнення вищезазначених проблемних питань взаємодії слідчого та прокурора під час здійснення досудового розслідування, доцільно було б, на законодавчому рівні, шляхом видання спільного наказу між Офісом Генерального прокурора та органами досудового розслідування, передбачити форму (зміст) письмової вказівки прокурора, з наступними обов'язковими елементами: 1) найменування кримінального провадження у якому надається вказівка; 2) прізвище, ім'я, по батькові та займана посада слідчого (групи слідчих), якому/яким надається вказівка; 3) конкретний перелік необхідних слідчих дій; 4) конкретний перелік процесуальних рішень, які необхідно прийняти; 5) строки виконання письмової вказівки, з урахуванням об'єктивної можливості виконати вказівки у зазначений термін.

РОЛЬ СУДДІ ПРИ ВИРІШЕННІ СПРАВ ПРО ДОМАШНЄ НАСИЛЬСТВО

Чебан В.М.

суддя Шевченківського районного суду м.Чернівці, кандидат юридичних наук, доцент кафедри процесуального права юридичного факультету Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича, член Ради суддів України

Проблема домашнього насильства є загальносвітовою. За даними Всесвітньої організації охорони здоров'я кожна шоста жінка зазнала насильства в сім'ї. В розрізі окреслених проблем судді не часто вміють ідентифікувати прояви домашнього насильства, побачити його вплив на правові наслідки. Дуже важливо не допустити вплив власних або чужих гендерних чи інших стереотипів на вирішення справи, визначення долі людей, формування суспільних відносин, уникнути толерування домашнього насильства при відправленні правосуддя та у позасудовій діяльності. При цьому, посилюються ризики з огляду на наявність владних повноважень і публічного статусу судді. Необхідно змінити ставлення суддів по справам щодо домашнього насильства з метою посилення їх суспільної ролі у запобіганні та протидії домашньому насильству, а також з метою неприпустимості толерування при допиті кривдників та жертв.

Зокрема, в Україні був розроблений комплексний пакет законодавчих змін. Цей пакет включив, з одного боку – Закон України «Про запобігання та протидію домашньому насильству»¹, який містить також зміни до Закону України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків», до Цивільного процесуального кодексу України, до Кодексу України про адміністративні правопорушення та інших законів України щодо питань, які стосуються домашнього насильства та насильства за ознакою статі; з іншого боку – зміни до кримінального блоку: Закон України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами»².

Після досить тривалих техніко-юридичних дебатів та світоглядних дискусій впевнено розпочався непростий шлях практичного застосування законодавчих норм стосовно

¹ Закон України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» № 2229-VIII, прийнятий 07.12.2017 р., набрав чинності 07 січня 2018 р. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2229-19>

² Закон України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами» № 2227-VIII, прийнятий 06.12.2017 р.; набрання чинності відбувається 11.01.2019 р. (за винятком змін до ст. 67 КК України, які набули чинності 12.01.2018 р.). URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2227-19>

запобігання та протидії домашньому насильству. Так, вищезазначеним Законом був запроваджений інститут обмежувальних заходів при обранні запобіжного заходу стосовно підозрюваних у вчиненні кримінальних правопорушень, пов'язаних з домашнім насильством (ч.6 ст.194 КПК України)¹. Це встановлені у судовому порядку заходи тимчасового обмеження прав і свобод особи, яка підозрюється (обвинувачується) у вчиненні злочину, пов'язаного з домашнім насильством, спрямовані на забезпечення безпеки постраждалої особи, що використовуються при застосуванні запобіжних заходів, не пов'язаних з триманням під вартою. Види таких обмежувальних заходів є наступні: 1) заборона перебувати в місці спільного проживання з особою, яка постраждала від домашнього насильства; 2) обмеження спілкування з дитиною у разі, якщо домашнє насильство вчинено стосовно дитини або у її присутності; 3) заборона наближатися на визначену відстань до місця, де особа, яка постраждала від домашнього насильства, може постійно чи тимчасово проживати, тимчасово чи систематично перебувати у зв'язку із роботою, навчанням, лікуванням чи з інших причин; 4) заборона листування, телефонних переговорів з особою, яка постраждала від домашнього насильства, інших контактів через засоби зв'язку чи електронних комунікацій особисто або через третіх осіб; 5) направлення для проходження лікування від алкогольної, наркотичної або іншої залежності, від хвороб, що становлять небезпеку для оточуючих, направлення для проходження програми для кривдників.

Такі обмежувальні заходи застосовуються виключно судом терміном до 2-х місяців та можуть бути продовжені у межах строку досудового розслідування як за клопотанням прокурора, так і за власною ініціативою слідчого судді. При цьому, підозрюваному, обвинуваченому письмово під розпис повідомляються покладені на нього обов'язки та роз'яснюється наслідки їх порушення. Контроль за виконанням обов'язків здійснює слідчий, а якщо справа перебуває у провадженні суду – прокурор.

Видами відповідальності за невиконання обмежувальних заходів відповідно до вимог кримінально-процесуального законодавства є: 1) застосування більш жорсткого запобіжного заходу; 2) накладення грошового стягнення в розмірі від 0,25 розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб до 2 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб.

Стосовно передбачених у вищезазначених нормах кримінально-процесуального законодавства можливості направлення для проходження програми для кривдників, то стаття 28 «Про запобігання та протидію домашньому насильству» та стаття 218 Закону України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків»², що окремо присвячені виконанню програм для кривдників, вказують на те, що кривдник може бути направлений судом на проходження програми для кривдників на строк від трьох місяців до одного року у випадках, передбачених законодавством. Така можливість передбачена в межах судового розгляду кримінальних справ у разі вчинення злочинів, пов'язаних з домашнім насильством, а також справ про накладання адміністративного стягнення за статтею 173-2 КУпАП «Вчинення домашнього насильства, насильства за ознакою статі, невиконання термінового заборонного припису або неповідомлення про місце свого тимчасового перебування»³. Вимогами ст.39-1 КУпАП передбачено, що у разі вчинення домашнього насильства чи насильства за ознакою статі суд під час вирішення питання про накладення стягнення за адміністративне правопорушення має право одночасно вирішити питання про направлення особи, яка вчинила домашнє насильство чи

¹ КПК України <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>

² Закон України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2866-15#Text>

³ Кодекс України Про адміністративні правопорушення <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>

наси́льство за ознакою статі, на проходження програми для таких осіб, передбаченої Законом України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» чи Законом України «Про забезпечення рівних можливостей жінок і чоловіків».

Програма для кривдників - це комплекс заходів, що формується на основі результатів оцінки ризиків та спрямований:

- на зміну насильницької поведінки кривдника,
- формування у нього нової, неагресивної психологічної моделі поведінки у приватних стосунках,
- формування відповідального ставлення до своїх вчинків та їх наслідків у тому числі до виховання дітей, на викорінювання дискримінаційних уявлень про соціальні ролі та обов'язки жінок і чоловіків

При цьому, притягнення кривдника до передбаченої змінами до Кримінального кодексу України кримінальної відповідальності за непроходження програми для кривдників не звільняє його від обов'язку пройти таку програму.

Разом з тим, кривдник повинен мати можливість відвідувати програму для кривдників за власною ініціативою на добровільній основі.

Типова програма для кривдників затверджена Наказом Міністерства соціальної політики від 01.10.2018 року № 1434 «Про затвердження Типової програми для кривдників»¹.

Відповідно до ст.314-1 КПК України - з метою забезпечення суду інформацією, що характеризує обвинуваченого, а також прийняття судового рішення про міру покарання представник уповноваженого органу з питань пробачії складає досудову доповідь за ухвалою суду.

При цьому, на нашу думку, суду доцільно саме з підготовчого засідання призначати органу пробачії складання досудової доповіді, оскільки в цьому випадку орган пробачії вже може рекомендувати відповідний вид пробачійної програми. Слід зазначити, що існує два види пробачійних програм: корекційна програма та пробачійна програма для кривдників, за виконанням якої здійснюють нагляд саме органи пробачії.

У випадку, якщо суд не конкретизував пробачійну програму, то органи пробачії самі обирають її вид.

Суттєві зміни, на які суддям слід звертати увагу при розгляді справ, внесені і в ст.284 КПК України. А саме, на даний час зміст пункту 7-го частини першої ст.284 КПК викладений в наступній редакції: «Кримінальне провадження закривається в разі, якщо потерпілий, а у випадках, передбачених цим Кодексом, його представник відмовився від обвинувачення у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення, крім кримінального провадження щодо кримінального правопорушення, пов'язаного з домашнім насильством».

Таким чином, на даний час встановлена заборона закриття кримінального провадження поширюється на осіб, які вчинили злочин, пов'язаний із домашнім насильством, за умови, що слідчі органи пред'явили особі таке обвинувачення і вона мала можливість захищатися від нього.

А також, доречним, на нашу думку, є доповнення частини першої статті 469 абзацом другим такого змісту:

«Угода про примирення у кримінальних провадженнях щодо злочинів, пов'язаних з домашнім насильством, може бути укладена лише за ініціативою потерпілого, його представника або законного представника».

¹ Типова програма для кривдників затверджена Наказом Міністерства соціальної політики від 01.10.2018 року № 1434 «Про затвердження Типової програми для кривдників». <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1222-18#Text>

Крім попередження та захисту постраждалих осіб від домашнього насильства, невід'ємним елементом механізму протидії домашньому насильству та насильству за ознакою статі є розвиток системи допомоги, зокрема шляхом розбудови системи соціальних послуг для таких осіб.

А тому, необхідно підсилити роль громадських організацій, які б співпрацювали із системою правосуддя, з поліцією та партнерами у суспільстві з метою надання підтримки сім'ям та особам, які постраждали від домашнього насильства. По типу неприбуткової організації HomeFront, яка активно працює в Канаді та бере участь у спеціалізованому суді з домашнього насильства як ключова зацікавлена сторона; спеціалізується на координації правосуддя та реакції спільноти на домашнє насильство. Завдяки такій моделі співпраці, потерпілі забезпечені підтримкою, ресурсами, інформацією та захистом. Такі організації виступають експертами в оцінюванні загроз та рівня ризику домашнього насильства. А також, забезпечують інтеграцію послуг та спільних процедур у системі правосуддя, поліції, прокуратури, служби пробачії, лікування та представників громадськості з метою підтримки сімей та осіб, постраждалих від сімейного насильства.

Разом з тим, відповідні громадські організації могли б надавати потерпілим підтримку, безпеку, ресурси і в нашій державі, а також мати відповідне право голосу у судовому процесі з моменту інциденту і до кінця випробувального терміну.

Таким чином, на рівні українського законодавства при вирішенні справ про домашнє насильство доцільно запровадити колегіальні обговорення за участі представників: громадських та соціальних служб; поліції, яка в першу чергу представляла б суду відеодокази; прокуратури, суддів, адвокатів, оскільки дуже важливим є зв'язок між всіма організаціями, які долучаються до вирішення даного питання.

Під час таких колективних обговорень судді могли б пропонувати вже конкретні рішення, які є найбільш доцільні та ефективні в кожному індивідуальному випадку.

А також, вкрай важливим було б запровадження в українських судах спеціалізації по розгляду справ, пов'язаних з домашнім насильством. Судді під час розгляду даної категорії справ повинні інтуїтивно розуміти чи відбудеться в тому чи іншому випадку «повторне насильство» і знайти шлях для розірвання кола такого насильства.

ОБВИНУВАЛЬНИЙ АКТ: ЗАКРИТИ ЧИ ПОВЕРНУТИ? ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ТА ПРОГАЛИНИ У ЗАКОНОДАВСТВІ

Чернова О.О.

адвокат

З прийняттям нового КПК у 2012 році, кримінальний процес був доповнений рядом позитивних новел.

У доповіді увага акцентується на механізмах судового захисту особи, що піддається кримінальному переслідуванню після повернення обвинувального акта прокурору на підготовчому судовому засіданні.

Можливість закриття кримінального провадження судом, у разі пропущення процесуальних строків стороною обвинувачення, є безперечно прогресивним явищем у кримінальному судочинстві.

Втім за дев'ять років практика продемонструвала, що наведені механізми є недостатньо врегульованими, – як наслідок, це створило підстави для численних зловживань та перекладення відповідальності за прийняття процесуальних рішень.

До теперішнього часу в судовій практиці панувала певна невизначеність щодо можливості закриття кримінального провадження на підготовчому судовому засіданні через пропущений строк досудового розслідування.

За наявності відповідного клопотання сторони захисту поданого в порядку пункту десятого частини першої статті 284 Кримінального процесуального кодексу України (надалі – КПК), судді були схильні радше прийняти рішення про повернення обвинувального акта прокурору, аніж закрити кримінальне провадження.

Верховний Суд у Постанові від 15.09.2021 (№ 711/3111/19, провадження № 51-2890км19) зробив гарну спробу виправити вказану прогалину у законодавстві, надавши логічно-послідовне та детальне тлумачення застосуванню правових норм.

Зокрема, Суд вказав, що затвердження та направлення обвинувального акта прокурором поза межами строку досудового розслідування виключає набуття особого, що підлягає кримінальному переслідуванню статусу обвинуваченого. А відтак, унеможливає розгляд в суді кримінального провадження.

На перший погляд, певна правова невизначеність у вказаних правових відносинах виправлена Верховним Судом у зазначеному рішенні. Так як бути з тими провадженнями, що вже повернуті судами прокурору?

За даних обставин у сторони обвинувачення з'являється широке поле для зловживань. Адже законодавцем встановлено, що оскаржити бездіяльність прокурора можна лише на стадії досудового розслідування в порядку передбаченому статтями 303 – 308 КПК України. Отже, якщо прокурор зволікає з повторним направленням обвинувального акту до суду – оскаржити його бездіяльність сторона захисту позбавлена можливості.

Більш того, підстави притягнення прокурора до дисциплінарної відповідальності перебувають у прямій залежності від рішення суду, яким встановлюються факти порушення прокурором прав осіб або вимог кримінального процесуального закону. Важливим тут є те, що таке рішення суд може прийняти виключно на стадії досудового розслідування.

В деяких випадках прокурори вдаються до незаконних маніпуляцій протиправно відновлюючи досудове розслідування.

Для прикладу наведу рішення в одній справі, – ухвалу слідчого судді Київського районного суду м. Одеси від 14.05.2021 винесену у справі №947/14339/21 якою за клопотанням представника потерпілого було відновлено досудове розслідування та зобов'язано прокурора вчинити певні дії.

У даному провадженні, обвинувальний акт був скерований до суду наприкінці 2019 року та двічі повертався прокурору на доопрацювання, через невідповідність вимогам КПК з констатацією пропущених строків досудового розслідування.

З наступним направленням обвинувального акта до суду, сторона обвинувачення почала зволікати, усвідомлюючи можливі несприятливі процесуальні наслідки.

Скарги на порушення розумних строків – не дали позитивного результату, прокурори вищого рівня не вбачали жодних порушень в діях колег.

Та одного дня, в процесі моніторингу Єдиного державного реєстру судових рішень, захист натрапляє на ухвалу слідчого судді про відновлення досудового розслідування у вказаному провадженні¹.

На превеликий подив сторони захисту, слідчий суддя виніс вказану ухвалу за клопотанням представника юридичної особи визнаної потерпілим у кримінальному провадженні.

¹ Ухвала слідчого судді Київського районного суду м. Одеси від 14.05.2021 у справі № 947/14339/21 <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96984920>

Суд провів засідання не повідомивши обвинувачених, виключно за присутності заявника, який не мав відповідного процесуального статусу звертатися до слідчого судді з таким клопотанням.

Прокурор, як з'ясувалося, подав заяву слухати справу за його відсутності та в подальшому, не оскаржуючи судові рішення, що очевидно було незаконним, відновив досудове розслідування.

На сьогоднішній день, ця історія ще не завершена. Звісно, рішення слідчого судді апеляційний суд скасував¹, але сторона обвинувачення свідомо ігноруючи вимоги закону, продовжує вчиняти незаконні дії звертаючись із клопотаннями до суду про продовження досудового розслідування.

Слідчим суддею тричі клопотання про продовження строку досудового розслідування поверталось прокурору, проте процесуальний керівник наполегливо продовжує його подавати до суду².

Таким чином, відсутність імперативної норми про закриття кримінального провадження в підготовчому судовому засіданні у зв'язку з пропуском строку досудового розслідування та чіткого законодавчого регулювання щодо встановлення процесуальних строків для виправлення недоліків в обвинувальному акті – призводить до правової невизначеності, порушення права підозрюваної особи на розумний строк судового розгляду, створюючи широке поле для зловживань.

Також варто зазначити, що чинний КПК України взагалі не містить механізмів судового захисту щодо оскарження рішення, дії чи бездіяльності прокурора після повернення обвинувального акту.

Вважається, що досудове розслідування завершене, тому оскаржити неправомірні дії прокурора захист позбавлений можливості. У свою чергу прокурори цим активно користуються та можуть місяцями не направляти обвинувальний акт до суду залишаючи осіб, що піддаються кримінальному переслідуванню у невизначеному становищі тривалий час.

Отже, пропонуємо наступні питання для обговорення, такі як – вдосконалення механізму повернення обвинувального акту прокурору із встановленням чітких строків для прийняття прокурором відповідного процесуального рішення (закриття кримінального провадження чи скерування його до суду) доповнення КПК України нормою яка б забезпечила реалізацію оскарження стороною захисту неправомірних дій прокурора щодо порушення розумних строків, а також доцільність встановлення імперативної норми визначеної у пункті другому частини третьої статті 314 КПК України щодо закриття кримінального провадження у разі пропуску строку досудового розслідування.

СУТНІСТЬ ІМУНІТЕТУ СВІДКА У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Чупрун Є.В.

*арбітражний керуючий, аспірант кафедри цивільного права та процесу
Харківський національний університет внутрішніх справ*

Особа, якій відома інформація про ту чи іншу обставину справи, може бути допитана як свідок не в усіх випадках в силу закріплення в цивільному процесуальному законодавстві інституту імунітету свідка. Імунітет свідка в цивільному судочинстві є

¹ Ухвала Одеського апеляційного суду від 08.07.2021 <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98290700>

² Ухвала слідчого судді Київського районного суду м. Одеси від 09.09.2021 про повернення прокурору клопотання, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98391620>

різновидом правового імунітету взагалі, з одного боку, і елементом (субінститутом) доказового права, з іншого боку. При цьому саме ж доказове право розглядається як комплексний інститут, який включає у собі сукупність норм, що регулюють відносини, що виникають у зв'язку з процесом доказування по цивільним справам, з метою вирішення цих справ¹. Норми, котрі встановлюють імунітет окремих осіб від залучення їх в якості свідків для повідомлення суду необхідних для вирішення цивільних справ відомостей, включені в цю сукупність².

В правовій доктрині утвердилося розуміння, що правовий імунітет в цілому — це правило, в межах якого особа, що наділена спеціальними ознаками, пов'язаними із здійсненням міжнародних, державних і громадських функцій, звільняється від виконання окремих юридичних обов'язків, від юридичної відповідальності або інших примусових заходів³. Як вірно зазначає О.П. Васильченко: імунітет є своєрідним винятком із загального правового статусу, які притаманні конкретно визначеному колу осіб та має такі ознаки: створює особливий правовий режим для суб'єктів, які ним володіють; є гарантією суспільно корисної діяльності, сприяє виконанню певних обов'язків; являє собою своєрідні винятки із загального правового статусу; притаманний конкретно визначеному колу осіб, перелік яких міститься як у міжнародному, так і в національному законодавстві; зміст певного імунітету підлягає обов'язковому закріпленню в законодавстві, зазвичай на конституційному рівні; звільняє особу від виконання певних обов'язків чи відповідальності за певні дії, які випливають з її правового статусу; являє собою форми прояву диференціації правових статусів та юридичних зв'язків; більшість імунітетів спрямовані на виконання приписів міжнародних нормативно-правових актів⁴. Відповідно ці напрацювання з питання правового імунітету в доктрині теорії права й мають лягти в основу дослідження цієї правової категорії.

Норми інституту імунітету свідка в цивільному судочинстві розташовані в ст. 70 ЦПК України. Імунітет свідка застосовується по відношенню особливих суб'єктів цивільного судочинства, свідків, котрі відносяться до окремої групи осіб - «Інші учасники судового процесу» (ст. 65 ЦПК України). Свідок відноситься до числа осіб, що сприяють здійсненню правосуддя у цивільній справі. Також слід зазначити, що свідок є юридично незанегажованою особою в результаті вирішення справи та не є учасником матеріально-спірних відносин.

Згідно зі ст. 90 ЦПК України під показаннями свідків слід розуміти повідомлення про відомі йому обставини, які мають значення для справи. Не є доказом показання свідка, який не може назвати джерела своєї обізнаності щодо певної обставини. Якщо показання свідка ґрунтуються на повідомленнях інших осіб, то ці особи повинні бути також допитані. За відсутності можливості допитати особу, яка надала первинне повідомлення, показання з чужих слів не може бути допустимим доказом факту чи обставин, на доведення яких вони надані, якщо показання не підтверджуються іншими доказами, визнаними допустимими згідно з правилами ЦПК України.

Свідок є очевидцем, він має особисті спостереження про події, що повинні стати змістом його показань. Свідок є незамінним, на відміну від експерта, перекладача та інших осіб, які мають значення для суду лише як носії певних професійних знань та

¹ Нахова Е. А. Процессуальные новеллы доказательственного права в гражданском и арбитражном судопроизводстве. *Вестник Санкт-Петербургской юридической академии*. 2011. №2. С.36-45.

² Исаенков О.А. Иммунитеты в гражданском процессуальном праве России : дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.15. Саратов, 2016. 195 с.

³ Ткаля О. В. Правовий імунітет в Україні: загальнотеоретичне дослідження: автореф. дис. ... канд. юрид. наук.12.00.01. Одеса, 2010. 20 с.

⁴ Васильченко О. П. Правові імунітети як винятки реалізації принципу рівності прав та свобод людини та громадянина в Україні. *Наше право*. 2014. № 7. С. 58-64.

можуть бути замінені іншими особами, які мають відповідні знання. Свідком може бути кожна особа, якій відомі будь-які обставини, що стосуються справи. Свідок зобов'язаний з'явитися до суду у визначений час і дати правдиві показання про відомі йому обставини¹. К. С. Юдельсон вказував, що свідок – це психічно розвинена особа, яка не є та не може бути суб'єктом даного процесу, викликана в суд для дачі показань (повідомлення відомостей), що мають значення для вирішення справи². Як переконує Н.А. Новікова, свідок – це юридично не зацікавлена у вирішенні цивільної справи фізична особа, яка правильно (безпосередньо чи опосередковано) сприймала інформацію у справі, в яку залучена на підставі ухвали суду та має здатність про неї висловлюватись³. Як бачимо і в цивільному процесуальному законодавстві і в правовій літературі свідок в цивільному процесі визначається як носій інформації, джерело відомостей про шукані факти. Свідок, з позиції цивільного процесуального права – це юридично не заінтересована у результаті розгляду і вирішенні цивільної справи особа, якій відомі будь-які відомості про обставини, що мають значення для правильного вирішення цієї цивільної справи, завдання якої є відтворення суду інформації про ці обставини. При чому, за загальним правилом відсутність у свідка юридичної заінтересованості у вирішенні справи не може повністю виключити іншу заінтересованість свідка, тому суд перед тим як здійснити допит свідка, вивчає його відношення до осіб, які беруть участь у справі.

Необхідно зазначити, що свідки не є обов'язковими суб'єктами цивільного судочинства. Крім того, показання свідків допустимі далеко не по всіх справах. В силу правила допустимості доказів обставини справи, які за законом повинні бути підтверджені певними засобами доказування, не можуть підтверджуватися іншими засобами доказування. Такі обмеження зазначаються нормами матеріального права. Наприклад, згідно зі ст. 218 ЦК України недотримання простої письмової форми угоди позбавляє сторону можливості у випадку спору посилатися для її підтвердження на показання свідків. Недодержання судом цієї вимоги закону, встановлення істини у справі за допомогою показань свідків, навіть якщо вони мали прямий зв'язок з предметом доказування, тягне скасування постановленого на основі таких доказів судового рішення⁴. Відповідно можливий висновок про те, що положення про імунітет свідка застосовуються далеко не в кожному процесі в суді по цивільній справі.

ПЕРСПЕКТИВИ ПОШИРЕННЯ ЮРИСДИКЦІЇ МІЖНАРОДНОГО КРИМІНАЛЬНОГО СУДУ ЩОДО СПРАВ ПРО ЕКОЦИД

Шуміло О.М.

кандидат юридичних наук, доцент

Міжнародний кримінальний суд (МКС) – перший постійно діючий правовий інститут, заснований на основі Римського Статуту⁵. Згідно зі Статутом юрисдикція МКС поширюється на такі злочини: п. а) ч. 1 ст. 5 геноциду; п. б) ч. 1 ст. 5 проти людяності; п.

¹ Цивільний процес : навч. посіб. / за ред. В. А. Кройтора. Харків: Вид-во Харк. нац. ун-ту внутр. справ, 2009. 278 с.

² Юдельсон К. С. Судебные доказательства и практика их использования в советском гражданском процессе. М.: Госюриздат, 1956. 249 с.

³ Новікова Н.А. Показання свідків у цивільному процесі: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2018. 245 с.

⁴ Кройтор В. А. Гражданский процесс : учеб. пособие для подгот. к зачету и экзамену. 3-е изд., перераб. и доп. Харьков : Эспад, 2006. 238 с.

⁵ Римський статут міжнародного кримінального суду від 17.07.1998 р. у редакції від 16.01.2002 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_588 (дата звернення: 28.09.2021).

с) ч. 1 ст. 5 військові злочини; п. d) ч. 1 ст. 5 агресії. Вони вважаються найсерйознішими злочинами, що викликають заклопотаність всього міжнародного співтовариства.

Президент Франції Еммануель Макрон спеціально пообіцяв від імені Франції відстоювати закріплення злочину «екоцид» у міжнародному праві. Спонукала його до цього екологічна катастрофа, що сталася у 2019 році у сезон лісових пожеж у тропічних лісах Амазонії, які виникають у Бразилії, Болівії, Парагваї та Перу¹. Однак слід зауважити, що Франція та Бельгія, на відміну від України (ст. 441 КК України)², поки що не мають у своїх карних законах складу про екоцид.

Ставлення до екоциду як планетарного закону почалося з того, що була прийнята Конвенція про заборону військового або будь-якого ворожого використання засобів впливу на природне середовище³, яка забороняє учасникам військове або будь-яке інше вороже використання засобів впливу на довкілля шляхом навмисного управління природними процесами для зміни динаміки, складу і структури Землі, включаючи її біоту, літосферу, гідросферу, атмосферу або космічний простір. Конвенція забороняє погодувати війну, тобто використання методів зміни погоди з метою заподіяння шкоди або руйнування. Конвенція про охорону біологічного різноманіття також забороняє деякі форми зміни погоди, або геоінженерію (кліматичну інженерію)⁴.

Проблема з наявним визначенням екоциду у Римському Статуті полягає в тому, що воно пов'язує цей злочин виключно з веденням бойових дій. На сьогодинішньому етапі його слід пов'язати з діяльністю держави, яка сама по собі не спрямована на досягнення військової переваги. Тому наступним кроком стала розробка норми про міжнародну кримінальну відповідальність за екологічні збитки незалежно від факту ведення бойових дій.

Саме на цьому тлі наприкінці 2020 року Фонд «Стоп екоциду» скликав незалежних експертів до Панелі правового визначення екоциду. До її складу входять дванадцять адвокатів з усього світу. Було досягнуто збалансованості досвіді і знань кримінального, екологічного та кліматичного законодавства. Результатом шестимісячної праці стала підготовка сучасного практичного та ефективного визначення злочину «екоцид»⁵. Експерти сподіваються, що запропоноване визначення може послужити основою для розгляду поправки та доповнення п. е) ч. 1 ст. 5 до Римського Статуту МКС. Аже екоцид має міжнародне значення та актуальність, і настав час продовжити захист довкілля від значної шкоди, яка вже визнана предметом міжнародного занепокоєння.

На думку зазначених вище експертів, під екоцидом слід розуміти незаконні або необґрунтовані дії, вчинені з усвідомленням того, що є істотно ймовірність завдати такими діями серйозної і масштабної або тривалої шкоди навколишньому середовищу.

Було дано роз'яснення щодо вживання термінів при утворенні цього складу, які означають: «необґрунтовані» – безрозсудне ігнорування пошкоджень, які були б явно надмірними по відношенню до очікуваних соціальних та економічних вигод; «важкі» –

¹ Incorporating ecocide into French law 15th July 2020 Ecologist informed by nature [Electronic resource]. Access mode <https://theecologist.org/2020/jul/15/incorporating-ecocide-french-law> (last accessed: 21.09.2021). Heading from the screen.

² Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. за № 2341-III. *Офіційний вісник України*. 2001. № 21 (08.06.2001). Ст. 920.

³ Конвенція про заборону військового або будь-якого ворожого використання засобів впливу на природне середовище від 05.10.1978 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_258#Text (дата звернення: 28.09.2021).

⁴ Конвенція про охорону біологічного різноманіття від 05.06.1992 р. *Офіційний вісник України*. 2007. № 22 (06.04.2007). Ст. 932.

⁵ Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide COMMENTARY AND CORE TEXT June 2021 [Electronic resource]. Access mode <https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d1e6c604fae2201d03407f/1624368879048/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+rev+6.pdf> (last accessed: 21.09.2021). Heading from the screen.

пошкодження, яке включає дуже серйозні несприятливі зміни, порушення або шкоду на будь-який елемент навколишнього середовища, включаючи серйозні наслідки для життя людини або природні, культурні чи економічні ресурси; «широко розповсюджені» – пошкодження, що виходять за межі обмеженої географічної території, межі державних кордонів, або зазнає впливу ціла екосистема чи вид або велика кількість людей; «тривала шкода/довгострокова» – пошкодження, яке є незворотним або яке неможливо усунути природним відновленням протягом розумного періоду часу; «навколишнє середовище» – Земля, її біосфера, криосфера, літосфера, гідросфера та атмосфера, а також космічний простір¹.

Безумовно, у вченої спільноти залишилося декілька питань щодо цього визначення і автори надали розгорнуті відповіді, чому саме вони дійшли до такої думки. Насамперед у дефініції не вказані конкретні злочинні дії. На що слід зауважити, якщо одні дії перераховані як заборонені, то інші можуть вважатися дозволеними, тому було визнано, що найкраще ґрунтувати визначення на потенційних наслідках – певному рівні серйозної шкоди. Таким чином, визначення залишається актуальним у міру зміни практики, що робить його перспективним.

Також виникає питання, чому немає точних порогових значень для «широко розповсюдженого» або «довгострокового»? Мабуть, тому, що будь-які точні цифри вважалися довільними і могли не відповідати конкретним обставинам. Залишаючи визначення «широко розповсюдженого» і «довгострокового» відкритими для певного тлумачення, судді встановлюють відповідні порогові значення залежно від конкретного випадку².

Щодо національної практики, упродовж останніх п'яти років правоохоронні органи відкрили декілька кримінальних проваджень за ст. 441 КК України. Слід зауважити, що найбільш резонансним є справа за статтею екоциду, яку було порушено у Кривому Розі співробітниками СБУ³. Посадовці одного з публічних акціонерних товариств, діючи протиправно, порушували норми екологічної безпеки на виробництві, систематично не допускали на територію об'єкта працівників Держекоінспекції, які мали здійснювати вимірювання токсичних викидів у повітря. Така протиправна діяльність посадовців підприємства може загрожувати екологічній ситуації в місті та безпеці його мешканців. У зв'язку з цим слідчі СБУ зареєстрували кримінальне провадження за ст. 441 КК України (Екоцид)⁴.

Екоцид має бути віднесений до найтяжчих міжнародних злочинів, вчинення якого є підставою для міжнародно-правової відповідальності держав та кримінальної відповідальності індивідів. Розпочато шлях внесення екоциду до Римського Статуту, адже це ефективний механізм притягнення до відповідальності МКС не тільки під час

¹ Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide COMMENTARY AND CORE TEXT June 2021 [Electronic resource]. Access mode <https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d1e6e604fae2201d03407f/1624368879048/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+rev+6.pdf> (last accessed: 21.09.2021). Heading from the screen.

² Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide COMMENTARY AND CORE TEXT June 2021 [Electronic resource]. Access mode <https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d1e6e604fae2201d03407f/1624368879048/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+rev+6.pdf> (last accessed: 21.09.2021). Heading from the screen.

³ Про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань: Ухвала Центрально-Міського районного суду м. Кривого Рогу за № 216/4568/19 від 30.07.2019 р. URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/83372388?q=%22%D0%B5%D0%BA%D0%BE%D1%86%D0%B8%D0%B4%22&links_pra=T012341%202357 (дата звернення: 28.09.2021). Назва з екрана.

⁴ Сторінка СБУ у Фейсбуці від 17.07.2019 р. URL: <https://www.facebook.com/SecurSerUkraine/photos/a.1539443172952349/2433032716926719/?type=3&theater> (дата звернення: 28.09.2021).

військових дій, але і у мирний час. Для боротьби та попередження такого злочину необхідна співпраця всіх держав світу.

ОСОБАЛИВОСТІ ПРОВЕДЕННЯ ДІЗНАННЯ ТА ДОСУДОВОГО СЛІДСТВА ВІДПОВІДНО ДО КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ФРН

Юрчишин В.М.

*завідувач кафедри кримінальної юстиції Чернівецького юридичного інституту
Національного університету «Одеська юридична академія»,
доктор юридичних наук, професор*

Савченко В.А.

*доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики Івано-Франківського юридичного
інституту Національного університету «Одеська юридична академія», кандидат юридичних наук,
доцент*

1 січня 2020 року набув чинності Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень», яким запроваджено очікувану спрощену форму досудового розслідування у формі дізнання.

Це значно розвантажило слідчих, які змогли сконцентруватися на розкритті та розслідуванні тяжких та особливо тяжких злочинів.

Інститут дізнання ефективно діє і в інших країнах, з багатими правовими традиціями. До таких справедливо відноситься і Федеративна Республіка Німеччина, Кримінальний процесуальний кодекс якої (далі – КПК) прийнятий ще у 1877 році.

Слід зауважити, що досудове розслідування злочинів та кримінальних проступків у ФРН проводиться у формі лише дізнання, посад слідчих у правоохоронних органах цієї країни не передбачено. У свою чергу, відповідно до § 12 Кримінального кодексу ФРН (далі – КК) злочинами вважаються протиправні діяння, за вчинення яких може бути призначено покарання у вигляді позбавлення волі на строк від одного року і більше. Проступками є протиправні діяння, за вчинення яких може бути призначено покарання у вигляді позбавлення волі на строк менше одного року або грошовий штраф¹.

«Володаркою» досудового розслідування у ФРН є прокуратура. Такого статусу (die Herrin) надав їй німецький законодавець. Саме вона покликана здійснювати кримінальне переслідування. У «Директивах до кримінального судочинства та порядку накладення грошових стягнень» (RiStBV) від 1 липня 1998 р. роз'яснюється, що «підготовче провадження покладається на прокуратуру. Вона є органом правосуддя. В рамках закону вона переслідує кримінально карані діяння та керує діями інших залучених до цього органів та посадових осіб»².

Відповідно до §160 КПК ФРН, «як тільки прокуратурі стало відомо про підозру у вчиненні кримінально караного діяння, вона зобов'язана дослідити обставини справи для вирішення питання про порушення публічного обвинувачення»³.

При підозрі у вчиненні злочину прокуратура може:

¹ Strafgesetzbuch. 40. Aufl. Verlag C.H. Beck. München. Texte im dtv, 2005. 309 s.

² Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren vom 1.01.1977. URL: http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwv_bund_01011977_420821R5902002.htm.

³ Савченко В. А., Соловій Я. І., Фелікс В. І., Юрчишин В. А. Основи кримінального процесу Федеративної Республіки Німеччина : навч. посібник. Харків: Право, 2017. 372 с.

1) одержувати відомості довідкового характеру від публічних установ; 2) здійснювати тимчасове затримання обвинувачених самостійно або давати розпорядження про це; 3) доставляти обвинувачених, свідків і експертів самостійно чи через поліцію; 4) приймати рішення про затримання підозрюваних у вчиненні злочинів, осіб, які переходять, використовуючи для виявлення місць їх перебування і повідомлення у засобах масової інформації; 5) доручати здійснення інших розшукових заходів; 6) у невідкладних випадках давати розпорядження про проведення обшуків у обвинувачених чи у третіх осіб, накладення арешту на майно, здійснення особистих обшуків, прослуховування ліній зв'язку з обвинуваченими і третіми особами, виїмку поштової кореспонденції, затримання підозрюваних, здійснювати інші повноваження окрім тих, які належать до компетенції слідчого судді¹.

Однак для проведення у кримінальному провадженні процесуальних дій у прокуратури належних засобів немає. Також поліція не є для прокуратури організаційно підлеглою. Тим не менше, § 163 КПК ФРН «обов'язок розслідувати обставини кримінально караного діяння» делегує і поліції, хоч вона і не є офіційно органом дізнання. Цією нормою органам та чиновникам поліції дається так зване «право першого доступу» (erster Angriff) для з'ясування обставин вчиненого діяння та недопущення ускладнень при його розслідуванні. Німецький законодавець, надаючи право провадити розслідування злочинів поліції, називає її «подовженою рукою прокуратури» (Verlängerter Arm der StA), наголошуючи, що «незважаючи на організаційну самостійність поліції, її розслідування та розслідування прокуратури утворюють єдність»².

Проте органи поліції вважаються все ж допоміжними органами прокуратури, оскільки повинні без зайвої тяганини передати зібрані матеріали їй з метою забезпечення виконання нею своєї функції «володарки розслідування», як того вимагає §163 абзац 2 КПК ФРН.

Однак на практиці поліція самостійно, часто без будь-якого контакту з прокуратурою і контролю з її сторони проводить власне дізнання у повному обсязі і передає матеріали справи у прокуратуру лише тоді, коли їй залишається тільки вирішити питання про порушення публічного обвинувачення або закрити провадження. Таким чином, поліція перетворилась у самостійний, не передбачений законом орган дізнання, в руках якого практично зосереджено попереднє розслідування.

Як відмічає у цьому контексті відомий німецький правник, професор Вольфганг Гайнц, на практиці фактично поліція є «володаркою розслідування». Поліція постійно проводить розслідування самостійно; прокуратура ж зазвичай дізнається про хід розслідування лише із підсумкового поліцейського акта, на підставі якого їй потрібно прийняти кінцеве рішення³.

Проте поліція не вправі вчиняти самостійно ті процесуальні дії (пов'язані із суттєвим обмеженням конституційних прав громадян), на які уповноважений лише прокурор або за його клопотанням слідчий суддя. З метою їх вчинення законодавцем ФРН передбачений інститут допоміжних співробітників, які провадять дізнання за дорученням прокуратури.

¹ Strafprozeßordnung (StPO). URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/StPO.pdf>.

² Савченко В. А., Юрчишин В. М. Особливості проведення дізнання відповідно до кримінального процесуального законодавства ФРН. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. Наук. збірник*. Дніпро : Дніпропетр. нац. ун-т імені Олеся Гончара, 2019. Вип. 6. Т. 2 С. 60–63.

³ Wolfgang Heinz. Das deutsche Strafverfahren. Rechtliche Grundlagen, rechtstatsächliche Befunde, historische Entwicklung und aktuelle Tendenzen. URL: <http://www.uni-konstanz.de/rtr/kis/strafverfahren.htm>

Відповідно §163 КПК ФРН ними є уповноважені земельними урядами чи відповідними органами юстиції співробітники деяких правоохоронних органів, як правило поліції.

Серед них є такі, що призначаються на посади в силу земельного та федерального законодавства.

Наприклад, допоміжними співробітниками прокуратури за федеральним законом є:

- при Федеральному управлінні кримінальної поліції – виконавчі службовці федерації та земель відповідно до Закону «Про Федеральне управління кримінальної поліції»;

- при Фінансовому управлінні – службовці митної служби розпуску осіб, які ухиляються від сплати мита та податків, при переслідуванні злочинних діянь;

- службовці Головного митного управління та митних служб при порушенні Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність»;

- чиновники митних служб та митно-прикордонних органів при порушенні Закону «Про валютно-економічну діяльність» тощо.

Названі допоміжні чиновники в силу федерального законодавства володіють водночас правами та обов'язками поліції.

З призначенням на посаду допоміжні чиновники набувають також певних розпорядчих прав, яких не мають інші службовці поліції, наприклад право на розпорядження про тілесне освідчення обвинуваченого та інших осіб, взяття у них пробі крові, ДНК-аналіз (§§81а абзац 2, 81с абзац 5 КПК ФРН); про виїмку (§98 абзац 1 КПК ФРН); про обшук (§105 абзац 1 КПК ФРН); про вилучення майна або накладення арешту на майно (§111с абзац 1 КПК ФРН)².

Система органів, які провадять дізнання у ФРН, може здатися доволі складною та, можливо, малоефективною. Однак це не зовсім так. Законодавець цієї країни доволі спростив сам процесуальний порядок проведення дізнання.

Річ у тім, що дізнання у ФРН провадиться на підставі так званого «вільного доказування». Другий вид доказування – «жорсткий» – застосовується лише під час судового слідства для з'ясування всіх обставин, які стосуються вирішення питання про вину та покарання. Це означає, що докази повинні бути здобуті передбаченими в законі засобами доказування. основна відмінність «вільного доказування» від «жорсткого» полягає в тому, що воно не регулюється законом, не зв'язане процесуальною формою. У зв'язку з цим у процесі вільного доказування, як правило, не застосовуються передбачені законом докази і не вимагається дотримання правил їх застосування. Німецькими процесуалістами це пояснюється головним чином тим, що стадія дізнання має підготовчий характер, а тому не вимагає дотримання суворої процесуальної форми.

ВІДШКОДУВАННЯ МОРАЛЬНОЇ ШКОДИ ЯК ОДИН ІЗ СПОСОБІВ ЗАХИСТУ СІМЕЙНИХ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ (ПРАКТИЧНІ ПИТАННЯ)

Явор О.А.

*доктор юридичних наук, професор кафедри цивільного права № 2
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Право на захист є елементом, що входить до змісту будь-якого суб'єктивного сімейного права, яким можуть бути наділені учасники сімейних правовідносин. В юридичній літературі під захистом прав розуміється поновлення порушеного права;

¹ Уголовный процесс европейских государств : монография / под ред. В. И. Самарина, В. И. Луцка. Москва : Проспект, 2018. 752 с.

² Strafprozeßordnung (StPO). URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/StPO.pdf>.

створення необхідних умов, що компенсують втрату певних прав особи; усунення перепон на шляху здійснення суб'єктивних сімейних прав. Відтак під захистом сімейних прав варто розуміти застосування заходів з визнання і відновлення порушених суб'єктивних сімейних прав, припинення дій, які порушують ці права. Відповідно, своє право на захист особа може реалізувати особисто або через своїх законних представників. Крім того, повноваженнями із захисту прав та інтересів дитини у випадках, спеціально передбачених СК України, наділені також державні органи, органи місцевого самоврядування, органи опіки і піклування, прокуратура, суд, громадські організації.

Відповідно до статті 23 ЦК України особа має право на відшкодування моральної шкоди, завданої внаслідок порушення її прав. Моральна шкода полягає: 1) у фізичному болю та стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я; 2) у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з протиправною поведінкою щодо неї самої, членів її сім'ї чи близьких родичів; 3) у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку із знищенням чи пошкодженням її майна; 4) у приниженні честі та гідності фізичної особи, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи. Тлумачення статті 23 ЦК України свідчить, що вона є нормою, яка повинна поширюватися на будь-які цивільно-правові відносини в яких тій чи іншій особі було завдано моральної шкоди¹.

Але судова практика з цивільних справ пішла по шляху, що відшкодування моральної шкоди в разі невиконання зобов'язання допускається, якщо такі наслідки передбачені законом або договором (постанова Верховного Суду України від 24 лютого 2016 року у справі № 6-1790цс15, постанова Великої Палати Верховного Суду 20 березня 2019 року у справі № 761/26293/16-ц (провадження № 14-64цс19)).

13 листопада 2019 року колегія КЦС ВС постановила ухвалу, якою передала справу № 216/3521/16-ц на розгляд Великої Палати ВС. Вона мотивована тим, що ст. 23, п. 4 ч. 1 ст. 611 ЦК України дозволяють компенсацію моральної шкоди в будь-яких цивільних правовідносинах. Розглянувши справу № 216/3521/16-ц (провадження № 14-714цс19)², **Велика Палата ВС у постанові від 1 вересня 2020 року** зробила такий висновок щодо застосування норм права: «Виходячи з положень статей 16 і 23 ЦК України та змісту права на відшкодування моральної шкоди в цілому як способу захисту суб'єктивного цивільного права, компенсація моральної шкоди повинна відбуватися у будь-якому випадку її спричинення – право на відшкодування моральної (немайнової) шкоди виникає внаслідок порушення права особи незалежно від наявності спеціальних норм цивільного законодавства».

Василь Крат назвав цю постанову ВП ВС епохальною, оскільки зроблено категоричний висновок, що особа має право на компенсацію моральної шкоди, якщо відбулося порушення її цивільного права й було завдано моральної шкоди, незалежно від того, чи є окремі спеціальні норми. Наприклад, відповідну компенсацію тепер можна вимагати за порушення договорів позики чи найму³.

СК України розглядає відшкодування матеріальної та моральної шкоди в якості одного із способів захисту сімейних прав та інтересів. Можливість відшкодування шкоди

¹ Цивільний кодекс України : від 16.01.2003 р. № 435-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. №№ 40–44. Ст. 356.

² Постанова Великої Палати Верховного Суду по справі N 216/3521/16-ц (провадження N 14-714 цс 19) від 01 вересня 2020 року <https://verdictum.ligazakon.net/document/91644731>

³ Особа має право на стягнення компенсації моральної шкоди згідно зі ст. 23 ЦК України в будь-якому випадку – Василь Крат 21.12.2020. <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1044489/>

міститься в низці спеціальних норм. Безпосередньо нормами Сімейного кодексу України¹ відшкодування моральної шкоди передбачено лише у шести випадках:

- у разі позбавлення жінки можливості народити дитину (репродуктивної функції) у зв'язку з виконанням нею конституційних, службових, трудових обов'язків або в результаті протиправної поведінки щодо неї (частина третя статті 49 СК України);
- у разі позбавлення чоловіка можливості здійснення репродуктивної функції у зв'язку з виконанням ним конституційних, службових, трудових обов'язків або в результаті протиправної поведінки щодо нього (частина третя статті 50 СК України);
- у разі ухилення від виконання договору щодо здійснення батьківських прав та виконання обов'язків тим з батьків, хто проживає з дитиною (частина четверта статті 157 СК України);
- у разі ухилення від виконання рішення органу опіки та піклування щодо участі у вихованні дитини (частина друга статті 158 СК України);
- у разі ухилення від виконання судового рішення щодо участі у вихованні дитини (частина п'ята статті 159 СК України);
- у разі самочинної зміни місця проживання малолітньої дитини (частина друга статті 162 СК України).

Наразі, питання застосування положень ЦК України при вирішенні вимог про відшкодування моральної шкоди в інших випадках порушення норм сімейного права відсутнє. Компенсація моральної шкоди внаслідок порушення права особи, за загальним правом, встановленим статтями 16, 23 ЦК України², може відбуватися у випадку її спричинення незалежно від наявності спеціальних норм сімейного законодавства. Крім того, стаття 8 СК України дозволяє субсидіарне застосування до регулювання сімейних відносин Цивільного кодексу України. Згідно пункту 9 частини другої статті 16 ЦК України способами захисту цивільних прав та інтересів може бути відшкодування моральної (немайнової) шкоди.

Остаточну крапку щодо можливості відшкодування моральної шкоди у сімейних відносинах надав **21 квітня 2021 року КЦС ВС** у справі № 2-3897/10 Верховний Суд врахував наступне. «Так, наведеному в частині другій статті 18 СК України, переліку способів захисту передусє вказівка про те, що «Способами захисту сімейних прав та інтересів зокрема с...». Вказана конструкція свідчить про незакритий характер такого переліку, який не вичерпується виключно наведеними в пунктах 1) - 7) способами захисту прав та інтересів.... Однак, з огляду на різноманітність суспільних відносин було б некоректним вважати, що право на відшкодування моральної шкоди у сімейних відносинах підлягає обмеженню лише вказаними у Сімейному кодексі України пісьмьма випадками...Отже, вказані у Сімейному кодексі України випадки (статті 49, 50, 157, 158, 159, 162 СК України) можливо розглядати як перелік діянь, що беззаперечно тягнуть за собою виникнення моральної шкоди. Натомість це не виключає можливості відшкодування такої шкоди, у разі її належного доведення, **і в інших випадках порушення прав учасників сімейних відносин**³.

Слід погодитися з позицією Верховного суду, що обмеження права учасників сімейних відносин на відшкодування моральної шкоди лише випадками, передбаченими пунктом 6 частини другої статті 18 СК України, *істотно звужує їх право на захист*. В інших випадках, у разі належного доведення порушення особистих немайнових прав учасника

¹ Сімейний кодекс України : від 10.01.2002 р. № 2947-III. Відомості Верховної Ради України. 2002. № 21–22. Ст. 135.

² Цивільний кодекс України : від 16.01.2003 р. № 435-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. №№ 40–44. Ст. 356

³ Постанова КЦС ВС від 21 квітня 2021 року у справі № 2-3897/10 <https://verdictum.ligazakon.net/document/96498387>

сімейних відносин певними діями правопорушника безпосередньо, це стає підставою, що тягне за собою обов'язок правопорушника відшкодувати **моральну шкоду**.

Вважаємо за необхідне зобов'язати учасника сімейних правовідносин, що зловживав сімейними правами, відшкодувати моральну шкоду, тому що *зловживання сімейними правами* – це дія особи, що може формально відповідати нормам сімейного права, але є шкідливою несправомірною поведінкою, що порушує сімейні права і законні інтереси інших осіб (членів сім'ї або дитини).

ПРИНЦИПИ СУДОВОГО КЕРІВНИЦТВА ТА ДИСПОЗИТИВНОСТІ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Яцина В.Б.

*суддя апеляційного суду Харківської області,
аспірант кафедри цивільного права та процесу
Харківського національного університету внутрішніх справ*

З прийняттям останнім часом низки змін до чинного цивільного процесуального законодавства ґрунтовного дослідження потребують основні ідеї, положення, керівні засади права, тобто його принципи, визначальне місце серед яких посідають принципи судового керівництва та диспозитивності. Роль і значення принципів цивільного процесуального права, взагалі, і принципів судового керівництва та диспозитивності, зокрема, в сучасних умовах правотворення постійно зростають, оскільки вони й надалі трансформуються в норми права конкретного змісту.

Захист конституційних прав і свобод людини та громадянина у формі цивільного судочинства забезпечується сукупністю та системою процесуальних дій суду та учасників процесу, які ґрунтуються на нормах ЦПК України (Далі – ЦПК), в яких відтворено принцип судового керівництва. Слід зазначити, що питання про самостійність принципу судового керівництва в науці цивільного процесуального права є дискусійним. Прихильниками виділення самостійного принципу судового керівництва процесом є Є.В. Васьковський, О.С. Короса, В.М. Семенов, Г.П. Тимченко, М.Й. Штефан та ін. Так, Є.В. Васьковський зазначав, що панівне становище в процесі належить суду, тому що суд є представником державної влади, якому підпорядковані сторони, а також тому що дії сторін зводяться фактично до того, щоб порушити діяльність суду й дати йому матеріал для постановлення правильного рішення¹. Аналогічну позицію зайняв В.М. Семенов, який стверджував, що активність суду створює самостійний принцип цивільного процесуального права, основне призначення якого – допомога з боку суду особам, які беруть участь у справі, у здійсненні ними своїх прав, а також контроль за їхніми розпорядчими діями². На можливість існування принципу судового керівництва зазначав М.Й. Штефан³. Підтримують цю позицію й сучасні вчені-процесуалісти, серед яких можна назвати таких: О.І. Карплюк⁴, О.С. Короса⁵ та ін. Інша група вчених включає активні повноваження суду, які є серцевиною принципу судового керівництва, до змісту

¹ Васьковський Е. В. Учебник гражданского процесса : под ред. и с пред. В. А. Томсинова. М. : Зерцало, 2003. 566 с.

² Семенов В. М. Конституционные принципы гражданского судопроизводства. М. : Юрид. лит., 1982. 152 с.

³ Штефан М. Й. Цивільний процес : Підручник для студ. юрид. спеціальностей вищих закладів освіти. Вид. 2-ге, перероб. та доп. Київ : Ін Юре, 2001. 698 с.

⁴ Карплюк О. І. Судове керівництво як умова становлення моделі соціального судочинства. Науковий вісник Херсонського державного університету. 2014. Вип. 6–1. Т. 4. С. 168–172.

⁵ Короса С. О. Судове керівництво процесом: принцип чи функція цивільного судочинства. Держава і право. 2012. Вип. 56. С. 280–284.

інших принципів, у тому числі й принципу диспозитивності. Так, А.В. Андрушко вважає, що активність (ініціатива) є не що інше, як прояв у цивільному процесі початків публічності¹. В.І. Тертишніков не розглядає процесуальну активність як самостійний принцип, проте й не заперечує її. Учений вважає, що вона входить як складова частина до принципів диспозитивності й змагальності². В.А. Кройтор стверджує, що існують самостійні принципи цивільного судочинства – принцип поседнання змагальності та процесуальної активності суду в цивільному судочинстві^{3,4,5,6} диспозитивності та процесуальної активності суду в цивільному судочинстві⁷, та принцип поседнання засад рівноправності сторін та забезпечення балансу їх рівних правових можливостей⁸. Тобто позиція В.А. Кройтора є оригінальною і полягає в тому, що активні повноваження суду мають бути включені до змісту відповідних галузевих принципів: змагальності, диспозитивності та процесуальної активності суду⁹. Вважаємо, що позиція цієї групи вчених може бути оцінена критично. Як бачимо, в науці цивільного процесуального права точиться гостра дискусія навколо питання, чи існують підстави існування самостійного принципу – процесуальної активності суду, чи процесуальну активність суду слід включати як складову до змісту інших принципів цивільного судочинства.

Зупиняючись на сучасному розумінні принципу диспозитивності, слід зазначити, що в ЦПК йому приділена значна увага, так як він є одним із основних принципів цивільного судочинства. У ч. 3 ст.2 ЦПК закріплені загальні принципи правосуддя та принципи, специфічні для цивільного судочинства, і серед них зазначається принцип диспозитивності. Стаття 13 ЦПК закріплює головні ознаки основного принципу цивільного судочинства - принципу диспозитивності, який визначає механізм виникнення, розвитку і закінчення цивільної справи. Як вірно відзначає В.А. Кройтор, що у принципі диспозитивності виявляється зв'язок цивільного процесу з матеріальним правом. Він є продовженням і наслідком диспозитивної основи, властивим цивільним правовідносинам, у яких кожний вільний скористатися з можливості, наданої правом, чи не скористатися нею, здійснюючи своє право. Принципи диспозитивності в цивільному процесі – це закріплені в нормах цивільного процесуального права положення про можливість осіб, які беруть участь у справі, розпоряджатися своїми матеріальними і процесуальними правами, а також засобами їхнього захисту, що активно впливають на

¹ Андрушко А. В. Принципи диспозитивності цивільного процесуального права : [монографія]. Харків : Консум, 2006. 169 с.

² Тертишніков В. І. Цивільний процес України [навч.-практ. посіб.]. Харків : ФІНН, 2011. 376 с.

³ Kroitor Volodymyr, Mamnitskyi Valeriy. Adversial Principle Under the New Civil Procedure in Ukraine. *Access to Justice in Eastern Europe*. Issue 4 (5). December 2019. C. 30–42. URL: http://aje-journal.com/upload/attaches/att_1576686982.pdf.

⁴ Kroitor Volodymyr, Mamnitskyi Valeriy. Adversarial Principle Under Conditions of Civil Process Reformation in Ukraine. Bringing Justice Closer to European Citizens 25-26th of October Faculty of Law and Administration. Conference materials. Gdańsk University. Gdańsk : Gdańsk University, 2019. C. 10–11. URL: <https://conferencedojustice.prawo.ug.edu.pl/wp-content/uploads/2019/10/Abstracts.pdf>.

⁵ Kroitor Volodymyr, Formation of the adversarial model of civil procedure in Ukraine: a brief review. Вплив інтеграційних тенденцій на розвиток національного права: Матеріали Міжнародної науково-практичної інтернет-конференції, (м. Одеса, 23 лютого 2018 р.). Одеса : Одеський державний університет внутрішніх справ, 2018. С. 20–22.

⁶ Kroitor V. A. The need for entrenchment in civil proceedings of independent principle of combining adversariality of parties with procedural activity of court. *Kobe Gakuin. Economic papers. Published by the society of Kobe Gakuin university*. 2017. Vol. 49. № 1–2. PP. 125–149.

⁷ Кройтор В. А. Принципи цивільного судочинства та їх система: проблеми сучасної теорії та практики : монографія. Харків : Право, 2020. 672 с.

⁸ Кройтор В. А. Принцип поседнання начал рівноправності сторін та забезпечення балансу їх рівних правових можливостей. *Wschodnioeuropejskie Czasopismo Naukowe (East European Scientific Journal)*. 2017. № 5(21)-1. С. 78–84.

⁹ Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / за заг. ред. д.ю.н., професора М. М. Ясинка. Київ : Алерта, 2018. 604 с.

виникнення, рух і закінчення цивільного процесу, з метою захисту своїх прав і охоронюваних законом інтересів. Даний принцип є головним принципом цивільного процесуального права, оскільки він визначає механізм виникнення, розвитку і закінчення цивільної справи.

Принцип диспозитивності в цивільному судочинстві зв'язує рух і розвиток справи по стадіях цивільного процесу, долю предмета спору з розсудом самих заінтересованих осіб – позивача і відповідача. Засада диспозитивності пронизує все цивільне судочинство – від порушення конкретної справи до виконавчого провадження. Здійснення кожного особою права на судовий захист залежить, перш за все, від самої заінтересованої особи (ст. 4 ЦПК). Можливість вільно розпоряджатися своїми матеріальними і процесуальними правами фактично і є принципом диспозитивності в цивільному судочинстві. Суд розглядає справи не інакше як за зверненням особи, поданим відповідно до ЦПК, в межах заявлених нею вимог і на підставі доказів, поданих учасниками справи або витребуваних судом у передбачених цим Кодексом випадках. Це положення ЦПК надає зацікавленій особі право процесуальної ініціативи порушити цивільну справу в суді. У випадках, установлених законом, до суду можуть звертатися органи та особи, яким надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб, або державні чи суспільні інтереси. Оскільки переважна більшість цивільних справ порушується самими зацікавленими особами, то порушення справ з ініціативи інших осіб і органів варто розглядати як виняток із загального правила.

Відповідно до принципу диспозитивності сторони в будь-якій стадії процесу можуть вільно здійснювати процесуальні права:(ст. 43 ЦПК). Особливе місце серед прав сторін займають процесуальні права, які зазначено в ст. 49 ЦПК. Крім того, суд повинен перевірити законність такої процесуальної ініціативи: чи не суперечить вона закону, чи не порушуються нею права й охоронювані законом інтереси інших осіб. Суд не приймає відмови від позову, зменшення розміру позовних вимог, визнання позову відповідачем у справі, в якій особу представляє її законний представник, якщо його дії суперечать інтересам особи, яку він представляє. Процесуальна ініціатива в цьому випадку здійснюється за допомогою і під контролем суду. Засади диспозитивності виявляються й у питаннях порушення апеляційного і касаційного провадження, постановці питання про перегляд рішень у зв'язку з нововиявленими або виключними обставинами, а також у вимогах примусового виконання судових рішень у цивільній справі.

Диспозитивність у поведінці осіб, які беруть участь у справі, істотно впливає на характер і специфіку цивільно-правових правовідносин. Проте, водночас, держава не може залишатися байдужою до того, як використовуються окремими громадянами їхні суб'єктивні цивільні права, і через суд здійснює свої владні повноваження. Суд зобов'язаний створити необхідні умови для всебічного і повного дослідження обставин справ: роз'яснює особам, які беруть участь у справі, їхні права та обов'язки, сприяє здійсненню їхніх прав тощо¹. Не маючи наміру применшувати важливість принципу диспозитивності в цивільному процесі, все ж таки вважає, що завершальна оцінка його сутності та значення має визначатися крізь призму судового керівництва.

Наведені тези, на нашу думку, переконливо обґрунтовують висновок що є всі підстави виділення як самостійних принципів цивільного судочинства принципу судового керівництва та принципу диспозитивності сторін. Розглядаючи питання взаємозв'язку принципу судового керівництва та принципу диспозитивності сторін в цивільному судочинстві, тобто про певну кореляцію між цими принципами, масмо

¹ Андрушко А. В. Принцип диспозитивності цивільного процесуального права : [монографія]. Харків : Консум, 2006. 169 с.

констатувати, що закріплення в цивільному процесуальному законодавстві України відповідної моделі судочинства, обумовлюється насамперед завданнями та метою цивільного судочинства. Частина перша ст. 2 ЦПК визначає мету та завдання цивільного судочинства, і тому є визначальною для розуміння сутності всіх наступних статей ЦПК. Метою цивільного судочинства є захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Цією метою обумовлюються і завдання цивільного судочинства, якими є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ.

СЕКЦІЯ 5. РОЗВИТОК КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДОЧИНСТВА В УКРАЇНІ ТА ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ

SUSTAINABLE DEVELOPMENT AND ENSURING HUMAN RIGHTS: MUTUAL RELATIONS

Aytek Babayeva

*Ph.D. student of the Academy of Public Administration
under the President of the Republic of Azerbaijan*

1. Background of sustainable development problem

Sustainable development is one of the vital social-legal issues of our current time and is hotly debated both in international and national level. Although most of people are aware of the concept of sustainable development due to the UN 2030 Agenda, in reality this concept has more than 200 years-long roots and various ideological approaches. Sustainable development requires an analysis of human rights issues in this regard. If we take into account that the main principles in the field of human rights protection are defined by international law as sustainable development, then the analysis of the relationship between these two areas is very important. Important international human rights instruments have always referred to sustainable development, and even other important issues (such as poverty reduction, etc.) have come to the fore. Recently, international courts have referred to sustainable development documents. Issues related to sustainable development have been discussed even by national courts, and a number of provisions in these areas have been included in the constitutions of the states. The first paragraph of Article 15 of the current Constitution of the Republic of Azerbaijan states that the development of the economy in the Republic of Azerbaijan is based on various types of property and serves to increase the welfare of the people. According to the requirements of the second paragraph of this article, the Azerbaijani state creates conditions for the development of a socially oriented economy on the basis of market relations, guarantees free enterprise, prevents monopolies and unfair competition in economic relations. Further, Article 16 of the Constitution states that the Azerbaijani state cares for the welfare of the people and every citizen, their social protection and a decent standard of living.

Sustainable development is not just a social concept. It has a rich basis of normative legal ideology. Even more, some scholars attempt to define sustainable development law as a distinct legal field¹.

In this case, we are talking not only about the declaration of rights and freedoms, but also about the realization of human rights, which has led to the democratization of many national legal systems and the creation of an effective mechanism for the interaction of international and national law. International cooperation in the field of human rights must be based on the concept of sustainable development. This concept is aimed at overcoming global problems that threaten both human rights and the very existence of mankind. Their solution requires international solidarity. The ultimate goal in this direction should be the prevention of environmental disasters, the creation of effective conditions for the realization of the rights to sustainable peace and development. In this regard, it is especially important to emphasize the need to eliminate existing inequalities between developed and developing countries.

2. Overview of existing gaps in realization

¹ Futrell J.W. Defining sustainable development law. *Journal of Natural Resources & Environment*, Vol. 19, No. 2 (2004), pp. 9-12 (English)

Sustainable development must be shaped by the universal concept of human rights, which includes: the acceptance of human dignity and human rights as higher absolute values; independence of human rights from the will of the state and their indivisibility; equality of people in terms of dignity and rights; incompatibility of human rights with exploitation and slavery, fear and need, arbitrariness and crime; recognition of the interdependence of the entire system of civil, political, economic, social and cultural rights and the relationship of these rights to duties; formation and development of a new generation of human rights; serious recognition of the values of democracy and justice; mutual identification and development of complementary international and domestic human rights systems.

In an increasingly globalized world, rising environmental tensions have made it an objective necessity to take environmental factors into account in the transition to a model of sustainable development of scientific and cognitive value. Conceptual ideas and model presentations of sustainable development are national, regional, etc. It should be integrated into policies and programs, reflected in international cooperation mechanisms, identified through indicators and indicators, and implemented through purposeful tools in accordance with the tasks to be performed. The modern concept of sustainable economic development was formed under the direct influence of the decisions of the UN World Conference on Environment and Development. As a result, the scientific community has included the concept of advanced sustainable development, which envisages the harmonization of relations between society and the natural environment and the transition from modern industrial-consumer society to a noospheric civilization. changes and additions have been made and are still being made.

Given the current and future state of budget resources, it is important today to adopt new approaches to economic development, and this should be reflected in the resources and environmental policies developed in society and in the appropriate mechanisms for their implementation. It should be noted that from the perspective of modern ideas, economic growth cannot be considered sustainable without significant positive changes in the life expectancy and quality of life of the majority of the population. At the present stage, new economic mechanisms and relevant tools have been formed to achieve the goal of sustainable development. The distinctive features of these tools are high socio-environmental and economic efficiency, flexibility, compliance with the characteristics of modern environmental problems. The creation of the tool base is based on the rules of the market mechanism.

Existing theories in the field of human rights also reflect the characteristics of continuous development. For example, the essence of the theory of social rights, which is one of the most widespread theories of human rights, is that what is socially useful, its realization must be beneficial to people and society¹.

In general, the relationship between sustainable development and human rights is reflected in the rule of law. Thus, the theory of the rule of law does not end immediately. It changes its form, transforms, complements with new qualities. When the principle of the inalienable natural rights of a person is manifested in a state governed by the rule of law, it acquires its basic character, a definite direction and a high priority are formed. In the social state, this relationship becomes more serious. Thus, in a social state, there is a strong economic potential that allows the distribution of income without compromising the basic position of the owner; open social orientation of the state, which takes the first place in the implementation of various social programs; establishment of general welfare as the goal of the state, confirmation of social equality in the society, ensuring a decent standard of living and social protection of every citizen; the existence of evolving social legislation; serious fight against unemployment and poverty, provision of employment, provision of unemployment benefits; participation in the implementation of

¹ Bentham Jeremy, John Stuart Mill. *Utilitarianism and Other Essays*. Penguin Books Limited, 2004, 352 p. (English)

interstate ecological, cultural and social programs, in the solution of universal problems; maintaining peace in society, etc. is detected.

Given that the 1975 Helsinki Final Act of the CSCE contains important provisions on sustainable development in the context of the principle of respect for human rights and fundamental freedoms, which is reflected as one of the basic, universally recognized principles of international law. Article 1, paragraph 3, of the UN Charter states that one of the main objectives of the United Nations is to address international economic, social, cultural or humanitarian issues and to promote respect for the fundamental rights and freedoms of all, regardless of race, sex, language or religion. and encouraging the achievement of international co-operation. Article 55 of the Charter defines other aspects of the principle of respect for human rights and fundamental freedoms. The article states that in order to create the conditions for stability and peace necessary for peaceful and friendly relations between nations, based on respect for the principles of equality and self-determination of peoples, the UN supports: improving living standards, full employment, economic and social progress to be made; solution of international problems in economic, social, health and related fields, international cooperation in culture and education; the full respect and observance of the fundamental rights and freedoms of all people, regardless of race, sex, language or religion.

The UN Millennium Declaration, adopted in 2000, also calls for a concerted effort to support democracy and the rule of law, including respect for internationally recognized human rights and fundamental freedoms.

The relationship between human rights and sustainable development has its own specific features in specific areas. For example, a number of international universal and regional documents have been adopted in this area. For example, the 1989 Convention on the Rights of the Child, the 2006 Convention on the Rights of Persons with Disabilities, the 1981 African Charter on the Rights of Man and of the People, the 2000 EU Charter on Fundamental Rights, and so on.

Thus, at the end of the 20th century and the beginning of the 21st century, another feature of human rights emerged as a factor in the strong and balanced development of society. It was a concept of sustainable development. The value of sustainable development for everyone is to live in a predictable and protected society. In such conditions, a person can focus on long-term goals and make plans for the future. Sustainable development is a balanced development that reconciles conflicts. The importance of human rights as one of the factors leading to the balanced development of the individual, society and nature is that they initially harmonized different values (freedom and equality, self-determination and social security) as a normative model. In addition, conflicts between individual and collective needs, interests of the individual, social group, state and society have been resolved.

For the first time in the twentieth century, the world community was faced with the problem of choosing the future path of human development. There was a need for a joint solution to the global problems of the time, for spontaneity to move to consciously managed ways of development. Human unity understands more deeply that the idea of global unity of mankind is determined not by the political goals of human beings, but by the preservation of the Earth's biosphere. This view of the development of human society requires qualitatively new decisions in optimizing the interaction between society and nature. Scientific research on the formation of the concept of world development has become more active since the late 70s of the twentieth century. As a result, the term "sustainable development" has been introduced into the scientific community, and the transition from modern industrial-consumer society to noosphere civilization means the harmonious development of society with the natural environment and biosphere. More precisely, sustainable development is translated as balanced development. Such a translation makes clearer the essence of this concept, which consists in

striving to maintain a balance between progressive economic development and the protection of the environment.

The principle of respect for human rights and fundamental freedoms and its various manifestations are also reflected in the national legislation of various countries around the world. Important section II of the Constitution of the Republic of Azerbaijan is entirely devoted to human and civil rights and freedoms and responsibilities. In addition to the above, various aspects of the principle of respect for human rights and fundamental freedoms are enshrined in other articles of the Constitution of the Republic of Azerbaijan - Articles 10, 12, 148, 151 and others. were also identified in the articles. According to Part 1 of Article 12 of the Constitution of the Republic of Azerbaijan, ensuring human and civil rights and freedoms, a decent standard of living for the citizens of the Republic of Azerbaijan is the highest goal of the state. According to Part 2 of the Constitution, the human and civil rights and freedoms listed in this Constitution are applied in accordance with international agreements to which the Republic of Azerbaijan is a party.

The analysis of the principle of development, one of the specific principles of human rights, is also particularly important in the analysis of the relationship between sustainable development. International legal standards on the law of development and development issues in general consider the law of development in several aspects: within the concept of sustainable development and the law of sustainable development as one of the main goals and principles of international law as a whole; as a human right with a separate regulatory framework.

The Declaration adopted at the Rio de Janeiro Conference in 1992 more legally defined the socio-economic foundations of sustainable development¹. The Declaration sets out about 12 principles for sustainable development. Although not legally binding, the Declaration made a number of important proposals for the right to development. In line with the concept of sustainable development, the 1986 UN Declaration on the Right to Development also sees the individual as at the center of the development process².

Article 2, paragraph 1, of the Declaration states: "A person shall be a central subject of personal development and shall be an active participant and beneficiary of the right to development." Further, the first paragraph of Article 1 of the Declaration defines the right to development as follows: "The right to development is an inalienable human right on the basis of which all human rights and fundamental freedoms are fully realized. , the right to participate in, support and benefit from cultural and political development." According to Part 1 of Article 2 of the Declaration, a person is a key subject of the development process, must be an active participant and beneficiary of the right to development. In addition, Article 8, paragraph 1, states that States must take all necessary measures at the national level to exercise their right to development. For example, equality of development must be ensured for all in matters of access to resources, education, health, nutrition, housing, employment and equitable distribution of income; effective measures must be taken to ensure the active role of women in the development process; appropriate economic and social reforms must be carried out in order to eliminate all social injustices.

From the historical perspective, ideas about the sustainable development are from various social sciences but sustainable environment is older than the others³. In this respect, we may discuss the closer approach to sustainable development from the "green" environmental rights.

The 1993 Vienna Declaration and Program of Action state that the World Conference on Human Rights affirms the right to development enshrined in the Declaration on the Right to

¹ 1992 Rio Declaration on Environment and Development. (English)

² UN 1986 Declaration on the Right to Development. (English)

³ Luff D. An overview of international law of sustainable development and a confrontation between WTO rules and sustainable development. USA, New York. p.93 (English)
<http://rbd.bruylant.be/public/modele/rbd/content/files/RBDI%201996/RBDI%201996-1/Etudes/RBDI%201996.1%20-%20pp.%2090%20%C3%A0%20144%20-%20David%20Luff.pdf>

Development as a universal and inalienable right that is an integral part of fundamental human rights¹. The right to development encompasses the right of every person and all peoples to participate in development, to promote development, and to share the results of development². Like the right to peace, the right to development may differ in the scope of the subject to which it is addressed. The right to development also includes the right to individual development of a particular person and the right to self-determination, understood as a collective right of peoples in general³.

The introductory part of the Declaration of the Right to Peace, adopted in 2016, referred to key international human rights instruments, recalled the 2030 Agenda for Sustainable Development, and stated the importance of peace as a principle of international law. In the 2030 Agenda for Sustainable Development Goals, international legal requirements for peacekeeping are linked to the legal framework for the concept of sustainable development. The introductory part of the Declaration refers to both the Declaration on the Law on Development and the Agenda for Sustainable Development - 2030. Also, Article 1 of the 2016 Declaration on the Right to Peace explains the right to peace on the basis of the development process: "Everyone has the right to enjoy peace in a way that promotes and protects all human rights and that development is fully realized".

Sustainable development has also had a significant impact on the formation of a new generation of human rights. The right to live in a healthy environment has become relevant in the face of increasing environmental pollution or serious environmental problems. At the end of the twentieth century, the intensification of environmental problems and the growing interest of the state in these issues, the importance of environmental cleanliness led to the emergence of the right to live in a healthy environment. Article 39 of the Constitution of the Republic of Azerbaijan is dedicated to the "right to live in a healthy environment." According to the requirements of this article: everyone has the right to live in a healthy environment; everyone has the right to collect information on the true state of the environment and to receive compensation for damage to his health and property in connection with an environmental offense; no one may endanger or harm the environment or natural resources beyond the limits established by law; The state guarantees the preservation of ecological balance, protection of wild plants and wildlife species established by law.

The right to live in a healthy environment was first widely discussed at the Stockholm Conference on the Environment in 1972 and adopted at the Stockholm Declaration on the Environment. The provision in the first principle of the World Conservation Charter, adopted by the UN General Assembly in 1982, that "human beings have the right to a healthy and productive life in harmony with nature" is important from the point of view of interaction.

Article 11 of the Additional Protocol on Human Rights in the Field of Economic, Social and Cultural Rights to the Inter-American Convention on Human Rights (San Salvador Protocol) of 1988 provides for the right to live in a healthy environment and to assist in the protection, preservation and improvement of the environment and regulates relations related to the obligations of states. Article 24 of the 1981 African Charter on the Rights of Man and of the Peoples explicitly states that all peoples have the right to a generally satisfactory level of environment conducive to their development.

According to the first principle of the Stockholm Declaration, adopted by the Stockholm Conference on the Environment in 1972, everyone has the right to an environment conducive to freedom, equality and prosperity, as well as to the protection of the environment for present

¹ Aliyev A.I. Human rights. Textbook. Azerbaijan, Baku, 2019, pp. 129-130 (Azerbaijani)

² Rogan S. The right to development: analysis of sustainable development and the practice of good governance. The UK, London, UOP, 2018, p.1778 (English)

³ Kasga T., Gumede V. Perspective on the right to development. The Netherlands, Hague: Brill., 2016, p. 19 (English)

and future generations which are responsible for improving it in the future. Principle 1 of the Declaration, which for the first time incorporates the relationship between environmental protection and fundamental human rights, as well as human rights for an environment-friendly environment at the international level, enshrines people's right to an environment, as well as their responsibility to protect and improve the environment. Principles 2-5 of the Stockholm Declaration emphasize the importance of different types of natural resources for humans, as well as the need for their efficient use and protection. Principle 6 of the Declaration provides for the prohibition of harmful and other similar substances in the environment. Principle 8 states that economic and social development is an integral part of the process of improving the environment and that this process is carried out taking into account the interests of developed and developing countries. Complementing this principle, Principle 12 links the need for international financial and technical assistance to developing countries at their request, with the participation of developed countries in environmental protection. Principles 18 and 20 of the Declaration state that scientific and technological progress must be directed to the solution of environmental problems. According to the 24th principle of the Declaration, in order to prevent harmful effects on the environment, to reduce and prevent them as much as possible, as well as to establish effective control, preference is given to cooperation on a contractual basis. Such cooperation is carried out in the interests of all sovereign states and is continuously strengthened by the activities of international organizations. The key content of Principle 25 is that international organizations play an effective and dynamic role in protecting and improving the environment. Principle 26 defines and calls for co-operation between states in the elimination of weapons of mass destruction as a global problem¹ (9).

Article 23 of the World Conservation Charter, adopted by the UN General Assembly on 28 October 1988, states that everyone has the right to participate, individually and collectively, in the development of decisions directly related to environmental protection in accordance with the laws of his country. be able to use all means to restore the environment when it is damaged or degraded.

A number of relevant provisions set out in the Declaration on Environmental Protection and Development, adopted at the UN Conference on Environment and Development in Rio de Janeiro in June 1992, reflect not only the relationship between the environment and human criteria, but also the burden on states in this area to have combined obligations. For example, human beings are the main guide and the main object of care for sustainable development, they have the right to a healthy and productive lifestyle that is in harmony with nature (principle 1); the right to development must be exercised in such a way that the needs of present and future generations in the field of development and the environment can be met fairly (principle 3); in order to achieve a higher standard of living and sustainable development for all people, states must reduce and eliminate irrational models of production and consumption, as well as implement the necessary demographic policies (principle 8); environmental issues are better addressed with the participation of all interested citizens at the appropriate level (principle 10); women play an important role in mastering the environment and development (principle 20); it is necessary to mobilize the creative potential, ideals and courage of the world's youth to define a global partnership to achieve sustainable development and a better future for all (principle 21); indigenous peoples and their communities, as well as other local communities, play a vital role in mastering the environment and development through their knowledge and traditional practices (principle 22); the environment and natural resources of the people living in slavery, dependence and occupation must be protected (principle 23).

¹ Aliyev A.I. Human rights. Textbook. Azerbaijan, Baku, 2019, pp. 190-197. (Azerbaijani)

In addition, the EU Action Plan I (1973-1977), adopted in 1973, provides a list of guiding principles on which environmental policy is based: the prevention of pollution, as well as the fight against its consequences; harmonization of environmental policy with economic and social policy; take into account the tendency of any program and decision to affect the environment; the need to support scientific research to improve scientific and technical knowledge; imposition of any costs related to the prevention and elimination of environmental damage on the person responsible for this matter; the interest of all citizens of the Union in the protection of the environment, as well as the public's special sensitivity to the problem; constant consideration of the features of sustainable development.

3. Human rights implications for sustainable development

Human rights and sustainable development ideology have historically separated road of development. Nevertheless, the general overview of both areas proves that they have much in common. In addition, there are numerous universal international documents in the field of international environmental protection, which, in addition to maintaining a stable environmental situation and preventing environmental pollution, are also aimed at protecting human health and interests in the relevant field. For example, the Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer of 1985 and the Montreal Protocol of 1987 attached to that Convention, the Basel Convention for the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal, 1989 or the 1976 Convention on the Prohibition of the Use of Any Other Hostile Purposes, the 1982 UN Convention on the Law of the Sea, the 1992 Convention on Biological Diversity, the 1997 Kyoto Protocol, and the Climate Change Convention. UN Convention of 1999, etc. can be shown. The relevant provision can also be applied to regional international acts.

According to the concept of sustainable development, in the northern hemisphere, where the major industrialized countries are concentrated, only two countries are ready for such a transition - Russia and Canada. The neighboring country has a large area that is not disturbed by economic activities. The analysis of the concept of sustainable development shows that it has many aspects and components, the basis of which we will show:

1. Political and legal aspect;
2. Economic aspect;
3. Ecological aspect;
4. Social aspect;
5. International aspect;
6. Informative aspect.

Here is another visual example of the relationship. For example, one of the social rights includes elements of the right to a decent life: the whole complex of socio-economic and cultural rights - the right to economic, social and cultural realization of the rights necessary for the protection of dignity and free development of the individual; proper nutrition, clothing, adequate living space, the right to medical care; the right to social security in case of unemployment, illness, disability, widowhood, old age or other loss of livelihood due to reasons beyond its control; the right to continuous improvement of living conditions; the right to a standard of living necessary to protect the health and well-being of oneself and one's family, including the right to adequate nutrition, provided by States through individual and collective measures to improve the production, distribution and consumption of food.

The transition of human society to a new value system will lead to the creation of a new world through sustainable development. As a result, in the future, a socio-natural system can be formed that can eliminate and, in a sense, resolve the negative consequences of the contradictions that arise as a result of globalization. The most important criterion for sustainable development in the world is to achieve a strategic balance between human activity and the preservation of

reproductive capacity of the biosphere, then human activity will not lead to irreversible disruption in nature. The transition to civilized development requires radical changes, the focus of which is the greening of all the basic activities of humanity, man himself, a change in his consciousness and the creation of a new "sustainable society". Such changes must be carried out purposefully and consciously, not arbitrarily, using the mind of a single humanity, all possible socio-economic, political and technical means. The transition to sustainable development requires leadership decisions and targeted government programs that must be received, implemented and implemented quickly, quickly and expeditiously in the face of risk and uncertainty. As shown in our analysis, foreign researchers and scientists who have developed and are partners in the concept of sustainable development have come to the conclusion that the environmental factor is an important element in ensuring sustainable development.

A unified approach to building a unified indicator of sustainability is fully and objectively implemented within the UN and World Bank structures. These international organizations have proposed to include the factor of environmental impact in national accounts, national wealth indicators. The existence of unified environmental and economic indicators at the macro level is ideal for making strategic decisions, taking into account the environmental factor in the country's development.

4. Conclusion

The relationship between sustainable development and human rights is more evident in the following areas.

First, the definition of goals for sustainable development and monitoring of the implementation of human rights by states should be a key issue. In this changing context, it is especially important to establish international legal principles related to sustainable development and human rights. The possibility that a violation of such principles could create an international legal obligation should also be discussed.

Second, it is important that states strive to meet their global commitments for sustainable development.

Third, it must be linked to the fact that the goals of sustainable development and human rights are enshrined in all internationally accepted treaties.

Fourth, it is necessary to link some specific principles existing in each area of international law with sustainable development and human rights.

Further, Article 10 of the 1986 Declaration on the Right to Development explicitly states that the full exercise of the right to development, including the development, adoption and implementation of political, legislative and other measures at the national and international levels, is essential. and all measures must be taken to ensure its continued strengthening.

Now let's look at the relationship in general, looking at the specific principles of sustainable development in relation to human rights. It should be noted that the special principles of sustainable development are directly related to human rights and are based on them. For example, here is equality and poverty reduction; the principle of responsibility of states; the principle of careful approach to human health, natural resources and ecosystems; the principle of public participation and access to information and justice; good governance principle; principle of integration and interaction, etc¹ (10).

Thus, sustainable development is particularly relevant to human rights and social, economic and environmental goals. The concept of sustainable development combines economic, environmental and social (including human rights) priorities. As a starting point, international

¹ Marie-Claire Cordonier Segger, Ashraf Khalfan. Principles of International Law Relating to Sustainable Development. Sustainable Development Law. Oxford University Press 2011. Published 2011 by Oxford University Press, pp.95-171. (English)

sustainable development law covers the intersection of three areas of international economic, environmental and social law.

ОСОБЛИВОСТІ КОНСТИТУЦІЙНОЇ СКАРГИ У ДЕЯКИХ КРАЇНАХ КОЛИШНЬОГО СОЦІАЛІСТИЧНОГО ТАБОРУ

Бабак М.А.

помічник судді Запорізького апеляційного суду

Переважно більшість соціалістичних країн, які були під невилітним керівництвом вищого партійного блоку та Радянського союзу не розвивалися в напрямку демократизації державності, тим паче у визнанні або впровадженні інституцій, які сприяли б розвитку та захисту прав і свобод людини. Як наголошує С. Петков: «... система права на теренах країн Варшавського договору перетворилася на неодавньоазійський варіант тоталітарного атипового правового нігілізму...»¹. В центрі такої системи стояла партія (соціалістичного або комуністичної направленості), яка диктувала законодавство та була вище будь-яких природних прав і свобод людини. Інша ситуація в демократичних державах, де конституційними цінностями визнавалися права людини, ідеологічний та політичний плюралізм, верховенство права, визнання релігійної багатоманітності, визнання та захист приватної та інших форм власності.

Тільки наприкінці 80-х років XX століття, держави почали рух до перебудови застійного методу управління. Вже тоді з'являються перші думки про створення інституту омбудсмена, конституційної юстиції, адміністративного судочинства, переходу до ринкової економіки тощо.

Проте, тільки з початком розвалу соціалістичного блоку в Європі й Радянського союзу новостворені держави почали активно провадити реформи, в тому числі реформи судочинства, як інструментарію захисту прав і свобод людини і громадянина. Серед системи судочинства можливо виокремити специфічний напрям, як конституційне судочинство, яке представлено майже єдиним органом. Назва органів конституційного судочинства може найменуватися виходячи з особливостей національних традицій державотворення та правової системи (наприклад, Конституційний Суд, Конституційний трибунал тощо). Але єдине, що об'єднує різні моделі конституційного судочинства - вирішення конституційного спору. Форми захисту, які випливають із конституційного судочинства можуть різнитися також за своєю функціональністю, юридичною значимістю, суб'єктивним складом, предметною ознакою тощо. Так, найпоширенішими формами можливо назвати: обмежені форми (конституційне подання) й індивідуалістичні форми (конституційне звернення, конституційна скарга)².

Наукове дослідження тематики розвитку та провадження інституту конституційної скарги розглядалися в різних правових аспектах у працях К. Айріян, Т. Бринь, М. Гультай, П. Євграфов, К. Закоморна, А. Селіванов, В. Остапенко, Ю. Тодика, В. Шапова та ін. Розглядаючи наукові джерела можливо відзначити проблематику досліджень, а саме те, що наукові дослідження переважно орієнтуються на західні моделі інституту конституційної скарги, ніж на моделі колишніх соціалістичних країн Європи. Процес запровадження конституційної скарги у постсоціалістичних країнах Європи, як і

¹ Петков С. Народовладдя: від права радянського до права громадянського. Київ : Вид. дім "Скіф", 2016. С. 7

² Бабак М. А. Індивідуалістичні форми захисту прав та свобод людини Конституційним Судом України. Юридичний електронний журнал ЗНУ. 2017. № 1. С. 19

в Україні відбувався в однакових реаліях, а саме під впливом радянського мислення, деформованого громадянського суспільства, не сформульованості політичного середовища, економічної та соціальної кризи, наявності правового нігілізму тощо.

Аналізуючи та досліджуючи наукові джерела можливо визначити дефініцію «конституційна скарга», як індивідуалістична форма захисту прав і свобод органом конституційного судочинства, яка ініціюється фізичною або юридичною особою спеціальної процедури щодо визначення конституційності нормативно-правових актів. Основний зміст конституційної скарги виявляється в реалізації та дотриманні конституційних прав і свобод людини і громадянина, підтриманні демократичного устрою і духу верховенства права, контролю суспільства над гілками державної влади тощо.

Так, у Конституції Польщі від 02 квітня 1997 року, в розділі II «Свободи, права та обов'язки людини і громадянина», VIII «Суди і Трибунали» закріплений інститут конституційної скарги, де кожен має право звернутися до Конституційного трибуналу (орган конституційного судочинства Польщі) з питань про відповідність Конституції законів або інших нормативно-правових актів на підставі яких орган загального судочинства ухвалив остаточне рішення, яке тим самим суперечить або порушує основні конституційні права та свободи особи (наприклад, прийняття нормативно-правових актів, які обмежують доступ до правосуддя або ускладнюють процес)¹.

Як зауважує український вчений, суддя Конституційного Суду України М. Гультай про те, що Конституція Польщі заклала засади конституційної скарги, визначаючи підставу подання - порушення конституційних прав і свобод, а також предмет і суб'єктів подання (у конституційних положеннях вказується, крім фізичних або юридичних осіб, органи муніципалітету, професійні спілки, церкви, віросповідні союзи тощо)². Саме зазначена модель має величезне наукове та практичне значення для формування української моделі інституту конституційної скарги, де у ст. 151¹ Конституції України можливо виокремити спільну ознаку, а саме конституційний спір, який склався у правозастосовній діяльності суду загальної юрисдикції через використання неконституційного нормативно-правового акту у остаточному рішенні, який обмежує конституційні права і свободи.

Схожа модель була обрана Латвійською Республікою, яка у Законі «Про Конституційний суд» передбачила вирішення конституційного спору за індивідуальною скаргою. Особливістю латвійської моделі є те, що суб'єкт звернення може звертатися до Конституційного суду до моменту, як будуть вичерпані всі правові можливості захисту. Також у своєму дослідженні В. Остапенко зазначає, що скаргу можливо подати за умови, якщо: «... визначені в Конституції її основні права порушуються нормою, котра не відповідає нормі вищої юридичної сили»³. Єдина умова, щоб така скарга мала загальносуспільне значення. Крім того, конституційну скаргу можливо подати, коли звичайний захист є неефективним або обмежується використанням правових засобів (штучні перепони до правосуддя або реалізації права на оскарження тощо).

Цікаву модель визначає К. Айріян, що згідно з ст. 131 Конституції Республіки Албанії, Конституційний Суд вирішує питання кінцевого рішення у скаргах приватних осіб про порушення їх конституційних прав на ведення належного за законом судового процесу, але після того, як будуть вичерпані всі юридичні засоби захисту цих прав. Тобто

¹ Конституция Республики Польша от 2 апреля 1997 года. Конституции государств Европы: В 3 т. Москва : НОРМА, 2001. С.687-732

² Гультай М. Інститут конституційної скарги в конституціях європейських держав. Вісник Конституційного суду України. URL: <http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/ndf/02-2012.pdf> (дата звернення: 05.10.2021).

³ Остапенко В. Конституційна скарга у механізмі захисту прав і свобод людини і громадянина. Форум права. 2016. № 4 С.240-251

конституційною скаргою може оскаржуватись не тільки нормативно-правові акти, а й дії судових органів (п. 8 ст. 131 Конституції Республіки Албанія)¹.

У Словацькій Республіці конституційна скарга має досить широкі повноваження щодо усунення порушень неконституційних актів або дій органів влади, які тим самим призвели до порушенню прав і свобод. Так, у ст. 127 Конституції Словацької Республіки гарантується, якщо Конституційний суд задовольнить скаргу і у своєму рішенні постановить, що набрав чинності рішенням, актом або шляхом іншого втручання були порушені права чи свободи, згідно з конституційними положеннями, він скасує таке рішення, акт або інше втручання².

Виходячи з вищевикладеного та аналізуючи наукову літературу, ми дійшли до висновків, що конституційна скарга в країнах колишнього соціалістичного табору має універсальне значення, тобто вирішення конституційних спірних питань (конституційності актів, дій або рішень органів влади тощо), притому, що майже у кожній державі, яка була предметом розгляду в цій роботі, зазначений інститут має національні ознаки правової системи й судочинства (наприклад, оскарження не тільки конституційності закону, а й актів органів державної влади).

Крім цього, на формування повноваження та функціональності інституту конституційної скарги впливає розвиток самого суспільства, дотримання основних конституційних принципів, соціально-економічне і політичне благополуччя країни.

МЕЖІ ПОВНОВАЖЕНЬ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ ЗА РЕЗУЛЬТАТАМИ РОЗГЛЯДУ СПРАВ: ПРАВОВІ ПОЗИЦІЇ

Вольська І.В.

аспірантка кафедри процесуального права

Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

Конституційний Суд України сформулював низку юридичних позицій щодо принципів своєї діяльності, меж повноважень, критеріїв прийнятності обґрунтування тверджень суб'єктів права на конституційне подання, конституційну скаргу тощо.

Відповідно до ст.2 Закону України «Про Конституційний Суд України»³ до повноважень Суду належить: вирішення питань про відповідність Конституції України (конституційність) законів України та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим; офіційне тлумачення Конституції України; надання за зверненням Президента України або щонайменше сорока п'яти народних депутатів України, або Кабінету Міністрів України висновків про відповідність Конституції України чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість; надання за зверненням Президента України або щонайменше сорока п'яти народних депутатів України висновків про відповідність Конституції України (конституційність) питань, які пропонуються для винесення на всеукраїнський референдум за народною ініціативою; надання за зверненням Верховної Ради України висновку щодо додержання

¹ Айріян К. Важливість запровадження інституту конституційної скарги для повноцінного захисту та відновлення порушених прав особи. Вісник Академії адвокатури України. 2014. URL: <http://e-pub.aau.edu.ua/index.php/visnyk/article/viewFile/78/89> (дата звернення: 05.10.2021).

² Гуальтай М. Інститут конституційної скарги в конституціях європейських держав. Вісник Конституційного суду України. URL: <http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/ndf/02-2012.pdf> (дата звернення: 05.10.2021).

³ Закон України «Про Конституційний Суд України». Відомості Верховної Ради (ВВР), 2017, № 35, ст.376 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19/conv#n26>

конституційної процедури розслідування і розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту в межах, визначених статтями 111 і 151 Конституції України; надання за зверненням Верховної Ради України висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України вимогам статей 157 і 158 Конституції України; надання за зверненням Верховної Ради України висновку про порушення Верховною Радою Автономної Республіки Крим Конституції України або законів України; вирішення питань про відповідність Конституції України та законам України нормативно-правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим за зверненням Президента України згідно з частиною другою статті 137 Конституції України; вирішення питань про відповідність Конституції України (конституційність) законів України (їх окремих положень) за конституційною скаргою особи, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України.

Ст. 8 визначає межі повноважень: Суд розглядає питання щодо відповідності Конституції України (конституційності) чинних актів (їх окремих положень)¹. З метою захисту та відновлення прав особи Суд розглядає питання щодо відповідності Конституції України (конституційності) акта (його окремих положень), який втратив чинність, але продовжує застосовуватись до правовідносин, що виникли під час його чинності. Суд не розглядає питання щодо відповідності законам України актів Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України, Верховної Ради Автономної Республіки Крим, актів інших органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим та органів місцевого самоврядування, крім випадків, передбачених пунктом 28 частини першої статті 85 та частиною другою статті 137 Конституції України.

До повноважень Конституційного Суду України, згідно з його юридичними позиціями, не належать також питання законодавчого врегулювання, зокрема заповнення прогалин, відповідності законів України іншим законам України, відповідності законів України міжнародним договорам і здійснення контролю щодо виконання чи дотримання Україною актів міжнародного права тощо².

Розглянемо судову практику Конституційного Суду України. Так, в ухвалі Другої колегії Другого сенату Суд вказує, що аналіз змісту конституційної скарги дає змогу дійти висновку про оцінку суб'єктом права на конституційну скаргу підходу законодавця у визначенні меж юрисдикції адміністративних судів; співвідношення адміністративної юрисдикції та юрисдикції Конституційного Суду України стосовно розгляду правових актів Верховної Ради України, актів Президента України та Кабінету Міністрів України³. Однак з урахуванням того, що саме на рівні Конституції України встановлено і повноваження Конституційного Суду України (статті 150, 151), і загальні підстави для подання конституційної скарги (стаття 151¹), Конституційний Суд України неповноважений давати оцінку наведеного регулювання.

Суб'єкт права на конституційне подання, не навівши доводів щодо порушення конституційної процедури розгляду, ухвалення або набрання чинності Постановою, фактично ставить питання про законність дій єдиного органу законодавчої влади в

¹ Закон України «Про Конституційний Суд України». Відомості Верховної Ради (ВВР), 2017, № 35, ст.376 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19/conv#n26>

² Ухвали Великої палати Конституційного Суду України від 22 листоп. 2018 р. № 72-у/2018; від 19 берез. 2019 р. № 11-у/2019. URL: <http://ccu.gov.ua>.

³ Ухвала Другої колегії Другого сенату Конституційного Суду України про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційною скаргою Плескача В'ячеслава Юрійовича щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення пункту 1 частини другої статті 19 Кодексу адміністративного судочинства України від 2 березня 2021 року № 35-2(П)/2021

Україні при її прийнятті. Однак вирішення цього питання не належить до повноважень Конституційного Суду України¹.

Проте розгляд питання про відповідність положень одних законів положенням інших законів не належить до повноважень Конституційного Суду України (Ухвала Конституційного Суду України від 30 листопада 2006 року № 16-у/2006)². Аргументуючи свою позицію, автор клопотання також зазначає про невідповідність оспорюваних положень Закону, Кодексу окремим міжнародним актам, проте Конституційний Суд України не перевіряє закони України на відповідність міжнародним актам³.

Конституційний Суд України вже сформував низку юридичних позицій, відповідно до яких: вирішення питань застосування судами законів України не належить до компетенції Конституційного Суду України (Ухвала від 31 березня 2010 року № 15-у/2010); до повноважень Конституційного Суду України не належить офіційне тлумачення законів України (Ухвала від 6 грудня 2016 року № 79-у/2016); незгода з судовими рішеннями не є підставою для відкриття конституційного провадження у справі (ухвали Другого сенату Конституційного Суду України від 6 червня 2018 року №17-у(П)/2018, від 6 червня 2018 року № 18-у(П)/2018)⁴.

Отже, юридичні позиції Конституційного Суду України, які можна розглядати як специфічне джерело права, поряд з Конституцією України, Законом та Регламентом є джерелом правового регулювання конституційного юрисдикційного процесу та впливають на порядок реалізації Конституційним Судом України, як його головним суб'єктом, своїх юрисдикційних повноважень.

¹ Ухвала Другої колегії судів Першого сенату Конституційного Суду України про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним поданням 45 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення частини сьомої статті 208 Регламенту Верховної Ради України, затвердженого Законом України "Про Регламент Верховної Ради України", Постанови Верховної Ради України "Про призначення Денісової Л.Л. Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини" від 26 червня 2018 року № 199-2(П)/2018

² Ухвала Другої колегії судів Першого сенату Конституційного Суду України про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційною скаргою Обслуговуючого кооперативу "Житлово-будівельний кооператив "Резиденція" щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 135, 137 Житлового кодексу Української РСР від 9 липня 2019 року № 192-2(П)/2019

³ Ухвала Першої колегії судів Першого сенату Конституційного Суду України про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційною скаргою Гриців Наталії Михайлівни щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців четвертого, п'ятого підпункту 4 пункту 72 розділу I, пункту 1 розділу II "Прикінцеві положення" Закону України "Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо забезпечення збалансованості бюджетних надходжень у 2016 році", а також підпункту "г" підпункту 266.7.1 пункту 266.7 статті 266 Податкового кодексу України від 6 березня 2019 року № 58-І(П)/2019

⁴ Ухвала Першої колегії судів Другого сенату Конституційного Суду України про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційною скаргою Ігоніна Володимира Костянтиновича щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень пункту "в" частини четвертої статті 83 Земельного кодексу України від 26 лютого 2019 року № 44-І(П)/2019

СТРАТЕГІЯ РОЗВИТКУ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДОЧИНСТВА

Єгорова В.С.

кандидат юридичних наук, доцент

Національний технічний університет України

«Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»

Указом Президента України від 11 червня 2021 року № 231/2021 була затверджена СТРАТЕГІЯ розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021 – 2023 роки.

Незалежне та неупереджене правосуддя є запорукою сталого розвитку суспільства і держави, гарантією додержання прав і свобод людини та громадянина, прав та законних інтересів юридичних осіб, інтересів держави, зростання добробуту та якості життя, створення привабливого інвестиційного клімату, своєчасного, ефективного і справедливого вирішення правових спорів на засадах верховенства права.

Удосконалення системи правосуддя сприятиме утвердженню правопорядку, який ґрунтується на високому рівні правової культури, діяльності всіх суб'єктів суспільних відносин на засадах верховенства права та захисту прав і свобод людини, а в разі їх порушення – справедливого їх відновлення у розумні строки.

Стратегія розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021 – 2023 роки (далі – Стратегія) визначає основні засади та напрями подальшого сталого функціонування та розвитку системи правосуддя з урахуванням кращих міжнародних стандартів та практик.

Стратегія визначає пріоритети удосконалення положень законодавства у сфері судоустрою, статусу суддів, судочинства та інших інститутів правосуддя, а також впровадження невідкладних заходів для забезпечення позитивних зрушень у функціонуванні відповідних правових інститутів.

Розробка та запровадження Плану дій має супроводжуватися комплексними обговореннями із залученням громадського та експертного середовища.

Моніторинг ефективності реалізації положень Стратегії має визначатися на підставі об'єктивних, актуальних та вимірювальних показників.

Результатом реалізації Стратегії стане ефективне функціонування системи судоустрою України, органів суддівського врядування і самоврядування, подальше впровадження принципу верховенства права, забезпечення незалежності інститутів правосуддя від будь-якого політичного впливу та їх підзвітність суспільству, продовження впровадження міжнародних стандартів і кращих практик Ради Європи і Європейського Союзу.

Метою Стратегії щодо удосконалення системи правосуддя є визначення основних напрямів та пріоритетів подальшого удосконалення законодавства України про судоустрій, статус суддів та судочинство у взаємозв'язку та взаємодії із іншими інститутами правосуддя для практичного утвердження принципу верховенства права, ефективного і справедливого судочинства, зміцнення функціональних основ організації судової влади відповідно до стандартів захисту прав людини та цінностей, визначених Конституцією України та міжнародно-правовими зобов'язаннями України.

Завданнями Стратегії щодо удосконалення системи правосуддя є:

окреслення кола проблем щодо законодавства про судоустрій, статус суддів, судочинство та інститути правосуддя;

визначення напрямів удосконалення положень Конституції та законів України, першочергових заходів з модернізації судоустрою, статусу суддів, судочинства та інститутів правосуддя;

забезпечення координованості та збалансованості процесу удосконалення з урахуванням подальшої гармонізації національного законодавства із законодавством Європейського Союзу;

підвищення ефективності організації судової влади та інститутів правосуддя, зміцнення довіри до них суспільства.

Основними проблемами, які зумовлюють необхідність подальшого удосконалення організації функціонування судової влади та здійснення правосуддя, є:

нездійснення Вищою кваліфікаційною комісією суддів України своєї діяльності та неможливість відновлення її роботи без удосконалення законодавства;

недобросовісність окремих суддів, працівників органів та установ судової влади, випадки толерування корупційних проявів;

недосконалість існуючої системи місцевих судів;

неефективність системи фінансового, матеріально-технічного та соціального забезпечення гарантій незалежності судової влади;

недосконалість системи органів судової влади, організації їх діяльності, у тому числі щодо фінансового, матеріально-технічного та іншого забезпечення судів усіх рівнів;

функціональна недосконалість системи органів суддівського врядування та самоврядування;

нестача суддів у місцевих та апеляційних судах, надмірне навантаження на суддів у судах усіх рівнів;

неефективність процесуальних механізмів касаційного оскарження та формування єдиної судової практики в застосуванні закону судами України;

надмірно складні процедури проведення конкурсу на зайняття вакантної посади судді, а також порядок складення кваліфікаційного іспиту і методологія оцінювання суддів та кандидатів на посаду судді;

неефективні механізми притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності;

неналежне виконання судових рішень, неефективність механізмів судового контролю за виконанням судових рішень;

відсутність дієвих механізмів альтернативного (позасудового) та досудового врегулювання спорів;

перешкоди в доступі до правосуддя;

недостатній рівень впровадження цифрових технологій у здійсненні правосуддя;

надмірна тривалість розгляду справ у судах, зарегульованість судового процесу, невиправдано широке застосування колегіальності у судах першої та апеляційної інстанцій;

відсутність належної комунікаційної політики у судах;

незавершеність реформи органів прокуратури, неналежне законодавче врегулювання механізмів реалізації прокурорами їх конституційних повноважень;

низький рівень суспільної довіри до органів судової влади та прокуратури;

функціональна недосконалість системи адвокатури, складність порядку доступу до адвокатської діяльності, недостатня ефективність механізмів захисту прав адвокатів.

РОЗВИТОК КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДОЧИНСТВА В УКРАЇНІ : РЕАЛІЇ СЬОГОДЕННЯ

Калініченко О.Ф.

*кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри права
Київський кооперативний інститут бізнесу і права*

Однією з головних ланок у правовій системі будь-якої демократичної держави визначається конституційний суд. Такі суди діють у переважній більшості країн Європи. Конституцією України також передбачається, що Конституційний Суд України є єдиним органом конституційної юрисдикції в державі¹. Новий Закон України «Про Конституційний Суд України» визначив, що Конституційний Суд України є органом конституційної юрисдикції, який забезпечує верховенство Конституції України, вирішує питання про відповідність Конституції України законів України та у передбачених Конституцією України випадках інших актів, здійснює офіційне тлумачення Конституції України, а також інші повноваження відповідно до Конституції України².

Слід зазначити, що вище згаданий Закон не зміг вирішити всі питання пов'язані з процедурою розгляду справ в Конституційному Суді України. На даний час у Верховній Раді України зареєстровано ряд законопроектів, щодо конституційної процедури.

22 березня Україна отримала висновки Венеціанської комісії щодо проекту закону № 4533 «Про конституційну процедуру» та альтернативного законопроекту № 4533-1 «Про процедуру розгляду справ та виконання рішень Конституційного Суду України». Венеціанська комісія вітає розгляд парламентом проекту закону № 4533 «Про конституційну процедуру», який урахує багато рекомендацій комісії у її термінових висновках щодо реформування Конституційного Суду». Головні новації стосуються подання конституційних скарг, публічності й відкритості конституційного провадження, порядку розподілу справ, доступу до матеріалів справ, дисциплінарної відповідальності суддів та організації внутрішньої діяльності КСУ.

Водночас, як відзначається у висновках, законопроект №4533 має низку недоліків. Найважливішими серед них експерти Венеціанки, зокрема, називають відсутність положень про нову систему конкурентного відбору суддів КС, яка би включала міжнародну компоненту, що рекомендувалося у попередніх термінових висновках.

Серед основних рекомендацій покращення законопроекту №4533 про конституційну процедуру Комісія пропонує такі:

- Конституційна скарга, за якою суд визнав неконституційними законодавчі положення, має відправлятися на розгляд Великої палати лише за умови наявності на це запитів президента або парламенту.
- Щодо порушення дисциплінарних процедур, то повноваження на це повинні бути передані від виконавчої влади до НАЗК.
- З метою підвищення ефективності дисциплінарної системи відповідні санкції за дисциплінарні проступки мають запроваджуватися простою більшістю суддів.
- Суд має бути наділений повноваженнями переглядати власні рішення у тому разі, якщо один із суддів, який проголосував за таке рішення, був обвинувачений в отриманні неправомірної винагороди, пов'язаної з цим рішенням.

¹ Конституція України. Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України.-1996.-№30.-Ст. 147; з наступними змінами і доповненнями.

² Закон України «Про Конституційний Суд України» // Відомості Верховної Ради (ВВР), 2017, №35, Ст.1.

Також передбачається, що на формування порядку денного Конституційного Суду може впливати не лише голова суду, а й самі судді, а розподіл справ між суддями КС має відбуватися автоматизовано¹.

Специфіка діяльності Конституційного Суду полягає в тому, що суто правосуддя в повному розумінні цього слова він не здійснює. Конституційний Суд України вирішує не спори, а питання про відповідність (конституційність) законів та інших правових актів Конституції України. Звідси випливає і основна мета Конституційного Суду України – гарантування верховенства Конституції як Основного Закону держави. За майже двадцятип'ятиріччя функціонування Конституційного Суду України в державі відбулися зміни в її устрої, законодавстві, суспільстві. Навіть проведена конституційна реформа не зняла низки питань удосконалення конституційного судочинства.

З вище викладеного резюмую, що Парламент України вирішує питання законодавчого врегулювання внутріорганізаційної діяльності Конституційного Суду, закріплюються реальні гарантії незалежності суддів від впливу будь-яких владних структур.

В свою чергу Президент України своїм указом «Про Стратегію розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021-2023 роки», Комісію з питань правової реформи обов'язав залучити представників органів центральної та місцевої влади, громадськості та експертів, щоб розробити План дій щодо реалізації Стратегії розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021-2023 роки².

Завданнями щодо розвитку конституційного судочинства, згідно зі стратегією, визнані:

- визначення основних проблем інституційного функціонування Конституційного Суду України;

- визначення проблемних питань конституційно-правової регламентації статусу суддів Конституційного Суду України, організаційних засад їх діяльності та взаємодії з інститутами суспільства;

- визначення напрямів удосконалення нормативної основи діяльності Конституційного Суду України та першочергових заходів з розвитку конституційного судочинства;

- підвищення ефективності та обґрунтованості прийняття рішень і висновків Конституційним Судом України, зміцнення довіри суспільства до його діяльності.

ДОКТРИНА «ВОЙОВНИЧОЇ» ДЕМОКРАТІЇ В ДІЯЛЬНОСТІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

Кушніренко О.Г.

канд. юр. наук, доцент

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Під доктриною звичайно розуміють вчення, наукову або філософську теорію, керівну політичну програму, систему поглядів, систему або сукупність знань про те чи інше правове явище.

В той же час, важливо пам'ятати, що не кожна теорія виконує функцію доктрини. Доктринальною повинна бути теорія, яка тісно пов'язана із практикою. Наукова теорія

¹ Висновки Венеційської комісії, щодо Закону України «Про конституційну процедуру» від 20.03.2021 р. https://ukrainepravo.com/judicial_truth/divine_law/vysnovky-venetsianskoyi-komisiyi-shchodo-sudovoyi-reformy

² Указ Президента України «Про Стратегію розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021-2023 роки» №231/2021 від 12.06.2021 р.

стає доктринальною, якщо отримує своє визнання через втілення її положень у програмних документах політичного характеру, нормативно-правових актах, актах органів державної влади, договірних та звичаєвих нормах.

Конституційний Суд України, правовою основою діяльності якого є Конституція України, Закон України «Про Конституційний Суд України», а також Регламент Конституційного Суду України, реалізуючи свої конституційні функції, неодноразово реалізовував різноманітні існуючі доктрини, зокрема, верховенства права, політичного питання, дружнього ставлення до міжнародного права, позитивного обов'язку держави, належної правової процедури та всі інші, які на сьогодні відомі конституційній науковій думці і які зазвичай застосовуються органами конституційного контролю інших держав світу.

Надзвичайно важливою в становленні України як правової демократичної держави слід вважати доктрину «войовничої» демократії, яку Конституційний Суд України застосував дуже обережно, рідко, і на це, мабуть, є відповідні причини.

У зв'язку із цим доречно згадати, що ст.15 Конституції України закріплює політичну, ідеологічну та екологічну багатоманітність. Причому, ця багатоманітність (п'юралізм) зазвичай розглядається як принцип громадянського суспільства, а не правової системи. Завдання держави полягає в тому, щоб створити рівні правові умови співіснування всіх груп та інтересів, без обмежень та привілеїв.

Європейський Суд з прав людини розглядає багатоманітність як одну із основних характеристик демократичного суспільства, як цінність, яка безумовно має бути гарантована та захищена державою. А це по суті означає, що по відношенню до груп людей, які посягають на багатоманітність та інші конституційні цінності, можуть встановлюватися певні правові обмеження. Причому, Євросуд концепцію багатоманітності застосовує у справах, що стосуються свободи об'єднання, свободи релігії, свободи освіти, свободи слова і засобів масової інформації.

Євросуд вважає, що у демократіях людей та думка людей має виражатися і вільних виборах, які зобов'язана організувати держава відповідно до ст.3 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Такі вибори не можуть бути проведені без участі різноманітних партій, що представляють різні думки населення держави. Причому, Суд вважає, що якщо партія просуває суперечливі ідеї або намагається змінити правову і конституційну структуру держави, то це не має значення. Що має значення, так це щоб партія користувалася законними та демократичними засобами та щоб її програма була сумісна з фундаментальними демократичними цінностями. На думку Євросуду, серйозні порушення, як такі, що загрожують політичному п'юралізму чи фундаментальним демократичним принципам, можуть навіть виправдати заборону політичної партії, якщо політична партія відстоює одну з протилежностей п'юралізму, таку як тоталітаризм, теократію і абсолютизм. У цьому відношенні п'юралізм становить суттєву частину Концепції демократії. Іншими словами, на думку Суду, існуючий п'юралізм у сфері свободи об'єднань, релігії, тощо є сутнісним для становлення демократичного суспільства та повинен захищатися державою, як це і передбачено Євроконвенцією.

Цей підхід Євросуду і багатьох країн Європи сприйняв український парламент, а також Конституційний Суд України, вдавшись до доктрини войовничої (озброєної) демократії. Ця доктрина передбачає з урахуванням існуючого досвіду та стану розвитку демократії, відданості демократичним ідеалам і цінностям життя заходів із обмеження (в тому числі й повну заборону) ідеологічних рухів, що спрямовують свої зусилля проти цих принципів та цінностей. І однією із таких санкцій є заборона об'єднань громадян, які сповідають недемократичну ідеологію. Так, Конституція України в ст. 37 містить

положення, згідно з яким утворення і діяльність політичних партій та громадських організацій, програмні цілі або дії яких спрямовані на ліквідацію незалежності України, зміну конституційного ладу насильницьким шляхом, порушення суверенітету і територіальної цілісності держави, підлив її безпеки, незаконне захоплення державної влади, пропаганду війни, насильства, на розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі, посягання на права і свободи людини, здоров'я населення, забороняються. Доречно відзначити, що порівняно з європейськими аналогами особливим об'єктом конституційного захисту української демократії є незалежність та територіальна цілісність нашої держави. Крім того, ст. 35 Конституції України, яка закріплює свободу світогляду та віросповідань, містить норму, згідно з якою, здійснення цього права може бути обмежене законом лише в інтересах охорони громадського порядку, здоров'я і моральності населення або захисту прав і свобод інших людей. Можливість певних обмежень права на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів, на інформацію передбачено ст.34 Основного Закону України.

Реалії України свідчать, що в суспільстві мало хто розуміє та підтримує цю доктрину. Саму демократію більшість людей розуміє як можливість думати і говорити що завгодно, ну і звісно, брати участь у виборах. Навіть Конституційний Суд України по суті всього один раз скористався доктриною воєнничої демократії, розглянувши 16.07.2019 року конституційну скаргу на Закон України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їх символіки» від 09.04.2015 р. (справа №317-VIII). Своїм рішенням Суд визнав Закон конституційним, підтримавши ті конституційні цінності, посягання на які з боку політичних партій і громадських організації забороняється на підставі вже згадуваної ст.37 Конституції України. Вказаний Закон та рішення Конституційного Суду України дали можливість припинити діяльність Комуністичної партії України (оновленої) і Комуністичної партії робітників та селян» (постанови Окружного адміністративного суду м. Києва від 30 вересня 2015 р. у справах №826/15406/15 і №826/15405/15), та деяких інших політичних партій.

Як видається, в Конституційного Суду України було, як мінімум декілька можливостей при вирішенні питання про відповідність Конституції України (конституційність) деяких Законів України застосовувати доктрину воєнничої демократії. Це Рішення суду від 26.02.2019 р. (справа №1-135/2018/5846/17) за конституційним поданням 59 народних депутатів України (конституційності) статті 368² Кримінального кодексу України. Ця стаття передбачала покарання для чиновників за незаконне збагачення і яку Суд визнав неконституційною. 27.10.2020 р. Суд своїм рішенням №13-р/2020 визнав неконституційними та такими, що втратили чинність ст.366¹ Кримінального кодексу України, яка передбачала покарання за декларування недостовірних даних, а також низку положень Закону України «Про запобігання корупції», що стосувалися НАПК у сфері е-декларування. Видається, вказані рішення нанесли суттєву шкоду іміджу України, самому Конституційному Суду, правоохоронній системі. При їх вирішенні пріоритет необхідно віддавати демократичним стандартам, розвитку стабільних державних інститутів перед короткостроковими політичними чи економічними вигодами. Самому ж Конституційному Суду України бажано частіше застосовувати доктрину воєнничої демократії для захисту фундаментальних конституційних цінностей.

ЕВОЛЮЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНОЇ ДОКТРИНИ УКРАЇНИ: ВІД ПРАВОВОЇ (ЮРИДИЧНОЇ) ПОЗИЦІЇ ДО ОФІЦІЙНОЇ КОНСТИТУЦІЙНОЇ ДОКТРИНИ

Летнянчин А.І.

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри конституційного права України

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Спроба легалізувати категорію «конституційна доктрина» з перемінним успіхом триває останні п'ять років. Вже в першому після схвалення змін до Конституції України щодо правосуддя (2 червня 2016 р.) законопроекті про Конституційний Суд України (серпень 2016 р.) містилася дефініція терміно-поняття «правові позиції Конституційного Суду України» як послідовних, взаємоузгоджених висновків, тверджень, принципів, юридичних аргументів та заперечень, що їх сформулював Суд, розглядаючи конкретну ситуацію в конституційному праві на підставі Конституції України, з урахуванням загальноновизнаних цінностей, конституційних принципів і міжнародних стандартів, загальних принципів права, що дають юридичне розуміння положень Конституції України (ст. 23). Чинний Закон України «Про Конституційний Суд України» від 13 липня 2017 р. № 2136-VIII (далі – чинний закон) оперує категорією «юридична позиція», яка дістала своє формальне вираження в дещо «усіченому» вигляді – без нормативного визначення, але з юридизацією як такою та наданням Конституційному Суду України права її розвивати і конкретизувати, а також змінювати за чітко визначених умов (ст. 92).

На 25-му році прийняття Конституції України та створення Конституційного Суду України знаковою подією стала ініціатива українських парламентарів запровадити в законодавчий обіг та конституційно-правову практику – юридизувати – категорію конституційна доктрина. Отже, «конституційна доктрина – це система основоположних поглядів на Конституцію України і конституційні принципи та цінності, яка розкриває зміст різних конституційних положень, їх взаємозв'язок, баланс між конституційними цінностями та суть конституційно-правового регулювання як єдиного цілого». Зазначається, що конституційну доктрину складає сукупність юридичних позицій Конституційного Суду, які містяться в його актах. Водночас у частині, не охопленій юридичними позиціями Конституційного Суду, конституційну доктрину також складають загальноновизнані й усталені ідеї, положення, наукові погляди, принципи права та теоретичні узагальнення щодо предмета конституційно-правового регулювання (ч. 1 ст. 3 проекту Закону України «Про конституційну процедуру» від 21 грудня 2020 р. (реєстр. № 4533).

Прийнято вважати, що існує два автономні значення: концепція, юридична теорія конституціоналізму, сформульована науковцями, окремими суддями Конституційного Суду і обумовлена потребою в забезпеченні цілісності національної правової системи (так звана «неофіційна» доктрина), та втілення розуміння права, притаманного виключно державному органу конституційної юрисдикції (офіційна конституційна доктрина). На відміну від поглядів науковців, остання є юридично зобов'язуючою (*«binding»*) концепцією, що ґрунтується виключно на офіційному тлумаченні Конституції Конституційним Судом¹.

Видається, що якщо вже й юридизувати категорію «конституційна доктрина», то на законодавчому рівні слід підкреслити юридичну значущість саме офіційної

¹Жалімас Д. Офіційна конституційна доктрина: концепція, значення і основні принципи розвитку. *Філософія права і загальна теорія права*. 2016. № 1–2. С. 267.

конституційної доктрини, яка є продуктом діяльності органу конституційного контролю і має загальнообов'язковий характер. Із цього приводу доволі чітко висловився сам орган конституційної юрисдикції: «Згідно з Основним Законом України рішення Конституційного Суду України є обов'язковими та остаточними, тому після їх опублікування викладені в них юридичні позиції Конституційного Суду України, перебуваючи в нормативній єдності з витлумаченими в цих рішеннях положеннями Конституції України, стають безпосереднім регулятором суспільних відносин, зокрема визначають зміст та обсяг конституційних прав і свобод»¹.

За чверть століття органом конституційного контролю послідовно сформульовано низку усталених позицій щодо розуміння сутності, природи та призначення Конституції України², яку сміливо можна назвати доктриною верховенства Конституції України. Багата практика Конституційного Суду України дозволяє «вписати» солідний доробок у загальновизнані в конституціоналізмі доктрини. Системне дослідження виявило цілу низку розвинених (усталених) і одну перспективну офіційні конституційні доктрини. Йдеться про доктрину установчої влади, доктрину обмеженого правління, доктрину прихованих повноважень, доктрину політичного питання, доктрину позитивного обов'язку держави, доктрину дружнього ставлення до міжнародного права, доктрину правомірних обмежень у здійсненні конституційних прав і свобод людини, її перспективну доктрину – «конституційної ідентичності»³.

Таким чином, юридизація офіційної конституційної доктрини зумовлена потребою у визначенні вимог до її формування, розвитку і зміни, а також необхідністю підвищення її юридичної значущості та нормативної сили. Кристалізація або «народження» офіційної конституційної доктрини може відбуватися як через отримання відповідного титулу від Конституційного Суду (напр., «принцип дружнього ставлення до міжнародного права»), так і через процес своєрідної «сертифікації» в неофіційній конституційній доктрині. В будь-якому разі, офіційна конституційна доктрина, як сукупність юридичних позицій щодо того чи іншого конституційно-правового інституту чи явища, вводить діяльність Конституційного Суду України в певне «генеральне русло», вимагає дотримання всього масиву юридичних позицій (їх духу), що є необхідною умовою легітимності його діяльності. У свою чергу необґрунтований відступ може загрожувати конституційному порядку, національній безпеці й довірі до конституційного судочинства. Так, формування нової офіційної доктрини «конституційної ідентичності»⁴, що пов'язується, зокрема, із рішенням від 16 липня 2019 року № 9-р/2019, висновком від 24 грудня 2019 року № 9-в/2019 і, особливо, рішенням від 14 липня 2021 року № 1-р/2021, напевно що спонукатиме до використання аналогічних аргументів (підходів) при гіпотетичній оцінці закону, що уможливить в Україні подвійне/множинне громадянство, особливо в контексті загроз для національної безпеки України.

¹Рішення Конституційного Суду України від 20 грудня 2018 р. № 13-р/2018 у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень шостого речення частини першої статті 13 Закону України «Про психіатричну допомогу». URL: <https://csu.gov.ua/docs/2481>.

²Див.: Летнянчин Л.І. Офіційна конституційна доктрина Конституції України. *Конституційний дизайн: від макро до мікро рівня*. зб. тез наук. повідомл. міжнар. наук. конф. (19 черв. 2020 р.) / за заг. ред. А. П. Гетьмана / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків: ТОВ «Вид-во “Права людини”», 2020. С. 70-72.

³ Див. Барабаш Ю., Летнянчин Л. Офіційна конституційна доктрина України: генеза та сучасний. *Правова наука України: сучасний стан, виклики та перспективи розвитку* : монографія / редкол.: О. В. Петринин (голова редкол.), В.А. Журавель (заст. голови редкол.), Н. С. Кузнецова (заст. голови редкол.) [та ін.] ; Нац. акад. прав. наук України. – Харків : Право, 2021. С. 115 – 137.

⁴Її сутність полягає в тому, що в Конституції існують основоположні цінності та принципи, які визначають «ідентичність Конституції», нівелювати сутність яких є неприпустимим явищем у правовій демократичній державі.

Інша справа – перспектива певного коригування «курсу» в межах «генеральної траскторії/русла», його осучаснення, через конкретизацію, розвиток чи навіть зміну юридичних позицій. Так, вже належно розроблена офіційна конституційна доктрина обмеженого правління дозволяє по іншому подивитися на юридичну аргументацію, застосовану органом конституційної юрисдикції у Рішенні від 25 грудня 2003 року № 22-рп/2003 (справа щодо строків перебування на посту Президента України), де в якості ключового аргументу не зовсім доречно був використаний імператив незворотності дії законів в часі, як складника принципу верховенства права. Так само, сучасна доктрина прав людини толерує перегляд висновку про те, що «положення частини першої статті 58 Конституції України про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів у випадках коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи, стосується фізичних і не поширюється на юридичних осіб» (Рішення від 9 лютого 1999 року № 1-рп/99 (справа про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів)).

Однак, в остаточній редакції законопроекту, підготовленого до другого читання і розміщеного на офіційному веб-сайті Верховної Ради України 10 вересня 2021 року вже під назвою «Про конституційне провадження» (далі – проєкт закону), усі прогресивні й перспективні новачки не знайшли підтримки депутатського корпусу. Більше того, відбувся помітний відступ від тих здобутків, які вже стали частиною конституційно-правової дійсності. Мова про норму, згідно з якою «Конституційний Суд може <.....> змінювати юридичну позицію Суду в разі суттєвої зміни нормативного регулювання, яким керувався Суд при висловленні такої позиції, або за наявності об'єктивних підстав необхідності покращення захисту конституційних прав і свобод з урахуванням міжнародних зобов'язань України та за умови обґрунтування такої зміни в акті Суду» (ч. 2 ст. 92 чинного закону). Тепер народні депутати України пропонують правову конструкцію, відповідно до якої «юридична позиція Конституційного Суду України не може бути змінена, якщо не змінено текст відповідної статті Конституції України» (ч. 2 ст. 2 проєкту закону). Як бачимо, про конституційну доктрину як таку безпосередньо в тексті вже не йдеться, а процедура зміни юридичної позиції надто ускладнюється.

Для прикладу, подібна новачка без конституційних змін унеможливить перегляд висновку щодо не поширення положення частини першої статті 58 Конституції України про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів у випадках коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи на юридичних осіб. Відтак, це може негативно позначитися на становищі юридичних осіб приватного права, яким, при прискіпливому аналізі статті 24 проєкту закону, загрожує перспектива втрати суб'єктності в реалізації права на конституційну скаргу. Водночас таке положення унаочнює різницю між офіційною конституційною доктриною (цілого) і юридичною позицією, як її складової. Вихається, що не коректно зміну однієї юридичної позиції ставити у залежність від зміни Конституції України, і навпаки, цілком допустимо, логічно й рівнозначно (адекватно), зміну окремої офіційної конституційної доктрини ставити у залежність від зміни Конституції України.

ЮРИДИЧНІ ОСОБИ ЯК СУБ'ЄКТИ ПРАВА НА КОНСТИТУЦІЙНУ СКАРГУ: БУТИ ЧИ НЕ БУТИ?

Перцель К.С.

*аспірантка кафедри конституційного права України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Питання визначення кола суб'єктів права на конституційну скаргу в Україні є дискусійним з урахуванням специфіки зазначеного інституту. Із запровадженням в Україні даного інституту законодавець надав таке право як фізичним особам, так і юридичним особам приватного права. Закон України «Про Конституційний Суд України»¹ у ст.56 прямо встановлює обмеження лише для юридичних осіб публічного права.

В науці конституційного права висловлювалися різні думки. Так, на думку деяких вчених, до кола суб'єктів звернення до Конституційного Суду України необхідно віднести лише громадян, осіб без громадянства та іноземців (Т.О. Бринь²), інші вважають, що такими суб'єктами мають бути фізичні та юридичні особи (М.М. Гультай³, О.В. Петришин, Ю.Г. Барабаш, С.Г. Серьогіна, І.І. Бодрова⁴), дехто до таких суб'єктів пропонує відносити лише фізичних осіб (А. В.Портнов⁵).

В той же час, одностайного бачення щодо цього питання немає й серед суб'єктів законодавчої ініціативи. Так, спочатку проектом Закону про внесення змін до Закону України «Про Конституційний Суд України» щодо посилення незалежності та підвищення ефективності функціонування Конституційного Суду України № 3300 від 03.04.2020 р.⁶ пропонувалося позбавити права на конституційну скаргу юридичних осіб приватного права. Згодом, підготовленим до другого читання проектом Закону «Про конституційне провадження» № 4533 від 10. 09. 2021 р.⁷ передбачається розширення існуючого кола осіб права на конституційну скаргу шляхом надання його юридичним особам публічного права у справах, в яких вони не здійснюють свої владні (управлінські) повноваження, зокрема: 1) не виступають як суб'єкти владних повноважень відповідно до Кодексу адміністративного судочинства України; 2) не виступають як сторона обвинувачення відповідно до Кримінального процесуального кодексу України (абз. 2 ч.1 ст. 24).

Прикметно, що серед іншого зазначений законопроект містить положення, відповідно до якого під час розгляду справ Суд керується нормами Конституції України та чинних законів України. Конституційний Суд *зобов'язаний дотримуватися сформованих ним юридичних позицій в усіх своїх наступних актах*, забезпечувати стабільність, узгодженість

¹ Закон України «Про Конституційний Суд України» від 13.07.2017 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19#n644>

² Бринь Т. О. Конституційний Суд України в механізмі захисту та забезпечення прав і свобод людини і громадянина: дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2010. 190 с.

³ Гультай М. М. Конституційна скарга у механізмі доступу до конституційного правосуддя : монографія. Київ: Центр учбової літератури, 2019. 269 с.

⁴ О. В. Петришин, Ю. Г. Барабаш, С. Г. Серьогіна, І. І. Бодрова. Проблеми та перспективи запровадження індивідуальної конституційної скарги в Україні: монографія. Київ: Атіка-Н, 2010. 108 с.

⁵ Портнов А. В. Правове регулювання конституційного судочинства в Україні: доктрина, суб'єкти і форми конституційного судочинства, створення нових процесуальних інститутів: монографія. Київ: Логос, 2008. 202 с. С. 58

⁶ Проект Закону про внесення змін до Закону України "Про Конституційний Суд України" щодо посилення незалежності та підвищення ефективності функціонування Конституційного Суду України № 3300 від 03.04.2020 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=68526

⁷ Проект Закону «Про конституційне провадження» № 4533 від 10. 09. 2021 р. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70729

і послідовність юридичних позицій. *Юридична позиція Суду не може бути змінена, якщо не змінено текст відповідної статті Конституції України* (ч. 2 ст. 2).

Враховуючи наведені приписи та сформовану практику Конституційного Суду України, масмо акцентувати увагу, що запропоноване положення в сукупності з юридичною позицією КСУ, викладений у славнозвісному рішенні від 09 лютого 1999 року у справі №1-7/99¹, фактично позбавляє всіх юридичних осіб права на звернення з конституційною скаргою. Так, у згаданому рішенні Конституційний Суд України дійшов висновку, що положення частини першої статті 58 Конституції України про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів у випадках, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи, стосується фізичних осіб і *не поширюється на юридичних осіб*. Центральним аргументом КСУ на користь такого висновку стала назва та системний аналіз змісту статей розділу II «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина» Конституції України, в якому закріплені конституційні права, свободи і обов'язки насамперед людини і громадянина та їх гарантії.

З такою позицією КСУ важко погодитися, з огляду на те, що функціонування юридичних осіб безпосередньо пов'язано із становищем фізичних осіб, тому основні права та свободи людини і громадянина, викладені у розділі II Конституції України, поширюються, з урахуванням їх змісту, також і на юридичних осіб. До того ж, висловлена юридична позиція КСУ суперечить сформованій практиці ЄСПЛ та правовій доктрині. Крім того, варто погодитися з думкою М. І. Козюбри² про те, що «Конституційний Суд не взяв до уваги принцип рівності всіх суб'єктів права перед законом (ст. ст.13, 129 Конституції України)», який означає пред'явлення до всіх однакових вимог та відсутність у будь-кого з них привілеїв».

Варто звернути увагу, що із запровадженням у 2016 році інституту конституційної скарги вищенаведена правова позиція Конституційного Суду України залишилася осторонь, з урахуванням визнання на законодавчому рівні юридичних осіб приватного права суб'єктами права на конституційну скаргу. Практика Конституційного Суду України свідчить про те, що такі особи до сьогодні активно користувалися наданим їм правом та захищали свої порушені права за допомогою такого інструменту. Запропоноване ж ч.2 ст.2 проекту Закону №4533 положення робить як сам Конституційний Суд України, так і всіх юридичних осіб заручниками сформованої раніше юридичної позиції та позбавляє таких осіб права на звернення з конституційною скаргою всупереч чинному правовому регулюванню (ст. 56 ЗУ «Про Конституційний Суд України»), а також викладений в абз. 2 ч.1 ст. 24 законопроектній нормі.

Приписи ч.2 ст.92 чинного Закону України «Про Конституційний Суд України» допускають зміну Судом правових позицій, вказуючи, що Конституційний Суд може розвивати і конкретизувати юридичну позицію Суду у своїх наступних актах, змінювати юридичну позицію Суду в разі суттєвої зміни нормативного регулювання, яким керувався Суд при висловленні такої позиції, або за наявності об'єктивних підстав необхідності покращення захисту конституційних прав і свобод з урахуванням міжнародних зобов'язань України та за умови обґрунтування такої зміни в акті Суду. Тобто положення ч.2 ст.2 законопроекту значно звужує можливості КСУ щодо зміни своєї юридичної позиції, пов'язуючи це лише зі зміною тексту відповідної статті Конституції України.

Підсумовуючи, доходимо до висновку, що запропонована «зв'язаність» КСУ сформульованими наразі юридичними позиціями йде в розріз з наявним правовим

¹ Рішення КСУ від 09 лютого 1999 року у справі №1-7/99 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-99#Text>

² Окрема думка судді Козюбри М.І. стосовно рішення КСУ №1-рп/1999. URL: <https://ccu.gov.ua/docs/397>

регулюванням та обмежує юридичних осіб приватного права в реалізації права на конституційну скаргу, автоматично унеможливаючи втілення законопроектних положень щодо розширення кола суб'єктів права на конституційну скаргу за рахунок юридичних осіб публічного права.

ВИЗНАЧЕННЯ ЕФЕКТИВНОГО СПОСОБУ ЗАХИСТУ У ВИПАДКУ КОНКУРЕНЦІЇ ПОЗОВІВ

Потапенко А.В.

*суддя Ржищевського міського суду Київської області,
доктор філософії у галузі права*

Ефективність захисту цивільного права залежить від характеру вимоги, що висувається до порушника. Визначаючи вид вимоги, особа може зіткнутися з проблемою, коли одні й ті ж самі протиправні дії породжують виникнення різних цивільно-правових вимог до одного й того ж суб'єкта. Задоволення хоча б однієї з них позбавляє можливості пред'явлення іншої. Отже, з'являється декілька шляхів досягнення кінцевої мети – відновлення порушеного права або захисту інтересу. Таке явище називається *competition of claims* («конкуренція позовів»)¹. Так, конкуренція позовів – це конкуренція суб'єктивних цивільних прав (прав вимоги до правопорушника), які існують в рамках захисних цивільних правовідносин (складає зміст захисних зобов'язань) і реалізуються в судовому порядку, в результаті чого відбувається застосування відповідного способу захисту права чи інтересу².

При цьому суд зобов'язаний визначити юридичну належність обраного особою способу захисту. Слід зазначити, що це завдання не просте хоча б тому, що юридична належність обраного способу захисту – це не тільки його перевірка на наявність у визначеному переліку способів захисту, але й відповідність іншим загальним та спеціальним нормам, принципам права, врахування характеру порушення і прав, і інтересів інших осіб³. Заслуговує на підтримку визначення «конкуренція позовів» («конкуренція суб'єктивних цивільних прав»), надана М.В. Ус, – це нетипова правова ситуація, коли кілька тотожних за призначенням (метою) суб'єктивних цивільних прав належать одній особі і спрямовані проти одного й того ж самого порушника. При цьому за відсутності законодавчих обмежень уповноважена особа має право на власний розсуд визначитись, яке з конкуруючих прав реалізувати⁴.

Ілюстрацією конкуренції вимог можуть слугувати приклади із судової практики. Так, у справі №909/337/19 Велика Палата Верховного Суду указала, що для захисту переважного права наймача (орендаря), який належним чином виконує свої обов'язки відповідно до умов договору та закону, у разі продажу речі, переданої у найм (оренду), належним способом захисту є переведення на наймача (орендаря) прав та обов'язків покупця відповідної речі. При цьому вимога про визнання недійсним договору купівлі-продажу речі сама по собі не може вважатися ефективним способом захисту

¹ Ус М. В. Конкуренція позовів (постановка проблеми). Вісник Національного університету «Юридична академія України ім. Я. Мудрого». 2012. № 4 (11). с. 241–252.

² Харківська цивілістична школа: захист суб'єктивних цивільних прав та інтересів : монографія / І. В. Спасибо-Фатєєва, М. Н. Сибілев, В. А. Яроцький та ін.; за заг. ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків : Право, 2014. 672 с.

³ Харківська цивілістична школа: захист суб'єктивних цивільних прав та інтересів : монографія / І. В. Спасибо-Фатєєва, М. Н. Сибілев, В. А. Яроцький та ін.; за заг. ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків : Право, 2014. 672 с.

⁴ Ус М. В. Конкуренція позовів (постановка проблеми). Вісник Національного університету «Юридична академія України ім. Я. Мудрого». 2012. № 4 (11). с. 241–252.

порушеного переваженого права наймача (орендаря) на придбання такої речі, адже в результаті задоволення такої вимоги право особи захищене не буде, що змусить наймача (орендаря) звертатися до власника з пропозицією відчуження речі на тих самих умовах, що були передбачені договором купівлі-продажу, який визнаний недійсним, а в разі незгоди власника – до суду із новим позовом¹. У справі № 363/2189/17 позивач указував, що відповідачем порушено договірні зобов'язання із повернення грошових коштів, у зв'язку з чим порушив питання про зобов'язання відповідача повернути позичку в розмірі 7 тис. доларів США, а у разі неможливості стягнути з відповідача на його користь позичку в сумі 185 500 грн. та 3 % річних від простроченої суми. Суд звернув увагу на те, що виконання того чи іншого поновлення прав позивача буде мати аналогічні наслідки і тому вважає недоцільним до одного результату для поновлення прав позивача застосовувати два способи. Крім того, стягнення з відповідача коштів на користь позивача є більш ефективнішим, чим зобов'язання відповідача повернути кошти позивачу².

Крім того, в іншій справі Касаційний цивільний суд у складі Верховного Суду постановою від 18.03.2020³ скасував судові рішення в частині задоволення вимог про визнання недійсним договору купівлі-продажу, оскільки задоволення цієї вимоги не зумовить бажаних для неї наслідків – повернення домоволодіння, й такий спосіб захисту є неефективним, не відповідає завданням цивільного судочинства – *ефективному захисту* порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів особи. Касаційний цивільний суд, ухвалюючи нове рішення та дійшовши висновків про застосування до спірних правовідносин речово-правового механізму повернення майна (віндикації), забезпечуючи захист прав та інтересів не тільки позивача, а й добросовісного набувача, яка є також учасником цивільного обороту, керувався таким. Сенс конкуренції полягає у тому, що позивач має можливість обирати більш вигідний позов і долати обмеження, встановлені щодо іншої вимоги, яка ґрунтується на тих же самих фактах.

Отже, у випадку конкуренції складається нетипова для цивільного права ситуація, коли в результаті однієї й тієї ж самої протиправної поведінки виникають і паралельно існують декілька суб'єктивних прав, які мають одне і те ж саме призначення. Реалізація одного з таких прав призводить до припинення іншого, оскільки інтерес, що ним опосередковується, задовольняється в повному обсязі при здійсненні іншого конкуруючого права. Конкуренція позовів існує там, де декілька позовів об'єднуються спільним для них всіх юридичним інтересом (*de eadem re*), який задовольняється здійсненням вже одного з цих позовів, що усуває *eo ipso* («внаслідок цього») усі інші як безцільні. Вектори конкуруючих прав є однонаправленими і паралельними – права належать одній особі і спрямовані на задоволення одного й того ж самого інтересу. Задоволенням однієї з цих конкуруючих вимог знищувалася інша вимога, так як уявлялося неприпустимим двічі задовольняти один і той же інтерес⁴.

Для захисту своїх майнових інтересів власник або суб'єкт іншого речового права може використовувати вимоги про визнання недійсної угоди з відчуження належної йому речі (якщо мова йде про оспорюваний правочин) або про застосування наслідків недійсності правочину (якщо мова йде про вчинення нікчемного правочину). В обох

¹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 23.06.2020 у справі № 909/337/19. URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/90359317>.

² Постанова Київського апеляційного суду від 03.04.2019 у справі № 363/2189/17. URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/81012050>.

³ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 18.03.2020 у справі № 6-310/2647/17-ц. URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/88401343>.

⁴ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 18.03.2020 у справі № 6-310/2647/17-ц. URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/88401343>.

випадках загальним наслідком вчинення недійсної угоди стане реституція, яка полягає, зокрема, у поверненні конкретної речі (предмета угоди) первинному власнику. Очевидно, якщо спір стосується правочину, укладеного самим власником, то його відносини з контрагентом мають договірний (зобов'язальний) характер, що зумовлює і можливі способи захисту його прав. Але якщо контрагент власника за недійсним правочином здійснив потім відчуження отриманої від власника речі третій особі, то у відносинах з таким новим набувачем колишній власник може використовувати тільки речово-правові способи захисту, бо вони не перебували у договірних (зобов'язальних) відносинах один з одним¹.

У окремих випадках колишні власники, отримавши відмову в задоволенні своїх речово-правових вимог про повернення їм майна, що перебував у нових власників, які придбали його в результаті правочинів, оспороюють самі ці правочини, посилаючись на недійсність першого правочину з ланцюжка таких правочинів (укладених за їх участю як відчужувачів спірної речі). Проте застосування реституції почергово до усіх правочинів відчуження майна іншим особам в результаті позбавить добросовісного набувача гарантій дотримання його прав, закріплених у ст. 388 ЦК, що є неприпустимим². У даній справі відбулось поєднання різних способів захисту прав власника: позивач заявляв зобов'язальну вимогу (про реституцію речі) на підставі визнання недійсної угоди (купівлі-продажу), укладеної без її волевиявлення з третіми особами, та витребування на її користь домоволодіння, тоді як у цих цілях їй надано право лише на виндикаційний (речово-правовий) позов.

Отже, правова категорія «ефективний спосіб захисту» особливо яскраво себе проявляє при конкуренції позовів. Інколи у судовій практиці відхиляються ряд позовних вимог внаслідок їх неефективності, і це не потребує необхідності додаткового обґрунтування судового рішення неналежністю таких способів захисту. У науці та судовій практиці сформовано таке розуміння розв'язання проблеми конкуренції позовів. Вектори конкуруючих прав суб'єктивних цивільних прав (прав вимоги до порушника), що існують у рамках захисних цивільних правовідносин, є однонаправленими і паралельними – права належать одній особі і спрямовані на задоволення одного й того ж самого інтересу. Задоволенням однієї з цих конкуруючих вимог знищується інша вимога, оскільки неприпустимим є подвійне задоволення одного і того ж інтересу. Разом із тим у випадку, коли пред'явлена позовна вимога ґрунтується на певному зобов'язанні, що виникло у спірних правовідносинах на підставі договору, це виключає можливість конкуренції позовів та не визнає за позивачем права довільного вибору способу захисту його прав на власний розсуд.

¹ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 18.03.2020 у справі № 6-310/2647/17-ц. URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/88401343>.

² Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 18.03.2020 у справі № 6-310/2647/17-ц. URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/88401343>.

КОНСТИТУЦІЙНИЙ СУД УКРАЇНИ ТА ЙОГО ІНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВА (НЕ) ВИЗНАЧЕНІСТЬ («ФАНТОМ» ВІТЧИЗНЯНОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ?)

Прилуцький С.В.

*доктор юридичних наук, професор кафедри нотаріального, виконавчого процесу та адвокатури,
прокуратури, судоустрою Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

Після перетворень 2016 року, яких зазнав Основний Закон України, інституційне положення Конституційного Суду України (далі – КСУ) в системі органів державної влади набуло абсолютно нового формату. І, як виявляється, на практиці правове положення КСУ досить складно визначити й чітко сформулювати. Хоча, на мою думку, це має фундаментальне значення для правової визначеності та непохитності конституційного ладу в Україні.

Варто нагадати, що з самого початку свого заснування КСУ був невід’ємною складовою судової гілки влади та органічно вписувався у єдину систему правосуддя. Так, згідно Конституції України в первинній редакції 1996 р. Розділ VIII «Правосуддя» та Розділ XII «Конституційний Суд України» були пов’язані між собою та співвідносились як загальне та конкретне. Крім того, упродовж 14 років законодавець, визначаючи поняття «судова влада», послідовно відносив до неї й Конституційний Суд України. Так, згідно ст. 1 Закону України «Про судоустрій України» (2002 р.) встановлювалось, що державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Органи судової влади здійснюють свої повноваження виключно на підставах, у межах та порядку, передбачених Конституцією України та законами. Судова влада реалізується шляхом здійснення правосуддя у формі цивільного, господарського, адміністративного, кримінального, а також конституційного судочинства. Судочинство здійснюється Конституційним Судом України (курсив наш – С.П.) та судами загальної юрисдикції. Юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі.

Дещо згодом, згідно ст. 1 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» (2010 р.), також було встановлено, що судова влада в Україні відповідно до конституційних засад поділу влади здійснюється незалежними та безсторонніми судами, а судочинство здійснюється Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції.

Після Революції гідності, в 2015 році було ухвалено нову редакцію Закону «Про судоустрій і статус суддів», де залишилось незмінним визначення змісту судової влади, за яким «судочинство здійснюється Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції».

Таким чином, загальноновизнаним є той факт, що КСУ встановлювався (1) невід’ємною складовою судової влади, який (2) здійснює конституційне судочинство. Інституційна належність КСУ до судової гілки влади складала базис правової визначеності встановленого з 1996 року конституційного ладу в Україні. Це давало підстави говорити про втілення конституційної єдності судової влади, незалежно від виду та форм судочинства. Зміни ж, внесені до Розділу VIII «Правосуддя» в 2016 році до Конституції України (далі – КУ) максимально відмежували питання організації та діяльності конституційної юрисдикції від загальної системи правосуддя. Як пояснював з цього приводу один із ідейних «батьків» таких трансформацій О. Філатов, Конституційний Суд України виокремлюється як самостійна та повністю відмінна від системи судів

інституція.¹ Правлячі на той момент політичні сили перебудували конституційний устрій держави, а відповідно змінили конституційний лад, вдаючись лише до емоційних заяв про негативний досвід минулого й необґрунтованих пояснень. Логічні й переконливі аргументи з приводу того, чому КСУ, який з 1996 року здійснював конституційне судочинство і визнавався органом судової влади, мав зазнати таких трансформацій, і на сьогодні відсутні.

Політичні сили, які домоглися реваншу після народного кровопролиття у 2013-2014 роках, вчоргове перевищили свої повноваження, перебравши на себе статус Українського народу в питаннях зміни конституційного ладу України. Після виведення КСУ з конституційної системи правосуддя, цей орган державної влади перестав входити до складу судової гілки влади. Це також знайшло своє підтвердження і у формулюванні визначення самої «судової влади», оскільки у ст.1 нині діючого Закону «Про судоустрій і статус суддів» (2016 р.) відсутня жодна згадка про конституційну юрисдикцію та КСУ.

Вважаю, що у такий спосіб відбувся черговий конституційно-правовий «переворот» шляхом зміни конституційного ладу всупереч імперативній нормі про те, що «право визначати і змінювати конституційний лад в Україні належить виключно народові і не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами» (ст. 5 КУ).

В результаті чергових політичних маніпуляцій із Конституцією України, місце КСУ в системі державної влади на сьогодні стало непевним. Це дає підстави як теоретикам, так і практикам у галузі права лише домислювати інституційну природу КСУ в діючому механізмі державної влади.

Лише для прикладу наведу деякі з існуючих підходів до цієї проблеми. Так, Л. Москвич відносить КСУ до судової гілки влади, ґрунтуючись на змісті ст. 6 Конституції України, яка визначає, що державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову та враховуючи обсяг компетенцій Конституційного Суду, зміст його повноважень².

Подібного підходу дотримується й О. Константи́й, вважаючи, що після внесення змін до Конституції України, незважаючи на те, що КСУ не згадується в Розділі VIII «Правосуддя», він не втратив статусу органу судової влади³. Але дещо інше бачення обґрунтовує І. Бичков, який пропонує розрізняти функціональний та інституціональний аспект місця КСУ в механізмі поділу влади. Виходячи з функціонального аспекту, відповідно до кола покладених завдань, орган конституційної юрисдикції вбачається науковцем як професійний екстраординарний орган судової влади, тоді як з точки зору інституціонального аспекту він виступає специфічним органом влади, що не входить до жодної з гілок влади та є рівновіддаленим від них⁴.

¹ Філатов О. Основні новації конституційного етапу судової реформи // IV судово-правовий форум «Судова реформа: стан та напрями розвитку». - 17–18 березня 2016 р. – Юридична практика, 2016. – С.21.

² Москвич Л. Статус Конституційного Суду України в контексті конституційної реформи 2016 р. Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні : Матеріали II Міжнар. наук.-практич. конф. (Чернівці, 18-19 жовтня 2018 р.) / [редкол. : О. В. Шербанюк та ін.]. Чернівці, 2018. С. 72–74.

³ Константи́й О. Щодо місця Конституційного Суду України в механізмі державної влади (за результатами внесення змін до Основного Закону в частині правосуддя) // Український Часопис конституційного права, Часопис 3 / 2018. - С.36-37 (31-38 с.)

⁴ Бичков І. Місце органів конституційної юрисдикції в механізмі стримувань і противаг демократичної правової держави. – Дис. к.ю.н. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень». – Науково-дослідний інститут державного будівництва та місцевого самоврядування, Національна академія правових наук України, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Міністерство освіти і науки України, Харків, 2021. – С.7 (223 с.)

До з'ясуванням правової природи КСУ долучилася навіть Велика палата новоутвореного Верховного Суду, яка в одному зі своїх рішень обґрунтувала, що КСУ є більшою мірою політичним, ніж судовим органом¹.

Також, не без аргументів, В. Буняк обстоює думку, що КСУ в Україні, хоча й був початково задуманий як судовий орган конституційної юрисдикції, (запозичений нашою державою як Австро-Німецька модель вищого судового органу), насправді ж діяв й остаточно утвердився як певна специфічна друга палата парламенту, наділена повноваженнями конституційного контролю².

На думку ж О. Буханевської та А. Івановської, КСУ взагалі, як організаційно, так і функціонально знаходиться поза межами як судової, так і інших гілок влади, і перебуває у сфері забезпечення державної організації в цілому, будучи органом держави, який, здійснюючи конституційний контроль, забезпечує реалізацію державної влади.³

Звичайно, науковий пошук передбачає існування протилежних та навіть взамовиключних підходів. Проте, за будь-яких обставин, орган на який покладасться здійснення конституційної юрисдикції повинен відповідати двом фундаментальним вимогам у правовій державі: (1) легальності та (2) легітимності. І на мою думку, щодо обох критеріїв, яким має відповідати КСУ, існують суттєві проблеми.

Питання щодо легальності КСУ. Ще раз хочу наголосити, що право визначати і змінювати конституційний лад в Україні належить виключно народові і не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами (ст.5 КУ). Варто також нагадати й конституційне тлумачення КСУ, за яким народ, як носій суверенітету і єдине джерело влади може реалізувати своє право визначати конституційний лад в Україні шляхом прийняття Конституції України на всеукраїнському референдумі.

Згідно з Конституцією України, держава, її органи, посадові особи не мають права визначати конституційний лад в Україні, яке належить виключно народові. Конституція України забороняє узурпацію належного виключно народові права визначати і змінювати конституційний лад в Україні державою, її органами або посадовими особами. Узурпація означає, зокрема, привласнення переліченими суб'єктами права, яке передусім належить народові, вносити зміни до Конституції України у спосіб, який порушує порядок, визначений Розділом XIII чинного Основного Закону України, в тому числі усунення народу від реалізації його права визначати і змінювати конституційний лад в Україні. Тому будь-які дії держави, її органів або посадових осіб, що призводять до узурпації права визначати і змінювати конституційний лад в Україні, яке належить виключно народові, є неконституційними і незаконними⁴.

З наведеного офіційного тлумачення Конституції України, яке дав свого часу КСУ, беззаперечним конституційним імперативом є те, що: (1) тільки народ має право безпосередньо шляхом всеукраїнського референдуму визначати конституційний лад в Україні, який закріплюється Конституцією України; (2) у випадках, коли органи

¹ Постанова Великої палати Верховного Суду від 14 березня 2018 року Справа №П/800/120/14 <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/73195164> (дата звернення 28.09.2021)

² Буняк В. Чи є Конституційний Суд України судом? // Юридичний вісник України, Лис 23, 2020

³ Буханевич О., Івановська А. Конституційний Суд України: до питання про місце в системі розподілу влади // Публічне право. - № 3 (39), 2020. - С.23-24.

⁴ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 60 народних депутатів України про офіційне тлумачення положень частини першої статті 103 Конституції України в контексті положень її статей 5, 156 та за конституційним зверненням громадян Галайчука Вадима Сергійовича, Подгорної Вікторії Валентинівни, Кислої Тетяни Володимирівни про офіційне тлумачення положень частин другої, третьої, четвертої статті 5 Конституції України (справа про здійснення влади народом) Справа N 1-5/2005 від 5 жовтня 2005 року N 6-рп/2005 https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-05?find=1&text=%D0%BB%D0%B0%D0%B4#w1_1 (дата звернення 04.10.21)

політичної влади мають намір змінити конституційний лад у частині конституційних положень, які стосуються Розділу I «Загальні засади», Розділу III «Вибори. Референдум» і Розділу XIII «Внесення змін до Конституції України», такі зміни потребують затвердження всеукраїнським референдумом (ст.156 КУ). Як відомо, конституційні зміни у 2016 році відбувалися без участі Українського народу у будь-якому форматі.

Проблемність відступу від конституційної законності вбачається і в тому, що зміни до Основного Закону України у 2016 та й у 2019 роках відбулися всупереч конституційній забороні вносити такі зміни в умовах воєнного стану (ч.2 ст.157) при тій умові, що з 2014 року наша країна протистойть масштабній військовій агресії з боку Російської Федерації, а значна частина народу України перебуває під ворожою окупацією. Об'єктивно, Україна перебуває в умовах війни та потерпає від обмежень державного суверенітету.

У зв'язку з цим постають досить гострі питання. Якщо зміни конституційно-правового статусу КСУ відбулися усупереч імперативним положенням ст.ст.5, 6 та 157 Конституції України, чи наділений «оновлений» орган конституційною законністю? Якщо, все ж, визнати умовну легальність даного органу, то до якої гілки державної влади він сьогодні примикає?

На мою думку, надати юридично обґрунтовану відповідь на ці питання вкрай складно, а фактично - неможливо. Неправове не можливо пояснити, йому або потурують, або ж вдаються до змін шляхом поновлення порушеного права. Так само і конституційна законність не повинна підніматись політичною доцільністю, якою б благою вона не була. Вважаю, що після перетворень у 2016 році конституційний лад України вчергове був загнаний у глухий кут правової невизначеності, в якому криза конституційної юстиції в існуючому форматі й надалі буде загострюватись.

На сьогоднішній день КСУ юридично поставлений поза межі конституційного механізму поділу влади (ст.6 КУ) і у такому форматі, на мою думку, має перспективу поступового перетворення на політичний фантом.

ПРАВИЛА ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ КОНСТИТУЦІЇ У КРАЇНАХ КОНТИНЕНТАЛЬНОЇ СИСТЕМИ ПРАВА: ЗАКОНОДАВЧЕ ЗАКРІПЛЕННЯ

Рибачук А.І.

*суддя, секретар судової палати з розгляду справ щодо захисту
соціальних прав Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду, аспірант
НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г.Бурчака Національної академії
правових наук України*

Західна юридична література з питання прямого застосування норм Конституції при уважному ознайомленні виявляється не такою багатою, як може здатися на перший погляд. Пряме застосування норм Основного Закону закріплене в ряді Конституцій держав, утім практичне втілення цього конституційного постулату судами у разі існування самостійного органу конституційної юрисдикції, а також за наявності значного масиву спеціальних законів, не є значним та істотним. Конституційне та галузеве законодавство різних країн містять відмінні моделі забезпечення безпосереднього застосування норм Конституції, у тому числі через призму дослідження відповідності законів Конституції. Таке, як правило, виявляється на стадії судового захисту прав і свобод осіб. У разі існування в державі відповідної системи, яка здійснює позапарламентські механізми контролю конституційності законів (конституційний суд, конституційний трибунал, конституційна рада тощо), пряме застосування норм

Конституції здійснює також такий орган. Тобто суди і орган конституційного контролю по суті здійснюють споріднену функцію – забезпечення верховенства Конституції, однак різними методами і на різних стадіях правозастосування.

Конституційні суди з'явилися в країнах, що програвли війну (Німеччина, Італія, Австрія), потім в країнах, що звільнилися від усіх видів диктатур (Іспанія, Португалія), а після 1989 року майже у всіх країнах колишнього радянського блоку. У Польщі Конституційний суд був створений в 1985 році, але розпочав роботу тільки в 1997 році, після набрання Конституцією чинності¹. Так, звернення до польського законодавства дає підстави побачити заклики до прямого застосування норм Конституції Польщі. Вперше у частині другій статті 8 розділу 2 Конституції Польщі було закріплено «The provisions of the Constitution shall apply directly unless the Constitution provides otherwise»². Цитоване положення Конституції у практичному аспекті проявилось спочатку як загальне відхилення від моделі застосування судами Основного Закону, однак у подальшому винятками з цього процесу стали відсутність закону чи, навпаки, його суперечність приписам Основного Закону, що виявлялися у правозастосовній діяльності судів³. Таким чином, проблема прямого застосування Конституції Польщі була переведена із площини конституційного постулату до обов'язку судів під час здійснення правосуддя⁴.

Для французької доктрини переважним чином вважається, що загальні і адміністративні суди не можуть перевіряти закони на предмет їх конституційності, тобто там закріплений так званий підхід соціалістичного конституціоналізму⁵. При спробах виявити науковий аналіз поняття «пряма дія Конституції» наприклад, у новітній літературі Франції і США (двох символів сучасного конституціоналізму), пише А.І. Летнянчин, нас чекає швидше розчарування. У цілому правова система США є архетипом тих правових систем, де Конституція має пряму дію, причому не на рівні лозунгу, а за посередництвом конструйованого у 1803 р. (легендарне рішення Верховного Суду США у справі Марбері проти Медісона (Marberi v. Madison)) чіткого процесуального механізму *judicial review*⁶.

Стосовно Російської Федерації, Є.С. Анічкін, Т.І. Ряховська підкреслюють, що незважаючи на тривалий період існування Конституції РФ і закріпленого в частині першій статті 15 постулату: «Конституція Російської Федерації має найвищу юридичну силу, пряму дію і застосовується на всій території Російської Федерації», – правова визначеність в питанні «прямої дії» і «застосування» Основного закону РФ як і раніше відсутня, втім, як немає і легального тлумачення даних термінів. Найчастіше застосування Конституції РФ виражається в формальному відсиланні до її статті без відтворення тексту в інших правових актах, наприклад у судових рішеннях⁷. Пряму дію Конституції РФ можна розуміти як юридичну властивість, в якій відбивається особлива

¹ L. Garlicki, Bezpośrednie stosowanie konstytucji, [in:] Konstytucja RP w praktyce, Warsaw 1999. P. 48.

² The Constitution of the Republic of Poland of 2nd april, 1997. As published in Dziennik Ustaw. No. 78, item 483. <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>.

³ W. Lang, Obowiązujące normy prawne w czasie w świetle logiki norm, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego 1960. volume 31. P. 72.

⁴ Aleksander Gołbiewski. Review of the constitutionality of law in the direct application of the constitution. *Annals of the administration and law*. year XVII. no. 17 (1). P. 33–54.

⁵ L. Garlicki, Bezpośrednie stosowanie konstytucji, [in:] Konstytucja RP w praktyce, Warsaw 1999. P. 46.

⁶ Головко А. С. Конституционализация российского уголовного процесса: между лозунгами и реальностью. *Государство и право*. 2013. № 12 С. 83–94; Летнянчин А. І. Пряма дія норм Конституції України: від принципу – до практичного застосування. *Вісник Національної академії правових наук України*. № 4 (91). 2017. С. 115–127.

⁷ Анічкін Е. С., Ряховская Т. И. Прямое действие и применение норм Конституции РФ: к вопросу о разграничении понятий. *Law Ekonforcement Review*. 2018. Vol. 2, no 1, P. 31–39. DOI 10.24147/2542-1514.2018.2(1). С. 31–39.

правова природа норм Конституції РФ, а також в якості однієї з основ конституційного ладу. У праві Європейського Союзу є термін «доктрина прямої дії»¹. Звісно ж, що стосовно внутрішньої системи права можна запропонувати використовувати термін «доктрина прямої дії Конституції РФ». У поняття «доктрина прямої дії Конституції РФ» входить зміст двох аспектів: прямої безпосередньої дії, прямої опосередкованої дії².

Щодо України, то Основний Закон України встановлює, що «норми Конституції України є нормами прямої дії. Звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується» (частина третя статті 8). Навіть поверхневий аналіз вказаної норми свідчить, що вона, аналогічно як і Конституція РФ, оперує двома категоріями: *дія норм Конституції* і *застосування норм Конституції* під час захисту прав і свобод людини і громадянина. Зазначені категорії розглядаються у доктрині під різними кутами: від ототожнення дії та застосування до їх розмежування за суб'єктним і часовим критеріями. Також українська Конституція закріплює обов'язок судді здійснювати правосуддя, керуючись верховенством права (частина перша статті 129). Ці норми у сукупності закріплюють конституційні засади безпосереднього застосування норм Конституції України як норм прямої дії.

Наведені конституційні норми знайшли своє законодавче закріплення у процесуальних кодексах України і обумовили новий підхід до прямого застосування судами у системі судоустрою норм Конституції, а саме: «Якщо суд доходить висновку, що закон чи інший правовий акт суперечить Конституції України, суд не застосовує такий закон чи інший правовий акт, а застосовує норми Конституції України як норми прямої дії. У такому випадку суд після ухвалення рішення у справі звертається до Верховного Суду для вирішення питання стосовно внесення до Конституційного Суду України подання щодо конституційності закону чи іншого правового акта, вирішення питання про конституційність якого належить до юрисдикції Конституційного Суду України» (ч. 4 ст. 7 КАС України).

Отже, в зарубіжній та українській доктрині наявний широкий і вузький підходи до прямої дії норм Конституції під час здійснення правосуддя судами. Доведено, що незважаючи на різність підходів, обидва ототожнюють пряму дію і пряме застосування норм Конституції. Незважаючи на різність наведених підходів, обидва вони зводяться до постулату, що норми Конституції прямо застосовуються виключно в процесі захисту прав людини і громадянина, а не будь-якого іншого суб'єкта суспільних правовідносин. З огляду на вид судочинства, у якому розглядаються справи, пряме застосування норм Конституції може поширюватися також на юридичних осіб приватного права, як рівноправних суб'єктів суспільних відносин, що володіють тим самим колом прав, свобод, законних інтересів та обов'язків як і фізична особа за винятком тих, що за своєю сутністю можуть належати виключно людині як біологічній істоті.

¹ Marchenko M. N., Deryabina E. M. *Pravo Evropejskogo soyuza. Voprosy istorii i teorii* [Law of the European Union. Questions of history and theory]. Moscow. 2014. P. 387.

² Таева Н. Е. Ценностное содержание и прямое действие конституционных норм. *Вестник Вятского государственного гуманитарного университета. Серия Право*. 2014. № 11. С. 111–119.

КОАЛІЦІЯ ДЕПУТАТСЬКИХ ФРАКЦІЙ У ВЕРХОВНІЙ РАДІ УКРАЇНИ В РІШЕННЯХ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

Рижук І.В.

*доцент кафедри конституційного, адміністративного та фінансового права Хмельницького
університету управління та права
імені Леоніда Юзькова, кандидат юридичних наук, доцент*

На сучасному етапі розвитку парламентаризму в Україні досі залишається відкритим питання функціонування коаліції парламентських фракцій у Верховній Раді України через невизначеність її нормативно-правового регулювання. Дане питання викликає чимало дискусій серед науковців, в засобах масової інформації, породжує проблеми у функціонуванні органів законодавчої та виконавчої державної влади, а також стає предметом розгляду в конституційному судочинстві.

Впровадження терміна «коаліція депутатських фракцій» відбулося з прийняттям Закону України «Про внесення змін до Конституції України» від 8 грудня 2004 року. У жовтні 2010 року зазначені положення було визнано неконституційними, через проголошення Конституційним Судом України Рішення у справі про додержання процедури внесення змін до Конституції України від 30 вересня 2010 р., згідно з п. 1 якого було визнано «таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним)», Закон України «Про внесення змін до Конституції України» від 8 грудня 2004 року № 2222-IV у зв'язку з порушенням конституційної процедури його розгляду та прийняття»¹.

Події 2014 року, пов'язані зі зміною влади, вплинули на зміну окремої низки конституційних положень, і Законом України «Про відновлення дії окремих положень Конституції України» від 21 лютого 2014 р. № 742-VII² в конституційне законодавство повертаються положення щодо коаліції депутатських фракцій.

На сьогодні, статтею 83 Конституції України передбачено, що більш детально засади формування, організації діяльності та припинення діяльності коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України встановлюються, крім Конституції, також Регламентом Верховної Ради України³. Проте чинний Регламент Верховної Ради України, затверджений Законом України від 10.02.2010 року, який за своєю природою є процесуальним джерелом конституційного права, яке значною мірою деталізує норми Конституції, докладно визначає процедури роботи вищого законодавчого органу⁴, не містить жодних положень, які б регулювати функціонування коаліції депутатських фракцій. Із врахуванням зазначеного, при визначенні правового регулювання статусу коаліції, її складу, визначення ролі в формуванні Уряду України, варто брати до уваги рішення Конституційного Суду України (далі - КСУ) щодо тлумачення тих чи інших аспектів конституційних положень стосовно коаліції депутатських фракцій.

¹ Рішення у справі про додержання процедури внесення змін до Конституції України від 30 вересня 2010 р., згідно з п. 1 якого було визнано «таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним)», Закон України «Про внесення змін до Конституції України» від 8 грудня 2004 року № 2222-IV у зв'язку з порушенням конституційної процедури його розгляду та прийняття». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v020p710-10#Text>

² Про відновлення дії окремих положень Конституції України: Закон України від 21 лютого 2014 р. № 742-VII URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/742-18#Text>

³ Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>

⁴ Про внесення змін до Регламенту Верховної Ради України: Закон від 08.10.2010 № 2600-VI. Відомості Верховної Ради України. 2011. № 10. Ст. 64. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1861-17#Text>

Так, у питанні утворення депутатських фракцій, коаліції та її складу в Рішенні від 25 червня 2008 року № 12-рп/2008 КСУ зазначив наступне: «За Конституцією України фракційне структурування Верховної Ради України і формування коаліції депутатських фракцій є обов'язковими умовами її повноважності. Ч.6 статті 83 Конституції України передбачено, що у Верховній Раді України за результатами виборів і на основі узгодження політичних позицій формуються коаліція депутатських фракцій, до складу якої входить більшість народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України; згідно з п.1 ч.2 ст.90 Конституції України, якщо протягом одного місяця у Верховній Раді України не сформовано коаліцію депутатських фракцій відповідно до ст. 83 цієї Конституції, Президент України має право достроково припинити повноваження Верховної Ради України; належність народного депутата України до фракції Основний Закон України закріплює як його конституційний обов'язок, а не як право» (абзац другий, перше речення абзацу третього підпункту 5.3 пункту 5 мотивувальної частини)¹.

У Рішенні від 17 вересня 2008 року № 16-рп/2008 КСУ наголосив, що «вимога щодо сукупної чисельності народних депутатів України, які у складі депутатських фракцій формують коаліцію депутатських фракцій, стосується як моменту формування коаліції, так і всього періоду її діяльності. Таким чином, до складу коаліції депутатських фракцій можуть увійти лише ті народні депутати України, які є у складі депутатських фракцій, що сформували коаліцію. Саме належність народних депутатів України до цих фракцій відіграє визначальну роль депутатських фракцій в утворенні коаліції депутатських фракцій. Зокрема, відповідно до ч.10 ст. 83 Конституції України депутатська фракція, до складу якої входить більшість народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України, має права коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України» (абзац другий підпункту 3.2.1 підпункту 3.2 пункту 3 мотивувальної частини)².

Отже, за наведених положень Основного Закону нашої держави, юридичних позицій КСУ стосовно формування та складу коаліції вбачається, що вимога про сукупну чисельність народних депутатів України стосується як моменту формування коаліції, так і всього періоду її діяльності. Тобто коаліція має бути сталим політичним утворенням та налічувати більшість народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України.

КСУ також констатував, що до складу коаліції можуть увійти лише ті народні депутати України, які перебувають у складі депутатських фракцій, що утворили коаліцію, оскільки відповідно до норм Конституції України вона формується виключно з депутатських фракцій, а не з окремих народних депутатів України, які не належать до депутатських фракцій. Лише депутатські фракції, які утворені політичними партіями у Верховній Раді України, є суб'єктами формування коаліції. Інші суб'єкти формування коаліції у Конституції України не передбачені.

У 2010 році, після прийняття парламентом Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» від 10 лютого 2010 року, яким затверджено Регламент Верховної Ради

¹ Рішення у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частин п'ятої, шостої статті 13 Закону України "Про статус народного депутата України", частини четвертої статті 61 Регламенту Верховної Ради України та офіційного тлумачення положень пункту 6 частини другої, частини шостої статті 81, частини шостої статті 83 Конституції України, частини четвертої статті 13 Закону України "Про статус народного депутата України" (справа про перебування народного депутата України у депутатській фракції) від 25 червня 2008 року № 12-рп/2008. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-08#Text>

² Рішення у справі за конституційним поданням 105 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень частин шостої, сьомої, дев'ятої статті 83 Конституції України (справа про коаліцію депутатських фракцій у Верховній Раді України) від 17 вересня 2008 року № 16-рп/2008. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v016p710-08#Text>

України, до КСУ звернулись 68 народних депутатів України з клопотанням щодо офіційного тлумачення положень ч. 6 ст. 83 Конституції України, ч. 4 ст. 59 Регламенту стосовно можливості формування коаліції окремими народними депутатами України, зокрема такими, яких відповідно до ч.4 ст. 59 Регламенту визнано позафракційними (у зв'язку з їх виключенням зі складу депутатської фракції) або які вийшли чи не вийшли до складу депутатських фракцій, у тому числі через незгоду з позицією депутатських фракцій щодо участі у формуванні коаліції.

КСУ у Рішенні від 6 квітня 2010 року № 11-рп/2010 здійснив офіційне тлумачення вищезгаданих положень Конституції України, Регламенту, зазначивши, що положення частини шостої статті 83 Конституції України, частини четвертої статті 59 Регламенту «слід розуміти так, що окремі народні депутати України, зокрема ті, які не перебувають у складі депутатських фракцій, що ініціювали створення коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України, мають право брати участь у формуванні коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України» (п.1 резолютивної частини)¹.

Тобто КСУ визнав, що тепер цю норму з урахуванням її тлумачення в цьому Рішенні КСУ слід розуміти так, що окремі народні депутати України, зокрема ті, які не перебувають у складі депутатських фракцій, що ініціювали створення коаліції, мають право брати участь у формуванні коаліції.

Таким чином, КСУ змінив тлумачення частини шостої статті 83 Конституції України, надане раніше. При цьому, зазначена правова норма не змінювалася. Наведений приклад демонструє важливість послідовності та обґрунтованості рішень КСУ, завданням якого є не модифікація за допомогою своїх рішень норми Конституції України, а виявлення її реального змісту, їх тлумачення.

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРЕДСТАВНИЦТВА У КОНСТИТУЦІЙНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: ВІТЧИЗНЯНИЙ ТА ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД

Розвадовський В.І.

кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри конституційного, міжнародного та адміністративного права Навчально-наукового інституту Прикарпатського національного університету ім. В. Стефаника

Інститут представництва, як правова категорія, історично складався, починаючи з 60-х років минулого століття. Це зумовлювалось тим, що держава, суспільство, а також правовідносини, які між ними розвивались, потребували як і більш якісного регулювання, так і відповідної системи захисту цих правовідносин².

На сьогоднішній день значення ролі інституту представництва все більше зростає у рамках кожної процесуальної галузі, включаючи конституційне провадження. Із внесенням зміни до закону України «Про Конституційний Суд України» та запровадженням інституту конституційної скарги роль представників набуває все більшої ваги та потребує більш детального дослідження. Насамперед, глибоке дослідити правовий статус таких суб'єктів, як Постійний Представник Верховної Ради України у

¹ Рішення у справі за конституційним поданням 68 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень частини шостої статті 83 Конституції України, частини четвертої статті 59 Регламенту Верховної Ради України стосовно можливості окремих народних депутатів України брати безпосередню участь у формуванні коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України від 6 квітня 2010 року № 11-рп/2010. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-10#Text>

² Сєхванов А. О. Представник і представництво у конституційному та загальному судочинстві. URL: <https://www.lawyer.org.ua/?w=p&i=12&d=456>.

Конституційному Суді України та Представник Президента України у Конституційному Суді України, а особливу увагу приділяти представникам як особам, які уповноважені представляти сторін під час конституційного провадження. Адже на сьогоднішній день сам інститут представництва є мало досліджений, як і його проблематика. Запровадження інституту конституційної скарги в Україні є важливим кроком на шляху вдосконалення українського законодавства щодо відповідності його європейським стандартам у сфері захисту прав людини та їх об'єднань. Питання надання правової допомоги в конституційному судочинстві набуває великої актуальності, що зумовлює необхідність дослідження цього правового інституту¹.

Оскільки, захист основоположних конституційних прав є процедурою складною та дуже важливою, тому більшість учених та практиків підтримують позицію, що кожному суб'єкту подання конституційної скарги необхідна кваліфікована правова допомога юриста-фахівця, а саме адвоката, що сприятиме більш обґрунтованому і належному захисту прав, свобод і законних інтересів людини і громадянина, а також їх об'єднань. Юридичне представництво в конституційному процесі покликане допомогти заявнику захистити своє право чи законний інтерес та підвищити якість і обґрунтованість поданої конституційної скарги. В даному випадку можна зробити висновок, що найбільш ефективним варіантом є залучення саме адвоката, фахівця у галузі конституційного права, для здійснення функцій представництва особи під час конституційного провадження².

Для того щоб визначити проблематику та прогалини в законодавстві України, щодо інституту представництва варто звернутись до міжнародного досвіду у регулюванні цього питання. На сьогоднішній день більшість європейських національних систем конституційного контролю визнають однією із основних процесуальних умов прийнятності конституційної скарги вимогу щодо юридичного представництва. Ця вимога має на меті забезпечити надання скаржнику юридичної допомоги у складанні конституційної скарги та представництво в суді, а також підвищити рівень обґрунтованості поданих скарг. Адже діяльність органу конституційного контролю є досить важливою, тому що досліджуються питання неконституційності нормативно-правових актів та захисту порушених прав суб'єктів звернення з конституційною скаргою. Тому допомога висококваліфікованого фахівця з права у процесі здійснення конституційного правосуддя є необхідною³.

Якщо звернутись до досвіду деяких зарубіжних країн, зокрема таких, як Австрія, Монако, Італія, Люксембург, то побачимо, що вимога бути представленим адвокатом у разі подання конституційної скарги суб'єктами подання є обов'язковою⁴.

Також заслуговує на увагу досвід такої країни, як Чехія, де відповідно до ст. 29 Закону Чеської Республіки «Про Конституційний Суд» від 16 червня 1993 року представником учасника в провадженні в Конституційному суді Чеської Республіки може бути тільки адвокат, до того ж учасник може мати тільки одного представника⁵.

Більш жорсткої кваліфікаційні вимоги до представників в конституційному провадженні встановлює румунський законодавець, який у п. 5 ст. 30 Закону «Про організацію та функціонування Конституційного Суду» від 18 травня 1992 року вказує на

¹ Юрійчук І. Конституційна скарга та особливості реалізації права на правову допомогу в Україні. Підприємництво, господарство і право. 2017. №5. С. 156-160.

² Юрійчук І. Конституційна скарга та особливості реалізації права на правову допомогу в Україні. Підприємництво, господарство і право. 2017. №5. С. 156-160.

³ Юрійчук І. Конституційна скарга та особливості реалізації права на правову допомогу в Україні. Підприємництво, господарство і право. 2017. №5. С. 156-160.

⁴ Гультайт М. М. Конституційна скарга у механізмі доступу до конституційного правосуддя: монографія. Х.: Право, 2013. 424 с.

⁵ Zákon o Ústavním soudě ze dne 16 června 1993 № 182/1993. URL: <http://www.zakonyprolidi.cz/cs/1993-182>.

те, що сторони можуть бути представлені лише адвокатами, які мають право виступати перед Верховним судом касації та правосуддя¹.

Отже, до конституційного провадження в даній ситуації допускаються адвокати з вищим рівнем кваліфікації та володінням навичок щодо захисту прав і свобод особи.

Дещо лояльнішими, наприклад, є російський та німецький законодавці, які право на здійснення представництва в конституційному провадженні надають не тільки адвокатам, але й іншим наперед визначеним категоріям суб'єктів. Зокрема, у ч.2 ст. 53 Федерального конституційного закону «Про Конституційний Суд Російської Федерації» від 27 липня 1994 року передбачено, що представниками сторін можуть бути адвокати або особи, які мають вчений ступінь із юридичної спеціальності, повноваження яких підтверджуються відповідними документами².

Представником у конституційному судочинстві за законодавством Німеччини, крім адвоката, може бути й викладач права в державному університеті або визнаного державою університету країни – члена ЄС (ст. 22 закону «Про Федеральний конституційний суд» від 3 грудня 1951 року)³.

Виходячи з вищесказаного, можна зробити висновок, що у більшості наведених країн участь адвоката є обов'язковою і вимоги до адвоката, що представляє особу у конституційному судочинстві є на порядок вищими ніж до інших адвокатів. Тому на мою думку, враховуючи практику іноземних держав, їх досвід та порівняння із сучасним станом законодавства України можна виділити перелік проблем інституту адвоката у конституційному провадженні, які існують на сьогоднішній день та запропонувати шляхи їх подолання. На нашу думку, основною проблемою на сьогоднішній день, є те, що законодавець не приділяє належної уваги адвокату, як учаснику у конституційному судочинстві. Відповідно до п. 6 ч. 1 ст. 19 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» видами адвокатської діяльності є: представництво інтересів фізичних та юридичних у судах під час здійснення цивільного, господарського, адміністративного та конституційного судочинства, а також в інших державних органах, перед фізичними та юридичними особами. І це єдина згадка про адвоката в конституційному судочинстві.

Аналізуючи Закон України «Про Конституційний Суд України» та Регламент Конституційного Суду України наявність адвоката як представника особи не регламентується. Стаття 55 Закону України «Про Конституційний Суд України» тільки вказує на можливість залучення уповноваженої особи, що діє від імені суб'єкта права на конституційну скаргу, але не вказує, що цією особою повинен бути адвокат.

Хоча зі зміною процесуального законодавства України і започатковується адвокатська монополія, але і у даному випадку законодавець упустив питання адвокатів саме у конституційному судочинстві. Враховуючи, що в перехідних положеннях до Конституції України закріплюється поетапний механізм такої монополії. Так, представництво виключно адвокатами у Верховному Суді та судах касаційної інстанції здійснюється з 1 січня 2017 року; у судах апеляційної інстанції – з 1 січня 2018 року; у судах першої інстанції – з 1 січня 2019 року.

На жаль, поза увагою українського законодавця і у цьому випадку залишилось конституційне судочинство, що певною мірою ускладнює процедуру реалізації

¹ Privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale : Lege din 18 mai 1992 № 47. URL: <https://www.ccr.ro/Legea-nr-471992>.

² О Конституционном Суде Российской Федерации: Федеральный конституционный закон от 27 июля 1994 года № 1-ФЗК. Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 13. Ст. 1447.

³ Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (BVerfGG) aus 01.08.1959. URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bverfgg/gesamt>.

конституційної норми щодо представництва особи в суді виключно професійним представником тобто адвокатом¹.

Також, на відмінну від таких держав, як Німеччина або Румунія, законодавець не встановлює ніяких кваліфікаційних вимог до особи, яка здійснює представництво в Конституційному суді. Оскільки представництво особи в конституційному провадженні процес не з простих, то і вимоги до особи адвоката повинні бути підвищені. Тобто в законодавстві повинна бути прописана норма, в якій би зазначалось, що адвокат повинен володіти певними спеціальними навичками, вміннями та знаннями і тільки тоді він може бути допущений до участі в конституційному провадженні.

Крім відсутності кваліфікаційних вимог щодо особи представника в конституційному провадженні, український законодавець не встановлює навіть приблизного переліку його процесуальних прав і обов'язків. Не отримав чіткого врегулювання й порядок посвідчення повноважень такого представника. Лише буквальный аналіз окремих положень Закону України «Про Конституційний Суд України» (п.2 ч.2 ст. 39, п.2 ч.2 ст. 42, ч.4 ст. 54) і Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (ч.3 ст. 26) дає можливість дійти висновку, що таке представництво повинно здійснюватися на підставі доручення².

Отже, враховуючи вищесказане можна було б запропонувати: 1) внести зміни до законодавства щодо обов'язкової участі адвоката у конституційному провадженні та визначення його як єдиної особи, яка може здійснювати представництво; 2) закріпити на законодавчому рівні перелік кваліфікаційних вимог до особи, яка може здійснювати представництво суб'єкта подання конституційної скарги; 3) передбачити перелік процесуальних прав та обов'язків адвоката у конституційному провадженні.

СУБ'ЄКТИ ДОКАЗУВАННЯ В КОНСТИТУЦІЙНОМУ СУДОВОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Руснак А.В.

*аспірантка III-го року навчання юридичного факультету
Чернівецького національного університету ім. Ю. Федьковича*

Суб'єкти доказування є важливим елементом конституційного судочинства. Адже вони є учасниками конституційного судового процесу, які здійснюють ініціювання, розгляд справи і представленням та дослідженням доказів, а також здійснюють оформлення підсумкового акту в справі.

Для того, щоб розглянути перелік суб'єктів доказування варто було б спершу, на нашу думку, здійснити поділ суб'єктів доказування. Ми вважаємо, що поняття суб'єктів доказування у конституційному судовому процесі України можна розглядати в широкому та вузькому розуміннях.

В широкому розумінні суб'єктами доказування будуть всі учасники конституційного судового процесу (судді Конституційного Суду України, працівники апарату Конституційного Суду України та ін.), а у вузькому розумінні до суб'єктів доказування будуть відноситись ті учасники конституційного судового процесу, які згідно закону наділені правом на конституційне подання, або ж звернення.

¹ Заборовський В.В. Особливості правового становища адвоката в конституційному судочинств. Конституційно-правові академічні студії. 2016. № 1. С. 109-117.

² Заборовський В.В. Особливості правового становища адвоката в конституційному судочинств. Конституційно-правові академічні студії. 2016. № 1. С. 109-117.

Включати до суб'єктів доказування суддів Конституційного Суду України та працівників апарату Конституційного Суду нам видається доцільним, оскільки саме ними в процесі розгляду справи здійснюється збір, дослідження та оцінка доказів і без їх участі процес доказування неможливий.

Ті учасники конституційного судового процесу, що мають право на конституційне подання або звернення теж беруть безпосередню участь в процесі доказування, адже, звертаючись до Конституційного Суду України вони надають докази і беруть участь у відстоюванні своєї правової позиції. Згідно ст. 52 та 54 Закону України «Про Конституційний Суд України» суб'єктами, що мають право на конституційне подання або звернення є: Президент України, щонайменше сорок п'ять народних депутатів України, Верховний Суд, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Верховна Рада Автономної Республіки Крим та Кабінет Міністрів України¹.

Виходити за межі цього вичерпного переліку суб'єктів доказування, які мають право на подання або звернення, не можна, оскільки Конституційний Суд відмовить у прийнятті справи до розгляду.

Наведемо кілька подібних випадків із судової практики Конституційного Суду України.

«У конституційному поданні ставиться питання щодо офіційного тлумачення положень статті 34 Конституції України, а не положень статті 211 Кримінального кодексу України, як це зазначено в рішенні Арцизької міської ради. Міський голова, підписавши зазначене конституційне подання, виїшов за межі рішення міської ради, тобто він не мав права направляти його на предмет офіційного тлумачення положень статті 34 Конституції України.» (абзац другий пункту 3 мотивувальної частини). Ухвала Конституційного Суду України про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним поданням Арцизької міської ради щодо офіційного тлумачення положень статті 34 Конституції України від 23 березня 2000 року № 24-у/2000².

«Звернення Голови Верховної Ради України до Конституційного Суду України з питання надання останнім висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України вимогам її статей 157 і 158 Основний Закон України не передбачас³.

Таким чином, суб'єктом звернення до Конституційного Суду України з клопотанням про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України статтям 157 і 158 Конституції України є тільки Верховна Рада України як колегіальний орган.» (речення друге абзацу п'ятого, абзац шостий пункту 3 мотивувальної частини). Ухвала Конституційного Суду України про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за зверненням Голови Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності проекту Закону України про внесення змін до Конституції України вимогам статей 157 і 158 Конституції України від 14 березня 2007 року № 18-у/2007⁴.

Отже, поняття суб'єктів доказування в конституційному судовому процесі можна розглядати в широкому та вузькому розумінні. У широкому розумінні – це всі учасники

¹ Про Конституційний Суд України: Закон України від 13.07.2017 р. за

№ 2136-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 35. Ст. 376.

² Право на конституційне подання/звернення: каталог позицій Конституційного Суду України (за ухвалами 1997-2017 років). Режим доступу: <https://ccu.gov.ua/storinka-knygy/1-pravo-na-konstytuciynne-podannyzvernennya>

³ Право на конституційне подання/звернення: каталог позицій Конституційного Суду України (за ухвалами 1997-2017 років). Режим доступу: <https://ccu.gov.ua/storinka-knygy/1-pravo-na-konstytuciynne-podannyzvernennya>

⁴ Право на конституційне подання/звернення: каталог позицій Конституційного Суду України (за ухвалами 1997-2017 років). Режим доступу: <https://ccu.gov.ua/storinka-knygy/1-pravo-na-konstytuciynne-podannyzvernennya>

судового процесу разом із суддями Конституційного Суду України та працівниками суду, які беруть безпосередню процесуальну участь в процедурі доказування. А у вузькому розумінні – це ті учасники конституційного судового процесу, які Конституцією України наділені правом конституційного подання або звернення.

***Науковий керівник:** завідувач кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича, доктор юридичних наук, професор О.В. Шербанюк.*

ПРАВО НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУД У КОНТЕКСТІ ЄВРОІНТЕГРАЦІЙНИХ ПРОЦЕСІВ

Слінько Т.М.

*кандидат юридичних наук, професор,
завідувачка кафедри конституційного права України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

В умовах сьогодення питання дотримання і захисту прав і свобод людини, серед яких і право на справедливий суд, не втрачає актуальності. Більш того, існують міжнародні й національні механізми його реалізації. Так, згадане право гарантується ст. 55 Конституції України, а також передбачене цілою низкою міжнародних документів, а саме Загальною декларацією прав людини (ст. 8, 10), Міжнародним пактом про громадянські і політичні права (ст. 14), Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод (ст. 6). Варто відзначити, що найширше зміст права на судовий захист розкривається в останньому документі. Зокрема, у п. 1 ст. 6 Конвенції задекларовано, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи впродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав і обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. Виходячи з наведеного, можна зробити висновок, що право на справедливий суд має комплексну структуру і складається з наступних елементів: а) право на розгляд справи (право на суд); б) розгляд справи судом, встановленим законом; в) справедливість судового розгляду; г) незалежність і безсторонність суду; д) публічність розгляду справи і проголошення рішення; е) розумний строк розгляду справи.

До сказаного додамо, що універсальною, тобто такою, яка сприяє безперешкодній реалізації та захисту майже всіх основних прав і свобод людини і громадянина, гарантією виступає право на звернення до суду, оскільки закріплення цього права є підтвердженням того, що порушене право може бути поновлене спеціальним органом – судом.

Звернемося до національної законодавчої бази з цього питання. Так, як уже було вказано вище, у випадку виникнення необхідності захисту прав і свобод людини, тобто за умов порушення будь-якого права, нормою, яка гарантує встановлення status quo, виступає ст. 55 Конституції України. Так, у частині першій закріплено право на судовий захист, яке в міжнародній практиці отримало назву «право на суд», або «право на правосуддя». Важливо пам'ятати, що в цьому праві значення має не проголошена мета, а результат, з огляду на що вона обумовлюється достатньо жорсткими критеріями й стандартами. Право на справедливий судовий розгляд є основоположною засадою всієї системи гарантування прав і свобод людини.

У контексті сказаного слід відзначити, що при захисті прав людини головною запорукою є закріплення вимог універсальності й практичності, що й виправдовує

першочергове втручання у справу органів, яким прямо не властива судова функція (наприклад, Верховної Ради України, прикладом чого вважається справа «Олександр Волков проти України» (*Oleksandr Volkov v. Ukraine*) від 1 вересня 2013 р.), адміністративних органів влади і професійних і, тим більше, судових органів, що не задовольняють у повному обсязі вимоги ст. 6 (справа *Le Comte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*).

Не менш важливо й те, що право, що розглядається, одночасно можна розглядати як процесуальне право, реалізація якого забезпечується механізмом виконання обов'язку держави гарантувати права і свободи громадянина, а його порушення дає змогу особі оскаржити цей факт до компетентних органів публічної влади (зокрема, до суду й міжнародних судових інстанцій); так і юридичну гарантію, тобто одним із найбільш ефективних засобів захисту прав людини. Таким чином, воно є правом-гарантією і належить до основних невідчужуваних прав і свобод, не може бути обмежене навіть в умовах воєнного чи надзвичайного стану.

Проте саме з огляду на ключову роль, яке зазначене право відіграє в механізмі захисту прав і свобод людини і громадянина, в науковій літературі можна зустріти різні підходи до його визначення, що пояснюється тим, що превалює для автора дефініції, на чому акцентується. Так, автори підручника «Конституційне право України» під ним розуміють комплексне право особи, яке складається із низки елементів процесуального й матеріально-правового характеру, що забезпечують безперешкодне звернення до суду, справедливе правосуддя, повне й ефективне поновлення у правах¹. На думку О.В. Лемака, «право на судовий захист – це суб'єктивне публічне право особи на доступ до незалежного і безстороннього вирішення спорів за встановленою правовою процедурою на засадах верховенства права і справедливості»².

Процесуальні аспекти цього права складаються з можливостей, наданих особі в стадії судового розгляду (право на звернення до суду, право на особисту участь у справі, бути вислуханим законним складом суду, оскаржувати прийнятий судовий акт, вимагати його виконання тощо), а матеріально-правовий, у свою чергу, пов'язаний із відновленням порушеного або оспорюваного права чи охоронюваного законом інтересу, що становить предмет судового розгляду.

Крім того, до значення і змісту права на судовий захист неодноразово звертався у своїх рішеннях Конституційний Суд України. Зокрема, юридична позиція Конституційного Суду України базується на тому, що верховенство права, будучи одним з основних принципів демократичного суспільства, передбачає судовий контроль над втручанням у право кожної людини на свободу; конституційне право людини на судовий захист є гарантією усіх прав і свобод людини і громадянина (абз. 9 п. 9 мотивувальної частини рішення від 30 січня 2003 р. № 3–рп/2003, абз. 14 підп. 4.1 п. 4 мотивувальної частини рішення від 2 листопада 2004 р. № 15–рп/2004, абз. 1 підп. 2.2 п. 2 мотивувальної частини рішення від 1 червня 2016 р. № 2–рп/2016; абз. 13 підп. 2.1 пункту 2 мотивувальної частини рішення від 23 листопада 2017 року № 1–р/2017).

Як бачимо, Конституційний Суд України визнає, що в механізмі гарантування конституційних прав і свобод ключове місце посідає суд. Беручи все це до уваги, видається цілком виправданим те, що метою судової конституційної реформи від 2 червня 2016 р. було, зокрема, «забезпечення кожному права на справедливий судовий розгляд справи незалежним і безстороннім судом». Наведемо аргументи. По-перше, Конституція визначає суд як орган, який у більшості випадків вирішує питання щодо обмеження в реалізації конституційних прав і

¹ Конституційне право України: підручник / [Т.М. Слінько, А.І. Лєтнянчин, Ф.В. Веніславський та ін.]; за заг. ред. Т.М. Слінько. Харків: Право, 2020. 592 с.

² Лемак О. В. Соціальна і правова природа права на судовий захист в умовах перехідного конституціоналізму в Україні. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки»*. 2014. Вип. 3. Т.1. С. 119.

свобод (ч. 2, 3 ст. 29, ч. 2 ст. 30, ст. 31, ч. 4 ст. 37, ч. 2 ст. 39, ч. 6 ст. 41, ч. 3 ст. 47). По-друге, відповідно до ч. 3 ст. 8 Основного Закону звернення до суду за захистом конституційних прав і свобод безпосередньо на підставі Конституції гарантується; згідно з ч. 1 ст. 55 Конституції України права і свободи людини і громадянина захищаються судом. У Конституції закріплене положення стосовно існування можливості оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб (ч. 2 ст. 55).

Як уже наголошувалося нами неодноразово в попередніх публікаціях, питання реалізації прав людини і громадянина, зокрема, і на справедливий судовий розгляд, набули особливої актуальності в контексті євроінтеграційних спрямувань України. Підтвердженням цього є останні події (реформування прокуратури, поліції, судова реформа тощо). Пояснюється це тим, що об'єднана Європа відіграє провідну роль не тільки в сучасних міжнародних відносинах, а й в утвердженні конституційних принципів демократичної, соціальної, правової держави. ЄС вимагає від нових кандидатів переймати й запроваджувати стандарти внутрішньої демократії, державного адміністрування і детально врегульованого захисту, що вже свого часу зробили її члени. Більш того, із моменту заснування Європейського Союзу і до сьогодні основоположними цінностями в ньому визнаються повага до людської гідності, свобода, демократія, рівність, верховенство права і примат прав людини, включаючи пієтет прав меншин. Звісно, перераховані цінності спільні для всіх держав-членів, бо в них переважають плюралізм, недискримінація, толерантність, правосуддя, солідарність і рівність прав чоловіка та жінки. Заслуговує на увагу те, що Європейський суд у своїй практиці неодноразово звертався до права на справедливий судовий розгляд. Як зазначив Суд, з огляду на «визначне місце», яке посідає право на справедливий судовий розгляд у демократичних суспільствах, його обмежене тлумачення не відповідатиме об'єктові та цілям ст. 6 (*справа Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*). Згідно зі статистикою, найбільшу кількість справ, що перебувають на розгляді Європейського суду, становлять саме порушення статті 6 ЄКПЛ, що цілком логічно з огляду на її значення. Спираючись на це, Суд наголошує, що Конвенція має застосовуватися у різних правових системах (*справа Neumeister v. Austria* (1968)), а сам Суд при її застосуванні завжди бере до уваги правові традиції, що склалися у Договірних державах.

Підсумовуючи, вкажемо, що питання реалізації прав людини і громадянина, зокрема, і на справедливий судовий розгляд, набули особливої актуальності в контексті євроінтеграційних спрямувань України. Проте його реальне і дієве втілення є проблемним у країнах перехідної демократії, до яких також належить наша держава. Українські суди ще не стали надійним інститутом захисту прав людини, бо рівень довіри до них з боку суспільства залишається низьким. Згідно з Концепцією вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, повноцінна судова реформа неможлива без реформування й розвитку інститутів, які безпосередньо пов'язані з реалізацією права на судовий захист.

СЕКЦІЯ 6. ПЕРШІ КРОКИ В НАУЦІ

ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ПРОЦЕДУРИ МЕДІАЦІЇ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Артеменко Д.С.

студентка 3 курсу

Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

Будь-які зміни у процесі судової реформи включають не лише покращення якості роботи судів, а й ефективне вирішення правових конфліктів - судових процесів. За аналізом перевірки даних про стан правосуддя у 2018 році, до муніципальних загальних та районних адміністративних судів було розглянуто 199,3 тисячі адміністративних справ. Така кількість справ, де стороною виступає держава зазвичай ускладнює процедуру прийняття справедливого та законного рішення, оскільки тягар правосуддя непропорційний його можливостям¹. Одним не юридичних способів захисту порушених прав є медіація (з англ. mediation). Посередником має бути незалежна третя особа стосовно сторін у спорі, які не зацікавлені у вирішенні конфлікту на свою користь, але які сприяють вирішенню суперечки шляхом пошуку найкращого рішення, яке задовольняє обидві сторони. Таким чином, навіть за наявності правових імперативів та судової практики вирішення таких ситуацій посередник займається вирішенням конфлікту на користь обох сторін, не відступаючи від закону.

Медіація як альтернативне вирішення спорів широко використовується у всьому світі, особливо в США, Австралії та Європі. У багатьох країнах це закріплено законом. У суспільствах деяких країн, таких як Нідерланди, культура посередництва (медіації) вже сформувалася як можливий спосіб вирішення спору, в інших країнах, особливо в Німеччині, вона тільки зароджується. Багато судів реалізують типові проекти; перші експерименти, проведені за участю вчених – були успішно завершені. У Німеччині зараз ведуться активні дискусії щодо того, як інститут медіації може бути безпосередньо закріплений у процесуальному законодавстві².

Як зазначає головний суддя адміністративного суду Гамбурга Фрідріх-Йоахім Мемель: «Медіація – це процес переговорів, який є добровільним і може бути перерваний у будь-який час, при цьому сторони приймають власні рішення та впливають на результат»³.

Медіація має три особливості: по–перше, переговори ведуть треті особи зі спеціальною підготовкою – медіатори (посередники). По–друге, процес медіації має особливу структуру, що відкриває можливість пошуку взаємовигідного рішення. І по–третє, на відміну від традиційних судових процедур, медіація не обмежується предметом спору».

¹ Боженко Н.В. Впровадження медіації в адміністративних судах України. Науковий вісник публічного та приватного права. Випуск 2, ч. 1. 2016.С.45-48.

² 4. Кафарський В.В. Медіація в адміністративному судочинстві. Прикарпатський юридичний вісник. Випуск 3(6). 2014.С. 152-165.

³ Гаврилюк Р. Правова природа медіації як вислід буттєвих властивостей людини. Право України. – 2018. – № 3.С.128-143.

Крім того, медіація пропонує наступні три переваги: швидкість, конфіденційність та – як показує загальна практика медіації – високий ступінь ефективності¹.

Проведення процедури медіації особливо доцільно у тих випадках, коли сторони фактично виступають за вирішення (часто тривалих, емоційних та особистих) конфліктів, які фактично стоять за юридичним спором, коли пряма причина конфлікту не оспорується або коли перерва у спілкуванні все ще перешкоджала врегулюванню конфлікту. Водночас посередництво не обмежується, попереднім предметом спору; вона повинна враховувати приховані причини конфлікту, які в кінцевому підсумку не пов'язані з правом сторін. Крім того, до процесу медіації можуть бути залучені треті особи, які ще не брали участі у провадженні. Тому посередництво може використовуватися (майже у всіх) галузях права. Відсутність обмеження процедури посередництва предметом спору відкриває сторонам більше можливостей пошуку взаємовигідного вирішення спору, яке б запобігло конфліктним ситуаціям.

Норма статті 5 частини 2 Кодексу адміністративного судочинства України встановлює право на захист судом порушених прав, свобод чи інтересів особи, яка звернулася до суду, навіть іншим чином, що не суперечить закону та забезпечує ефективний захист прав людини, свобод та інтересів суб'єктів у сфері суспільних відносин від порушень з боку суб'єктів владних повноважень.

Стаття 55 Конституції України передбачає, що кожен має право захищати свої права та свободи від порушень та незаконного втручання будь - якими засобами, не забороненими законом. Проект закону щодо медіації від 17 грудня 2015 року зупинився на етапі винесення постанови Верховної Ради від 3 листопада 2016 року про прийняття у першому читанні, але 28 лютого 2019 року законопроект був відхилений у другому читанні.

За відсутності прийнятого закону про медіацію, сторони адміністративного спору наразі мають два варіанти його використання: звернення за допомогою до незалежного приватного посередника або вирішення спору за участю суду. Через велику кількість позовів, поданих до адміністративних судів. У такому підході медіація розуміється як окрема процесуальна специфічна діяльність суду, а позитивний досвід Німеччини показує, що тут немає нічого неможливого.

Стаття 47 Кодексу адміністративного судочинства України передбачає, що сторони адміністративного спору мають право на примирення на будь - якій стадії провадження. Наслідком такої процедури примирення є припинення процедури. Однак, пункт 6 цієї статті передбачає, що таке примирення є юридичною природою угоди і не повинно суперечити закону або порушувати права, свободи чи інтереси будь-кого. Норма статті 180 Кримінально - процесуального кодексу України надає сторонам можливість вирішити спір шляхом примирення на стадії підготовки судового засідання. Альтернативою цьому рішенням є звернення до суду та вирішення спору із суддею у формі зустрічей із сторонами, і тому можна припустити, що законодавець розуміє процедуру примирення як судову та позасудову врегулювання без участі чи участі судді або посередника.

Тому сьогодні медіація в адміністративному процесі функціонує як частина не обов'язкової діяльності суду, але варто підкреслити, що не заборонено звертатися до незалежної сторони - посередника, для якого сама медіація є професійною сферою. Національна асоціація медіаторів України, яка є самоврегульованим, некомерційним громадським об'єднанням, надає підтримку розвитку вирішення спорів шляхом

¹ Гаврилюк Р. Правова природа медіації як вислід буттєвих властивостей людини. Право України. – 2018. – № 3.С.128-143.

посередництва, надає професійну акредитацію медіаторам, медіаторські центри та програми навчання медіаторів. Діяльністю Асоціації є також організація та проведення тренінгів, навчань, консультацій для громадськості та представників держави, популяризація та вдосконалення засобів медіації. В Україні також є реєстр медіаторів, де кожен зацікавлений може знайти медіаторів за такими критеріями: регіон роботи, робоча мова та область вирішення конфліктів, що здається дуже вигідним для пересічного громадянина¹.

Оскільки в Україні (до речі, як і в Німеччині) не вистачає кваліфікованих посередників, єдиною прийнятною на даний момент формою посередництва є так звана судова медіація, тобто процедура медіації проводиться в судовому провадженні у випадку, якщо судді мають відповідну підготовку медіатора. Ця форма найкраще підтримуватиме медіацію як альтернативний спосіб вирішення взаємовигідних спорів до судового рішення. Про це свідчить досвід інших країн, наприклад Нідерландів, де впровадження судової медіації згодом сформувало власну культуру посередництва. Нідерланди, країна з 16 - мільйонним населенням, сьогодні мають понад 10 000 кваліфікованих посередників у різних сферах та професіях. Таким чином, процес посередництва відбувається там не лише як частина процесу, а й у багатьох сферах суспільного життя на підготовчому етапі.

На даний час Україна також планує запровадити медіацію як альтернативну форму вирішення спорів, особливо в адміністративних провадженнях. Але для цього необхідно забезпечити якісну освітою і професійною підготовкою майбутніх медіаторів, та якщо все ж таки наша держава зможе якісно підготувати таких фахівців - справи спірного характеру не будуть настільки довготривалими та повернеться довіра до українського судочинства.

Науковий керівник: доцент кафедри загальноправових дисциплін ДДУВС, к.ю.н., доцент І.О.Тищенко

КОНТРАЖОРИТАРНИЙ АРГУМЕНТ У КОНСТИТУЦІЙНОМУ СУДОВОМУ ПРОЦЕСІ: ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД

Бакун В.І.

студент V-го курсу юридичного факультету

Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

Контражоритарна аргументація виникла у великій кількості країн складним та унікальним чином. Деякі з цих дискусій розгорілися в Канаді, Франції, Новій Зеландії, Австрії, Німеччині, Італії, Австрії і, звичайно, США.

Існують деякі аргументи проти законності конституційної юрисдикції, такі як відсутність демократичної легітимності походження конституційного судді, порушення демократичного порядку з рішеннями, що суперечать більшості, або надання довільних повноважень суддям, які не несуть відповідальності... На захист юрисдикційного контролю було висунуто ще багато аргументів та теорій. Це легко пояснити, враховуючи, що існує культура, яка поступово зростає, що приймає юрисдикційний контроль як парадигму та вимогу, властиву конституційній державі, і тому, що заперечувати проти конституційного правосуддя і, зокрема, судового розгляду, означає порушувати поняття

¹ Боженко Н.В. Впровадження медіації в адміністративних судах України. Науковий вісник публічного та приватного права. Випуск 2, ч. 1. 2016.С.45-48.

демократії і багато аргументів наводяться в термінах, які ігнорують поняття самої демократії, і тому їх не слід класифікувати як контрмажоритарні.

Ми проаналізуємо аргументи, які вважаємо головними в дискусії про більшість. Перш ніж це зробити, ми зацікавлені ввести важливу відмінність. Протягом усієї дискусії про контрмажоритарність часто висувуються аргументи, які, очевидно, представляють точку зору контр-більшості, але насправді ставлять під сумнів лише ступінь, методологію чи обсяг судового розгляду, конституційну юрисдикцію загалом або просто конституційне тлумачення.

У нашій концепції існують три умови, які разом узаконюють конституційну справедливість і дозволяють їй подолати антидемократичне втручання контрмажоритарного заперечення: конституційна юрисдикція захищає процесуальні та матеріальні права, забезпечуючи саму силу демократії; конституційна юрисдикція захищає права меншин; конституційна нормативна сила забезпечується конституційним правосуддям.

Ми стверджуємо, що хоча існують різні аргументи, спрямовані на демонстрацію законності конституційної юрисдикції, вони, самі по собі, недостатні для легітимації інституту.

У подальшому ми будемо базувати наш аналіз на цих трьох аргументах, зокрема: стверджується, що конституційна юрисдикція долає контрмажоритарні заперечення, доки її контроль ґрунтується на забезпеченні процесуальних прав виборчого характеру, які забезпечують чинність демократії. Найбільш витончена форма цього аргументу зустрічається у Джона Елі, який в основному стверджує, що судовий розгляд повинен спочатку усунути перешкоди у демократичній процедурі і, зокрема, захистити виборчі права на голосуванні.

захист прав меншин по-різному аргументувався як легітимація конституційної юрисдикції. Конституція має бути документом, який захищає людей від того, що Алексіс де Токвіль влучно назвав тиранією більшості. Сутність сучасної конституційної держави визначається захистом певних прав, які повинні бути поставлені поза межами досяжності простої більшості голосів. Та сама дискусія навколо Суду з 1940 -х років зосереджена на тлумаченні прав і, зокрема, прав меншин. Такі автори, як Каппелетті, Дворкін та Раз, більшою чи меншою мірою сприймали права людини як основу легітимності конституційного правосуддя, прав, призначених для захисту інтересів меншин. Судовий розгляд має бути зосередженим на ефективності предметних демократій на відміну від процесуального, в цьому випадку суддя не є недемократичним. Ніно не погоджується із законністю конституційної юрисдикції, яка ґрунтується на захисті прав людини, та стверджує, що судовий розгляд рішень більшості не є обов'язковою умовою для захисту таких прав. Слід зазначити, що захист прав людини ставився під сумнів у його оперативному режимі. Існує чудове старе дослідження Роберта Даля, в якому Суд концептуально уявляється не як захисник прав людини, а скоріше як інститут, що відповідає панівній владі. У концепції Даля погляди Суду рідко відрізняються від політичних поглядів домінуючої законодавчої більшості у Сполучених Штатах. Звичайно, аргумент Даля є фактичним, а не конституційним, тому, навіть якщо твердження про те, що Суд рідко здійснює конституційну юрисдикцію на захист прав меншин, це не означало б, що юрисдикційний контроль був нелегітимним, коли він ефективно здійснювався описаним способом. З цієї причини є автори, які виступають за формулювання демократичної теорії судового розгляду на основі ефективного захисту прав людини.

Нарешті, можна заперечити законність конституційної юрисдикції через захист нормативної сили Конституції. Нормативною силою Конституції є забезпечення та

обґрунтованість конституційних приписів, які дозволяють Конституції бути центром життя держави, незалежно від того, чи є вони процедурними чи демократичними правами. Конституція вилучає певні питання з рішення більшості; конституційна юрисдикція - це забезпечення цих резервів.

Проблема демократичної легітимності, що випливає з конституційного суду, створює серйозні проблеми для самої концепції конституційного суду як демократичної інституції, але навіть тоді, коли його судді не обираються прямо демократичним шляхом. Наприклад, у Чилі (де у призначенні бере участь сам Верховний Суд), Еквадор (де за конституцією є обов'язковим враховувати паритетність та репрезентативність статей у складі Суду) та цікаву справу Гватемали (де бере участь Університет Сан-Карлоса, і тому академія обов'язково включена до Конституційного Суду). Конституційна юрисдикція передбачає рішення з питань, добровільно вилучених з обговорення більшості, та сприйняття репрезентативності Суд мав би наблизити його до більшості та політичних рішень, від яких він спочатку намагався відхилитися.

Отже, контрмажоритарний аргумент має унікальну та особливу силу, яка закладена в надрах сучасної демократичної традиції. Легко пояснити, чому заперечення проти більшості привернуло увагу академіків і викликало суперечки та дискусії. Однак існує закономірна тенденція контрмажоритарного аргументу, яку необхідно ретельно проаналізувати. Це заперечення з плином часу пом'якшується і поступово починає формуватися в критичних термінах проти конституційної юрисдикції, здійснюваної на неконтрольованому та не заснованому на принципах.

***Науковий керівник:** асистент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича Л.Г. Бзова.*

«ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ЗАСАДИ – ПОВАГИ ДО ЛЮДСЬКОЇ ГІДНОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ»

Банар О.В.

Поліцейський відділення № 2 взводу № 2 роти конвойної служби ГУНП в Чернівецькій області

Національне законодавство передбачає низку юридичних гарантій захисту особи від жорстокого поводження з особою під час кримінального провадження. КПК 2012 р., наприклад, було запроваджено правило про обов'язок суду обґрунтувати свої висновки лише на показаннях, які він безпосередньо сприймав під час судового засідання. Суд вправі обґрунтувати судові рішення показаннями, наданими слідчому, прокурору або посилатись на них (ч. 4 ст.95 КПК). Те саме стосується і речей, документів (ч. 2 ст.23 КПК). Вочевидь, такі новели свідчать про прагнення законодавця мінімізувати ризики застосування незаконного примусу на стадії досудового розслідування, оскільки отримана у такий спосіб інформація є юридично нікчемною з огляду на обов'язковість безпосереднього дослідження доказів у суді.

У кримінальному процесуальному законі на обов'язок забезпечувати право на гідність особи під час проведення слідчих (розшукових) дій прямо вказано лише у нормах, що регламентують слідчий експеримент (ч. 4 ст.240 КПК) і освідування (ч. 4 ст. 241 КПК). Однак це не означає, що під час інших процесуальних дій зазначене право особи можна ігнорувати. Оскільки повага до людської гідності закріплена у кримінальному процесуальному законі як засада кримінального провадження, вона підлягає застосуванню під час проведення усіх процесуальних дій і прийняття усіх процесуальних рішень.

Перш за все це правило стосується ситуацій, пов'язаних із взяттям особи під варту, зокрема, при затриманні. Відповідно до ч. 4 ст.208 КПК затримана особа має право давати пояснення, показання. У разі наявності підстав для обґрунтованої підозри про доставлення особи довше, ніж це необхідно, слідчий зобов'язаний провести перевірку, за результатами якої винні особи мають притягатися до відповідальності (ч. 2 ст.210 КПК). Законом передбачено також обов'язок службової особи, відповідальної за перебування затриманих, забезпечити невідкладне надання належної медичної допомоги та фіксацію медичним працівником будь-яких тілесних ушкоджень або погіршення стану здоров'я затриманого (п. 6 ч. 2 ст.212 КПК).

Залишаються відкритими також питання належного забезпечення реалізації засади поваги до людської гідності із огляду на положення частин 6, 7 ст. 206 КПК, зміст яких свідчить про те, що закон пов'язує обов'язок слідчого судді забезпечити невідкладне проведення судово-медичних обстежень та доручити відповідному органу досудового розслідування проведення перевірки фактів, викладених у заяві особи, за умови, коли така заява поступає під час будь-якого судового засідання. Отже, до моменту судового засідання особа, яка піддалась насильству, фактично не має законних підстав оскаржити незаконні дії до незалежного органу – слідчого судді. Не на користь особи в подібних ситуаціях працює і час, що збігає з моменту застосування до особи незаконного примусу до моменту судового засідання, оскільки сліди жорстокого поводження з плинном часу можуть зникнути. Між тим Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання (1984 р.) покладає на державу обов'язок швидкого і неупередженого розслідування катувань, метою якого є встановлення і покарання відповідальних осіб за погане поводження і надання вільного доступу заявника до процесу розслідування (ст. 12).¹

Вважаю, що під час судового розгляду кримінальної справи суд зобов'язаний керуватися вимогами засади поваги до людської гідності при вирішенні питання про доцільність дослідження доказів щодо тих обставин, які ніким не оспоруються (так званий «скорочений судовий розгляд»). У випадках, коли в ході допиту обвинуваченого, який є обов'язковим за ч. 4 ст.349 КПК, останній заявляє про застосування до нього незаконних методів розслідування, жорстокого поводження у ході досудового розслідування, суд має дослідити докази щодо всіх обставин, які підлягають доказуванню, незалежно від позицій сторін при вирішенні питання про обсяг доказів, що підлягають доказуванню.

Відповідно до прецедентної практики Європейського суду з прав людини погане поводження для того, щоб підпадати під дію ст. 3 Конвенції, має досягти певного мінімального рівня жорстокості і є відносною. Вона залежить від усіх обставин справи, зокрема, таких, як тривалість поводження, його вплив на фізичний та психічний стан, а в деяких випадках – від статі, віку і стану здоров'я жертви такого поводження (справа «Ірландія проти Сполученого Королівства»);² Загроза поводження, забороненого ст. 3 Конвенції, якщо вона є достатньо реальною та безпосередньою, також може підпадати під дію ст. 3 Конвенції; рівень жорстокості при цьому має визначатися залежно від психофізичного стану особи (справа «Текін проти Туреччини»). Слід зауважити такі важливі для доказування правоположення, що містяться у рішеннях Європейського суду, як обов'язок суду опиратись на сукупність доказів, які йому надані, а у необхідних

¹ Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання від 10.12.1984 р. Дата оновлення: 13.11.1998. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_085.

² Де Сальвіа М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Санкт-Петербург : Юридический центр Пресс, 2004. 1071 с.

випадках – на тих, що суд здобув за власною ініціативою (справа «Круз Верас проти Швейцарії»); доказування може будуватися на сукупності непрямих доказів або достатньо вагомих, чітких та несуперечливих доказах (справа «Лабіта проти Італії») ст. 3 Конвенції застосовується не тільки у випадку умисних форм поведінки представників держави, а й в інших можливих ситуаціях (справа «Претті проти Сполученого Королівства»);¹ для застосування ст. 3 достатньо встановлення факту приниження гідності «у власних очах», а не очам інших осіб (справа «Ранінен проти Фінляндії»). На мою думку, нема жодних винятків, коли можна обмежити право на гідність.

Обов'язок забезпечення ефективної реалізації принципу поваги до людської гідності покладено на державу у особі суб'єктів, що ведуть процес. Засада не має винятків, отже, повинна дотримуватися в усіх випадках, навіть в умовах надзвичайного стану. Судова практика розвивається у напрямку посилення гарантій дотримання принципу у ході кримінального провадження. За результатами дослідження нормативного змісту засади та практики її застосування пропонується внести доповнення до чинного КПК, спрямовані на приведення кримінального процесу України у відповідність із європейськими стандартами кримінального судочинства, зокрема, передбачити порядок, за яким затримана особа має бути негайно доставлена до суду для перевірки законності позбавлення особи волі, а особа, яка без позбавлення волі піддана незаконному примусу, мала право на оскарження відповідних дій до слідчого судді, прокурора.

В умовах постійної зміни кримінального процесуального законодавства, існування проблем у практиці правової реалізації актуальним є забезпечення виконання приписів, що складають нормативний зміст засад кримінального провадження – правових положень вищого ступеня нормативності у порівнянні зі звичайними правовими нормами, спрямованих не тільки на врегулювання діяльності органів та посадових осіб, що ведуть процес, а й на захист прав і свобод людини, громадянина від свавілля органів державної влади під час кримінального провадження, у ході якого здійснюється кримінальне процесуальне доказування.

На зміну старому законодавству з'явилося нове, яке за покликанням мало б, захищати інтереси двох сторін. Чітко прописані права і гарантії процесуальної незалежності прописані чітко. Але чи є реалізація цих прав в службовій діяльності важко відповісти. На сьогоднішній день службовці зіптовхуються з достатнім рівнем законів, але за неконкретності в деяких нормативних актах виникають розбіжності в правах та інтересах саме двох сторін. Колізії створюють некоректні процесуальні рішення, та допускають великий ризик порушень у сфері прав людини. Я вважаю, що варто переглянути всю систему розслідування справ, і прийняти нові норми які нададуть особі надійний захист своїх прав та інтересів у кримінальному процесі. Що ж стосується державних службовців необхідно, переглянути інструкції діяльності тих чи інших служб, збільшити контроль над ними, і притягувати до відповідальності тих осіб, які якимось чином здійснюють фізичний чи психологічний тиск на особу, яка перебуває у статусі підозрюваного. Збільшити службовим особам рівень обізнаності в тих чи інших сферах. Тобто відправляти кожного службовця на підвищення кваліфікації не раз в 3 роки, а раз на пів року, що дасть змогу розширити кругозір службовця. І надасть службовцям високий рівень знань, що в свою чергу, припинить діяння пов'язані порушенням прав особи.

¹ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. Офіційний вісник України. 1998. № 13. Ст. 270.

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ СТВОРЕННЯ СУДОВИХ ЕЛЕКТРОННИХ СИСТЕМ В УКРАЇНІ ТА ЄВРОПІ

Бельмега В.І.

*Інститут підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Враховуючи велику кількість судових справ та відповідно навантаженість судової системи паперового тяганиного, постає питання впровадження електронного правосуддя. Завдяки автоматизованим судовим процесам та засобам електронної комунікації, судові системи стають більш ефективними та орієнтованими на потреби користувачів.

Водночас не можна з упевненістю сказати, що в сучасному світі є така ідеальна система, яка забезпечує ефективний захист прав громадян і задовольняє всі вимоги сучасних реалій. Утім, продумане й обґрунтоване реформування системи судочинства України надасть можливість у складних сучасних умовах досягти певного прогресу та вдосконалити вже наявну систему¹.

Українська держава намагається не відставати від технічного прогресу та від світових лідерів у запровадженні електронного судочинства. Світові практики відомі і в деяких країнах вже добре апробовані системи електронного правосуддя, котрі відповідають усім наявним рівням інформатизації судочинства.

Зокрема, у Литві вся інформація зберігається у централізованій інформаційній системі всіх судів, яка має назву ЛІТЕКО. У Латвії існує єдина централізована СІС, яка була розроблена в 1998 році і запроваджена в 1999 році. Система підтримується та розробляється Судовою адміністрацією Латвії і наразі перенесена на нову платформу в рамках проекту E-case (Електронна справа)².

У Сінгапурі працюють такі інститути: система електронної подачі документів, яка з 2000 року є обов'язковою при подачі документів у цивільних справах, Інтегрована електронна система цивільних позовів, Служба електронного вилучення документів, яка дозволяє юридичним фірмам в режимі он-лайн шукати і переглядати документи, що надійшли до суду у цивільній справі. Також функціонує електронна інформаційна служба, котра дає можливість дізнаватися про всі процесуальні дії суду в режимі реального часу тощо³.

Питання впровадження інформаційних технологій у роботу судів в Україні є неоднозначним. Із прийняттям у 2016 році нової редакції Закону України «Про судоустрій та статус суддів» мова йшла про появу в судовій системі нової категорії, а саме Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи. А вже наприкінці 2017 року, набули чинності зміни до процесуального законодавства та характерним було запровадження ідеї «електронного суду» за допомогою системи ЄСІТС.

Саме Єдина судово-інформаційно-телекомунікаційна система покликана стати інструментом підвищення ефективності діяльності суду, функціонування у режимі реального часу та робитиме звернення до судів максимально простими та доступними для громадян.

Проте, ЄСІТС не почало працювати за установленними термінами, щоправда у окремих судах продовжилася тестова експлуатація окремих підсистем та модулів ЄСІТС.

¹ Подітанський В.С. Доктрина поняття електронного управління. *Leges et Vita*. 2018. № 1/2. С. 98–101.

² Брицнев О.В. «Електронний суд» в Україні. Досвід та перспективи : монографія. Харків : Право, 2016. 72 с

³ Кравчик М.Б. Реформування судової системи як важлива складова Європейської інтеграції України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10 / Львів, 2015. 217

Такий стан речей зумовлений тим, що у ході підготовки до запуску ЄСІТС, окремими наказами ДСА України вводилось пілотне використання складових елементів ЄСІТС¹.

Попри усі очевидні переваги електронного судочинства проект «Електронний суд» не набув широкої популярності і просування його відбувається вкрай повільно. Те саме стосується деяких інших загальнодержавних електронних проєктів у судочинстві: обмін електронними документами із використанням ЕЦП, проведення судових засідань у режимі відеоконференцій, використання електронно-інформаційних кіосків тощо.

Аналізуючи поточну стадію розвитку електронного судочинства в Україні, варто виявити конкретні елементи, які гальмують його впровадження. Зокрема, це це відсутність єдиної уніфікованої інформаційної платформи для спілкування учасників процесу з судом та з іншими державними органами. Реєстрація в багатьох реєстрах, коди доступу, інсталювання програм – все це обтяжує судовий процес.

Важливою проблемою є також фінансування електронного судочинства. Зокрема це призводить до неспроможності задоволення потреб усіх охочих у користуванні певними сервісами внаслідок недостатності потужностей відповідних програмно-апаратних комплексів та недостатності спеціалістів для їх обслуговування.

Підсумовуючи, варто зазначити, що впровадження електронного суду в Україні має свої позитивні сторони. Проте, чітко та злагоджено, він зможе працювати лише в тому випадку, якщо країна перейме досвід іноземних зразків «Електронного суду» та позбудеться чинників, які можуть гальмувати його розвиток.

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ЩОДО ПРОБЛЕМ ДОСТУПНОСТІ ДО ПРАВОСУДДЯ

Білик О.А.

*студент III-го курсу Інституту підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

На сьогодні зміни в економічному та політичному житті нашої держави супроводжуються активними законодавчими реформами, які торкаються такої важливої сфери діяльності держави як відправлення правосуддя. Основу таких реформ становлять: посилення судової влади; її незалежність від законодавчої та виконавчої влади; підвищення авторитету судової влади; законодавче врегулювання основ організації та порядку реалізації судової влади; запровадження європейських стандартів і принципів в сферу правосуддя, як форми реалізації судової влади; забезпечення доступності судового захисту; соціальна спрямованість судової влади.

Цивільне процесуальне право регулює один із важливих напрямків державної діяльності, яка полягає у виконанні такої особливої функції судової влади, як здійснення правосуддя в цивільних справах. Поняття правосуддя, з точки зору принципу розподілу державної влади, визначається як «найвища процесуальна форма захисту суб'єктивних прав і законних інтересів суб'єктів права». У сучасному світі правосуддя розглядається як одне з важливих досягнень цивілізації, але на основі вищесказаного постає питання щодо доступності при здійсненні правосуддя у цивільних справах.

Проблема доступності правосуддя має свої історичні та концептуальні витoki, а ідея доступності правосуддя та її теоретичні інтерпретації розвивалися протягом тривалого часу.

Можна сказати, що вади та недоступність правосуддя пов'язують, по-перше, з перешкодами матеріального характеру, які не дають можливість бідним верствам

¹ Пасенюк О.М. Підходи до удосконалення законодавства та практики у сфері розмежування видів судової юрисдикції. URL: <http://www.info-library.com.ua/books-text-10003.html>

населення звернутися за захистом своїх прав до суду (високі судові витрати, неможливість звернення за допомогою до адвоката тощо); по-друге, з відсутністю спеціальних процедур, які б давали можливість ефективно захищати права й інтереси не окремої особи, а певної групи, колективу, яких неможливо персоніфікувати на момент відкриття справи в суді; по-третє, зі складністю та дуже повільним розглядом справ у судах, необхідністю спрощення цивільного судочинства, введення спеціальних альтернативних процедур для вирішення певних категорій справ.

Доступність правосуддя, пов'язується з дією низки принципів цивільного судочинства: диспозитивності, змагальності, процесуального рівноправ'я, усності, національної мови судочинства та інших. Закріплення на конституційному та галузевому рівні права на звернення до суду за судовим захистом, з якого найчастіше й виводиться принцип доступності правосуддя в цивільних справах, означає лише те, що держава бере на себе зобов'язання забезпечити кожній особі можливість звернутися до суду за захистом своїх прав, свобод та інтересів, а суд як орган державної влади уповноважений здійснювати функцію правосуддя, зобов'язаний відкрити провадження у справі та вчинити всі необхідні дії щодо надання такого захисту. Однак це не означає, що держава не може на рівні галузевого законодавства передбачати умови, додержання яких, унаслідок специфічності діяльності щодо здійснення правосуддя, а також особливостей цивільної процесуальної форми, є необхідним для реалізації зазначеного права.

Вбачається, що принципи цивільного процесуального права слід розглядати як певні гарантії доступності цивільного судочинства, а сама доступність правосуддя у цивільних справах є загальним стандартом правосуддя та в певному розумінні збігається зі справедливістю, тобто із сутністю правосуддя.

Таким чином, можна зробити висновок, що доступність правосуддя — це певний стандарт, який відбиває вимоги справедливого й ефективного судового розгляду, що конкретизуються в необмеженій судовій юрисдикції, належних судових процедурах, розумних строках і безперешкодного звернення будь-якої зацікавленої особи до суду. Проблему доступності правосуддя необхідно розглядати в аспекті розвитку концепції основних прав і свобод людини. При цьому право на доступ до правосуддя є позитивним процесуальним правом у системі прав людини, відповідно до якого кожна особа повинна мати можливість ініціювати судовий розгляд справи щодо своїх цивільних прав і свобод та отримати справедливий та ефективний захист, а держава зобов'язана створити відповідні умови для її реалізації.

МЕДІАЦІЯ ЯК АЛЬТЕРНАТИВА СУДОВОМУ ВИРІШЕННЮ СІМЕЙНИХ СПОРІВ

Бобровська І.С.

*студентка II-го курсу юридичного факультету
Чернівецького національного університету ім. Ю.Федьковича*

Застосування переговорних способів вирішення сімейних конфліктів має за собою чималу історію. Після тривалих досліджень вченими було виявлено, що ще за часів Київської Русі використовувались примирливі методи для врегулювання князівських міжусобиць. Тоді посередниками виступали представники духовенства.

У середньовічній Франції процедури примирення також використовувались для врегулювання конфліктів. Прикладом може стати південь середньовічної Франції, Прованс, а також статuti міст Марселя, Авінйону та Ніцци в XIII – XIV ст., які передбачали мирне врегулювання спорів між громадянами, наприклад, у конфліктах між

близькими родичами. Принцип мирного врегулювання спорів зосереджувався переважно на компенсацію шкоди. Подібні норми були закріплені в джерелах права Німеччини, Угорщини, Сербії, Польщі, Чехії, Франції, Швеції в XIII – XIV століттях.¹

Сімейна mediaція в своєму сучасному вигляді розпочала активно розвиватися в другій половині XX ст. в таких країнах як Англія, США, а вже згодом поступово поширювалась в Європі. В сучасній Україні mediaція з'явилась в 90-х роках, але процес розвитку і законодавчого закріплення триває до сьогодні.

Посередництво користується значним попитом в провідних демократичних країнах світу. З огляду на поширеність і соціальні наслідки сімейних конфліктів, сучасні держави приділяють особливу увагу питанням їх профілактики, попередження та конструктивного вирішення. Куатова Айгуль Акимовна зазначає, що повсюди спостерігається тенденція формування сімейної mediaції як самостійного соціально-значущого інституту. Вбачається поширення установки про те, що сімейну mediaцію необхідно розвивати як окрему систему для врегулювання сімейних конфліктів, існуючу в державі поряд з судовою системою і маючу перевагу в порівнянні з останньою. Зокрема, дана ідея знайшла правове закріплення в законодавстві Фінляндії, де відповідно до частини 2 статті 20 Закону Про шлюб 1 пріоритетним способом вирішення сімейних конфліктів, в тому числі правового характеру, визнані переговори між членами сім'ї і укладення домовленості. Як правило, сімейна mediaція регламентується окремо від інших видів mediaції в галузевому шлюбно-сімейному (наприклад, в Англії і Уельсі, Фінляндії, Австралії) або спеціальному законодавстві (самостійні закони про сімейну mediaцію прийняті в більшості штатів США).²

Чому ж так багато подружніх пар надають перевагу позасудовому вирішенню питань щодо розлучення, укладення шлюбного контракту, спадщини, усиновлення?

По-перше, судовий процес вирішення сімейних спорів тягне за собою значні фінансові витрати. Наприклад, у США в штаті Північна Кароліна процедура розлучення може тривати близько 2 років, а коштів парі доведеться витратити в розмірі 100 тисяч доларів. Саме тому mediaція - це можливість побудувати конструктивну комунікацію та заощадити гроші та час.

По-друге, судова тяганина має неабиякий вплив на емоційний стан, як батьків, так і дітей. Відповідно до шкали Холмса і Рахе «Топ-10 найбільш стресових життєвих подій», справи, пов'язані з сімейними конфліктами (зокрема, розлученнями), знаходяться на другому місці в рейтингу найбільш стресових подій у житті людини.³ Вирішення спорів щодо розлучення та поділу майна або ж визначення місця проживання дітей завжди дуже емоційні та конфліктні. За допомогою компетентного медіатора можна відшукати першопричини конфлікту та мирно дійти сторонам до вирішення проблеми.

По-третє, дуже часто під час переговорів подружжя набагато краще пізнає один одного завдяки відвертій, щирій розмові. Сторони діляться найсакровеннішим, озвучують глибокі почуття та переживання, які так довго приховували через образи та конфлікти. Завдяки особистій участі в процесі mediaції пара починає чути потреби другої сторони. Досить часто процес розлучення завершується примиренням та зміцненням союзу.

¹ Красіловська З. В. Становлення інституту mediaції в системі публічного управління: теоретико-правовий аспект: дис.кандидата наук з державного управління, Одеса, 2017. 221 с.

² Явор О. А. Закономірності розвитку сімейної mediaції в зарубіжних країнах та на Україні URL: <http://journal-app.uzhnu.edu.ua/article/view/235799/234162>.

³ Потьомкіна Ю. Mediaція у сімейних спорах: шлях до примирення, порозуміння та врегулювання. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/simeyne-pravo/mediaciya-u-simeynih-sporah-shlyah-do-primirenniya-porozuminnya-ta-vregulyuvannya.html>.

Ключовим аспектом є те, що сімейна медіація базується на принципах добровільності, рівності сторін, нейтральності, неупередженості медіатора, конфіденційності та самовизначення сторін. Результатом переговорного процесу є досягнення сторонами взаємоприйнятого рішення.

Добровільність медіації означає, що на відміну від судових розглядів, участь двох конфліктуючих сторін є абсолютно добровільною. Учасники вступають в переговорний процес за власним бажанням, це їх особистий вибір. Так само добровільно вони можуть виїти з медіації.

Дві сторони є рівними. Вони двом прийшли заради великої спільної мети – вирішити спір. Учасники переговорного процесу є активними та напряму впливають на його перебіг і результат. В ході розгляду справи в суді, сторони покладаються на професіоналізм адвокатів та консультантів.

Однією із найважливіших складових успішного процесу сімейної медіації є неупередженість та нейтральність медіатора. Посередник ні в якому разі не може давати порад, надавати перевагу одній чи другій стороні або ж нав'язувати свою точку зору. Медіатор має допомогти парі почути один одного, полегшити їх комунікацію, створити атмосферу взаємоповаги та відкритості та задавати питання.

Учасники медіації мають справу з дуже особистими проблемами. Тому забезпечення конфіденційності надважливе для того, щоб сторони не боялись обговорити абсолютно все, що стало предметом їх спору.

Також невід'ємним принципом переговорного процесу є самовизначення сторін – самостійне ухвалення взаємоприйнятого рішення на основі власних потреб, інтересів та цінностей.

В результаті судового розгляду з'являються переможці та переможені. У випадку медіації остаточне рішення буде тим, яке відповідатиме інтересам усіх учасників домовленостей. Елі Картер, успішний англійський медіатор, допоміг клієнтам більше ніж у 4000 спрах щодо розлучення. Відповідно до його статистичних даних, 90% сімейних пар досягають порозуміння та залишаються задоволеними результатами медіації.¹

Медіація дає можливість гнучко підходити до вирішення спорів, беручи до уваги всі аспекти спірної ситуації, на відміну від суду.

Побудова інституту медіації в Україні ще триває. На разі Верховною Радою було прийнято за основу проєкт Закону України «Про медіацію» №3504, який на законодавчому рівні закріплює можливість проведення медіації.

Багато юристів кажуть, що причиною повільного розвитку медіації в Україні є неготовність громадян брати на себе відповідальність за результат свого спору. Я вважаю, що медіація підійде далеко не всім. Медіація зможе допомогти лише свідомим сім'ям, у яких є моральні цінності, людяність та взаємоповага, а не жага до помсти та бажання присвоєння якомога більшої частки майна в результаті розлучення. У сучасному українському суспільстві сімейні пари з виникненням непорозумінь та конфліктів в першу чергу поспішають з позовними заявами про розірвання шлюбу до суду, навіть не намагаючись попрацювати над проблемою самостійно. Але чому б не спробувати усі можливі способи досудового вирішення конфлікту?

Отже, проведене дослідження дозволяє стверджувати, що сімейна медіація – це гідна альтернатива судовому вирішенню спорів, які виникають між членами сім'ї. Європейський досвід та практика застосування представництва в США та Великій Британії демонструють високу ефективність та результативність. Регламентація медіації

¹ Ali Carter. 30 ESSENTIAL MEDIATION FACTS (UPDATED FOR 2021) URL: <https://www.mediateuk.co.uk/30-essential-uk-family-mediation-facts-2020/>.

на законодавчому рівні, підвищення правосвідомості громадян, а також імплементація дієвих механізмів альтернативного вирішення сімейних спорів сприятимуть зменшенню навантаженості судів, пришвидшенню вирішення спорів, а також мінімізації кількості розлучень.

***Науковий керівник :** асистент кафедри публічного права юридичного факультету Чернівецького національного університету ім. Ю.Федьковича М.Д. Федорчук.*

«ПРАВОСУДДЯ ДРУЖНЕ ДО ДИТИНИ»: МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ ТА НАЦІОНАЛЬНА ПРАКТИКА

Булах О.О.

студентка IV-го курсу

Запорізький інститут економіки та інформаційних технологій

Концепція «правосуддя, дружнього до дитини» порівняно нещодавно з'явилась у вітчизняному правовому просторі у зв'язку з ідеєю запровадження спеціальних умов застосування програм примирення у кримінальних провадженнях щодо неповнолітніх в Україні та розробкою проекту закону про ювенальну юстицію, яка згідно законодавства багатьох країн пов'язується із запобіганням вчинення неповнолітніми правопорушень та особливості притягнення їх до відповідальності. Зауважимо, що перші законопроекти мали у своїй назві саме цей термін, однак через те, що у суспільстві він викликав неоднозначне трактування як нібито посягання на сімейні цінності, відбувся перехід до вживання словосполучення «система кримінальної юстиції щодо неповнолітніх». Відповідно у різний час пропонувалися законопроекти «Про юстицію щодо дітей», «Про систему захисту прав дітей у контакті з законом», «Про правосуддя, дружнє до дитини». Саме останній варіант із грудня 2018 року став остаточним.

Така назва була обрана з урахуванням одного із міжнародних документів, положення яких покладено в основу законопроекту – а саме Керівних принципів Комітету міністрів Ради Європи щодо правосуддя, дружнього до дітей (далі – Керівні принципи), прийнятих Комітетом міністрів Ради Європи 17 листопада 2010 року. Як вказано у Керівних принципах, «Рада Європи ухвалила керівні принципи про правосуддя, дружнього до дітей, спеціально для того, щоб правосуддя завжди було доброзичливим до дітей, незалежно від того, хто вони і що вони зробили. Враховуючи, що друг – це той, хто добре ставиться до вас, хто вам довіряє і якому можна довіряти, хто слухає, що ви говорите і кого ви слухаєте, який вас розуміє і якого ви розумієте. Істинний друг також має мужність сказати вам, коли ви помиляєтесь, і залишається з вами, щоб допомогти виробити рішення. Система правосуддя, дружня до дітей, повинна прагнути копіювати ці ідеали»¹.

Однією зі складових правосуддя, дружнього до дитини, є створення максимально комфортних умов для перебування дитини у суді та безпосередньо під час слухання справи. Так, Комітет Міністрів Ради Європи у Керівних принципах у цьому зв'язку рекомендує вживати, зокрема, такі заходи: до початку судового засідання, дитину слід ознайомити з приміщенням суду, іншими об'єктами і ролями та особами посадових осіб, що беруть в ньому участь; для сприяння участі дітей на повну міру їхньої когнітивної здатності і задля забезпечення підтримки їхньої емоційної стабільності, фактори, що порушують хід засідання, і фактори, що відвертають увагу, мають бути скорочені до

¹ Видавництво Ради Європи: Керівні принципи Комітету міністрів Ради Європи щодо правосуддя, дружнього до дітей. ст.7-10. URL: <https://rm.coe.int/16804c2188#:~:text=>

мінімуму; наскільки це доречно і можливо, кімнати для проведення інтерв'ю і зали очікування повинні бути організованими для дітей і в умовах, сприятливих для дитини.

Окрім того, міжнародні стандарти заохочують спеціалізацію та спеціальну підготовку з питань правосуддя, дружнього для дитини, для представників системи кримінальної юстиції. В Україні наразі відсутні спеціалізовані органи, які здійснювали б кримінальне провадження у справах, в яких беруть участь діти. Водночас законодавство передбачає створення спеціалізованих підрозділів або запровадження спеціалізації, проте така спеціалізація не є повною.

Оскільки дитина є учасником, а не об'єктом процесу, для розуміння того, що з нею відбувається і чого їй очікувати, згідно з міжнародними стандартами, їй має забезпечуватися право на інформацію про її права, перебіг процесу, ролі учасників, наявні механізми підтримки дитини, яка бере участь у судових або позасудових процедурах; механізми оскарження рішень, які зачіпають дитину; доступність послуг (медичних, психологічних, соціальних, усного та письмового перекладачу тощо).

Слід звернути увагу також на міжнародні стандарти, які зобов'язують держави вживати максимальних заходів для обмеження застосування попереднього ув'язнення до неповнолітніх. Міжнародні стандарти покликають мінімізувати контакти дітей з системою правосуддя і пом'якшити можливий негативний вплив на дитину внаслідок такого контакту. Для цього вони пропонують досить широку палітру засобів. Так, Комітет Міністрів Ради Європи в Керівних принципах щодо правосуддя, дружнього до дітей (п. 59, 64-74 розділу IV, п. j розділу V), рекомендував: застосовувати такі методи опитування як відео або аудіо запис або досудове слухання перед відеореєстрацією, і такі записи мають вважатись допустимими доказами; заохочувати аудіовізуальні заяви дітей, які стали жертвами або свідками, поважаючи права інших сторін на оскарження змісту таких заяв; у разі потреби проведення більш ніж одного опитування, здійснювати їх переважно однією й тією ж особою з тим, щоб забезпечити узгодженість підходів до інтересів дитини; максимально обмежити кількість опитувань, а їх тривалість адаптувати до віку та можливості концентрації уваги дитини; уникати прямого контакту, протистояння або спілкування між дитиною-жертвою або дитиною-свідком з підозрюваним, наскільки це можливо, якщо тільки дитина-жертва не вимагає цього; створити можливість для судді дозволяти дитині не давати свідчення; заяви і свідчення дитини не вважати недійсними або ненадійними лише з причини віку дитини; вивчити можливість прийняття заяви дітей-жертв і дітей-свідків у спеціальних, дружніх до дітей, приміщеннях і оточенні; створити дружні до дітей міжвідомчі та міждисциплінарні центри для дітей-жертв і дітей-свідків, де діти могли б заслуховуватись та проходити медичне обстеження для судово-медичних цілей, а також пройти всебічне обстеження та отримати всі відповідні терапевтичні послуги від відповідних фахівців.

Кримінальний процесуальний кодекс України (ст. 226, 232, 490, 491, 495) встановлює такі особливості під час допиту неповнолітньої особи та інших процесуальних дій: залучення під час допиту неповнолітньої особи, а також під час інших слідчих дій за її участю, законного представника, педагога чи психолога, а у разі необхідності – лікаря; обмеження тривалості допиту неповнолітньої особи без перерви однією годиною, а загалом – не більше двох годин на день; можливість проведення допиту малолітнього або неповнолітнього свідка, потерпілого під час досудового розслідування у режимі відеоконференції при трансляції з іншого приміщення; можливість видалення неповнолітнього обвинуваченого із зали судового засідання на час дослідження обставин, що можуть негативно вплинути на нього¹. На думку експертів, національне

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>

законодавство щодо процедури опитування (допиту) дитини хоч і має певні особливості, але не сприяє зменшенню кількості контактів дитини з системою правосуддя, особливо, коли дитина є жертвою або свідком¹.

Оцінюючи ж в цілому стан реалізації правосуддя, дружнього до дитини, фахівці вважають, що за останні десять років відбулися помітні зрушення у забезпеченні прав дитини в межах кримінальної юстиції, зокрема суттєво поглиблена спеціалізація у справах дітей – створені підрозділи ювенальної превенції у поліції, запроваджені дитячі (ювенальні) слідчі, прокурори і судді; на рівні законодавства наявні спеціальні процедури розгляду справ за участю дітей, вдосконалено законодавство щодо захисту дітей від домашнього насильства, булінгу, від сексуальної експлуатації та сексуального насильства; хоч і повільно, але набуває поширення практика використання методики «зеленої кімнати» для допиту дітей; запроваджена можливість дистанційного допиту – за допомогою відеоконференції; створені центри безоплатної вторинної правової допомоги, де гарантовано надається допомога дітям; доведено на практиці успішність медіації у кримінальних справах для виведення дитини з системи кримінальної юстиції; запроваджено інститут пробації, зокрема досудові доповіді, які дають суду різнопланову інформацію про дитину у конфлікті із законом; збільшення кількості навчань з питань правосуддя, дружнього до дитини². Поряд з цим, спостерігається і негативні випадки формального ставлення до дотримання спеціальних процедур стосовно дітей та недотримання вимог національного законодавства та міжнародних стандартів у цій сфері, отже, організаційно-правовий механізм по провадженню концепції «правосуддя, дружнього до дитини» потребує розвитку та вдосконалення.

ПРИНЦИП ПРОПОРЦІЙНОСТІ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Барварюк І.В.

студентка III-го курсу юридичного факультету

Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

Перш за все варто почати з того, що принцип пропорційності- загальноправовий принцип, спрямований на забезпечення у правовому регулюванні розумного балансу приватних і публічних інтересів, відповідно до якого цілі обмежень прав мають бути істотними, а засоби їх досягнення обґрунтованими і мінімально обтяжливими для осіб, чийі права обмежуються; дозволяє досягти розумного співвідношення між цілями державного впливу та засобами їх досягнення. Принцип пропорційності являє собою загальний, універсальний принцип права, який вимагає співрозмірного обмеження прав та свобод людини для досягнення публічних цілей. Тобто це певна загальна ідея гармонійного функціонування і розвитку всіх елементів механізму правового регулювання.

У цивільному судочинстві «дотримання принципу пропорційності прямо передбачається нормами як матеріального права, так і процесуального. За чинними європейськими стандартами обмеження повинні встановлюватися виключно законами; бути пропорційними до визначеної конституцією і законами мети; аргументовані

¹ Роман Куйбіда, Валерія Рибак, Максим Серед, Лілія Олійник, Андрій Гончак, Вікторія Ільчишена, Віталій Разік, Наталія Хмелевська. Звіт про результати моніторингу судових процесів в Україні: Стандарти правосуддя, дружнього до дитини, та їх втілення в Україні (кримінальний аспект), 2021р. С. 60-62 С. 24-39.

² Роман Куйбіда, Валерія Рибак, Максим Серед, Лілія Олійник, Андрій Гончак, Вікторія Ільчишена, Віталій Разік, Наталія Хмелевська. Звіт про результати моніторингу судових процесів в Україні: Стандарти правосуддя, дружнього до дитини, та їх втілення в Україні (кримінальний аспект), 2021р. С. 60-62 С. 24-39.

публічними інтересами, необхідними для повноцінного функціонування демократичного суспільства, або захистом прав інших людей»¹.

Принцип пропорційності, який був названий в Угодах про утворення ЄС, а також закріплений в міжнародних нормативних актах, рішеннях Конституційного Суду України та Європейського суду з прав людини, спрямовує на те, що ціл процесуальних дій має бути суспільно значущою, для досягнення певної мети органи влади не можуть накладати на громадян зобов'язання, які перевищують установлені межі необхідності, а засіб досягнення суспільно вагомої мети має бути найменш обтяжливим для людини в конкретних умовах².

Редакція ЦПК України 2017 року вперше прямо закріпила принцип пропорційності в ст.11 та визначила критерії його застосування під час розгляду і вирішення цивільних справ. Указані новели змушують розібратися з юридичною природою принципу пропорційності для цивільного судочинства.

Звертаючись до змісту статті 11 Цивільно-процесуального кодексу можна визначити, що: «Суд визначає в межах, встановлених цим Кодексом, порядок здійснення провадження у справі відповідно до принципу пропорційності, враховуючи: завдання цивільного судочинства; забезпечення розумного балансу між приватними й публічними інтересами; особливості предмета спору; ціну позову; складність справи; значення розгляду справи для сторін, час, необхідний для вчинення тих чи інших дій, розмір судових витрат, пов'язаних із відповідними процесуальними діями, тощо»³.

У контексті цивільного судочинства принцип пропорційності демонструє можливість судового захисту приватного права особи, якщо не можливо використати інакші, менш ресурсовитратні процедури, які б відповідали тому соціальному результату, що досягається внаслідок їх використання.

Те, що принцип пропорційності може бути не дотриманий при конструюванні процесуальних правил, чудово доводить справа «Наталії Михайленко проти України», де були оцінені положення українського цивільного процесуального законодавства, які обмежують право особи, що визнана судом недієздатною, самостійно звертатися до суду у випадку її видужання за скасуванням рішення про визнання її недієздатною. ЄСПЛ констатував, що, оскільки «в Україні не має автоматичного перегляду судом в обов'язковому порядку даного рішення, а також строк визнання особи недієздатною відповідно до законодавства був необмежений, заявниця фактично була позбавлена права на доступ до суду»⁴. Це, у свою чергу, показує порушення принципу пропорційності при конструюванні законодавчих обмежень щодо права на суд. Обмеження, що застосовуються, не повинні обмежувати доступ, що залишається для особи, у такий спосіб або у такою мірою, щоб сама суть права була порушена. Важливість реалізації процесуальних прав змінюватиметься залежно від мети заяви, яку відповідна особа має намір подати до суду. Зокрема, право «звертатися до суду щодо перегляду рішення про визнання недієздатності, є одним із найважливіших прав для відповідних осіб, адже у разі ініціювання такої процедури вона буде вирішальною для всіх прав і свобод, на які впливає визнання недієздатності. Реакцією на дане рішення

¹ Козюбра М.І. Верховенство права і Україна. Право України. 2012. № 1-2. С. 30–63.

² Рішення ЄСПЛ «Наталія Михайленко проти України» від 30 травня 2013р. URL: https://ips.ligazakon.net/document/view/SOO00547?ed=2013_05_30

³ Тертишник В. М. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України. Видання 12-те доповн. і перероб. / В. М. Тертишник. К.: Алерта, 2016. С.21

⁴ Рішення ЄСПЛ «Наталія Михайленко проти України» від 30 травня 2013р. URL: https://ips.ligazakon.net/document/view/SOO00547?ed=2013_05_30

ЄСПА стала зміна процедури розгляду справи про визнання особи недієздатною»¹. Так, до редакції ЦПК у 2017 року при визнанні особи недієздатною заяву про скасування рішення суду з цього приводу міг подати тільки її опікун або орган опіки та піклування, проте тепер таку заяву може подати сама особа, що видужала або значно поліпшився її психічний стан². Крім того, раніше рішення суду про визнання особи недієздатною було безстроковим, а тепер строк дії такого рішення визначається судом, але воно не може перевищувати двох років. У подальшому клопотання про продовження строку дії рішення про визнання фізичної особи недієздатною має право подати опікун, представник органу опіки та піклування не пізніше ніж за п'ятнадцять днів до закінчення строку, вказаного в рішенні суду (ч. 7 ст. 300 ЦПК України).

Різною мірою обмежують поведінку людей не лише заборони, але й обов'язки та дозволи. Разом з тим, самі обмеження як інструмент владно-правового впливу на поведінку фізичних та юридичних осіб повинні мати межу, що встановлюється пропорційно до охоронюваних цінностей. Сучасні правові доктрини ґрунтуються на визнанні пропорційності, узгодженості, паритету, балансу, гармонізації інтересів людини, держави, суспільства і права.

Отже, принципи пропорційності в цивільному процесі пов'язується із окресленням судом такої процедури розгляду цивільної справи, яка б враховувала розумний баланс між публічним та приватним інтересом. Очевидно, що використання принципу пропорційності має місце там, де є можливість застосування судового розсуду, тобто коли суддя буде визначати самостійно умови, строки та послідовність тої чи іншої процесуальної дії, вирішуючи ті або інші процесуальні питання в процесі розгляду цивільної справи

Науковий керівник: кандидат юридичних наук, доцент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича О.В.Гетманцев.

АДВОКАТСЬКА МОНОПОЛІЯ В КОНТЕКСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПУ НЕЗАЛЕЖНОСТІ ІНСТИТУТУ АДВОКАТУРИ

Горішна К.В.

*студентка 6-ого курсу Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

Адвокатська монополія, або ж виключне право адвокатів на представництво інтересів в суді, було запроваджено в Україні в рамках судової реформи у 2016 році на підставі законопроекту про внесення змін до Конституції України (реєстраційний номер 3524)³. Метою таких змін було інституційне закріплення адвокатури на конституційному рівні з відповідною конституційною гарантією її незалежності⁴. І хоч даний законопроект був

¹ Рішення ЄСПА «Наталія Михайленко проти України» від 30 травня 2013р. URL: https://ips.ligazakon.net/document/view/SOO00547?ed=2013_05_30

² Тертишник В. М. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України. Видання 12-те доповн. і перероб. / В. М. Тертишник. К.: Алерта, 2016. С.21

³ Проект Закону про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) [Електронний ресурс] / Верховна Рада України // Верховна Рада України. – 2015. – Режим доступу до ресурсу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57209.

⁴ Пояснювальна записка до Проекту Закону про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) [Електронний ресурс] / Верховна Рада України // Верховна Рада України. – 2015. – Режим доступу до ресурсу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57209.

схвально оцінений експертами Європейської Комісії «За демократію через право»¹, серед української юридичної спільноти й п'ять років потому триває запекла дискусія щодо необхідності такої монополії та її впливу на інститут адвокатури в цілому.

Натхненням для запровадження адвокатської монополії в Україні став багаторічний досвід країн Західної Європи. Так, у Німеччині часткова монополія діє з 1950 року та встановлює виключне право адвокатів на представництво у кримінальному та цивільному процесі (з певними виключеннями для малозначних спорів та для юридичних осіб), а також передбачає спеціальну ліцензію для можливості здійснення представництва у Верховному суді².

Дещо схожою є практика Австрії, де встановлено виключне представництво адвоката у кримінальному процесі, а також у цивільному процесі в категоріях справ, позовні вимоги в яких перевищують 5000 євро; що розглядаються вищими інстанціями; що розглядаються в населених пунктах, в яких практикують мінімум два адвокати; справи про розлучення, припинення або визнання недійсним шлюбу, а також справи про оскарження факту укладення шлюбу³.

В порівнянні з Німеччиною та Австрією, більш жорстка монополія діє у Франції, де особа без статусу адвоката може здійснювати представництво лише в першій інстанції господарського суду.

В Україні законодавець передбачив так звану «часткову» монополію, адже доповнено статтю 131-2 Конституції закріплено, що Законом можуть бути визначені винятки щодо представництва в суді у трудових спорах, спорах щодо захисту соціальних прав, щодо виборів та референдумів, у малозначних спорах, а також стосовно представництва малолітніх чи неповнолітніх осіб та осіб, які визнані судом неісдатливими чи дієздатність яких обмежена⁴.

Як вже було зазначено вище, основною метою впровадження монополії було підвищення якості представництва особи в суді, встановлення конституційного підґрунтя для створення єдиної правничої професії, а також забезпечення гарантій незалежності адвокатури. Відповідно до нових змін, держава стала гарантом того, що допомога буде надана адвокатом, який матиме необхідний рівень професійної підготовки, буде пов'язаний правилами професійної етики, законодавчими вимогами доступу до професії та нестиме відповідальність за неналежне виконання ним свого професійного обов'язку.

Бажання вивести з «тіні» малокваліфікованих юристів, які не зв'язані жодними стандартами та не несуть відповідальності за неналежно надані послуги, видається цілком логічним. Запровадження адвокатської монополії дійсно допомогло встановити мінімальні стандарти правничої допомоги, зобов'язавши усіх, хто бажає здійснювати представництво в суді, відповідати певним вимогам та пройти особливу процедуру для здобуття права на заняття адвокатською діяльністю.

Також, іншим не менш важливим позитивним наслідком є зміцнення та посилення ролі інституту адвокатури. Наділивши адвокатів виключним правом на представництво, держава в черговий раз підкреслила особливість статусу адвокатури, її виключної ролі у

¹ Проміжний висновок щодо запропонованих змін до Конституції України в частині правосуддя [Електронний ресурс] // Європейська комісія «За демократію через право». – 2015. – Режим доступу до ресурсу: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/CDL_PI_2015_016_2015_07_24.pdf.

² Dr Jochen Lehmann. Regulation of the legal profession in Germany: overview / Dr Jochen Lehmann // Thomson Reuters. Practical Law. – 2021. – URL: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-638-8145?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-638-8145?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true).

³ Legal Professions in Austria – Vienna: Federal Ministry for Constitutional Affairs, Reforms, Deregulation and Justice. Wien. – 2018.

⁴ Конституція України [Електронний ресурс] // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1996. – № 30. – Режим доступу до ресурсу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр#Text>.

суспільстві. Це надзвичайно важливо в контексті реалізації прав та гарантій адвокатів, і, відповідно, захисту прав їх клієнтів, адже чим більшу вагу матиме адвокатура, тим меншою є вірогідність зловживань та порушень з боку держави (наприклад, в особі правоохоронних органів).

Проте, як і з більшістю законодавчих змін, реформа адвокатури має і певні негативні наслідки. Так, спираючись на позитивний досвід європейських країн, законодавець не врахував особливостей вітчизняної правової системи. Доступ до професії адвоката в Україні та в західноєвропейських країнах кардинально відрізняється. Двоетапні іспити в Австрії та Німеччині встановлюють надзвичайно високий ценз для отримання ліцензії адвоката, в той же час у нас отримати свідоцтво досить легко, професійний іспит – нескладний, і етап проходження практики також належним чином не стандартизований. Тому свідоцтво часто отримують недостатньо кваліфіковані особи, які розмивають виключність статусу адвоката.

На мою думку, адвокатська монополія необхідна та є показником розвитку правової культури у державі. Зміцнення інституту адвокатури є запорукою належного захисту прав людини, утвердження верховенства права. Але, в той же час, є аспекти, які потребують доопрацювання, як от особливості доступу до професії, впровадження більш складних регулярних атестацій задля контролю професійного рівня адвоката тощо. Попри радикальні думки, які наразі панують у суспільстві щодо повного скасування адвокатської монополії, я вважаю, що це стане катастрофічним відкатом назад. Необхідно відмовитися від таких радикальних змін, а натомість зосередитися на поміркованих кроках та вдосконаленні механізмів функціонування інституту адвокатури.

ЗАГАЛЬНІ ТА СПЕЦІАЛЬНІ ПРАВА ПОЗИВАЧА В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Гриндей О.В.

*студентка III-го курсу юридичного факультету
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

Відповідно до ч. 1 ст. 48 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) сторонами в цивільному процесі є позивач і відповідач¹, які беруть участь у справі і спір щодо цивільного суб'єктивного права чи охоронюваного законом інтересу яких повинен вирішити суд. Позивачем може бути будь-яка заінтересована особа, яка у встановленій цивільно-процесуальним законом формі звертається з відповідною позовною заявою до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів й особисто порушує цивільну справу в суді, оскільки вважає, що її відносини матеріально-правового характеру порушено конкретно особою, або на захист прав якої до суду звертаються органи та особи у випадках, прямо передбачених цивільно-процесуальним законом. Оскільки сторони є учасниками судового процесу, а також учасниками справи позовного провадження, то вони наділяються у цивільному процесі загальними та спеціальними правами та обов'язками.

Загальні цивільні процесуальні права позивача – це комплекс передбачених цивільним процесуальним законодавством ймовірних варіантів поведінки як для позивача, як обов'язкового учасника справ позовного провадження, так і для інших учасників справи. *Загальні цивільні процесуальні права позивача доцільно поділити на такі дві групи:* 1) комплекс загальних прав позивача, визначений ЦПК, який стосується всіх

¹ Цивільний процесуальний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 1 вересня 2021 р. К.: ПАЛІВОДА А. В., 2021. 312с.

учасників справи; 2) спільні цивільні процесуальні права сторін (права, що закріплені цивільним процесуальним законодавством виключно для позивача і відповідача). *До першої групи загальних цивільних процесуальних прав позивача слід віднести:*

1. Цивільні процесуальні права, що забезпечують реалізацію принципів гласності і відкритості судового процесу та його повного фіксування технічними засобами, передбачені п. 6 ч. 2 ст. 129 КУ, ст. 11 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів», п. 3 ч. 3 ст. 2, ст. 8 ЦПК. У цивільному процесі позивач, як і інші учасники справи, має ряд процесуальних прав, що виходять з основоположних принципів гласності і відкритості судового процесу, а саме – право ознайомлюватися з матеріалами справи, робити з них витяги, копії, одержувати копії судових рішень (п. 1 ч. 1 ст. 43 ЦПК). Також він вправі ознайомлюватися з протоколом судового засідання, записом фіксування судового засідання технічними засобами, робити з них копії, подавати письмові зауваження з приводу їх неправильності чи неповноти (п. 4 ч. 1 ст. 43 ЦПК). Порухення даного права було встановлено Європейським судом з прав людини у справі «Федоров і Федорова проти України» (заява №39229/03 від 1 липня 2011 року). Заявники скаржились на необґрунтованість рішення апеляційного суду та позбавлення заявника можливості бути присутнім в судовому засіданні апеляційного суду при розгляді його справи. Європейський суд встановив порушення п. 1 ст. 6 Конвенції у зв'язку з тим, що під час розгляду апеляційним судом справи заявника не було дотримано принципу рівності сторін, оскільки судовий розгляд справи заявника відбувався за його відсутності, але за участю іншої сторони, яка мала можливість усно представляти свою позицію.

2. Цивільні процесуальні права, що забезпечують реалізацію права на доказову діяльність. Звичайно ж, ключову роль в цивільному судочинстві відіграє доказова база позивача, як можливість спростувати заявлені вимоги, яка забезпечується комплексом прав, що стосуються доказової діяльності визначеної цивільним процесуальним законодавством. Так, позивач, як і інші учасники справи, наділений правом подавати докази; брати участь у дослідженні доказів (п. 2 ч. 1 ст. 43 ЦПК).

3. За для забезпечення права позивача брати участь у судових засіданнях, якщо інше не визначено законом (п. 2 ч. 1 ст. 43 ЦПК), суд зобов'язаний його належним чином інформувати про всі судові засідання, про проведення окремих процесуальних дій поза ними у строки і в порядку визначеному ЦПК (ч. 2 ст. 128 ЦПК).

4. Ставити питання іншим учасникам справи, а також свідкам, експертам, спеціалістам (п. 2 ч. 1 ст. 43 ЦПК). Позивач має право ставити питання відповідачу, з дозволу головуєчого, як керуючого судовим розглядом у визначеній законом черговості (ч. 5 ст. 227 ЦПК).

5. Процесуальне право позивача на подачу заяв та клопотань, надавати пояснення суду, наводити свої доводи, міркування щодо питань, які виникають під час судового розгляду, і заперечення проти заяв, клопотань, доводів і міркувань інших осіб (п. 3 ч. 1 ст. 43 ЦПК).

6. Позивач як обов'язковий учасник справ позовного провадження має право на апеляційний перегляд справи, та у визначених законом випадках – на касаційне оскарження судового рішення (ст. 129 КУ, ч. 3 ст. 2, ст. 17, п. 5 ч. 1 ст. 43, ст. 352, ст. 389 ЦПК), користуватися іншими визначеними законом процесуальними правами. Перелік загальних цивільних процесуальних прав позивача, визначених ст. 43 ЦПК не є вичерпним, тобто до формулювання «інші визначені законом процесуальні права» можна віднести також такі *загальні цивільні процесуальні права позивача*: заявляти відводи судді, секретарю судового засідання, експерту, спеціалісту, перекладачу (ч. 2 ст. 39, ч. 10 ст. 40 ЦПК); можливість брати участь у судових засіданнях в режимі відеоконференції (ст. 212 ЦПК); користуватися правничого допомогою (ч. 1 ст. 15 ЦПК); запропонувати суду

питання, роз'яснення яких, на його думку, потребує висновку експерта або подати до суду висновок експерта, складений на його замовлення (ч. 5 ст. 103 ЦПК) та інші.

Окремою групою загальних цивільних процесуальних прав позивача є *спільні цивільні процесуальні права сторін*, обсяг яких не обмежений лише ст. 49 ЦПК, до яких відносяться: 1) право укласти мирову угоду на будь-якій стадії судового процесу (ч. 7 ст. 49 ЦПК); 2) звернутися до суду з заявою щодо проведення врегулювання спору за участю судді (статті 201-215 ЦПК); 3) сторони мають право укласти угоду щодо передачі справи на розгляд третейського суду (ч. 4 ст. 4, ст. 21 ЦПК, ст. 6 ЗУ «Про третейські суди»), крім визначених законом випадків; 4) новелою цивільного процесуального законодавства стала норма, що передбачає право на передачу спору на розгляд іноземного суду (ст. 22 ЦПК).

Якщо загальні права та обов'язки закріплені в ст. 43 ЦПК, то спеціальні права та обов'язки сторін, зокрема позивача визначені в ст. 49 ЦПК. **Спеціальні цивільні процесуальні права позивача** – це комплекс передбачених цивільним процесуальним законодавством ймовірних варіантів поведінки, передбачених лише для позивача як обов'язкового учасника справ позовного провадження. По-суті, саме спеціальні права позивача характеризують його в цивільному судочинстві як самостійного та обов'язкового учасника справ позовного провадження. Відповідно до ч. 2, ч. 3 ст. 49 ЦПК *позивач наділяється спеціальними правами*, зокрема: 1) позивач вправі відмовитися від позову (всіх або частини позовних вимог) на будь-якій стадії судового процесу; 2) позивач вправі збільшити або зменшити розмір позовних вимог до закінчення підготовчого засідання або до початку першого судового засідання, якщо справа розглядається в порядку спрощеного позовного провадження.

Звертаємо увагу на те, що реалізація позивачем права на зміну розміру позовних вимог, зокрема, у заочному провадженні викликає дискусії як серед науковців, так і серед практиків. Так, Д. Д. Луспенник зазначає, що закон не обмежує право позивача зменшити розмір позовних вимог. На думку науковця, зміна позивачем розміру позовних вимог бік їх зменшення не впливає на можливість продовження розгляду справи в заочному порядку, оскільки при цьому права відповідача на захист від пред'явлених вимог не порушуються¹. Однак, вірно зазначає Р.Я. Лемик, вказуючи, що дана позиція суперечить імперативній нормі ч. 3 ст. 280 ЦПК, яка передбачає, що в разі зміни позивачем у заочному провадженні розміру позовних вимог суд відкладає судовий розгляд для повідомлення про це відповідача². Тому, продовжує автор, слід погодитися з думкою Ю. В. Навроцької, яка зазначає, що під час заочного розгляду справи в цьому ж судовому засіданні без відкладення розгляду справи неможливе як збільшення, так і зменшення розміру позовних вимог³. Ми також підтримуємо зазначену вище позицію науковців стосовно реалізації даного права позивачем у заочному розгляді справи.

До закінчення підготовчого засідання позивач має право змінити предмет або підстави позову шляхом подання письмової заяви. У справі, що розглядається за правилами спрощеного позовного провадження, зміна предмета або підстав позову допускається не пізніше ніж за п'ять днів до початку першого судового засідання у справі (ч. 3 ст. 49 ЦПК).

Наведена класифікація процесуальних прав позивача є важливою складовою цивільного процесуального права, що допомагатиме зрозуміти позивачу, яким

¹ Луспенник Д. Д. Заочне рішення у цивільному судочинстві: перші узагальнення судової практики. *Юридичний журнал*. 2006. № 11. С. 123-130.

² Цивільне процесуальне право України : підручник / В. М. Косак, Р. Я. Лемик, Ю. В. Навроцька, С. В. Сенік; за ред. В. М. Косака. Харків: Право, 2020. 752 с.

³ Навроцька Ю. В. Заочний розгляд справи в цивільному процесі: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2009. 192 с.

комплексом загальних та спеціальних прав він наділений в цивільному судочинстві. Інші проблемні питання загальних та спеціальних цивільних процесуальних прав позивача, виходять за межі даної роботи та можуть бути перспективними напрямками подальших наукових досліджень.

Науковий керівник: кандидат юридичних наук, доцент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича І. Ю. Татулич.

ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ СУДОВОЇ ВЛАДИ ТА ЇХ КОНСТИТУЦІЙНЕ ЗАКРІПЛЕННЯ

Гусейнова К.А.

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Незалежність судової влади виступає однією з головних умов забезпечення верховенства права та основоположною гарантією справедливого судового розгляду. Згідно з європейськими стандартами правосуддя, незалежність суду повинна бути закріплена в конституції або законах держави^{1,2}. Під нею розуміють повну неупередженість з боку суддів³. Характеризується заборорою виконавчим органам контролювати суди шляхом їх адміністрування⁴; заборорою виконавчим органам влади закривати або пригнічувати діяльність судів⁵; гарантуванням судовим органам можливість вирішувати передані їм справи безпосередньо, на основі фактів і відповідно до закону⁶.

За оцінками міжнародних організацій, найефективнішими визнані системи правосуддя Данії, Нідерландів, Швеції, Фінляндії. З-поміж зазначених держав тільки конституції Данії та Швеції визначають принципи незалежності судової влади. Згідно з конституцією Данії (1953), під незалежністю органів правосуддя розуміють їх повний імунітет від виконавчої влади, підпорядкованість законам, заборону створення державних інституцій, наділених судовими функціями (§ 61, § 62)⁷. Конституція Нідерландів (2008) визначає питання, які мають бути врегульовані законами. А саме: категорії справ, що можуть бути вирішені у судовому порядку (ст. 112 ч. 2); принципи дисциплінарної відповідальності (ст. 113 ч. 2); особливості військового кримінального права (ст. 113 ч. 4); система органів судової влади (ст. 116 ч. 1); склад, компетенція і повноваження органів судової влади (ст. 116 ч. 2); народне представництво при розгляді судових спорів (ст. 116

¹ Основні принципи незалежності судових органів, схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада та 13 грудня 1985 року // Міжнародні стандарти незалежності суддів: зб. документів. – К.: Поліграф – Експрес, 2008. – С. 13–18.

² Рекомендація № (94) 12 „Незалежність, дієвість та роль суддів”, ухвалена Комітетом Міністрів Ради Європи на 518 засіданні заступників Міністрів від 13 жовтня 1994 року // Міжнародні стандарти незалежності суддів. Збірка документів. – Київ: Поліграф – Експрес, 2008. – С. 86–90

³ Висновок № 1 (2001) Консультативної ради європейських суддів для Комітету міністрів Ради Європи про стандарти незалежності судових органів та незмінюваність суддів від 1 січня 2001 року // Міжнародні стандарти незалежності суддів: зб. документів. – К.: Поліграф – Експрес, 2008. – С.107–125.

⁴ Монреальська універсальна декларація про незалежність правосуддя, ухвалена на Першій світовій конференції по незалежності правосуддя, Монреаль, 1983 // Міжнародні стандарти незалежності суддів: зб. документів. – К.: Поліграф – Експрес, 2008. – С. 22–27

⁵ Монреальська універсальна декларація про незалежність правосуддя, ухвалена на Першій світовій конференції по незалежності правосуддя, Монреаль, 1983 // Міжнародні стандарти незалежності суддів: зб. документів. – К.: Поліграф – Експрес, 2008. – С. 13–18.

⁶ Основні принципи незалежності судових органів, схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада та 13 грудня 1985 року // Міжнародні стандарти незалежності суддів: зб. документів. – К.: Поліграф – Експрес, 2008. – С. 13–18.

⁷ Denmark's Constitution of 1953. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.constituteproject.org/constitution/Denmark_1953.pdf

ч. 3); нагляд за органами правосуддя (ст. 116 ч. 4); підстави і порядок звільнення суддів з посад за власним бажанням чи після досягнення віку (ст. 117 ч. 1); правовий статус працівників органів правосуддя (ст. 117 ч. 2); завдання Верховного Суду, крім визначених конституцією (ст. 118 ч. 3); питання амністії (ст. 122)¹.

Серед держав постсоціалістичного табору ефективні реформи судової влади провели Естонія, Латвія, Литва, Польща, Чехія. Їх досвід заслуговує на увагу і тому, що вони за приблизно однаковий проміжок часу трансформували свої соціалістичні правові системи до стандартів країн-членів Європейського Союзу, хоч різнилися за цілою низкою показників. Принцип незалежності судів закріплений в конституціях Естонії (1992)², Литви (1992)³, Латвії (в редакції 2007)⁴, Польщі (1997)⁵. Жодна з них не подає його визначення. Тому Конституційний суд Республіки Польща незалежність судів визначив як організаційну і функціональну відокремленість судових органів від інших органів державної влади, що надає їм певної самостійності у питаннях розгляду справ і прийняття рішень, а під самостійністю суддів – таку діяльність судді, яка ґрунтується виключно на праві, відповідно до сумління та його внутрішньої волі, проявляється через його безсторонність до учасників процесу, він не перебуває під впливом позасудових органів, характеризується самостійністю відносно судових та інших органів влади, є незалежним від політичних чинників⁶.

Отже, незалежність судової влади є однією з фундаментальних засад демократичної, правової держави, яка реалізується відокремленням судів від інших органів влади; гарантією їх бюджетного фінансування; правом доступу громадян до суду та заборобою іншим органам влади обмежувати це право; гарантією оплати праці суддів; процесуальними гарантіями розгляду справ, свободою оцінки доказів. Вона не має абсолютного характеру, бо система судової влади, принципи судівництва, обсяг повноважень судів визначаються законами.

Чинна Конституція України не закріплює цього принципу. Жодна з парламентських партій у своїй програмі не вказує на необхідність його конституційного закріплення.

Самостійність (незалежність) суддів виступає однією з основ принципу верховенства права. Є фундаментальною складовою для забезпечення захисту прав і свобод особи від нападів з боку держави та інших груп тиску. Вона повинна бути невідчужуваною та гарантуватися державою.

Згідно з Монреальською універсальною декларацією про незалежність правосуддя, незалежність судді передбачає можливість бути вільними та обов'язок приймати безсторонні рішення згідно з власною оцінкою фактів і знанням права, без будь-яких обмежень, впливів, спонукання, примусів, загроз або втручання, прямих або непрямих, з будь-якого боку і з будь-яких причин⁷.

¹ The Constitution of the Kingdom of the Netherlands (2008). [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.government.nl/documents/regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008>

² Конституція Естонської Республіки, прийнята на референдумі 28 лютого 1992 року. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/estonia/estoni-r.htm

³ Конституція Литовської Республіки, прийнята громадянами Литовської Республіки на референдумі 25 жовтня 1992 року. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://lib.rada.gov.ua/LibRada/static/LIBRARY/catalog/law/lit_konst1.htm

⁴ Конституція Латвійської Республіки. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.satv.ties.gov.lv/?lang=3&mid=8>.

⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. // Dziennik Ustaw, 1997. –Nr. 78, poz. 483

⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 października 2007 r., sygn. akt SK 7/06 // Dziennik Ustaw. – 2007. – Nr.204, poz. 1482.

⁷ Монреальська універсальна декларація про незалежність правосуддя, ухвалена на Першій світовій конференції по незалежності правосуддя, Монреаль, 1983 // Міжнародні стандарти незалежності суддів: зб. документів. – К.: Поліграф – Експрес, 2008. – С. 22–27

Важливою гарантією самостійності судді є порядок його обрання і звільнення з посади. В міжнародних актах вказується, що єдиною умовою визначення способу обрання суддів має бути те, що він гарантуватиме: призначення суддів буде здійснюватися за чесними мотивами¹, відповідатиме об'єктивним та прозорим критеріям та ґрунтуватиметься суто на професійній кваліфікації. Якщо обрання на посаду не відбувається іншим шляхом згідно з встановленою та глибоко вкоріненою традицією, то таке обрання має здійснювати незалежний орган, в який входить достатня кількість представників судової влади².

На думку Міжнародної асоціації суддів, найефективнішим способом добору суддів є їх призначення Урядом за поданням незалежного органу, більшість в якому мають судді³. Ефективність призначення суддів Президентом за поданням Ради судівництва підтверджена високою оцінкою міжнародних інституцій діяльності суддів Польщі. Така процедура узгоджується з європейськими стандартами правосуддя.

Щодо вдосконалення механізмів притягнення до дисциплінарної відповідальності суддів, то зауважимо, що вони безпосередньо пов'язані із самостійністю суддів та залишаються недосконалими. Венеціанська комісія неодноразово вказувала на невідповідність європейським стандартам українського законодавства з цього питання^{4,5,6}.

Зауваження стосувалися переважно підстав, складу дисциплінарної комісії та дисциплінарного провадження. Вказувалося на такі загальні, нечіткі за змістом підстави дисциплінарної відповідальності, як «аморальні дії», «грубе чи систематичне нехтування своїми обов'язками – що є несумісним зі статусом судді або виявило його явну невідповідність займаній посаді». Критикували і введення до складу Дисциплінарної комісії суддів представників Президента, Верховної Ради і міністра юстиції. З цього приводу Венеціанська комісія зазначила, що «така позиція, згідно з якою виконавча і законодавча влада завжди мусять бути представлені в органах, де вирішальною має бути думка суддів, свідчить про певною мірою викривлене розуміння «протитива і стримувань»⁷. З огляду на те, що дисциплінарна відповідальність є одним з найвагоміших чинників впливу на безсторонність суді, підстави, наслідком яких є звільнення з посади, варто закріпити в Конституції.

¹ Монреальська універсальна декларація про незалежність правосуддя, ухвалена на Першій світовій конференції по незалежності правосуддя, Монреаль, 1983 // Міжнародні стандарти незалежності суддів: зб. документів. – К.: Поліграф – Експрес, 2008. – С. 22–27

² Загальна (Універсальна) хартія судді, ухвалена 17 листопада 1999 року Центральною Радою Міжнародної Асоціації Суддів в Тайпєй (Тайвань) // Міжнародні стандарти незалежності суддів: зб. документів. – К.: Поліграф – Експрес, 2008. – С.35–38.

³ Висновки „Призначення та соціальний статус суддів” (Перша експертна комісія Міжнародної асоціації суддів, 1988 рік) // Міжнародні стандарти незалежності суддів: зб. документів. – К.: Поліграф – Експрес, 2008. – С.50–52

⁴ Європейська комісія “За демократію через право” (Венеціанська комісія) Спільний експертний висновок щодо проекту Закону України “Про судоустрій і статус суддів” від 16. 03. 2010 року CDL-AD (2010)003. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864>

⁵ Європейська комісія “За демократію через право” (Венеціанська комісія) Спільний висновок щодо Закону України “Про судоустрій і статус суддів” від 18 жовтня 2010 р., Висновок № 588 / 2010. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/229B826C8AC787DEC2257D87004987C3](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/229B826C8AC787DEC2257D87004987C3)

⁶ Європейська комісія “За демократію через право” (Венеціанська комісія) Спільний висновок до Конституції України в частині правосуддя, затвердженого Конституційною Комісією, 4 вересня 2015 року 26 жовтня 2015 року, Висновок № 803/2015. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/229B826C8AC787DEC2257D87004987C3](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/229B826C8AC787DEC2257D87004987C3)

⁷ Європейська комісія “За демократію через право” (Венеціанська комісія) Спільний експертний висновок щодо проекту Закону України “Про судоустрій і статус суддів” від 16. 03. 2010 року CDL-AD (2010)003. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864>

Отже, незалежність судів і самостійність суддів – фундаментальні засади демократичної, правової держави, які мають бути закріплені в конституції. Відокремлення судів від інших органів влади, заборона останнім будь-яким способом обмежувати незалежність судів, реальна правова допомога малозабезпеченим, належне бюджетне фінансування, гідна заробітна плата працівників суду, гарантії неусувальності, імунітету, призначення судді на постійно, визначення чітких і прозорих процедур призначення і звільнення з посади судді та притягнення до дисциплінарної відповідальності, процесуальні гарантії розгляду справ в суді – правові гарантії, що сприятимуть ефективності українського правосуддя та відповідності європейським стандартам. У програмах парламентських партій України відсутні чіткі концепції реформування судової влади. Політичні партії не є послідовними в питаннях реформування судів. Їхні пропозиції, значною мірою, є популістськими. Зокрема, не відповідають європейським стандартам незалежного правосуддя пропозиції щодо безпосереднього обрання суддів місцевими громадами на певний строк, скасування суддівського імунітету. Такий стан речей великою мірою пов'язаний з тим, що політичні партії системно не працюють над вивченням, аналізом діяльності органів правосуддя, виявленням причин їх неналежного функціонування та надання пропозицій для їх усунення.

ЗЛОВЖИВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИМИ ПРАВАМИ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ: НОРМАТИВНЕ ВРЕГУЛЮВАННЯ ТА СУДОВА ПРАКТИКА

Депутат А.Р.

*студентка 4 групи 3 курсу Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

Інститут запобігання зловживання цивільними процесуальними правами був закріплений в законодавстві порівняно недавно, а саме в ході реформування Цивільного процесуального кодексу України (далі - ЦПК) в 2017 році. Відповідними змінами було закріплено в ст. 2 ЦПК принцип недопустимості зловживання такими правами, в ст. 44 ЦПК передбачено дії, які можуть бути констатовані як зловживання, а в ст. 143 ЦПК вказано на заходи, які можуть бути застосовані до учасника судового процесу в таких випадках.¹ Проте, незважаючи на такі прогресивні зміни та напрацювання судової практики гостро постає питання необхідності закріплення нормативної дефініції даному поняттю та більш детальної його нормативної регламентації.

У національному законодавстві не закріплено поняття «зловживання процесуальними правами», а в доктрині не існує єдиного підходу до його визначення. Для прикладу в європейському праві, існує дві основні теорії, перша з яких полягає у ствердженні наявності особистих матеріальних та процесуальних прав, які у своїй реалізації не є обмеженими.² Така теорія є поширеною в Бельгії, Голландії, Люксембургу, Франції, Італії³ та передбачає, що тільки у випадку, коли їхня реалізація порушує суть самого права, здійснюється нестандартно чи неправильно та породжує шкоду інтересам певної

¹ Цивільний процесуальний кодекс (далі - ЦПК), ст.2,44,143. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>.

² K Gajda – Roszczyńska, «Abuse of procedural rights in Polish and European civil procedure law and the notion of private and public interests» (2019), No 2 (3) Access to Justice in Eastern Europe 53-85,p.55.

³ A Donti, «Abuse of procedural rights: Regional report for Italy and France» in M Taruffo (ed), Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness, (Kluwer Law International 1999, p. 125 et seq; M Klöpfer, Missbrauch im Europäischen Zivilverfahrensrecht (Mohr Siebeck 2016) 192–194.

особи чи суспільства –можуть бути застосовані певні обмеження.¹ Друга теорія, набула популярності в Німеччині, Іспанії, в Україні та відрізняється тим, що розглядає дане поняття не через поняття суб'єктивного права, а через наявний обов'язок у сторін реалізовувати свої цивільні процесуальні права відповідно до принципу лояльності, добросовісності (*bona fide*), справедливості.

Свою позицію щодо розуміння даного поняття також висловив Касаційний цивільний суд у складі Верховного Суду (КЦС ВС) в постанові від 25 листопада 2020 р. у справі N 757/61850/18-ц зазначивши, що на осіб, які беруть участь у справі, покладатиметься загальний обов'язок - добросовісно здійснювати свої процесуальні права і виконувати процесуальні обов'язки. Було вказано, що зловживання процесуальними правами є особливий різновид цивільного процесуального правопорушення, що полягає у поведінці, яка перевищує (або порушує) межі здійснення суб'єктивних прав. Суд наголосив, що процесуальні права «мають здійснювати відповідно до їх призначення, яке або прямо визначено змістом того чи іншого суб'єктивного права, або вочевидь випливає з логіки існування того чи іншого суб'єктивного процесуального права»². Як бачимо, така позиція відповідає європейським тенденціям розуміння і вирішення даної проблематики, але, на мою думку, не висвітлює необхідності його нормативного закріплення.

Аналізуючи сучасні нормативні положення щодо дій, які можуть бути розцінені як зловживання процесуальними правами бачимо, що їхній виключний перелік наведено в ст. 44 ЦПК. Д. Луспенник, зокрема, поділив їх на дві основні підгрупи: 1)зловживання правом на позов (зловживання процедурою в цілому, процесом в цілому, правом на судовий захист, правом на подачу позову тощо) та 2)зловживання окремими процесуальними правами.³ Варто констатувати, що кожна з підстав ст. 44 ЦПК містить у собі певні оціночні поняття, належна кваліфікація яких матиме результатом розгляд або ж повернення учаснику судового процесу його заяви, скарги чи клопотання або ж навіть застосування до особи заходів процесуального примусу.⁴ А дані оціночні поняття являють собою ознаки зловживання процесуальними правами, які на даному етапі законодавцем у ЦПК не висвітлені. Більше того, принцип неприпустимості зловживання процесуальними правами також не отримав тлумачення, яке б було закріплене окремою статтею, що на мою думку, є помилкою.

У деяких зарубіжних державах, зокрема Австралії, Канаді, Великобританії, США, Індії, прийняті окремі законодавчі акти, спрямовані на протидію сутяжництву - надмірній процесуальній активності особи, що проявляється у повторних зверненнях до суду з тотожними або аналогічними позовами, намаганням відновити провадження у справі задля переслідування процесуального опонента або спричинення йому фінансових витрат.⁵ Для прикладу, в Vexatious Actions Act 1896 р. прийнятого в Англії передбачено, що сутяжницька сторона – це будь-яка особа, яка систематично та цілеспрямовано

¹ J Normand, «Final Report. The two approaches to abuse of procedural rights» in M. Taruffo (ed), *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness* (Haga-Londyn-Boston 1999), (n 5) 237–239.

² Постанова КЦС у складі ВС від 25 листопада 2020 р., справа № 757/61850/18-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93268387>.

³ Луспенник Д., «Засоби запобігання зловживанням процесуальними правами у цивільному судочинстві», доступно від 15 березня 2021 р. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Luspenyk_2021_03_15.pdf

⁴ ЦПК, ч.5 ст.44; Постанова КЦС у складі ВС від 3 червня 2020 р., справа № 318/89/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89675396>.

⁵ Луспенник Д., «Сутяжництво: як з цим боротися, світовий досвід», доступно від 1 жовтня 2018. URL: <https://sud.ua/ru/news/publication/126226-sutyazhnictvo-yak-z-tsim-borotysya-svitoviy-dosvid>.

порушує сутяжницький розгляд справи в суді за відсутності розумних підстав¹. Також врегулювання цього інституту є в California Code of Civil Procedure², Hawaii Revised Statutes та Texas Civil practice and Remedies Code.

Один із дослідників питання зловживання процесуальними правами, А.В. Юдін вважає, що дане поняття можна охарактеризувати через сукупність таких ознак, як: а) належне особі суб'єктивне процесуальне право здійснюється всупереч його признанню; б) штучний характер здійснюваних дій; в) відтворювані особою обставини ведуть до невинновданого та штучного ускладнення процесу, перешкоджають провадженню у праві; г) неприродність, що виявляється зокрема в зайнятті непослідовної та суперечливої позиції по справі, що з урахуванням інших обставин по справі свідчитиме про зловживання.³ Доречно було б врегулювати дані питання шляхом закріплення конкретних понять та ознак її в нашому законодавстві.

Варто звернути увагу і на Рекомендацію R(84)5 Комітету міністрів державам-членам щодо принципів цивільного судочинства, спрямованих на вдосконалення судової системи, від 28 лютого 1984 року, де вказано, що деякі процесуальні норми можуть стати перешкодою в ефективному здійсненні правосуддя, тому необхідно забезпечити доступ сторін до спрощених і більш швидких форм судочинства і захистити їх від зловживань, затримок, наділивши судоповноваженнями вести судочинство більш ефективно.⁴ Зокрема, в Україні досить успішно судова практика врегулює дані питання, особливо з моменту закріплення такого заходу реагування на зловживання процесуальними правами як штраф.

Так, КЦС ВС в ухвалі від 07.03.2018 у справі № 916/772/14 визначив, що подана касаційна скарга по суті являла собою набір не пов'язаних між собою логікою та змістом речень з вкрапленнями загальних норм цивільного законодавства та положень попередньої редакції ГПК, тому подання завідомо безпідставної касаційної скарги, не оплаченої судовим збором, суд визнає зловживанням процесуальними правами та наклав на скажника штраф.⁵ Також цікавою є ухвала КЦС ВС від 16.04.2019 у справі № 757/32769/15-ц, де Суд встановив, що адвокат як особа, із свідоцтвом про право на заняття адвокатською діяльністю, достовірно знала, що касаційне провадження за касаційною скаргою на постанову суду касаційної інстанції не може бути відкрито, тому стягнув із скажника штраф.⁶ Хоча, можна почути зауваження до введення у ході реформування 2017 року такого засобу протидії зловживанням процесуальними правами як штраф, через його не притаманності цивільному процесуальному праву, однак саме він реалізує принципу пропорційності і задоволення публічного і приватного інтересів в забезпеченні здійснення ефективного судочинства. Більше того, його застосування визнається й у світовій практиці, зокрема у Франції⁷ та Бразилії⁸.

Отже, можна зробити висновок, що закріплення інституту запобігання та протидії зловживанням цивільними процесуальними правами на нормативному рівні – значний

¹ Taggart M., « Alexander Chaffers and the Genesis of the Vexatious Actions Act 1896» [2004] The Cambridge Law Journal Vol. 63, No. 3 , pp. 656-684.

² California Code of Civil Procedure, para. 391.

³ Юдін А. В., "Злоупотребления прав у гражданском судопроизводстве" [2005.] Изд. дом С. - Петерб. гос. ун-та 360 с, 46-50.

⁴ Рекомендація R(84)5 Комітету міністрів державам-членам щодо принципів цивільного судочинства, спрямованих на вдосконалення судової системи, від 28 лютого 1984 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_126?Text.

⁵ Ухвала КЦС ВС від 07.03.2018 у справі № 916/772/14 . URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80335700>

⁶ Ухвала КЦС ВС від 16.04.2019 у справі № 757/32769/15-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81202852>

⁷ Volkov A.V., «Civil Rights Abuse: Problems of Theory and Practice: Monograph», (Walters Kluwe,2009) 464 p., p.46.

⁸ Soares K.E., «Abuse of procedural law in the new Brazilian Code of Civil Procedure» (2015, № 4) Herald of the civil process e.g. 2, p. 188.

крок для забезпечення здійснення ефективного судочинства. Щоправда, я вважаю, що є необхідність у законодавчому закріпленні поняття «зловживання процесуальними правами» та його ознак, а також закріплення таумачення принципу неприпустимості такого зловживання окремою статтею. Хоча судова практика розвивається досить динамічно, дане вноормування підвищить рівень забезпечення принципів добросовісності та справедливості при здійсненні судочинства. Щодо штрафу як засобу протидії такому зловживанню, то варто зазначити, що як і судова практика так і міжнародний досвід підтверджують його дієвий характер для захисту як приватних так і публічних інтересів від зловживань.

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ ДІЯЛЬНОСТІ СУДУ

Дзядевич В.Р.

*студент Навчально-наукового інституту права
Київський національний університет імені Тараса Шевченка*

Сегмент судової влади – один із видів державної влади, в межах якої реалізується вирішення правових та соціальних конфліктів, котрі виникають в суспільстві. Беззаперечно ефективна діяльність цього сегменту влади це міцне підґрунтя для побудови та розвитку правової держави та належного забезпечення пріоретизації прав та свобод людини. Крім того, в сучасних реаліях, в часи, коли українська держава перебуває в періоді активних реформ, нерідко питання ефективності судової влади чи окремих її складових стас не лише об'єктом наукових дискусій, але й предметом спекуляцій на політичній арені. Ілюстрацією згаданих політичних загравань може слугувати нещодавній приклад із скандальною ініціативою щодо ліквідації Окружного адміністративного суду міста Києва (далі – ОАСК). Не варто також оминати стороною, що часто в спробах реформ того чи іншого елементу судової влади, апелюють саме до рівня його ефективності, при чому подібне стосується не лише системи судів. Як приклад, можна навести реформи одного з елементів судової влади – органів прокуратури, котрі проходили під гаслом «Нова прокуратура», де також однією із основних цілей та напрямків змін було поліпшення ефективності діяльності та підвищення рівня суспільної довіри¹. Саме тому, встановлення критеріїв реальної ефективності окремого суду, як складової судової системи є актуальним та важливим.

Досліджуючи питання ефективності, як складової принципу доступності правосуддя, зазвичай мова йде про «простоту» судового процесу, реальність виконання судового рішення, реалізацію прав сторін тощо. Проте ці параметри визначають ефективність діяльності всієї системи судів, в той час як в рамках цієї статті мова йде саме про визначення ефективності конкретного суду. Саме тому, визначення критеріїв ефективності, що видаються мені доцільними в цьому випадку, полягає в наголошенні на двох вимірах такої ефективності: об'єктивному та суб'єктивному.

Щодо об'єктивного критерію, тут варто звернути увагу перш за все, на відсоток скасованих рішень конкретного суду, судами вищих інстанцій. Проте відразу виникає проблема – як в такому випадку визначати ефективність діяльності касаційної інстанції, адже не завжди та не всі рішення оскаржуються до міжнародних судів, зокрема і через ускладнення процедури такого оскарження.

Щодо суб'єктивного критерію, то тут потрібно аналізувати наскільки рішення суду відповідають вимогам принципу верховенства права та як рішення впливають на

¹ Презентація реформи «Нова прокуратура» /Офіс Генерального прокурора. Київ. Режим доступу: <https://www.gp.gov.ua/ua/reform>

суспільство. Визначаючи категорію «впливу на суспільство» потрібно розуміти, що не кожне рішення, ба більше, рішення не кожного суду має значний вимір такого впливу. Так, якщо ми говоримо про рішення місцевого загального суду, наприклад в результаті розгляду буденної справи в порядку цивільного судочинства щодо розлучення чи визнання оспорюваного правочину недійсним, то наслідки та вплив такого рішення на суспільство в цілому будуть незначними, відтак визначити позитивний це вплив чи негативний – складно, адже значення такого рішення буде зачіпати в більшості випадків лише інтереси сторін судового процесу. В той же час, якщо мова йде про рішення вже згаданого ОАСКу, його наслідки можуть мати вплив на діяльність не лише держави, але й життя суспільства. Як приклад, можна навести резонансні рішення щодо обмеження повноважень Міністра охорони здоров'я у 2019 році, рішення у справі директора Національного антикорупційного бюро у 2020 році, рішення щодо голови Державної фіскальної служби у 2018 році, щодо скасування нового українського правопису у 2021 році тощо. Варто розуміти, що резонансність рішень не означає автоматично їх неправильність. Адже суд вирішує справи в першу чергу через використання норм законодавства. Проте не можна забувати при цьому про іншу проблему української судової системи – корупційну складову. Відтак, під час прийняття певних рішень суди можуть порушувати принципи незалежності, наслідком чого може бути не лише порушення принципу верховенства права, але й дестабілізація відносин у державі. Разом з тим, якщо суди «закриватимуть очі» на порушення норм законодавства при прийнятті владних рішень на благо «реформаторській активності», то це призведе до утворення так званих «кипінєчкових судів» та нової проблеми, з якою українська держава вже зіптовхувалась. Як наслідок – знову такі порушення принципів незалежності та можливий колапс усієї судової системи.

Тому, визначаючи суб'єктивні критерії діяльності суду, як то вплив рішень на суспільство та державу, не можна керуватись виключно так званою «революційною необхідністю». Натомість, оскільки іноді дійсно може мати місце прийняття рішень, котрі дестабілізують суспільство із наявної корупційною складовою чи іншим тиском на суддів, то тут вже необхідно розраховувати на належне здійснення своєї діяльності правоохоронними органами національної поліції, Державного бюро розслідувань, НАБУ та інших.

Якщо ж ми повернемося до визначення об'єктивних критеріїв, то тут, крім відсотка скасованих рішень варто також звертати увагу на кількість вирішених справ за рік конкретним судом, кількості зупинених справ, кількості звернень до суду, число співробітників суду, суддів, кількість годин, котрі судді здійснюють свої повноваження, середній час вирішення чи просування у справі. Лише сукупність вираховування всіх вищезазначених критеріїв дає змогу визначити ефективність діяльності конкретного суду. Хоча навіть в цьому випадку, необхідно враховувати і особливості виду судочинства, складність та категорії справ, котрі найчастіше розглядаються як судом, так і окремим суддею.

При цьому, при вирішенні питання щодо ефективності діяльності суду має місце також і дуалізм аналізу як суб'єктивних, так і об'єктивних критеріїв. Так, на прикладі того ж ОАСКу, хоч з огляду на суб'єктивні критерії (численні скандали із суддями суду, питаннями щодо законності деяких його рішень тощо) ми можемо говорити про еwentуальну неефективність суду, проте без врахування об'єктивних критеріїв такі розмови будуть не більше, ніж політичного спекуляцією обставинами. Адже, відповідно до даних, наданих Державною судовою адміністрацією України^{1,2}, відсоток скасованих

¹ Відповідь Державної судової адміністрації України на запит Дзядевича В.Р. від 23.04.2021, № інф/А514-21-461/21. Київ, 2021. С. 1-3.

апеляційними судами рішень ОАСКу знаходиться на тому ж рівні, що й інших адміністративних судів та судів інших юрисдикцій.

місцеві суди	Скасовано апеляційними судами судових рішень місцевих судів			
	2017	2018	2019	2020
<i>Київський окружний адміністративний</i>	207	219	336	384
<i>Львівський окружний адміністративний</i>	311	338	460	440
<i>Харківський окружний адміністративний</i>	584	659	993	1 119
<i>Окружний адміністративний суд міста Києва</i>	1 525	1 360	1 531	1 444
<i>Господарський суд міста Києва</i>	770	717	1155	1098
<i>Печерський районний суд міста Києва</i>	50 (по КАС України, 296 (по ЦПК), 1 (по КПК)	24 (по КАС України, 176 (по ЦПК), 17 (по КПК)	9 (по КАС України, 180 (по ЦПК), 2 (по КПК)	4 (по КАС України, 258 (по ЦПК), 5 (по КПК)
<i>Шевченківський районний суд міста Києва</i>	46 (по КАС України, 384 (по ЦПК), 1 (по КПК)	34 (по КАС України, 236 (по ЦПК), 39 (по КПК)	35 (по КАС України, 322 (по ЦПК), 28 (по КПК)	7 (по КАС України, 251 (по ЦПК), 29 (по КПК)

Разом з тим, відповідно до даних звіту Державної судової адміністрації України «Ефективність роботи місцевих та апеляційних судів загальної юрисдикції за I півріччя 2020 року»¹, котра враховує інші об'єктивні параметри, такі як: вхідні, вирішені, невинісні справи, час розгляду справи, ефективність витрат на діяльність суду, модельний показник та інші, ОАСК має незадовільні показники по деяких із зазначених параметрів. Що знову таки свідчить не лише про необхідність врахування сукупності об'єктивних та суб'єктивних критеріїв, а й повного та всебічного аналізу різноманітних параметрів ефективності.

Як підсумок, варто зазначити, що визначення ефективності діяльності суду є важливим не лише під час вирішення питання щодо ліквідації чи реформування

² Звіт «Ефективність роботи місцевих та апеляційних судів загальної юрисдикції за I півріччя 2020 року». Київ, 2020. С. 1-4. Режим доступу: https://dsa.court.gov.ua/dsa/pokazniki-diyalnosti/efekt_roboti_sudiv1/efekt_2020.

¹ Звіт «Ефективність роботи місцевих та апеляційних судів загальної юрисдикції за I півріччя 2020 року». Київ, 2020. С. 1-4. Режим доступу: https://dsa.court.gov.ua/dsa/pokazniki-diyalnosti/efekt_roboti_sudiv1/efekt_2020.

конкретного суду, але й для оптимізації та оцінки діяльності всієї системи судів та, як наслідок, сегменту судової влади. Також варто розуміти, що визначення ефективності діяльності державного органу це багатоаспектне питання, котре потребує врахування великої кількості параметрів. Крім того, не завжди значна суспільна чи медійна увага до такого органу свідчить про неефективність його діяльності, а відтак, необхідно бути уважним, аби відрізнити вирішення проблем функціонування органу від пов'язаної із цим політичної боротьби.

ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ СУДОЧИНСТВА ТА ПЕРСПЕКТИВИ ЇХ ЗАСТОСУВАННЯ В УКРАЇНІ

Дмитрух В.Д.

*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
ПКОЮ, 2 курс, 5 група*

16 вересня 2014 року Верховна Рада України ратифікувала угоду про асоціацію України з ЄС, тим самим остаточно підтвердила серйозність своїх намірів. Угода передбачає проведення всебічних змін в різних сферах державного життя через реформи, рівняючись на Європу, та під наглядом ЄС. Звісно це торкнулося і нашої судової системи.

Найбільш часто про «європейські стандарти» в контексті судової реформи в Україні згадують, коли мова йде про суддівське врядування. Вважається, що концепція «судді, обрані суддями» – безальтернативна для України та її впровадження ледь не саме по собі здатне створити незалежний, самостійний суд, якому довірять суспільство.

Думка про безальтернативність цієї концепції походить з рішення ЄСПЛ у справі «Волков проти України». Доводячи свою думку, Суд вказав, що «порядок формування Вищої ради юстиції досі не відповідає європейським стандартам, тому що з 20 членів лише три є суддями, яких обирають їх колеги». Попри те, що дана думка була лише одним з доводів суду, саме її обрали й стрімко поширили як доказ безальтернативності всієї концепції для України.

Метод побудови органів суддівського врядування, більша частина членів яких становлять судді, обрані суддями, стала популярною у середині 2000-х років. Вагома кількість країн Східної та Центральної Європи встановила концепцію «судді, обрані суддями» для своїх органів суддівського врядування. Аргументи прихильників концепції були наступними: у випадку позбавлення судів політичного впливу та перетворення інституції на незалежну, незалежною стане і вся судова влада. Власне так і працює судочинство у Західній Європі.

Проте, ініціатори реформ не врахували, що система судочинства в державах Західної Європи творилося протягом багатьох років. Судовій владі в даних країнах зараз довіряє більшість громадян. Наприклад, статистика впевненості у справедливості та неупередженості суддів становить: приблизно 88% громадян Данії та 70% Німеччини. Вплив політиків на судоустрій є мінімальним, а порядність суддів не оскаржується. В цих державах принцип «судді, обрані суддями» має зміст, тому що судді самі переймаються за чистоту своїх представників і за доброчесність всього суддівського апарату. Одночасно голова країни або парламент не мають змоги високою мірою втрутитись в сферу судоустрою та чинити вплив на суддів або «ставити» на пост корисних або «своїх» людей. Судді в свою чергу мають можливість вільно приймати рішення стосовно справи навіть, якщо вона торкається найвищих посадовців, та не перейматися про можливі репресії, які можуть накласти на себе через це.

Абсолютно іншими є справи в перехідних демократіях, особливо, державах Східної і Центральної Європи. Дослідження вказують на те, що в більшості з них «органи суддівського врядування почали перетворюватись на подібні до мафіозних структури, в яких судді прагнуть особистої вигоди та використовують нову інституційну структуру для пригнічення влади».

Саме такий принцип встановили у 2016 році і в Україні. Тепер 10 з 21 членів Вищої ради правосуддя складають судді, призначені З'їздом суддів, та ще одне місце займає голова Верховного Суду за посадою. Судді, крім того, мали до 2019 року дві третини місць і у Вищій кваліфікаційній комісії – органу, що проводить кваліфікаційне оцінювання старих та добір нових суддів. Запровадження цієї європейської концепції бажаних змін не принесло: Вища рада правосуддя пережила багато скандалів, Вища кваліфікаційна комісія звільнила від виконання посадових обов'язків менше 1% суддів за результатами перевірки кваліфікації, а політична влада досі має значний вплив на судову владу. Через це суддям не довіряє більше 75% громадян.

Схожа ситуація мала місце в Молдові та Грузії – ще дві пострадянські країни, що встановили в себе концепцію «судді, обрані суддями» при формуванні органів суддівського врядування. Громадянське суспільство цих країн відзначає, що високий рівень корупції та залежність від політичної влади досі зберігається у судовій владі цих країн. З цим погоджується і Венеційська комісія у своїх висновках щодо судової реформи Албанії та Молдови. Зокрема, у висновку CDL-REF(2019)031-е щодо судової реформи у Молдові, комісія зазначила, що у деяких посткомуністичних країнах надто високі стандарти щодо судової незалежності можуть «привести до парадокса». Оскільки гарантії незалежності надаються суддям, які не є ні незалежними, ні доброчесними. Комісія рекомендувала Молдові утворити тимчасовий механізм очищення судової влади від її недоброчесних представників. Це дозволить перезавантажити весь суддівський корпус, і вже тоді встановити високі гарантії суддівської незалежності.

Протилежна пропонуваній концепції політика Литви – країни ЄС, що ефективно бореться з залишками радянського минулого, Комісія з відбору суддів складається з 7 членів, в яких судді складають меншість, і очолює її журналіст. Проте, це не заважає їй будувати дійсно ефективну та доброчесну судову систему.

На жаль, в ході судової реформи в Україні реалізувались одночасно всі можливі ризики, які випливали з даного європейського принципу: члени Вищої ради правосуддя, призначені за квотою суддів, покривають своїх впливових колег; представники парламенту та Президента лобіюють інтереси політичних груп; частина членів ВРП взагалі призначена незаконно; про оновлення та очищення суддівського корпусу від недоброчесних посадовців не сильно переймаються.

Отже, немає концепції «судді, обрані суддями», яка була б обов'язкова чи навіть бажана для України. Навпаки, необхідно вести розмову про встановлення в даний час для країн перехідної демократії іншого принципу, який більшу чи навіть вирішальну роль в органах судочинства надасть несуддівським представникам, ними є: громадськість, люди інших правових професій або експерти від міжнародних організацій. В сучасній Україні вагомим є проблема необхідності очищення Вищої ради правосуддя відкорумпованих та низькокваліфікованих посадовців. Для цієї мети незамінним є вплив громадян та громадських організацій на дисциплінарні провадження щодо суддів. Наприклад, першим кроком для рішення цієї проблеми може бути введення громадських експертів та спостерігачів до дисциплінарних палат. Залучення громадян перетворить їх, тобто дисциплінарні провадження, на більш ефективний метод контролю діяльності суддів та прискорить справжнє очищення суддівського апарату від його непорядних працівників.

Розглянувши реформу судоустрою України по європейському зразку на прикладі концепції «судді, обрані суддями», найголовніший висновок, який можна зробити в даній ситуації: потрібно враховувати політичні, економічні та соціальні особливості країни, реформуючи її, а не сліпо слідувати за прикладом успішних держав. Так склалося через те, що ми Україна та, наприклад, Німеччина функціонують в різних геополітичних умовах, перебувають на різних рівнях розвитку, мають різні історичні шляхи та різний національний менталітет, який теж відіграє важливу роль.

ПРИНЦИП ПРОПОРЦІЙНОСТІ, ПРАВОВА АРГУМЕНТАЦІЯ ТА ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ: АНАЛІЗ МЕЖ ОСНОВНИХ ПРАВ ТА ГАРАНТІЙ

Драгомерецька Д.В.

студентка IV-го курсу юридичного факультету

Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

Застосування принципу пропорційності в адміністративних рішеннях тягне за собою необхідність посилання на юридичну аргументацію. У цьому сенсі обґрунтування причин у будь-якому випадку тягне за собою мотивування або обґрунтування дискреційного адміністративного рішення, тобто необхідний зв'язок між юридичною аргументацією та дискреційними рішеннями.

Подібним чином важливо зазначити, що коли ми стикаємося з рішеннями, які є продуктом очевидної дискреційної влади, тобто коли ми стикаємося з особливими випадками, такими як здійснення повноважень правоохоронними органами, застосування принципу пропорційності, як зазначено вище, це означає підтримку того, чому використані засоби завдають шкоди чи обмежують основні права меншою мірою, ніж інші. Це включає теорію юридичної аргументації в рамках адміністративного права, але це не єдиний випадок.

Те, що ми говорили до цього часу, пов'язане з тим, що, за словами М. Атьензи, називається контекстом виправдання, беручи до уваги те, що державна адміністрація має вказати умови, які дозволяють вважати це рішення чимось прийнятним чи виправданим. Для М. Атьензи є чотири елементи, які складають поняття аргументації, а саме: 1) суперечка - це завжди діяльність, пов'язана з мовою, 2) аргументація передбачає проблему, 3) аргументація передбачає як процес, так і результат процесу, 4) аргументація - це раціональна діяльність^{1,2}.

Суддя, який здійснює контроль за дискреційними адміністративними рішеннями, повинен оцінити адміністративний акт на підставі поважних причин, що підтверджують це рішення відповідає нормам закону. Відповідно до викладеного вище, очевидно, що зв'язок між пропорційністю та адміністративним розсудом робить останнім очевидним, - а застосування принципу пропорційності передбачає аргументацію з метою обґрунтування причин прийняття рішення.

Очевидний адміністративний розсуд виправданий з появою конституційної держави, оскільки це передбачає збільшення обсягів виправданих завдань державних органів і, отже, більшу вимогу до правової аргументації (ніж та, що вимагається ліберальною правовою державою) .

¹ Manuel Atienza, Curso de argumentación jurídica, Madrid: Trotta, 2013, p. 34.

² Además ver Yezid Carrillo De La Rosa, Teorías de la argumentación jurídica y del razonamiento judicial. Doctrina y Ley, Bogotá, vol. 1, 2009, p. 311.

Атьенза стверджує, що ідеал конституційної держави передбачає повне підпорядкування влади закону. Тому цілком логічним видається, що просування конституційної держави супроводжувалося кількісним та якісним зростанням попиту на обґрунтування рішень державних органів, а також розвиток теорії правової аргументації йшов паралельно з прогресивною реалізацією моделі конституційної держави¹.

Так, у постанові Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду² від 12 жовтня 2021 року розглянув касаційну скаргу Міністерства оборони України на постанову Корольовського районного суду м. Житомира від 28 листопада 2017 року, де суд першої інстанції вказав, що Міністерства оборони України, як адміністративний орган, скористався своїм дискреційним повноваженням та прийняв рішення про відмову у призначенні одноразової грошової допомоги позивачу, тому суд першої інстанції, з висновком якого погодився суд апеляційної інстанції застосував статтю 11 Кодексу адміністративного судочинства України (далі - КАС України; у редакції, що діяла на час вирішення спірних відносин), вийшов за межі позовних вимог, та дійшов висновку про те, що єдиним ефективним та адекватним наявним обставинам способом захисту прав позивача буде зобов'язання відповідача розглянути, нарахувати та виплатити зазначену допомогу. Щодо посилань на втручання в дискреційні повноваження, колегія суддів зазначає, що Європейський суд з прав людини у рішенні від 10 квітня 2008 року «Вассерман проти Росії» вказав, що засіб юридичного захисту, якого вимагає стаття 13, має бути «ефективним» як з практичної, так і з правової точки зору, тобто таким, що або запобігає стверджуваному порушенню чи його повторенню в подальшому, або забезпечує адекватне відшкодування за те чи інше порушення, яке вже відбулося. Навіть якщо якийсь окремих засіб юридичного захисту сам по собі не задовольняє вимоги статті 13, задоволення її вимог може забезпечуватися за допомогою сукупності засобів юридичного захисту, передбачених національним законодавством. При цьому, слід зазначити, що якщо відмова відповідного органу визнана судом протиправною, а іншого варіанту поведінки у суб'єкта владних повноважень за законом не існує, то суд має право зобов'язати такий орган влади вчинити конкретні дії, які б гарантували захист прав і свобод позивача. Отже, застосування судами зазначеного способу захисту права не можна вважати втручанням у дискреційні повноваження Комісії. Подібну правову позицію було висловлено у постанові Верховного Суду від 3 листопада 2020 року у справі №398/2843/16-а. Оцінюючи наведені сторонами аргументи, Верховний Суд виходить із того, що всі аргументи скажника, наведені в касаційній скарзі, були ретельно перевірені та проаналізовані судами першої та апеляційної інстанцій, та їм була надана належна правова оцінка. Жодних нових аргументів, які б доводили неправильне застосування норм матеріального права або порушення норм процесуального права, у касаційній скарзі не зазначено.

Як висновок на поставлене проблемне питання, тобто наслідки застосування принципу пропорційності в умовах адміністративних рішень органів влади, які обмежують основні свободи та гарантії, ми повинні зазначити, що застосування принципу пропорційності в дискреційних рішеннях, які обмежують права та гарантії в їх суттєвому ядрі, призводить до появи очевидної адміністративної дискреції, від посвячення прихованих регульованих компетенцій для вибору засобів забезпечення мети адміністративного судочинства.

¹ Manuel Atienza, "Argumentación jurídica y Estado constitucional", Novos Estudos Jurídicos, vol. 9 (1), p. 22.

² Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 12 жовтня 2021 року, адміністративне провадження № К/9901/50619/18 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100285411>

NON-STATE LEGAL REGULATION: DEVELOPMENT OF ALTERNATIVE (NONJUDICIAL) AND PRE-TRIAL SETTLEMENT OF DISPUTES

Esiobu D.E.

a third-year law student of V.N. Karazhyn Kharkiv National University

In today's world, with some large corporations overshadowing entire states, with ever-changing societal structures and views that are overall more liberal continuing their advance, there is an obvious shift in the role of government when it comes to legal regulation. In fact, decentralized approaches proposing settlement elasticity are able to adapt rapidly to particularities and needs on different levels of regulation, thereby alleviating pressures on public institutions, including those of judiciary.

Indeed, modern democratic polities incur certain constraints from not only other governments and supranational organizations (i.e., from the international law standpoint), but also domestic subjects (non-governmental organizations, communes, business-corporations etc.), which incrementally take away functions and authorities that traditionally have been deemed solely government monopoly, particularly in the realm of lawmaking. As a result, right next to governmental legal order in a national legal system appears another – a non-governmental one.¹

Non-state regulation tightly interrelates with self-regulation. Different assemblies of individuals constantly create their own rules of conduct.² This phenomenon has been widely recognized for a long time, and in this case, we are talking about “private” assemblies, meaning organizations other than governmental, as subjects.

Absence of formal certainty characteristics in non-state rules, while subjects participate directly, makes the latter as elastic as possible and most adapted to regulating such dynamic system as that of private law relations. The focus on practice and regard to subjects' interests in turn makes these rules one of the most productive means of influence on sophisticated public relations. Under the conditions when, due to their inertness, official sources of law are not able to react to societal changes adequately, non-state rules sometimes become the only public relations regulator. Consequently, they are the primary source of influence on these complicated relations and perform the function of primary legal regulation thereof.

Crucially, the rules of non-state public relations regulation exist alongside the law and judicial precedent, and are the source of law reflecting objective needs of societal development, which undergoes changes due to their dynamic evolution.³ Legislation in force has gaps and collisions, courts and other law enforcement agencies (in a peculiar sense) in practice often encounter the necessity to resolve them. While reviewing a dispute, courts determine provisions of law that are applicable. While analyzing legal provisions, they evaluate their literal sense – the meaning, which is deduced from a systemic interpretation of the provision – in conjunction to other norms. However, sometimes even systemic interpretation of legal acts does not allow for filling a gap in legal regulation. In such a case courts resort to non-state

¹ Zi Sheng Tang, *Non-state Law in Party Autonomy – A European Perspective* (n 1, International Journal of Private Law 5 2012) 24.

² Diana T. Meyers, *Self, Society, and Personal Choice* (1st edn, New York: Columbia University Press 1989) 112.

³ Olena Dashkovska, *Non-state Legal Regulation: Some General Theoretical Aspects* (n 1, Philosophy of Law and General Theory of Law: Academic Journal 2020) 41.

rules, while corporations would much rather prefer an alternative (nonjudicial) way to settle a dispute in the first place.

Indeed, the latter could definitely take some pressure of judiciary, which in Ukraine during the past several years, particularly in 2020, has been considered overwhelmingly untrustworthy by its citizens¹ and currently suffers from overload and decent staff shortages.² The former problem is largely induced by and stems from significant corruption levels.³ As the non-state public relations regulation becomes one of the mandatory legal instruments in implementing a considerable civil society institutions potential,⁴ as well as decentralization practices and the size of government overall play a major role in the direct influencing of corruption⁵, non-state rules thus inherently prevent legal provisions from being introduced in national legislation and could hinder the ongoing grievances in the Ukrainian judiciary.

Accordingly, non-state legal regulation distinguishes from other types of social regulation by the following characteristics:

- connection with some center of public authority;
- institutional endowment;
- clear, beforehand defined substance of rules of conduct and negative consequences;
- fundamental ability to ensure practical imposition of such consequences.⁶

Therefore, the proper procurement and implementation of these elements alongside alternative (nonjudicial) and pre-trial settlement of disputes stands for appropriate, harmonized functioning of the Ukrainian judiciary.

ЗЛОВЖИВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИМИ ПРАВАМИ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ: ПРАКТИЧНИЙ АСПЕКТ

Єримей В.Р.

студентка 3 курсу юридичного факультету

Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

Проблема зловживання правом в історичному аспекті сягає часів римського права. Римські юристи розуміли суть зловживання правом, яке виражалося у відомому вислові Павла: «Йде в обхід закону той, хто, зберігаючи слова закону, обходить його зміст ...»⁷.

Зловживання правом, як специфічне неправомірне поведінка, полягає в тому, що дії, які її складають, вчиняються з видністю реалізації законних прав особи. Особа, яка бажає мати певний результат, вчиняє процесуальні дії, зовні схожі на ті юридичні факти, з якими пов'язується настання необхідного результату. Однак, такі дії мають повністю штучний характер, хоча зовні протікають в межах правового поля, а насправді ними заподіюється шкода інтересам інших учасників процесу та взагалі інтересам правосуддя.

Задля подолання такого поширеного і дуже негативного явища як зловживання процесуальними правами, в рамках проведеної судової реформи 2017 року, до

¹ National Agency on Corruption Prevention (NACP), *NATIONAL REPORT on the principles of anticorruption policy realization in 2020 (Project 2021)* 398.

² High Council of Justice, *An interactive online map on the workload of courts and business trips of judges* (2021).

³ NACP (sect. IX) 394, 396.

⁴ Kenneth A. Armstrong, *Rediscovering Civil Society: The European Union and the White Paper on Governance* (n 1, European Law Journal 8 2002) 104.

⁵ Mohammad Amin, Yew Chong Soh, *Corruption and Country Size: Evidence using Firm-Level Survey Data* (Policy Research Working Paper 8864: World Bank Group 2019) 2-7.

⁶ Dashkovska (sect. III) 47.

⁷ Тіхонова М.А. Про проблему зловживання правом. *Науковий журнал КНТЕУ «Зовнішня торгівля: право, економіка, фінанси»*. 2013. №2. С. 182-192.

українських процесуальних кодексів були запроваджені норми, які надали суду інструменти протидії зловживанню учасниками процесу їхніми процесуальними правами.

У частині 3 статті 2 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) передбачено, що одним із принципів цивільного судочинства є неприпустимість зловживання процесуальними правами.

Н.Ю. Голубєва виділила наступні види зловживань процесуальними правами в цивільному процесі. Даний перелік налічує наступні «види»:

1) *зловживання правом на пред'явлення позову*. Це може бути, наприклад, подача завідомо безпідставного позову, зустрічного позову, за змовою сторін, до неналежного відповідача або неналежним позивачем та інших так званих «технічних» позовів. Здебільшого, це стосується позовів про визнання недійсними кредитних договорів, договорів застави, іпотеки, поруки, про припинення зобов'язальних договорів;

2) *зловживання правами, спрямовані на затягування строків розгляду справ*, тобто подача клопотання про зупинення провадження, безпідставне або повторне заявлення клопотань, залучення до участі у справі як можна більшої кількості учасників, тобто співвідповідачів, третіх осіб;

3) *умисні дії учасників фактичного характеру, спрямовані на затягування строків розгляду справи, ухилення учасника процесу від участі в судових засіданнях*, наприклад, ухилення від отримання повідомлення про час судового засідання, імітація «хвороби» та інших «поважних причин» з метою відкладення судового засідання;

4) *зловживання правами, які пов'язані з оплатою судових витрат*. Як приклад, це може бути імітація «скрутного матеріального становища» з метою отримання відстрочення або розстрочення судових витрат, зменшення їх розміру або звільнення від їх оплати (це питання регулюється главою 8 ЦПК України);

5) *зловживання правам на відвід судді*. Аналізуючи українську судову практику, дуже часто трапляються випадки зловживання процесуальними правами у формі численних необґрунтованих клопотань про відводи суддів або колегії суддів, що призводить до порушення розумних строків розгляду справи. Наприклад, ухвалою Дзержинського районного суду м. Харкова від 05 лютого 2019 року (справа № 638/18071/16-ц) заяву уповноваженого представника відповідача про відвід судді по цивільній справі за позовом фізичної особи про стягнення аліментів на час навчання дитини – залишено без розгляду на підставі частини 3 статті 44 ЦПК України, яка зазначає, що подання завідомо безпідставного позову, позову за відсутності предмета спору або у спорі, який має очевидно штучний характер є дією, яку суд може визнати як зловживання процесуальними правами, що суперечать завданню цивільного судочинства. Суд вказав, що представником відповідача втретє заявлено відвід судді з одних й тих підстав, які вже двічі було розглянуто раніше, та які свідчать виключно про те, що сторона відповідача через свого уповноваженого представника, який допускає зловживання процесуальними правами, має мету затягування вирішення спору по суті задля уникнення цивільної відповідальності у разі задоволення вимог позивача, перешкоджання встановленню істини по справі та ухвалення законного, обґрунтованого судового рішення. Зловживання процесуальними правами, шляхом заявлення численних необґрунтованих клопотань про відводи суддів або колегії суддів, що значно затягує процес розгляду справи, не може бути самостійною підставою для залишення позову без розгляду. З цього приводу Верховним Судом була висловлена правова позиція у постанові колегії

суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 11 вересня 2019 року по справі №757/64933/17-ц¹;

6) *неподання або несвочасне подання доказів*. Це може бути ініціювання проведення судових експертиз. Наприклад, відповідач по справі про стягнення боргу за договором позики подає клопотання про проведення почеркознавчої експертизи або ставить під сумнів правильність обчислення заборгованості за кредитним договором та подає клопотання про проведення економічної експертизи, а потім всіляко перешкоджає проведенню такої експертизи різними способами (не оплачує, не надає необхідні документи тощо);

7) *зловживання правами на стадії виконання рішень суду*. Ця проблема вже не стосується безпосередньо цивільного процесу, але має велике значення для сприйняття ефективності судового захисту і з боку виконавчої влади повинна забезпечуватись протидія зловживанню процесуальними правами;

8) *зловживання правами при апеляційному та касаційному оскарженні рішень суду*. Це є багаторазова подача апеляційної та касаційної скарги: вже переглянутої або з недотриманням вимог ЦПК України щодо форми і змісту скарги або подання її особою, яка не має на це право; подача скарги на процесуальний документ, який не підлягає оскарженню або відсутній в матеріалах справи; поведіння з свідомо необґрунтованою скаргою; подача заяви про відстрочення виконання рішення суду².

Зловживання процесуальними правами в цивільному судочинстві тягнуть за собою такі наслідки:

1) можливість суду залишити без розгляду або повернути скаргу, заяву, клопотання;

2) накладення штрафу;

3) суд може зобов'язати позивача внести на депозитний рахунок суду грошову суму для забезпечення можливого відшкодування майбутніх витрат відповідача на професійну правничу допомогу, якщо позов має ознаки завідомо безпідставного або інші ознаки зловживання правом на позов;

4) покладання судових витрат незалежно від результатів вирішення спору;

5) суд може постановити окрему ухвалу щодо неналежного виконання професійних обов'язків адвокатом або прокурором.

Крім того, позитивним моментом для запобігання зловживання процесуальними правами є підвищення рівня спеціалізації учасників процесу (участь у якості представників адвокатів).

Отже, на сьогоднішній день зловживання процесуальними правами (у даному випадку, в цивільному судочинстві), як недобросовісні дії учасників судового процесу, що направлені на реалізацію суб'єктивного права всупереч його призначенню, є серйозною проблемою, що стоїть на шляху розвитку української судової реформи. Учасники процесу широко застосовують механізм судового захисту для порушення прав та інтересів інших осіб, що суперечить публічним інтересам з організації ефективного та справедливого судового процесу. Цьому явищу сприяють розширення процесуальних можливостей учасників процесу, пасивність судів, відсутність фактичної рівноправності сторін, а також відсутність традицій змагальності.

Науковий керівник: кандидат юридичних наук, доцент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича О.В. Гетманцев.

¹ Яциня В.Б., Калюжко А.О. Узагальнення застосування судами першої інстанції новачі ЦПК щодо зловживання процесуальними правами. Портал «Судова влада». URL: https://hrra.court.gov.ua/sud4818/inshe/inf_court/uzag19c11

² Голубєва Н.Ю. Пути противодействия злоупотреблению гражданскими процессуальными правами: постановка проблемы. *Видання ттв «Фенікс»*, м. Одеса. 2015. С. 3-10.

КОНСТИТУЦІЙНІ ОСНОВИ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА США

Завгородня К.О.

*студентка II-го курсу Інституту підготовки кадрів для органів
для органів юстиції України Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого*

Сьогодні в усьому світі досить гостро стоїть питання належного забезпечення прав учасників судового процесу, а також дотримання належної процедури судочинства. Тому виникає потреба у вивченні досвіду вирішення зазначених проблем у інших країнах. Цікавим і повчальним у цьому сенсі є законодавство та судова практика США щодо дотримання та подальшого розвитку конституційних основ кримінального судочинства.

Зазначена проблема не була об'єктом спеціального дослідження ні в зарубіжній ні у вітчизняній юридичній науці. Окремі аспекти конституційних основ кримінального судочинства США знайшли відображення у праці відомого американського правознавця В.Бернхейма «Вступ до права та правової системи США», перекладений українською мовою у 1999р.

У тексті Конституції США є положення, якими забезпечуються права громадян обвинувачених у вчиненні злочину. Більш широко такі права гарантовані Біллем про права. Так, наприклад, четвертий додаток захищає американців від «необґрунтованого обшуку і затримання». П'ятим додатком громадяни захищені від примусового визнання себе винними, повторного та необґрунтованого звинувачень. Шостий додаток гарантує право «на швидкий і публічний розгляд справи справедливим журі». Додаток вимагає, щоб обвинувачений був ознайомлений «з причиною і суттю звинувачень», мав право вести перехресний допит свідків звинувачення і виклик до суду, навіть у примусовому порядку, свідків захисту; забезпечує право обвинуваченому мати адвоката. І, нарешті, восьмим додатком заборонено застосовувати жорстокі й незвичайні покарання, надмірні штрафи. Переважна більшість кримінальних справ розглядається не у федеральних судах, а в судах штатів. Такі злочини, як вбивство, зґвалтування, крадіжка, образа, обман тощо кваліфікуються як порушення законів штату, а не федерації, а тому розглядаються у судах штатів. Положення про дотримання «належної процедури» містяться у п'ятому та п'ятнадцятому додатках до Конституції. Жодна особа, не буде позбавлена життя, свободи або власності без дотримання «належної процедури». За багаторічну практичну діяльність Верховний Суд США виробив розуміння поняття «належна процедура». Зміст останнього включає як дотримання «належної процедури» розгляду справи у суді, так і «незалежної процедури», обидва аспекти змісту поняття спрямовані на захист особи від необґрунтованого і свавільного переслідування з боку влади. Положення четвертого додатку захищають громадян від свавілля влади. Ним, зокрема, закріплено, що «Право народу на охорону особи, житла, паперів та власності від необґрунтованих обшуків чи затримань не повинне порушуватися, і ордери на обшук чи затримання не можуть видаватися без достатніх підстав, підтверджених присягою чи урочистою обіцяркою. Такі ордери повинні містити докладний опис місця обшуку, а також осіб чи майна, що підлягають арештові». Отже, цей додаток гарантує недоторканність особи, житла та власності. У випадку, коли оскаржуються дії поліції суд має встановити, чи були такі дії «обшуком» чи «затриманням», і чи були такий обшук або затримання «необґрунтованими». У справі «Кац проти Сполучених Штатів» (1967р.) суд встановив, що підслуховування агентом ФБР телефонних переговорів, які вів Кац з публічної телефонної будки, є порушенням його права на таємницю приватного життя. На

твердження Кац, що телефонна будка є «конституційно захищеним місцем», суд зазначив, що «четвертий додаток до Конституції захищає людину, а не місце». Проте, зазначив суд, «коли особа свідомо оприлюднює вдома або в офісі інформацію, то вона не підлягає захисту відповідно до четвертого додатку. Але коли вона прагне зробити її приватною, навіть у публічному місці, то така інформація повинна бути конституційно захищена».

Для того, щоб здійснити арешт особи, необхідно мати ордер, або ж, щоб арешт був «обґрунтованим». Маючи ордер на арешт, поліція може здійснювати обшук у будинку. Якщо ж ордер відсутній, то поліція може проникнути до будинку, коли існують «виняткові обставини». Якщо такі підстави відсутні, то поліція, маючи навіть ордер на арешт, не має права проникнути до будинку, коли відсутній ордер, що дає право на обшук.

Протягом майже цілого століття після виникнення США американські суди використовували свідчення підозрюваного для доведення його вини, проте у 1897р. Верховний Суд у справі «Брем проти Сполучених Штатів» встановив, що використання свідчень обвинувачуваного як доказу його вини суперечить п'ятому додатку до Конституції. Постанова суду стосувалася тільки федерального процесуального права. У судах штатів домінуючою була вимога дотримуватися «належної процедури», і тільки з 40-х рр. XX ст. зазначене вище правило було поширене і на штати.

У 1966 р. Верховний Суд у справі «Міранда проти штату Арізона» ініціював питання про необхідність конституційного захисту громадян від «невід'ємного насилля». Притаманного поліції при проведенні допитів. В оприлюдненому рішенні суд зазначив: «Зрозуміло, що атмосфера насилля створюється для підпорядкування особи волі слідчого. Сама атмосфера допиту є залякуючою, вона може бути не фізичною, але такою, що принижує людську гідність. Існуюча практика допиту протирічить одному із найважливіших принципів нації, а саме: особу не можна змушувати обмовляти себе». Цією справою суд встановив формулу, відому під назвою «попередження Міранди». Цього правила повинні дотримуватися поліцейські при арешті та веденні допитів донині. Вони мають попереджати підозрюваного у вчиненні злочину про його право мовчати. Будь-які свідчення, дані підозрюваним без «попередження Міранди» вилучаються зі справи. Застосування «попередження Міранди» сприяло підвищенню професіоналізму поліцейських. Зокрема, один із них було сформульовано у справі «Штат Нью-Йорк проти Кворетза» (1984 р.). Суть справи в наступному: до двох поліцейських Нью-Йорка підійшла жінка і заявила, що вона була зґвалтована і гвалтівник, який мав зброю, щойно зайшов до овочевого магазину. Поліцейські пішли туди і впізнали описану зґвалтовану особу підозрюваного. Той, побачивши поліцейських кинувся тікати. Поліцейські наздогнати йогої виявили, що кобура була пустою. Один з поліцейських, не повідомивши затриманого про його права, як того вимагає «попередження Міранди», запитав, де подівся пістолет. Підозрюваний кинув голову у напрямку пустих ящиків і сказав: «Пістолет там». Після цього його заарештували, а потім застосували «попередження Міранди». Пізніше підозрюваний поскаржився, що його признання про місцезнаходження пістолета було зроблено до «попередження Міранди» і має бути виключене зі справи. Верховний Суд постановив, що свідчення Кворелза треба вважати таким, що відповідає закону хоча воно і було зроблене до «попередження Міранди» суд віддав перевагу захисту суспільної безпеки над дотриманням поліцейськими «попередження Міранди». Посилаючись на шостий додаток до Конституції, Верховний Суд встановив, що в судах штатів підозрюваний повинен користуватися допомогою адвоката. У справі «Гідсон проти Вейнрайта» (1963 р.) суд зазначив, що будь-яку особу, яка є дуже бідною і не може найняти адвоката не можна

вважати справедливо покараною, і що такий особі необхідно надати можливість користуватися допомогою адвоката. У іншому випадку рішення суду буде незаконним. У статті 111 Конституції зазначено, що «судовий розгляд усіх злочинів, за винятком імпічменту, буде здійснюватись журі...»

У шостому додатку до Конституції встановлено, що «у всіх кримінальних переслідуваннях звинувачуваний буде користуватись правом на швидкий і публічний розгляд справи неупередженим журі». Традиційно журі в США складається із дванадцяти присяжних, які мають одноставно прийняти рішення щодо винності або невинності обвинуваченого. Проте у деяких штатах журі присяжних складається із шести присяжних, а законодавство деяких з них не вимагає одноставного винесення вердикту. Зазначене стосується тільки цивільних, а не кримінальних справ.

У п'ятому додатку до Конституції зазначено, що жодна особа не буде двічі переслідуватись у судовому порядку з одного й того ж звинувачення. Це положення своїм корінням сягає загального права. Переслідування вдруге в судовому порядку особи за один і той же інкримінований їй злочин, за тими ж самими свідченнями і доказами, вважають американські юристи, є порушенням фундаментальних понять «гідності і справедливості». У Сполучених Штатах з самого початку їх існування широко застосовувалася смертна кара не тільки за такий вид злочину, як вбивство, а й за менш тяжкі злочини. П'ятий і чотирнадцятий додатки до Конституції фактично визнають право застосування судами вищої міри покарання — смертної кари. Необхідно зазначити, що в середині XIX ст. громадська думка США почала схилитися до менш широкого застосування смертної кари. За даними опитувань інституту Геллапа у 1966 р. За збереження смертної кари як одного з видів покарань, виступали 42% американських громадян, тоді як у 1936р – 62%. Вперше Верховний Суд США виявив своє ставлення до застосування смертної кари у 1972 р. У справі «Фурман проти штату Джорджія». На думку судів смертна кара є «жорстоким і незвичайним покаранням», яке не сприяє реформуванню норм гідної поведінки і що його застосування є неконституційним. Згодом, у своїх наступних рішеннях Верховний Суд обмежив застосування смертної кари лише до злочинців, що вчинили злочини (наприклад, вбивство), які кваліфікуються як злочини першого ступіня. У 2002 Верховний Суд знову виступив проти застосування смертної кари, як одного із видів покарань, взагалі. Американська конституція нічого не говорить про право особи на приватне життя. Зазначене право має суперечливий зміст, оскільки воно є творенням суто юридичним та існує завдяки застосуванню у сфері сексу, дітонародження, способу життя і навіть смерті. Воно є надійним щитом проти втручання влади в особисте життя людини. Юридичне закріплення права на приватне життя базується на дев'ятому додатку, в якому зазначено, що американські громадяни можуть користуватися «набутими» правами, хоча вони і зазначені в додатку. Право на одруження, мандри, вибір зайняття тощо, є набутих, природним правом, яке не закріплене конституцією, але набуло конституційного статусу завдяки факту, в якому присутні елементи «свобод», захищених вимогами дотримання «належної процедури», яка міститься у п'ятому і чотирнадцятому додатках. Право на приватне життя не має свого коріння ні у загальному, ні у статутному праві, але за своїм духом близьке загальному праву. Воно виникло у зв'язку із необхідністю захистити особу від небажаного втручання в особисте життя як держави, так і фізичних осіб. Право особи на приватне життя було юридично оформлене законами окремих штатів ще на початку XX ст. Конституційного характеру це право набуло завдяки рішенням Верховного Суду. Найважливіше рішення у цьому аспекті було пов'язане із справою «Джекобсон проти штату Массачусетс» (1905р.) Суддя Харлан, формулюючи думку більшості, зазначив, що «існує сфера, у якій особа може діяти за своїм бажанням і на законній підставі протиставитись владі, втручанню у її

приватне життя проти її волі». Суд дійшов висновку, що права особи на приватне життя можуть захищатися відповідно до чотирнадцятого додатку до Конституції. Першими судовими справами, які стосувалися права на приватне життя. Були ті, у яких розглядалося право громадян видавати дітей на навчання у приватні школи. У зв'язку з розвитком робітничого руху, активізацією злочинного світу, появою нових видів злочинів ряд штатів прийняли закони про стерилізацію психічно та фізично неповноцінних осіб. Необхідно зауважити, що Верховний Суд не визнавав закони штатів про стерилізацію такими, що суперечать правам американських громадян. У справі «Бак проти Белза» (1927р.) Верховний Суд відмовився визнати, що закони про примусову стерилізацію суперечать чотирнадцятому додатку.

Керрі Бак, молоду жінку, яку суд охарактеризував як «недоумкувату», було поміщено у державну психіатричну установу, де перебувала і її мати директор установи домігся рішення про її стерилізацію. Адвокати останньої оспорили конституційність закону про стерилізацію, проте Верховний Суд не підтримав їх скаргу. Суд визнавав закон про стерилізацію конституційним, і що принципи судочинства «дозволяють перерізати фаллопієві труби». Суддя Холмс зазначив, що для нього «достатньо трьох поколінь недоумкуватих». Зазначене рішення суду не скасоване донині. У 1942 р. У справі «Скіннер проти штату Оклахома» суд визнавав закон про стерилізацію таким, що суперечить чотирнадцятому додатку, визначивши тим самим право особи на народження нащадків. Отже, у цілому можна зробити висновок, що рішеннями Верховного Суду «право на приватне життя» стало невід'ємною частиною конституційного права США.

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО ЗАХИСТУ ПРАВ ІНТЕРНЕТ-КОРИСТУВАЧІВ В УКРАЇНІ

Зеленюк О.В.

*студентка IV-го курсу юридичного факультету
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

Тітаренко В.О.

*студент IV-го курсу юридичного факультету
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

Новітні технології пропонують велику кількість можливостей для інтелектуального і технічного прогресу, а з іншого боку, є підґрунтям вчинення різноманітних кримінальних правопорушень в мережі Інтернет.

Мережа Інтернет стала новою платформою для розробки процесуального механізму захисту прав людини в онлайн просторі. Задля достовірного правового регулювання Інтернету потрібно в першу чергу забезпечити розробку нових та удосконалення існуючих нормативно-правових актів в даній галузі права.

Основний закон України в Розділі II «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина» не має жодного посилання на захист прав людини в цифровому середовищі¹.

Кіберзлочинність порушує основоположні права людей та негативно впливає на суспільну значущість Інтернету.

На Україну, як і на інших учасників Ради-Європи, покладено обов'язок захистити індивідів від злочинності як і онлайн, так і офлайн.

¹ Конституція України. Відомості Верховної Ради України, 1996. № 30.

Конституція України гарантує звернення до суду для захисту конституційних прав та свобод людини і громадянина, а після закінчення всіх допустимих засобів національного захисту у кожного індивіда є право на звернення до Європейського суду з прав людини.

Закони України «Про захист прав споживачів», «Про захист персональних даних», «Про звернення громадян», «Про інформацію» є основними засобами відповідного механізму позасудового відновлення порушених прав людини.

Також застосовуються норми Цивільного процесуального кодексу, Господарського процесуального кодексу, Кодексу адміністративного судочинства України, Кримінального процесуального кодексу щодо захисту оспорюваних прав, що виникають з цивільних відносин, захисту порушених прав та інтересів підприємств, установ, організацій, щодо захисту прав інтернет-користувачів у зв'язку з діями чи бездіяльністю органів державної влади чи захисту прав та інтересів індивідів відповідно.

У Конституції України закріплюється право особи звертатися за захистом своїх прав до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини (стаття 55). Статус, функції та компетенція Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини закріплені у Законі України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини». Слід зазначити, що стан дотримання прав людини онлайн не покривається моніторинговими механізмами Уповноваженого. Інформація щодо порушення прав людини в мережі Інтернет та при користуванні засобами телекомунікацій в Уповноваженого з прав людини відсутня.

Відповідно до статті 22 Закону України «Про захист персональних даних» на Секретаріат Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини покладено функції контролю за додержанням законодавства про захист персональних даних¹.

Проте, відсутність належного матеріально-технічного забезпечення діяльності Уповноваженого та його Секретаріату обмежує можливості щодо здійснення оперативної перевірки і реагування на порушення прав людини у зв'язку з відсутністю регіональних представництв.

7 червня 2016 року Рада ООН з прав людини ухвалила Резолюція про сприяння, захист і реалізацію прав в інтернеті.

Резолюція прямо поширює права, передбачені Декларацією прав людини, Міжнародним пактом про громадянські та політичні права та Міжнародним пактом про економічні, соціальні та культурні права на інтернет-простір, підкреслюючи принцип – «права, які належать людям офлайн, мають захищатися і у мережі Інтернет»².

На жаль, Резолюція омінас багато актуальних питань, наприклад, анонімності та шифрування, а також тиску держав на приватних акторів у сфері інформаційних технологій, проте її прийняття є безумовно позитивним кроком у бік захищеності користувачів інтернету від порушень їхніх прав у відповідь на свободу вираження поглядів.

Підсумовуючи вищенаведене, можна вказати, що правове регулювання мережі Інтернет є досить важливою та актуальною темою сьогодення. Задля забезпечення достовірного механізму процесуального захисту прав як фізичних осіб та юридичних осіб, так і держави, потрібно удосконалити нормативно-правову базу відповідної сфери регулювання.

¹ Про захист персональних даних: Закон України від 1.06.2010 № 2297 – VI. *Офіційний вісник України*, 2010. № 30. Ст.22.

² Резолюція Ради ООН з прав людини про сприяння, захист і реалізацію прав в інтернеті від 7 червня 2016 року. URL: https://www.article19.org/data/files/Internet_Statement_Adopted.pdf

Науковий керівник: кандидат юридичних наук, доцент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича Л. А. Остафійчук.

(НЕ)РЕЛЕВАНТНЕ ЗАСТОСУВАННЯ ПРАКТИКИ ЄСПЛ ЯК ДЖЕРЕЛА ПРАВА В УКРАЇНІ

Ілаш В.О.

студентка III-го курсу юридичного факультету

Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

Україна, ратифікувавши Конвенцію про захист прав людини та основоположних свобод 1950р. (далі — Конвенція) та Протокол до неї, зобов'язалась гарантувати кожному, хто перебуває під її юрисдикцією, права та свободи, передбачені Конвенцією. Реалізація такої гарантії можлива лише при застосуванні норм Конвенції та практики Європейського суду з прав людини (далі — ЄСПЛ, Європейський суд) національними судами України. На нашу думку, однією з найбільш уразливих галузей правозастосування є здійснення кримінальних проваджень.

Відповідно до ст. 9 Кримінального процесуального кодексу України, кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики ЄСПЛ¹. Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» у свою чергу теж зобов'язує суди використовувати Конвенцію про захист прав людини та основоположних свобод (далі — Конвенція) та практику ЄСПЛ як джерело права².

Безумовно, приведення національного правосуддя у відповідність із досконалою європейською практикою у кримінальному провадженні, його адаптація до європейських стандартів прав людини — це необхідність для забезпечення ефективної правозастосовної діяльності. Все ж, незважаючи на нормативне регулювання такого зобов'язання, питання про те, чи релевантно застосовується практика ЄСПЛ, яким чином і яке значення має - до цих пір невичерпане для української системи правосуддя.

Що означає «релевантний»? Слова «доречний» та «відповідний» найточніше за словником дозволяють збагнути суть цього прикметника. Статистика показує, що сьогодні застосування практики ЄСПЛ національними судами є скоріше нерелевантним, ніж навпаки. Це виявляється у використанні цитат із рішень ЄСПЛ, що виносилися за кардинально інших обставин або таких, які обґрунтовують інші правові висновки, яких досяг Суд. Нерідко суди посилаються на рішення ЄСПЛ без урахування самої норми Конвенції, яка має застосовуватися або без самого фактичного контексту рішення. Трамбування тим чи іншим судом доволіно і на власний розсуд цитат, які іноді і не відображають саму правову позицію ЄСПЛ закріплену у справі, без ознайомлення із повним текстом рішення, теж часто має місце.

Як наслідок, той чи інший правовий кейс нібито і вирішується, як належне, з урахуванням практики ЄСПЛ і загальноприйнятих стандартів Суду, проте у дійсності не братиме до уваги істинної ситуації. Таким чином, застосування практики ЄСПЛ не повинно зводитися до простого формалізму, вираженого тільки у цитуванні судами Конвенції; недопустимим є фрагментарне застосування практики Суду.

1 Кримінальний процесуальний кодекс України (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2013, № 9-10, № 11-12, № 13, ст.88)

2 Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2006, N 30, ст.260)

Верховний Суд (далі — ВС) наголошує, що застосування практики ЄСПЛ має здійснюватися на підставі ретельної оцінки обставин справи, при яких це рішення було ухвалене, та з приділенням істотної уваги їх співвіднесенню із обставинами справи, яка розглядається судом. Більше того, ВС виділяє такі основоположні критерії релевантності:

Схожість обставин (*mutatis mutandis*). Варто наголосити, що схожість не повинна бути абсолютною, не варто шукати ідентичні обставини. Основне, аби такі обставини мали принципову схожість і не мали значних розбіжностей між собою.

Відсутність обставин, які принципово відрізняють одну справу від іншої (даний критерій витікає з вище зазначеного).

Національне законодавство, з урахуванням якого ЄСПЛ приймає рішення. Рішення національного суду може бути правомірним відповідно до чинного законодавства, проте певні положення національного законодавства можуть суперечити Конвенції. Тому вміння здійснювати такий аналіз з точки зору відповідності норм закону Конвенції повинне бути притаманним професійному судді¹.

Нерелевантним також є і надмірне застосування практики ЄСПЛ там, де це непотрібно. Доцільним буде посилалися на Суд у справах, коли законодавство містить оціночні категорії і тому неправильне його трактування може призвести до порушення принципу юридичної визначеності і прав людини у тій чи іншій справі. Наприклад, 11 липня 2017 року ЄСПЛ було винесене рішення у справі «М.С. проти України»², у якому було встановлено порушення Україною статті 8 Конвенції, що охоплює кримінальну сферу та сферу сімейного права. Відповідно до обставин справи, національний суд з посиланням на Декларацію ООН про права дитини 1959 року, Конвенцію ООН про права дитини та ст. 161 Сімейного кодексу України ухвалив визначити місце проживання дитини разом з матір'ю. Разом з тим, заявник (батько дитини) неодноразово звертався до правоохоронних органів, оскільки були підозри про застосування до дитини насильства та сексуального розбещення з боку дружини (матері дитини) та її співмешканця.

ЄСПЛ вважає, що українська влада не виконала своїх позитивних зобов'язань щодо проведення ефективного кримінального розслідування щодо ймовірних сексуальних знущань над дитиною. Таким чином, національні суди користуються наявністю широкої сфери розсуду у галузі оцінки над дитиною і притримуються, як це визначив суддя ЄСПЛ від Ліхтенштейну Карло Ранзоні, «презупції на користь матері», вирішуючи численні спірні питання без врахування виняткових і непередбачуваних, але істотних чинників. Сподіваємось, що з часом національні судові інстанції змінять свій підхід, і в судових рішеннях можна буде побачити посилання на вище згадану справу, і таке посилання буде дійсно релевантним.

Отже, можемо зробити висновки, що процес інтеграції стандартів ЄСПЛ у національну судову «культуру» на даний момент переживає етап хаотичного й нерелевантного застосування практики Суду. Аби виправити дану проблему, суди повинні звертатися до практики ЄСПЛ і використовувати її, враховуючи критерії релевантності, визначені ВС; не вдаватися до фрагментарного цитування Конвенції і забезпечувати юридичну визначеність посилання на практику Суду. Застосування практики ЄСПЛ не повинне набувати «машинального» характеру, здійснюватися для «галочки», а навпаки повинне стати ефективним механізмом вдосконалення українського правосуддя, викорінення вже згаданих вище стереотипів та негативних «презупцій»,

1 Бабанай Р. Застосування практики ЄСПЛ в національній судовій практиці (вебінар Верховного Суду України) . URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/ESPL_vedinar_30_04_2020.pdf

2 Case of M.S. v. Ukraine. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5C%22CASE%20OF%20M.S.%20v.%20UKRAINE%5C%22%22,%22itemid%22:%5C%22001-175140%22%7D>

породжених колізійним законодавством; забезпечення повної реалізації прав і свобод людини та громадянина.

Науковий керівник: кандидатка юридичних наук, асистентка кафедри кримінального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича Тома М.Г.

RECHTSSTELLUNG DES VERFASSUNGSGERICHTS DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

Klypak Mariana

Studentin im. 5 Jahr

Nationale Jurij-Fedkowskytsch-Universität Czernowitz

Das Institut für die Rechtsstellung des Gerichts nimmt einen herausragenden Platz unter den Institutionen des Zivilprozessrechts, weil genau Regeln dieser Institution auf die Frage antworten, welche Rechte und Pflichten dem Gericht gehören. Der Rechtsstatus ist ein integraler Bestandteil jedes Teilnehmers an Zivilverfahren und das Gericht.

In meinem Bericht möchte ich genau über die Rechtsstellung des Bundesverfassungsgerichts in Bundesrepublik Deutschland erzählen. Die Bundesrepublik Deutschland hat in den letzten Jahrzehnten große Anerkennung gefunden. In den Verfassungsfragen, der stressigsten Tätigkeit auf dem deutschen Markt, hat die Bundesrepublik Deutschland vielleicht die weltweit beste Erfahrung. An der Spitze der Verfassungsgerichtsbarkeit nach "europäischem Vorbild" steht das von allen anderen Verfassungsrichtern unabhängige Bundesverfassungsgericht mit Sitz in Karlsruhe. Die Besonderheit der Verfassungsgerichtsbarkeit Deutschlands besteht darin, dass die Verfassungsgerichte nicht nur auf Bundesebene, sondern auch in den Ländern Deutschlands bestehen.

In den ersten zehn Jahren seiner Tätigkeit stand das Bundesverfassungsgericht an der Spitze des neuen Verfassungssystems. Er begann damit, seine strukturelle Unabhängigkeit zunächst gegenüber der Exekutive und dann den obersten Gerichten geltend zu machen. Gleichzeitig begann der Gerichtshof damit, die Idee der unmittelbaren Anwendung des Grundgesetzes (seine grundrechtlichen Bestimmungen – die Grundrechte) zu entwickeln und in anderen Bereichen der Justiz umzusetzen. Das Verfassungsklageverfahren hat sich hier zu einem sehr nützlichen Instrument entwickelt, obwohl es noch keine klare verfassungsrechtliche Grundlage hatte. In zwei entscheidenden Urteilen, Elfes (1957) und Luth (1958), dehnte der Gerichtshof die Anwendbarkeit verfassungsrechtlicher Ansprüche auf alle Situationen aus, die mit dem allgemeinen Recht auf "persönliche Freiheit" in Konflikt stehen, und entwickelte die Idee, dass Grundrechte wirksames Recht schaffen, nach einigen gemeinsamen Werten und Prinzipien organisiert.

Das Bundesverfassungsgericht soll ein Gleichgewicht zwischen den Staatsgewalten und die gegenseitige Verantwortung zwischen Staat und Bürger gewährleisten. Sein Hauptzweck ist die Wahrung der deutschen Verfassung, seines Rechtsschutzes. Die Befugnisse des Bundesverfassungsgerichts werden durch das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland (Art. 18, 21, 41, 61, 93, 98, 99, 100, 126 GG) sowie durch a separates Bundesgesetz vom 12. September 1951 bestimmt.¹ Verfahrensfragen seiner Tätigkeit sind in der Verfahrensordnung des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Dezember 1986 in der durch das Plenum des Bundesverfassungsgerichts geänderten Fassung geregelt.

¹ Article 1 of Federal Constitutional Court Act (Bundesverfassungsgerichts-Gesetz, BVerfGG)

Der geschäftigste Teil des Bundesgerichtshofs ist die Prüfung von Verfassungsbeschwerden. Den Großteil der Fälle machen die Verfassungsbeschwerde aus. So hat das Bundesverfassungsgericht seit 1951 während seiner Tätigkeitszeit rund 180.000 Verfassungsbeschwerden erhalten. Heute gehen jährlich bis zu 5.000 solcher Beschwerden beim Bundesverfassungsgericht ein. Zwar unterliegt nur ein kleiner Teil der Verfassungsbeschwerden der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Damit hat das deutsche Verfassungskontrollsystem die vielleicht weltweit größte Erfahrung in der Funktionsweise des Verfassungsbeschwerdeinstituts.

Zu den Hauptaufgaben des Bundesverfassungsgerichts Deutschland gehört: die Auslegung der Verfassung, die Entscheidung der zuständigen Streitigkeiten, gerichtliche Regelung, Prüfung von Verfassungsbeschwerden wegen Grundrechtsverletzungen. Nach Art. 100 des Grundgesetzes können nicht alle Gerichte die Funktionen der Rechtsprechung wahrnehmen. Den Gerichten ist es bei der Prüfung eines Einzelfalls untersagt, die Verfassungsmäßigkeit und Rechtmäßigkeit von Vorschriften unterschiedlicher Rechtskraft festzustellen.

Was die Befugnisse betrifft, so gibt das deutsche Grundgesetz dem Gericht das Recht, demokratisch verabschiedete Gesetze aufzuheben, wenn das Gericht diese für verfassungswidrig hält. Anträge können von den Behörden gestellt werden: Bundespräsident, Bundestag und Bundesrat oder Teile davon - Abgeordnete oder Fraktionen; Bundesregierung, Landesregierungen. Das Grundgesetz gibt dem Einzelnen auch das Recht, eine „Verfassungsbeschwerde“ einzureichen, wenn er durch das Handeln der einen oder anderen Behörde in seinen Grundrechten benachteiligt wird. Darüber hinaus ist jedes deutsche Gericht verpflichtet, sich mit einem „spezifischen Anspruch auf Überprüfung einer Rechtsnorm“ an den Verfassungsgerichtshof zu wenden, wenn es ein Gesetz für verfassungswidrig hält.

Also, so die Befugnisse des deutschen Verfassungsgerichts etwas anders als in der Ukraine sind, glaube ich, da Deutschland einer der ersten Plätze in der Justiz ist, müssen wir auf ihr System achten.

***Betreuer:** Leiter der Abteilung für Verfahrensrecht, Nationale Jurij-Fedkonwytch-Universität Czernowitz, Doktor der Rechtswissenschaften, Professorin Oksana Shcherbanyuk.*

ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ СТРАТЕГІЇ РОЗВИТКУ СИСТЕМИ ПРАВОСУДДЯ ТА КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДОЧИНСТВА В УКРАЇНІ

Клочков І.Р
студент ІПКОЮ, НЮУ

11 червня 2021 року Президент України Володимир Зеленський указом № 231/2021 затвердив новий план розвитку системи правосуддя в Україні, який буде реалізований 2021-2023 році. Провідною метою цієї реформи є окреслення кола проблем щодо законодавства про судоустрій, статус судів, судочинство та інститути правосуддя, визначення напрямів удосконалення положень Конституції та законів України, першочергових заходів з модернізації судоустрою, статусу судів, судочинства та інститутів правосуддя, забезпечення координованості та збалансованості процесу удосконалення з урахуванням подальшої гармонізації національного законодавства із законодавством Європейського Союзу. Ця стратегія є продовженням політики Президента у розвитку судової влади

Аналіз стратегії дає можливість зробити певні зауваження, якщо суб'єкти реалізації врахують ці зауваження то це дасть змогу ефективно спланувати роботу та уникнути удосконалення профільного законодавства.

У першому розділі стратегії містяться засади та напрям подальшого розвитку системи правосуддя з урахуванням кращих міжнародних стандартів та практик, пріоритети удосконалення положень законодавства у сфері судоустрою, статусу суддів, судочинства та інших інститутів правосуддя. Однак стратегія не передбачає конкретних дій, заходів, результатів роботи, або реформ для реалізації цих принципів не міститься. Плани дій має схвалити Комісія з питань правової реформи.

Комісія з питань правової реформи (далі – Комісія) є консультативно-дорадчим органом при Президентові України, діяльність якої ґрунтується на засадах верховенства права, відкритості та прозорості, професіоналізму і доброчесності, самоврядності та незалежності в ухваленні рішень. Ця комісія готує та узагальнює пропозиції щодо внесення змін або реформ у судовій владі.

Однак Глава Держави не встановив строки складання плану дій, не надав Доручення Кабінету Міністрів України створити механізм, не зазначено у які строки комісія з питань правових реформ має повідомляти президента про стан реформи та не визначено чи має комісія виступати з офіційними звітами. Не зрозуміло як комісія буде узгоджувати свої пропозиції з іншими суб'єктами законодавчої ініціативи.

На мою думку така не точність у стратегії та швидкість її запровадження може свідчити лише про швидкі але косметичні зміни у судоустрої.

Якщо Президент хоче дійсно реформувати судоустрій в країні, то він має скорегувати стратегію та надати відповідні доручення в комісію з питань правових реформ та до Кабінету Міністрів України, з метою створення діючого механізму впровадження запропонованої стратегії. Якщо ці дії будуть виконані то ми отримаємо діючий механізм реформування судової системи на 2021-2023.

ГРОМАДСЬКИЙ КОНТРОЛЬ ЗА СУДОВОЮ ГІЛКОЮ ВЛАДИ ЯК ШЛЯХ ПОВЕРНЕННЯ ДОВІРИ ДО СУДУ

Кремзельюк О.В.

студентка III-го курсу юридичного факультету

Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

Останні події в політичному та громадському житті України посприяли виробленню у суспільстві запиту на створення діючого механізму відповідальності органів державної влади перед громадянами. Особливої уваги заслуговує суд, що розв'язує конфлікти не лише в усіх сферах суспільних відносин, а й у відносинах держави із суспільством.

Можемо спостерігати, що в умовах сьогодення судова влада в Україні близька до кризового стану. Як влучно зазначає В. Кравчук, у той час як судова влада відстоює свою незалежність, суспільство навпаки вимагає більшої її відкритості та прозорості. Запозичення європейського досвіду, а саме підзвітності судочинства громадськості в Україні, на жаль, підміняється підконтрольністю з боку інших гілок влади, що у свою чергу є загрозою незалежності судової влади¹.

Суддя О. Бальжик робить ґрунтовний висновок, що нерідко деякі представники законодавчої і виконавчої влади, спекуюючи на темі корумпованості та некомпетентності суддів, намагаються тиснути на суддів з метою прийняття на той момент «популярного» чи «потрібного» рішення. Нерідко це відбувається із залученням радикально налаштованих угруповань, які називають себе «громадськими активістами». І

¹ Кравчук В. Н. Громадський контроль судової влади як спосіб відновлення довіри суспільства до судів та суддів. Актуальні проблеми правознавства. – 2016 р. – Випуск 3 (7). – с. 11 – 15.

саме низький рівень обізнаності населення про роль і повноваження суддів дає можливість маніпулювати їх думкою¹.

Необхідність здійснення громадського контролю була досліджена Н. Нестор, яка обґрунтовує її тим, що громадськість має право отримувати інформацію про ефективність управління державних структур довіреними їм ресурсами та повноваженнями. Тому є всі підстави вважати, що відсутність дієвого механізму громадського контролю над судовою гілкою влади – серйозна проблема, яка потребує негайного вирішення в процесі впровадження судової реформи в Україні².

Зокрема, А. Кожура стверджує, що громадський контроль судової влади може здійснюватися методами спостереження, опитування, аналізу, прогнозування та іншими. Формами здійснення громадського контролю судової влади можуть бути: соціологічні та статистичні дослідження, діяльність громадських рад, у виключних випадках – оцінка ухвалених судовою рішень, їх відповідності принципам і нормам права, моральним засадам суспільства. Очевидно, переглядати і скасовувати судові рішення громадськість не вправі, але моніторити судові рішення і давати оцінку за певними критеріями – цілком³.

У цьому контексті доречно згадати позицію Д. Голобородька, який вважає, що, окрім вже зазначеного, ефективний контроль може здійснюватися шляхом залучення громадськості в особі правозахисників, журналістів, представників українських громадських та міжнародних організацій до участі в роботі конкурсних комісій, які здійснюють діяльність щодо добору кандидатів на посади суддів. Це сприятиме зміцненню довіри до особи-судді з боку громадськості, адже, крім професійних знань, звертатиметься увага на такі якості кандидатів, як доброчесність, професійна етика, громадська позиція тощо⁴.

Вважаємо доречним додати, що громадський контроль, за висновком М. Закірова, по-ідеї повинен бути й інструментом обмеження впливу на суди держави, обов'язком якої є забезпечення діяльності судової системи. Очевидно, що держава має досить багато важелів впливу на суддів. Вони отримують від держави грошове та пенсійне забезпечення, а тому вплив держави є істотним. Отже, необхідно не лише встановити систему прозорого контролю за діяльністю судів, але й забезпечити їхню реальну незалежність від державних установ⁵.

Не можна не погодитись із твердженням В. Кравчука, а саме із тим, що задля дійсного забезпечення незалежності та прозорості суддів та запобігання впливу суб'єктів громадського контролю на справедливість ухвалених судом рішень, вони в свою чергу також повинні підлягати своєрідному «контролю», який має проявлятися у їх обов'язку бути офіційно-зарєєстрованими, діяти відкрито і прозоро і оприлюднювати звіти про свою діяльність у загальнодержавних ЗМІ, медіа⁶.

¹ Бальжик О. «Питання громадського контролю судової влади є проблемним»: [інтерв'ю з суддею і правозахисницею. О. Бальжик ; провела Т. Марценюк – Режим доступу : <https://helsinki.org.ua/articles/suddia-olena-bal-zhyk-pytannia-hromads-koho-kontroliu-sudovoi-vlady-ie-problemnym/>

² Нестор Н. В. Поняття громадського контролю за діяльністю суддів і система суб'єктів його здійснення. Право і безпека. – 2019. - № 2 (73). – с. 43 – 46.

³ Кожура А. О. Теоретичні та практичні питання громадського контролю за судовою владою. Судова влада : теоретико – правовий дискурс. – 2021. - № 4 (52). – с. 30 – 35.

⁴ Голобородько Д. В. Реформа місцевих судів України : проблеми та перспективи. Прикарпатський юридичний вісник. – 2020. - № 6 (35). – с. 76 -79.

⁵ Закіров М. Проблеми реформування судової системи очима фахівців. Україна: події, факти, коментарі. – 2015. – № 22. – с. 22 – 27. – Режим доступу : http://www.nbuviap.gov.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=1712:problemi-reformuvannya-sudovoi-sistemi-ochima/

⁶ Кравчук В. Н. Громадський контроль судової влади як спосіб відновлення довіри суспільства до судів та суддів. Актуальні проблеми правознавства. – 2016 р. – Випуск 3 (7). – с. 11 – 15.

Процес відновлення незалежності судів в Україні ускладнюється й на тлі політичної ситуації. Як зазначає экс-голова Верховного Суду В. Маляренко: «...сам дух у суспільстві є таким, що не дає можливості судді стати незалежним. І, ясна річ, суддя орієнтується у своїх рішеннях на владу, на провідні політичні сили, від яких залежить його доля. Вже навіть тоді, коли від нього ніхто нічого не вимагає, суддя орієнтується на владу і на ті сили, що домінують у суспільстві на певний момент»¹.

Тому, слід наголосити, що громадський контроль жодним чином не повинен перетворюватись у знаряддя примусу, і, як слушно зазначає П. Каблак, з його допомогою неможливо керувати, наказувати судовій владі здійснювати певні дії. Однак через використання різних форм громадського контролю можна звернути увагу держави на проблеми, недоліки в роботі суддів, запобігти зловживанням, виявити некомпетентність².

Підсумовуючи все вищесказане, робимо висновок, що проблема громадського контролю судової влади є досить важливою, тому подальшого дослідження потребують питання форм і методів такого контролю; створення та закріплення на законодавчому рівні конкретних механізмів громадського контролю судової гілки влади, адже це має важливе значення для забезпечення демократичності суду та відновлення до нього довіри суспільства в цілому.

***Науковий керівник:** кандидат юридичних наук, доцент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Федьковича О.В. Гетманцев.*

ІНСТИТУТ КОНСТИТУЦІЙНОЇ СКАРГИ: МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД

Куликовець Ю.І.

студентка III-го курсу юридичного факультету

Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича

Конституційна скарга є одним із найпотужніших механізмів правового захисту конституційних прав і свобод людини та громадянина. Безпосередньо конституційною скаргою є подане до Суду письмове клопотання щодо перевірки на відповідність Конституції (конституційність) закону (його окремих положень), що застосований в остаточному судовому рішенні у справі суб'єкта права на таку конституційну скаргу.

Конституційні скарги характеризуються чотирма основними факторами: забезпечують правову можливість судового захисту від порушення конституційних прав; «ведуть» до окремих проваджень, де безпосередньо розглядається конституційність певного нормативно-правового акта, а не проводиться аналіз будь-яких інших питань, які пов'язані з цією справою; можуть бути подані особою, на яку негативно впливає такий нормативно-правовий акт; суд, який безпосередньо розглядає конституційну скаргу, має поновити права особи, які були порушені актом, який не відповідає Конституції.

Індивідуальна конституційна скарга вважається так званим специфічним засобом правового захисту, який забезпечує можливість для людини, яка вважає, що його або її конституційні права та свободи були порушені, подати прохання до органу, відповідального за конституційне правосуддя і вимагати, щоб той перевірів рішення,

¹ Маляренко В. «Не вживайте слів «реформа судової системи»»: [інтерв'ю з экс – головою Верховного Суду В. Маляренко] // «Ракурс». - 2015. – Режим доступу: http://www.vnu.gov.ua/mass_media/742/

² Каблак П. Сутність та значення громадського контролю судової влади.. Національний юридический журнал : теория и практика. – 2014. - № 5. – с. 62 – 66.

прийняте державним органом, і у разі виявлення порушення, поновив його неправомірно обмежені права.

Безпосередньо інститут конституційної скарги не є абсолютно новим. Його попередника можна відстежити у законодавстві Королівства Арагон в XIII- XVI-му століттях, а також у Німеччині з XV-го століття.

В 90-х роках судовий засіб захисту конституційних прав і свобод людини та громадянина у формі конституційної скарги був доступним лише в невеликій кількості європейських держав, а саме в Австрії, Німеччині, Іспанії. В Німеччині та Іспанії дозволені конституційні скарги проти будь-яких актів державної влади, включаючи статuti і судові рішення, тоді як в Австрії дозволені конституційні скарги лише проти законів Парламенту, інших статутних положень і адміністративних рішень. Далі інститут конституційної скарги починає розвиватися і в інших країнах, зокрема в Чехії, Угорщині, Словенії, Хорватії і Росії.

Класичним прикладом країни, де конституційна скарга є ефективним і дієвим засобом захисту порушеного конституційного права громадян, можна вважати Федеративну Республіку Німеччина. Відповідно до п. 4-а) ч.1 ст.93 Конституції ФРН: Федеративний Конституційний Суд розглядає і вирішує справи щодо конституційних скарг, які можуть бути подані кожним, хто стверджує, що публічна влада порушила одне із його основних прав чи одне із прав передбачених статтями цієї Конституції¹. Відповідно до німецького конституційного законодавства суб'єктами звернення зі скаргою до Конституційного Суду ФРН можуть бути фізичні особи, юридичні особи, громади та об'єднання громад у визначених законом випадках. Конституційною скаргою (нім. Verfassungsbeschwerden) може бути оскаржено будь-який нормативно-правовий акт (закони, правозастосовні акти, судові рішення) чи бездіяльність виконавчої, судової чи законодавчої влади, включаючи акти Парламенту і навіть зміни до Конституції. Безпосередньо умовами подання конституційної скарги є вичерпання всіх національних засобів правового захисту, дотримання встановлених термінів, передбачених для подання скарг (залежно від виду акта, котрий оскаржують: від одного місяця до одного року), а також доведення скаржником прямого зв'язку між нормативно-правовим актом та порушенням правом. Конституційна скарга може також подаватися без її розгляду в загальному судовому порядку, якщо скарга має важливе суспільне значення або без її термінового розгляду особа понесе особливо тяжкі та тяжкі наслідки.

В Іспанії конституційна скарга (ісп. Recurso de amparo) передбачена в п.п. а), b) ч.1 ст. 161 Конституції: Конституційний суд володіє юрисдикцією на всій іспанській території і компетентний розглядати заяви щодо неконституційності законів і нормативно-правових актів, які мають силу закону, приймати заяви в порядку процедури ампаро щодо порушення прав і свобод, передбачених цією Конституцією у випадках і формах, встановлених законом². Так звана «процедура ампаро» – це особлива процедура, що є засобом захисту основних конституційних прав особи, тобто має виключно індивідуальний характер. Безпосередньо в Іспанії можна звернутися щодо захисту політичних і особистих прав. До переліку прав, щодо захисту яких можна здійснити процедуру ампаро, не входять соціально-економічні права, в тому числі право власності.

Також ще одним прикладом може слугувати Польща, в якій суб'єктом конституційної скарги може бути кожна особа, конституційні права та свободи якої були порушені. Відповідно до ч.1 ст. 79 Конституції Республіки Польща: кожен, чий конституційні права або свободи були порушені, має право у відповідності з принципами, передбаченими в законі, подати скаргу в Конституційний Трибунал щодо відповідності

¹ Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 URL: <https://www.bundestag.de/gg>

² Constitución Española el 31 de octubre de 1978 URL: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Конституції закону чи іншого нормативно-правового акта, на основі якого суд чи орган публічної адміністрації прийняв остаточне рішення про його свободи та права або про його обов'язки, визначених у Конституції¹. Відповідно до Конституції рішення повинно мати остаточний характер, тобто коли були вичерпані всі доступні за законом процедури оскарження рішення. А предметом конституційної скарги може бути тільки неконституційність нормативного акта, на підставі якого було винесене остаточне рішення, яке порушує права скаржника². Також існують інші обмеження щодо надходження скарг з метою створення можливостей для ефективної роботи Трибуналу, зокрема обмеження термінів подання скарги (два місяці з дня прийняття остаточного рішення відповідним органом), наявність встановленої форми скарги, процедури попереднього розгляду скарги.

Певні особливості має інститут конституційної скарги в Австрії. Тут суб'єкт володіє правом оскаржити до Конституційного Суду адміністративні рішення, які порушують права і свободи, гарантовані Конституцією. Відповідно до ч.1 ст.144 Конституції Австрійської республіки скарга може бути розглянута лише після того як справу розглянуто у всіх інших інстанціях, до підсудності яких вона належить. До Конституційного Суду подається конституційна скарга на рішення останньої адміністративної інстанції.

Безпосередньо громадяни можуть бути суб'єктами звернення до Конституційного Суду зарубіжних країн за двома категоріями: по-перше, якщо безпосередньо порушені їх конституційні права актами або діями органів, посадовими особами (Австрія, Іспанія, ФРН); по-друге, громадяни можуть бути ініціаторами порушення конституційного судочинства з питань виборів і виборчого процесу (Австрія, ФРН, Франція).

В зарубіжних країнах (Австрії, Німеччині, Іспанії) право на конституційну скаргу мають усі, хто має конституційні права. Таким чином право на таке звернення мають як фізичні особи і громадяни, але й юридичні особи, в тій мірі в якій вони можуть бути суб'єктом конституційних прав. Відповідно до Конституції ФРН, місцеві органи влади також можуть подавати конституційні скарги, спрямовані на перевірку відповідності нормативно-правового акта на тій підставі, що вони порушують їхнє конституційне право на самоврядування, передбачене статтею 28. Дещо подібні права на подання такої конституційної скарги мають місцеві органи влади і Австрії, Чехії, Словенії.

В постсоціалістичних країнах Східної та Північної Європи існують певні особливості, які характерні для інституту конституційної скарги. По-перше із скаргою до Конституційного Суду може звернутися будь-яка особа, чії права були порушені; захисту підлягають права та свободи, передбачені Конституцією, або права визначені міжнародним договором, ратифікованим державою у визначеному законом порядку; безпосередньо розглядаються скарги щодо відповідності Конституції нормативно-правового акта або окремих його положень, на підставі яких органи винесли остаточне рішення; оформлення скарги може здійснюватися за допомогою адвоката, який представляє інтереси позивача на судових засіданнях.

Досвід Латвії свідчить, що право на подання конституційної скарги мають усі фізичні особи, які вважають, що їхні права були порушені актом, що не відповідає Конституції. Відповідно до ст. 19–2 Закону Латвії «Про Конституційний Суд» зазначається, що «конституційну скаргу до Конституційного Суду може подати будь-яка особа, яка вважає, що визначені в Конституції її основні права порушуються нормою, котра не відповідає

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. URL: <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/polski/kon1.htm>.

² Юрійчук І. В. Конституційна скарга та особливості реалізації права на правову допомогу в Україні. Підприємництво, господарство і право. Київ, 2017. № 5. С. 156–160.

нормі вищої юридичної сили». У конкретній справі скажчик повинен обґрунтувати, яким чином, на його думку, оскаржуване положення, акт чи його частина порушило його основні права¹. Безпосередньо порушення основних прав має бути прямим та індивідуальним. Строк для подання конституційної скарги становить 6 місяців з моменту, коли остаточне судове рішення набрало сили.

Також право на індивідуальну конституційну скаргу передбачено і в Португалії. Однією з підстав звернення фізичної особи до Конституційного Суду є питання щодо оскарження судових рішень, які містять відмову в застосуванні будь-якої норми, обґрунтовуючи це її неконституційністю. Право на конституційне оскарження має особа, щодо якої було прийнято остаточне рішення, в якому її право було порушено. Якщо Конституційний Суд визнає звернення особи обґрунтованим (навіть частково), справа безпосередньо повертається до відповідного суду для того, щоб даний суд, в залежності від обставин справи, міг змінити рішення відповідно до рішення з питання про неконституційність чи незаконність. Рішення про визнання неконституційним має загальнообов'язкову силу².

Отже, інститут конституційної скарги є важливим елементом демократичного суспільства. Оскільки конституційна скарга безпосередньо є ефективним засобом відновлення конституційних прав і свобод людини та громадянина, а також прав передбачених міжнародними договорами, відповідно ратифікованими уповноваженими на це органами державної влади; це передбачена законом можливість відновити порушені права, коли всі інші національні способи захисту вичерпані.

***Науковий керівник:** асистент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича Л.Г. Бзова.*

СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ ЕЛЕКТРОННОГО ОБІГУ СУДОВИХ РІШЕНЬ В УКРАЇНІ ТА ЗА КОРДОНОМ

Линник О.

*студентка 4 курсу Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
помічник головного редактора видання*

«Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки»

Сучасний світ переповнений інформаційно-комунікаційними технологіями, які поступово стають звичними у житті пересічних громадян – онлайн роздрібна торгівля, банкінг, пошта, а також безліч інших сервісів, які дозволяють вирішити нескінченну кількість проблем без необхідності бути присутнім особисто. У той же час є певні сфери відносин, у яких традиційно поширена складна письмова форма, зокрема, мокра печатка та особистий підпис судді на паперовому судовому рішенні є вимогою закону. У провідних державах світу давно функціонують системи електронної комунікації суду і учасників процесу, наприклад, у США та Австрії з 1970 років розвивається онлайн-правосуддя. В Австрії з 1995 року діє автоматична голосова система розпізнавання голосу судді. У Литві суддя вже не має необхідності особисто

¹ Закон Латвії О Конституціонном Суде : от 05.06.1996 г. URL: <http://www.satv.tiesa.gov.lv/ru/2016/02/04>.

² Звіт з моніторингу діяльності Конституційного Суду України щодо розгляду конституційних скарг. 2019 р. URL: <https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2019/07/Zvit-z-monitoringu-diyalnosti-Konstitutsijnogo-Sudu-shhodo-rozglyadu-konstitutsijnih-skarg.pdf>

приїздити до суду в розпал пандемії та підписувати рішення, оскільки користується електронним підписом.

Питанню електронного судочинства приділяється все більша увага з боку науковців та звичайних учасників судового процесу. На сьогодні електронне правосуддя стало предметом дослідження В.В. Білоуса, І.В. Булгакова, О.В. Головченка, А.Ю. Каламайка, І.А. Каланчі, М.Б. Кравчика, Н.В. Кушакової-Костицької, Н.І. Логінової, А.Р. Сердюка, М.В. Бондаренка, С.Г. Пограничного, О. С. Фонової, І.О. Ізарової, Р.Ю. Ханник-Посполітак та інших. У зазначених дослідженнях розглядається різні аспекти впровадження електронного правосуддя, оминаючи певною мірою питання інституту судових рішень, їх виготовлення, а також поширення за допомогою інформаційно-комунікаційних технологій. Водночас практичний інтерес до віддаленого доступу до судових рішень підвищився із введенням в дію карантинних обмежень, викликаних поширенням коронавірусної хвороби COVID-19. Цим аспектам діжиталізації правосуддя і присвячено ці тези. Зокрема, досліджується загальні засади та вимоги оформлення судових рішень в Україні, європейські стандарти (рекомендації Ради Європи), а також здійснюється аналіз та порівняння досвіду провідних держав світу з запровадження технологій виготовлення, оприлюднення та підпису судових рішень на відстані (США, Австрія). У висновках узагальнено зазначений досвід та запропоновано рекомендації для запровадження в чинному законодавстві України та в судовій практиці національних судів.

Судове рішення – це процесуальний документ, постановлений судом під час розгляду судової справи на будь-якій стадії судового процесу (ухвала, рішення, вирок, постанова, судовий наказ, тощо).¹ На сьогодні порядок оформлення судових рішень в Україні визначається Інструкцією з діловодства в місцевих та апеляційних судах України. Цим порядком запроваджується електронний документообіг в українських судах з приміткою, що це стосується лише документів тимчасового строку зберігання (до 10 років) і за умови наявності відповідного технічного забезпечення.² Отож, в інших і переважних випадках будь-які процесуальні документи вимагають обов'язкової паперової форми.

Також в Україні функціонує система електронного суду, яка передбачає можливість сплати судового збору онлайн, надає інформацію щодо стадій розгляду судових справ, надсилає процесуальні документи електронною поштою учасникам судового процесу, судові повістки у вигляді SMS-повідомлень та оприлюднює відомості у справах про банкрутство.³ Окрім цього, перевагою доступу до судових рішень став Єдиний державний реєстр судових рішень, що є автоматизованою системою збирання, зберігання, захисту, обліку, пошуку та надання електронних копій судових рішень.⁴ Відповідно до ч. 3 ст. 3 Закону України «Про доступ до судових рішень» суд загальної юрисдикції вносить до Реєстру всі судові рішення й окремі думки суддів, викладені в письмовій формі, не пізніше наступного дня після їх ухвалення або виготовлення повного тексту.⁵ Електронні копії судових рішень надсилаються до Реєстру суддею або

¹ Ізарова І.О., Ханник-Посполітак Р.Ю. Цивільний процес України: Навч. посіб. для студ. юрид. спец. вищих навчальних закладів. Київ: ВД «Дакор», 2018. С. 46; Цивільний процес (загальна частина): навч. посібник. 2-е вид., доп. і перероб. кол. авт.; кер. авт. кол. к.ю.н., доц. А.В. Коваленко. Дніпро: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ; Ліра ЛТД, 2017. С. 57; Про затвердження Інструкції з діловодства в місцевих та апеляційних судах України: Наказ ДСА від 20.08.2019 № 814, п. 1 р. І.

² Про затвердження Інструкції з діловодства в місцевих та апеляційних судах України: Наказ ДСА від 20.08.2019 № 814, п. 3 р. І.

³ Електронний суд. Що це?

URL: <https://wiki.court.gov.ua/pages/viewpage.action?pageId=6848551>.

⁴ Єдиний державний реєстр судових рішень URL: <https://reyestr.court.gov.ua/>.

⁵ Про доступ до судових рішень: Закон України. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2006, N 15, с. 128.

відповідальною особою апарату суду не пізніше наступного дня після ухвалення судового рішення або виготовлення його повного тексту.

Водночас наявний на сьогодні функціонал електронного суду не повністю відповідає сучасним потребам учасників судового процесу, оскільки передбачає здійснення лише окремих технічних дій в електронній формі. Більше того, судові рішення у відкритому Ресстрі є знеособленими для забезпечення конфіденційності, а тому не вважається офіційною копією судового рішення. Натомість копія судового рішення повинна відповідати оригіналу та може бути виготовлена шляхом виготовлення ксерокопії з оригіналу судового рішення, яке знаходиться в матеріалах справи або роздрукуванні електронного примірника судового рішення, оригінал якого збережений в автоматизованій системі документообігу суду, який містить електронні підписи.¹

З огляду на це, виникає конкретна проблема отримання судового рішення в умовах пандемії і обмеження доступу до судових установ.

У Рекомендації Ради Європи² надано численні роз'яснення судам щодо впровадження електронного правосуддя, саме визначення якого міститься у Рекомендації CM/Rec (2009) 1 КМ РЄ державам-членам від 18 лютого 2009 р. Зокрема зазначено, що електронне правосуддя включає в себе електронний зв'язок і обмін даними, а також доступ до судової інформації.³

Окрім ускладненого доступу до електронного правосуддя в Україні, актуальною проблемою міжнародного співробітництва є доступ до рішень іноземних судів, учасниками яких є громадяни України. Причиною цього є розмаїття правових систем та відсутність єдиної бази даних судових рішень. На сьогодні створений унікальний проєкт «e-Codex», який спрямований на забезпечення доступу до правосуддя всередині Європейського Союзу.⁴ Основною метою цього проєкту є забезпечення вільного обміну інформацією, доказами, показами учасників справи та свідків, а також будь-якими необхідними даними між судовими установами Європейського Союзу, включаючи доступ до рішень і відкритої інформації для будь-яких громадян чи фахівців у галузі права.

Австрійський досвід функціонування електронного правосуддя⁵ свідчить про те, що за допомогою єдиного сервісу ведуться реєстри всіх судів та прокуратур⁶. Процедура сплати судового збору теж повністю автоматизована. Рішення суду виносяться автоматично та передається через систему електронних комунікацій. Важливим впровадженням є також офіційна електронна комунікація між судами в Австрії.⁷ Більше того, юристи, нотаріуси, фінансові установи та страхові компанії навіть зобов'язані законом здійснювати електронну комунікацію з урахуванням технічних можливостей. З

¹ Про затвердження Інструкції з діловодства в місцевих та апеляційних судах України: Наказ АСА від 20.08.2019 № 814, п. 6 р. XI.

² Рекомендація Rec (2001) 3 КМ РЄ державам-членам щодо надання судових та інших юридичних послуг громадянам з використанням новітніх технологій (від 28 лютого 2011 р.); Рекомендація Rec (2003) 14 КМ РЄ державам-членам «Про можливість взаємодії інформаційних систем у сфері правосуддя» (від 9 вересня 2003 р.); Рекомендація Rec (2003) 15 КМ РЄ державам-членам «Про архівування електронних документів у правовій сфері» (від 9 вересня 2003 р.).

³ Рекомендації CM/Rec (2009) 1 КМ РЄ державам-членам від 18.02.2009 р. URL: [http://www.coe.int/t/dgap/democracy/Activities/GGIS/CAHDE/2009/RecCM2009_1_and_Accomp_Docs/Recommendation%20CM_Rec\(2009\)1E_FINAL.asp#TopOfPage](http://www.coe.int/t/dgap/democracy/Activities/GGIS/CAHDE/2009/RecCM2009_1_and_Accomp_Docs/Recommendation%20CM_Rec(2009)1E_FINAL.asp#TopOfPage).

⁴ About e-CODEX. URL: <https://www.e-codex.eu/about>.

⁵ Khanyk-Pospolitat R., Boscheinen-Duursma H. Austrian and Ukrainian comparative study of e-justice: towards confidence of judicial rights protection, Access to justice in Eastern Europe, Issue No. 4(5)/2019, p. 49.

⁶ Federal Ministry of Justice, e-Justice Austria, IT applications in the Austrian justice system, Information (Accessed 12 October 2021), brochure, p. 5.

URL: <https://www.justiz.gv.at/web2013/home/e-justice~8ab4ac8322985dd501229cc3fb1900b4.de.html>

⁷ (n. 10).

2013 року кожен австрієць, який має картку громадянина, може подати позови чи скарги до будь-якого суду чи прокуратури на єдиному веб-порталі.¹

У США, до прикладу, є суди, які повністю використовують електронний документообіг.² Через електронний кабінет суддя, працівник суду, адвокат чи прокурор мають доступ до всіх справ, в яких беруть участь, і залежно від статусу кожен користувач має різні рівні доступу. Суддя має змогу заповнювати, переглядати робочий календар та синхронізувати його з особистим графіком судових засідань, відпусток, участі в зустрічах, конференціях тощо. Розбудова електронного судочинства неможлива без запровадження електронного документообігу в прокуратурі та поліції. Для економії часу та ефективної роботи правоохоронні органи працюють в інтегрованому електронному просторі.

Процес переходу до повного електронного документообігу не може бути різким. Навіть у США, де ця система функціонує вже давно, існувало певне неприйняття нового серед суддів та персоналу суду. Його вдалося подолати за допомогою добре налагодженого менеджменту та проведених тренінгів, зокрема, був створений кол-центр із залученням досвідчених працівників суду для надання пивідкої та кваліфікованої допомоги користувачам.³

У висновках слід підкреслити таке. Запровадження електронного судочинства і документообігу в українських судах вже не є привілеєм – це необхідність. Сьогодні зайвий витрачений час для отримання паперових судових документів може обернутися для юридичних та фізичних осіб суттєвими збитками. Наразі в Україні готова нормативно-правова база для переходу на електронний документообіг, а головне – відчуття необхідності і неминучості такого переходу, що безумовно спростить комунікацію між судом і учасниками справи, а також допоможе розвантажити працівників суду від паперової роботи. Це і сприятиме їхній концентрації на безпосередніх обов'язках по здійсненню правосуддя, так і покращить якість судових рішень. Важливим етапом є остаточна відмова від паперового документообігу або зведення його до мінімуму на противагу сучасному «підвищеному стану», який на практиці характеризується одночасним співіснуванням обох систем: і паперового, і електронного.

***Науковий керівник** – д.ю.н., професор, професор кафедри нотаріального, виконавчого процесу, адвокатури, прокуратури, судострою Навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка І.О. Ізарова.*

ANTI-CRISIS TOOLS OF CONSTITUTIONAL REFORM

Arina Lupu

4th year Law faculty student

Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University

The Constitution of Ukraine is a European-type constitution, as it proclaims the basic democratic values: constitutional democracy, human rights and the rule of law, etc. The

¹ Там само, с. 49-50.

² Огляда передових практик США у сфері судового адміністрування та електронного правосуддя презентують судді ВС. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/478550/>.

³ Огляда передових практик США у сфері судового адміністрування та електронного правосуддя презентують судді ВС.

URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/478550/>

Ukrainian Constitution deserves considerable attention, since it contributes to the preservation and strengthening of the sovereignty of our state. The age-old debate over the new Constitution done by politicians is undoubtedly important. However, the crisis situation in which it is now is not an interesting and highly unclear topic for ordinary people.

The issue of systematic implementation of the Constitution of Ukraine is key to the social and legal life of the country. That is why many scholars and practitioners are of the opinion that the crisis of the implementation of the Constitution is essentially inherent in the “shadow constitution”. The non-implementation of the provisions enshrined in the Constitution, the problems of its implementation, non-compliance by public authorities and local self-government bodies do not correspond to the above-mentioned “European type”.

The reason for this non-implementation, apparently, is the reluctance of its implementation by various state institutions, in the first place. Therefore, instead of guaranteed democracy, protection of dignity, human rights, etc., we have only similar phenomena. Here is the leveling of the provisions of Article 3 of the Constitution of Ukraine, where a person is recognized as the highest value¹. After all, taking into account recent events, our dignity and inviolability are far from paramount.

And for this we can draw attention to the improper functioning of state bodies and institutions. The principle of the rule of law mentioned in Article 8 of the Constitution of Ukraine is often not observed and destroys the principles of constitutionality and legality in the regulation of public relations and conflict resolution.

Therefore, instead of clearly and unambiguously defined provisions on constitutional democracy and protection of human rights and freedoms, Ukrainian society more often faces unfair justice and punishment, legal uncertainty, etc.

Moreover, I also consider it as a crisis that today Ukrainians, unfortunately, have an extremely low level of legal awareness and constitutional culture. This often escalates into a lack of understanding of how to protect one's rights and freedoms, and the question of how they are guaranteed. If the Constitution does not develop together with human, society - it ceases to operate, a clear example of which we can see nowadays.

In addition to the above, our Constitution is pursued by other problems that form the current Ukrainian crisis. There are several trends that slow down the process of legislative change.

Firstly, the problem of legal spam is not solved. Legislative spam is one of the urgent problems of the Verkhovna Rada of Ukraine. Thus, deputies of the Verkhovna Rada annually initiate almost 25 times more bills than parliaments of other European countries. This number of bills overloads both the work of committees and the session hall, depriving the chances for high-quality and necessary bills to become laws.

Secondly, the problem of insufficient performance of its functions by the Constitutional Court has crisis consequences. The mechanism of formation of the Constitutional Court and the requirements for judges, considering them in the context of strengthening the independence of the Constitutional Court, do not meet European standards. It must be independent of other state bodies. The principle of independence of the entire judiciary from other branches of government means, above all, its enshrinement in the Constitution and laws, which imposes on other states at least the obligation to respect it. It is associated with other complementary principles: impartiality and case-by-case and lawlessness without restrictions and undue influence; the competence of the court to decide whether the case referred to it belongs to its jurisdiction; non-interference in the process; administrative and financial

¹ Constitution of Ukraine [Electronic resource] // Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine (VVR). - 1996. - № 30. - p. 141. - Access mode: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

autonomy, etc. With regard to constitutional justice, an important component of independence is also the non-interference of political parties, associations, various groups of influence, etc¹.

Thirdly, we can also observe the problem of imbalance of power, which negatively affects the political processes of modern Ukraine. Political decisions must be made by higher authorities and unquestioningly implemented, but in our country, every official considers it necessary to express his own point of view on the essence of political or economic processes, which leads to an imbalance of the system of power. This problem is a consequence of the submission of an unlimited number of bills, neglect of guarantees of judicial independence, violation of Ukraine's international obligations, and imbalance of the system of checks and balances, which is the basis of any democratic and legal state².

The nature of the constitutional crisis and the conflict between the institutions of power is connected with the combination of the economic factor and the problem of identification of the Ukrainian nation. Therefore, today it is important to solve the problem of the formation of classical political parties and an effective mechanism of accountability and control of public authorities³.

In my opinion, the constitutional crisis in Ukraine is still going on, because the reform of the Constitution is unsatisfactory neither in terms of quality nor in terms of the content of the whole process. The proposed amendments are too limited where they need to be "bold" and too radical when they need to strike a balance. The dominance of the President and the lack of balance between the branches of government diminish the legitimacy of the political order and undermine both the rule of law and the rule of law as such. I consider it necessary to rethink the approach to constitutional reform in Ukraine. The direction and method of Ukrainian constitutional reform have been and remain somewhat incorrect because it does not answer the critical questions of the democratic and sustainable development of Ukraine. Parliament must stop "manipulating" constitutional reform and strengthen its leadership role. The Constitutional Court and the President must adhere to their role as guarantors of the constitutional order in Ukraine. The development of state processes in Ukraine should not be held hostage to personal ambitious plans and the interests of limited groups. The common good and the rule of law must be restored as guidelines and basic principles of the constitutional process in Ukraine.

***Supervisor:** LL.D, Head of the Department of Procedural Law Oksana Shcherbaniuk.*

ОСОБЛИВОСТІ ВИКОРИСТАННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ ЕЛЕКТРОННИХ ДОКАЗІВ

Любченко Ю.С.

*студентка III-го курсу юридичного факультету
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

Проблематика електронних доказів є досить поширеною в цивільному судочинстві. Це спричинено тим, що в умовах сучасного науково-технічного прогресу виникла

¹ Skrypniuk O. V., Fedorenko V. L. Modernizatsiia Konstytutsii Ukrainy: dosvid, problemy, perspektivy [Modernization of the Constitution of Ukraine: Experience, Problems and Prospects], Modernizatsiia Konstytutsii Ukrainy ta vdoskonalennia pravookhoronnoi diianosti, Kyiv, 2014.

² Sovhyria O. V. Predmet konstytutsiino-protsesualnoho prava Ukrainy [The Subject of Constitutional and Procedural Law in Ukraine], Biuletin Ministerstva yustytzii Ukrainy, 2008, no. 9.

³ Kolodii A. Konstytutsiinyi protses ta suchasna konstytutsiina reforma v Ukraini: etapy rozvytku [The Constitutional Process and the Current Constitutional Reform in Ukraine: the Stages of Development], Pravo Ukrainy, 2012, no. 8, pp. 114–122.

нагальна потреба в оновленні цивільного законодавства. Саме тому в 2017 році були внесені зміни до ЦПК України, за яким введено такий засіб доказування як електронні докази. Однак, «об'єкти електронних доказів використовувались і раніше в цивільному судовому процесі, так: портативні пристрої, електронні, магнітні та інші носії інформації, звукозаписи та відеозаписи відносили до речових доказів, а роздруківки веб-сайтів, електронні документи, електронне листування відносилися до письмових доказів»¹.

Потреба у використанні електронних доказів зумовлена тим, що електронна інформація стала більш доступною та поширеною серед суспільства, саме тому люди почали зберігати та обмінюватись інформацією на електронних носіях, а юридичні особи вести облік в електронній формі. Тому, на сьогоднішній день, електронні докази стали новим засобом доказування на рівні з письмовими та речовими доказами.

Порядок використання електронних доказів у цивільному судочинстві проходить у такі етапи: 1) подання електронних доказів в належній формі до суду; 2) дослідження та оцінка доказів судом; 3) зберігання та повернення електронних доказів судом. Кожен з цих етапів виконує важливі завдання і має процесуальне значення у судовому.

На першому етапі – подання електронних доказів до суду в оригіналі чи в електронній копії. При засвідченні копій потрібно обов'язково вказати про наявність оригіналу чи його місце знаходження. Поряд з електронними доказами варто долучати письмові копії таких доказів, оскільки це полегшить огляд доказів судом. Однак не кожен «електронний доказ може мати письмову копію, це стосується відео-аудіо записів та голосових/відео повідомлень. Особливістю паперової копії електронного доказу є те, що вона не є письмовим доказом»².

Варто зазначити, що відповідно до ЦПК України, «електронна копія повинна засвідчуватись електронним цифровим підписом, або законом може бути передбачений інший порядок засвідчення, а письмова копія посвідчується у порядку, передбаченому законом. Дані норми є бланкетними, однак законодавчого регулювання відсутнє. Тому дане питання й досі залишається відкритим»³.

На думку науковців Чорного С.О. та Антонюка О.І.: «засвідчувати копії електронних документів могли б нотаріуси. Однак, Законом України «Про нотаріат» і Правилами вчинення нотаріальних дій нотаріусами України прямо не передбачена можливість засвідчення копій електронних документів»⁴. Оскільки ЦПК України містить неоднозначну норму, то це порушує права учасників процесу щодо присудження доказів до матеріалів справи.

Розглянемо другий етап – дослідження та оцінка доказів судом. Електронні докази оглядаються судом, а також для ознайомлення пред'являються учасникам справи. Дослідження доказів являє собою процес подання до суду, сприйняття та ознайомлення із ними судом. Такі дослідження «відбуваються за допомогою вчинення певних процесуальних дій, які регламентовані законодавством та спрямовані на вилучення відомостей про факти та їх сприйняття судом. Дослідження електронних доказів має комплексний характер, а тому можуть залучатись експерти, за допомогою яких можна виявити належність та особливості засобу доказування»⁵.

¹ Чорний С.О., Антонюк О.І. Електронні докази в цивільному процесі: проблеми застосування на практиці. Вісник студентського наукового товариства ДонНУ імені Василя Стуса. 2018. Том 1 № 10. С. 84-87.

² Цивільний процесуальний кодекс України. Відомості Верховної Ради України: кодекс від 18.03.2004, редакція від 05.08.2021 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>, Ст.100-101.

³ Цивільний процесуальний кодекс України. Відомості Верховної Ради України: кодекс від 18.03.2004, редакція від 05.08.2021 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>, Ст.100-101.

⁴ Чорний С.О., Антонюк О.І. Електронні докази в цивільному процесі: проблеми застосування на практиці. Вісник студентського наукового товариства ДонНУ імені Василя Стуса. 2018. Том 1 № 10. С. 84-87.

⁵ Павлова Ю.С. Електронний документ як джерело доказів у цивільному процесі: дисертація. Одеса, 2019. С. 168-177.

Згідно ЦПК України «суд оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному, об'єктивному та безпосередньому дослідженні наявних у справі доказів. Тому необхідною передумовою належної їх оцінки є безпосередність дослідження доказів судом. У судовій практиці суд є досить прискільливим до оцінки електронних доказів та особливу увагу звертає на підтвердження їх автентичності»¹.

Розглянемо наступний етап - зберігання та повернення електронних доказів судом. Оригінали та копії електронних доказів зберігаються судом в матеріалах справи. Відповідно до ст. 101 ЦПК «оригінали доказів можуть бути повернуті в судовому порядку за клопотанням особи, яка надала такий оригінал»².

Електронні докази поряд із плюсами мають і суттєві мінуси. Так, в електронних доказах наявний високий ризик їх підроблення, а також легко можна внести зміни, що дає підстави сумніватися у достовірності одержаного електронного доказу³.

Окремою проблемою є електронні докази, які містяться в месенджерах. Їх можливо видалити, однак відновити їх неможливо або дуже складно. Щоб такого не сталося, потрібно подати клопотання про вжиття заходів забезпечення доказів, за допомогою їх огляду у судовому засіданні з пристроїв заінтересованих сторін⁴.

Варто розглянути міжнародну практику в застосуванні електронних доказів у цивільному судочинстві. А. Ю. Каламайко вважає, що жодна з європейських держав не містить у своїх кодифікованих актах специфічного визначення електронних засобів доказування.

На відміну від українського законодавства, інші «країни мають спрощені вимоги, за яким електронні докази можуть бути прийнятими, дослідженими та оцінені судом. Електронні докази оцінюються на основі принципу вільної оцінки, за яким не зважають на наявність чи відсутність на доказах окремих реквізитів чи електронного підпису. Але в Україні така процедура є досить ускладненою через недосконалу процедуру подання електронних доказів до суду»⁵.

У США наявний новий для українського законодавства інститут автентифікації електронних доказів. Таке можливе шляхом: показань свідка (якщо зможе підтвердити про те, що заявляє особа); «самоавтентифікації»(за наявності знаку, підпису, за якими можливо ідентифікувати особу чи відповідне підприємство)⁶.

У період карантинних обмежень, спровокованих коронавірусною інфекцією, на новий рівень піднялися відносини в дистанційній формі. Тому почав функціонувати електронний суд, за допомогою Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи. Також значну роль у розвитку відіграють електронні докази, що спростовує роботу електронного суду з поміж інших засобів доказування.

¹ Павлова Ю.С. Електронний документ як джерело доказів у цивільному процесі: дисертація. Одеса, 2019. С. 168-177.

² Цивільний процесуальний кодекс України. Відомості Верховної Ради України: кодекс від 18.03.2004, редакція від 05.08.2021 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>, Ст.100-101.

³ Чорний С.О., Антонюк О.І. Електронні докази в цивільному процесі: проблеми застосування на практиці. Вісник студентського наукового товариства ДонНУ імені Василя Стуса. 2018. Том 1 № 10. С. 84-87.

⁴ Солончук І.В., Балінська В.О., Герашенко Я.В. Електронні докази у цивільному судочинстві: переваги та недоліки законодавчих нововведень. Випуск 2, 2021. С.51.

⁵ Зозуля Наталія. Електронні докази за кордонном: практика застосування. URL: <https://ukrainepravo.com/scientific-thought/naukova-dumka/elektronni-dokazy-za-kordonom-praktyka-zastosuvannya/>

⁶ Зозуля Наталія. Електронні докази за кордонном: практика застосування. URL: <https://ukrainepravo.com/scientific-thought/naukova-dumka/elektronni-dokazy-za-kordonom-praktyka-zastosuvannya/>

Отже, електронні докази як і письмові і речові відіграють досить важливу роль в цивільному судочинстві. Нормативне регулювання електронних доказів потребує удосконалення. Порядок подання, дослідження та оцінки таких доказів на сьогодні залишається недостатньо врегульованим. На міжнародному рівні наявні нововведення, яких потребує й українське законодавство. Оскільки ми живемо в період науково-технічного прогресу, то зовсім скоро електронні докази стануть пріоритетними над іншими засобами доказування.

***Науковий керівник:** кандидат юридичних наук, доцент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Федьковича О.В. Гетманцев.*

ПОРІВНЯЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВОНАСТУПНИЦТВА УКРАЇНИ ТА НІМЕЧЧИНИ

Малофій К.А.

*студентка 3-го курсу юридичного факультету
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

Чинний Цивільний процесуальний кодекс України (далі – ЦПК України) закріплює норми процесуального правонаступництва, які направлені на регулювання справедливого, неупередженого та своєчасного розгляду і вирішення цивільних справ з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Ст. 55 ЦПК України чітко зазначає, що у разі смерті фізичної особи, припинення юридичної особи, заміни кредитора чи боржника у зобов'язанні, а також в інших випадках заміни особи у відносинах, щодо яких виник спір, суд залучає до участі у справі правонаступника відповідної сторони або третьої особи на будь-якій стадії судового процесу. Усі дії, вчинені в цивільному процесі до вступу правонаступника, обов'язкові для нього так само, як вони були обов'язкові для особи, яку він замінив¹.

Перш ніж провести порівняльну характеристику в зазначених державах, висвітлимо загальне поняття та правову природу процесуального правонаступництва в Україні. Так, під поняттям процесуального правонаступництва розуміють перехід процесуальних прав і обов'язків від однієї особи, яка була в процесі стороною або третьою особою, до іншої особи у зв'язку з переходом до неї суб'єктивних матеріальних прав. Також для правонаступника всі дії, вчинені в процесі до його вступу до справи, обов'язкові в тій мірі, в якій вони були б обов'язкові для особи, яку правонаступник замінив.

В юридичній практиці виділяють наступні підстави для процесуального правонаступництва, а саме: смерть громадянина, припинення діяльності юридичної особи (реорганізація), уступка вимог, переведення боргу. Так, в одних випадках заміна безпосередньо впливає з правових приписів і в принципі не залежить від волі суб'єктів (при вступі в процес правонаступників померлої особи), а в інших випадках необхідно вираження волі сторін (при цесії).

Окрім цього, підставою процесуального правонаступництва може бути не тільки загальне (універсальне) правонаступництво матеріальних прав і обов'язків, а й одниничне (сингулярне) правонаступництво, коли від однієї особи до іншої переходить окреме суб'єктивне право (відступлення вимоги) або окремий юридичний обов'язок. Цивільне процесуальне правонаступництво на відміну від цивільного правонаступництва може

¹ Цивільний процесуальний кодекс України : чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 1 вересня 2021 р. К.: Палівода А. В., 2021. 312 с.

бути тільки загальним (універсальним), так як правонаступник повністю замінює собою попередника в усьому обсязі його процесуальних прав і обов'язків¹.

В Німеччині, як і в Україні поширене універсальне правонаступництво, яке є основним принципом німецького спадкового права (означає, що активи та зобов'язання померлого переходять безпосередньо до його спадкоємців без необхідності судового рішення). Німецьке законодавство дозволяє людині писати німецький заповіт за власним бажанням, виключаючи близьких родичів, які є першочерговими спадкоємцями. Якщо буде зроблено заповіт, що виключає статутних спадкоємців, вони мають право пред'явити позов на 50% того, що вони отримали б за німецькими законами про правонаступництво².

Крім того, в Німеччині правонаступники та кредитори будь-якої сторони можуть подати опозицію проти рішення суду, що є результатом шахрайства або змови проти них. Це так звана ревокаційна (анулююча) опозиція третіх осіб. Вона спрямована на усунення преюдиції, яка може бути створена внаслідок прийняття судового рішення стосовно правонаступників або кредиторів будь-якої сторони по справі. Зокрема, правонаступники можуть постраждати у випадку, якщо їх правопередники є стороною, яка програла у відношенні придбаного ними права; в той же час кредитори будуть страждати від негативних наслідків зменшення активів боржника. В обох випадках виникає шкода відповідно до закону та право оскарження може бути надано тільки в тому випадку, якщо винесене рішення стало результатом шахрайства або змови з метою нанесення збитку третім особам.

Зазначимо, що окремі процесуальні закони також можуть закріплювати право на подання апеляційної скарги за певними особами. Так, ст. 341 ЦПК Німеччини передбачено, що у випадку смерті сторони, яка програла, протягом строку на оскарження рішення, скарга може бути подана її спадкоємцями або правонаступниками протягом трьох місяців після смерті. В Україні суд обов'язково зупиняє провадження у справі у разі смерті або оголошення фізичної особи померлим, яка була стороною у справі, якщо спірні правовідносини допускають правонаступництво³.

Таким чином, проаналізувавши процесуальне правонаступництво в цивільному процесі України та Німеччини, робимо висновок, що обидві країни володіють спільними рисами універсального правонаступництва, яке становить один із невід'ємних елементів цивільного процесуального права.

Науковий керівник: кандидат юридичних наук, доцент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича І. Ю. Татулич

¹ Василюв С. В. Порівняльний цивільний процес: підручник. К.: Алерта. 2015. 352 с.

² Принципи успадкування майна в Німеччині. URL: <https://advokatveurope.com/uk/printsipi-uspadkuvannya-majna-v-nimechch/> (дата звернення: 02.10.2021).

³ Резворович К. Р. Цивільне право та процес : підготовка до іспиту. Частина друга: навч. посіб. Дніпро: Видавець Біла К. О. 2020. 216 с.

СПІЛЬНІ ТА ВІДМІННІ РИСИ ПОЗИВАЧА ТА ТРЕТЬОЇ ОСОБИ ІЗ САМОСТІЙНИМИ ВИМОГАМИ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Мерек О.В.

*студентка 3-го курсу юридичного факультету
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

Коли особа звертається до суду це не лише персоніфікує її як учасника в процесуальних правовідносинах, а надає їй конкретний правовий статус. Правильне визначення учасників справи має важливе не лише теоретичне, а й практичне значення, адже є необхідною умовою для ефективного, а головне – однакового застосування судами норм цивільного процесуального законодавства, що регламентують процесуальний правовий статус цих учасників цивільного процесу.

Відповідно до ч. 1 ст. 42 ЦПК у справах позовного провадження учасниками справи є сторони та треті особи¹. В залежності від прояву матеріально-правової заінтересованості треті особи бувають двох видів: які заявляють самостійні вимоги щодо предмета спору та третіх осіб, які не заявляють самостійні вимоги щодо предмета спору. Оскільки процесуальний статус позивачів та третіх осіб із самостійними вимогами має багато спільних рис, ми вирішили порівняти процесуальне становище вказаних вище суб'єктів на підставі положень юридичної літератури та аналізу процесуального законодавства.

Позивач – це особа права якої порушено та в інтересах якої відкрито провадження у справі. Позивач має свою юридичну зацікавленість в тому, щоб отримати рішення суду про задоволення своїх позовних вимог, інакше кажучи отримати захист свого права або інтересу шляхом примушування відповідача до здійснення дій на користь позивача або притягнення його до матеріальної відповідальності².

В свою чергу, треті особи, які заявляють самостійні вимоги – це такі учасники процесу, які вступають в уже розпочатий процес шляхом пред'явлення позову для захисту самостійних прав на предмет спору, якщо рішення по справі може вплинути на їх права³.

Якщо порівнювати статус цих двох суб'єктів, то, в першу чергу, варто сказати, що вони є суб'єктами спірних правовідносин. Як позивач, так і третя особа із самостійними вимогами є учасниками судового процесу та учасниками справи позовного провадження. Ними можуть бути як фізичні, так і юридичні особи. Ці особи завжди вступають в процес добровільно. Однак, порядок їх вступу відрізняється. Так, позивач порушує процес, в той час як така третя особа вступає в вже розпочатий процес. Якщо позивач може будь-коли порушити процес, то третя особа – до закінчення підготовчого провадження або до початку першого судового засідання, якщо справа розглядається в порядку спрощеного позовного провадження (ч. 1 ст. 52 ЦПК).

Позивач пред'являє позов виключно до відповідача, а третя особа може пред'явити позов до позивача, до відповідача або до двох сторін одночасно. Позовна заява третьої особи має відповідати всім вимогам, що пред'являються до позовних заяв позивача, які чітко закріплені в ст. 175 ЦПК. Тому, як і позивач, для вступу у справу третя особа повинна мати право на пред'явлення позову і дотриматися встановленого законом порядку. Крім того, на думку С. В. Сенік, позовна заява третьої особи має й свої

¹ Цивільний процесуальний кодекс : чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 1 вересня 2021 р. К.: Палівода А. В., 2021. 312 с.

² Бичкова С. С. Зустрічний позов як цивільна процесуальна форма захисту інтересів відповідача. Вісник Верховного Суду України. 2010. № 10 С. 41- 44.

³ Цивільний процес. Підручник. / С. В. Васильєв. К.: Алерта, 2019. 506 с.

особливості. У позовній заяві слід зазначити, що вона подається третьою особою, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору в іншій судовій справі (там, де у звичайній позовній заяві пишеться «позивач», повинно бути написано «третя особа, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору»), зазначити сторін цієї справи, до якої із сторін пред'являються позовні вимоги та у якого судді у провадженні ця справа перебуває¹.

Дані учасники наділяються юридичною заінтересованістю. Проте треті особи мають інтереси, які, як правило, протистоять інтересам обох сторін, але можуть суперечити і інтересам однієї з них.

Оскільки і сторони, і такі треті особи є учасниками справи, то вони наділяються комплексом загальних прав та обов'язків учасників справи, закріплених в ст. 43 ЦПК України. Нагадуючи своїм процесуальним становищем позивача у процесі, третя особа, яка заявляє самостійні вимоги на предмет спору користується усіма правами і несе усі обов'язки позивача, закріплені в ст. 49 ЦПК. Більше того, у такої третьої особи є спільні риси і з іншими сторонами по справі – відповідачем, зокрема, укласти мирову угоду на будь-якій стадії процесу. У разі укладення мирової угоди в процесі, де бере участь третя особа з самостійними вимогами на предмет спору, учасниками цієї угоди повинні бути всі суб'єкти спірного матеріального правовідношення: позивач, відповідач і третя особа.

Варто зазначити, що головною відмінністю третьої особи, що заявляє самостійні вимоги є і те, що вони пред'являють самостійні вимоги щодо предмета матеріального спору між сторонами, а не мають самостійних прав на нього, оскільки такі права можуть бути визначені тільки рішенням суду.

Відмінністю третьої особи, що заявляє самостійні вимоги від позивача полягає у тому, що вона не може обирати відповідачів (лише серед сторін), не може обирати підсудність (позов завжди подається до суду, який розглядає справу), залучити додаткових відповідачів, клопотати про заміну неналежного відповідача, якщо ним є позивач по первісному позову².

Також відмінною рисою між позивачем і третьою особою, що заявляє самостійні вимоги є те, що до третьої особи із самостійними вимогами не може бути пред'явлено зустрічний позов.

У судовій практиці, дані учасники справи зустрічаються досить часто, а саме, у рішенні Городищенського районного суду Черкаської області справі № 691/131/18³, рішенні Кіровського районного суду Дніпропетровської області по справі № 203/3191/19⁴.

Підсумовуючи вищенаведене, робимо висновок, що будь-яка справа позовного провадження обов'язково передбачає участь у ній двох сторін: позивача й відповідача. Однак, крім сторін, у наслідках вирішення справи можуть мати заінтересованість і інші особи. Вони отримали законодавче визначення як «треті особи», оскільки є кількісно третіми відносно сторін. Порівнюючи правове становище позивача та третьої особи із самостійними вимогами, робимо висновок, що третя особа, яка заявляє самостійні вимоги на предмет спору за своїм процесуальним становищем тотожна становищу позивача. Але незважаючи на це, така третя особа перебуває у своєму процесуальному

¹ Цивільне процесуальне право України : підручник / В. М. Коссака, Р. Я. Лемик, Ю. В. Навроцька, С. В. Сенік ; за заг. ред. В. М. Коссака. Харків : Право, 2020.

² Цивільне процесуальне право України : підручник / В. М. Коссака, Р. Я. Лемик, Ю. В. Навроцька, С. В. Сенік ; за заг. ред. В. М. Коссака. Харків : Право, 2020.

³ Рішення Городищенського районного суду Черкаської області по справі № 691/131/18 від 20.07.2021 року. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98712770>.

⁴ Рішення Кіровського районного суду Дніпропетровської області по справі № 203/3191/19 від 07.08.2020 року. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90856647>.

статусі до закінчення процесу у справі, оскільки має ряд як спільних, так і відмінних ознак із позивачем.

Науковий керівник: кандидат юридичних наук, доцент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича І. Ю. Татулич

«ЕЛЕКТРОННИЙ СУД» В СИСТЕМІ ПРАВОСУДДЯ УКРАЇНИ

Мовчан В.Ю.

*студент 2 курсу Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого*

Розвиток цифрових технологій в сучасному світі відкриває нові можливості та спрощує незручні, неактуальні системи. Оскільки сьогодні велику кількість завдань можна вирішити за допомогою цифрового дивайсу, з'явився сенс змінювати формат звичайних для нас справ – сплати податків, запис до лікаря, оформлення та подачу документів тощо, в зручний для сучасного світу формат, щоб заощадити час та зробити життя простішим. Однією з систем, котра зазнала удосконалення та спрощення є українська система правосуддя із введенням ЄСПС.

ЄСПС (Єдина судова інформаційно-телекомунікаційна система) – це технічна система, котра забезпечує функціонування електронного судочинства в Україні після 2017 року внаслідок прийняття нових процесуальних кодексів.

Так в Господарському процесуальному кодексі України, Кодексі адміністративного судочинства України, Кримінальному процесуальному кодексі України, Цивільному процесуальному кодексі України, Кодексі України про адміністративні правопорушення, Кодексі України з процедур банкрутства, законі України «Про судоустрій і статус суддів» є положення стосовно функціонування Єдиної судової інформаційно-телекомунікативної системи. Відносно нещодавно, 26 травня 2021 року, набув чинності закон стосовно впровадження данної системи. Проте законом «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення поетапного впровадження Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи» передбачено поетапне впровадження данної системи в судову структуру.

Головним завданням системи, як і більшості електронних систем, є створення спрощеної процедури взаємодії з судовою системою України. Так існує унікальна підсистема ЄСПС – «Електронний суд». Підсистема спрощує документообіг, дозволяючи відправляти та отримувати процесуальні документи учасникам судового процесу, дозволяє сплачувати судовий збір, відстежувати розвиток та стан процесу та поданого учасником документу, отримувати повістки, рішення та ухвали в електронному вигляді. Також «Електронний суд» дозволяє створювати заяви за відповідними шаблонами, котрі є в базі системи, що робить процес створення документів простим для кожного, хто не має юридичної освіти

ЄСПС також включає в себе підсистеми відеоконференцзв'язку та «Електронний кабінет». Електронний кабінет є підсистемою, котра забезпечує процедуру реєстрації користувачів в ЄСПС та подальший вхід в інші підсистеми. Реєстрація відбувається за допомогою використання кваліфікованого електронного підпису, та внесенням контактних даних особи, зокрема адреси електронної пошти, номера телефону (в тому числі мобільного), зазначенням інших засобів зв'язку, які забезпечують фіксацію повідомлення або виклику. Користувачі повинні вносити тільки повну та актуальну

інформацію в Електронний кабінет. Нотаріуси, адвокати, судові експерти, приватні виконавці, державні органи та органи місцевого самоврядування реєструють свої електронні адреси в системі в обов'язковому порядку; інші особи реєструються в ЄСПС в добровільному порядку. Підсистема відеоконференцв'язку дозволяє приймати участь в засіданні суду за допомогою власних технічних засобів, технічних засобів суду та інших установ в форматі відеоконференції.

Повноцінне введення ЄСПС забезпечить розвиток судової системи в реаліях сучасного світу, зробить систему правосуддя для звичайного громадянина України простою та зручною, не змушуватиме до вивчення всіх деталей для простих дій, адже система пояснює весь порядок, та відкриє в майбутньому інші можливі курси розвитку правосуддя в сфері електронних даних.

РОЛЬ СУДДІ У ЗАБЕЗПЕЧЕННІ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА: ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД

Муқан А.О.

*студентка магістратури Міжрегіональної академії
управління персоналом*

Конституція демократичної правової держави виникла не з унітарного факту, а з поєднання історичних і юридичних фактів, які сприятимуть досягненню того, що відомо сьогодні, а саме переходу від природної держави до верховенства права та верховенство права для законного демократа.

Можна помітити, що світ, яким він зараз відомий, не завжди був таким, оскільки виявляється, що до появи Позитивного стану існував природний стан людства, який керувався нормами його природного права, який розуміється наступним чином: «[...] природне право — це право, яке всюди має однакову ефективність, тоді як позитивне право діє лише в окремих політичних спільнотах, у які воно поміщено; природне право передбачає дії, цінність яких не залежить від судження суб'єкта про них, але існує незалежно від того, чи здаються вони іншим хорошими чи поганими.

Іншими словами, відмінність від природного стану до позитивного полягає в тому, що останній керується заздалегідь встановленими нормами, які диктували поведінку підлеглих. Тому вона екстерналізована у формі закону. Буває, що таке твердження було важливим в історичному процесі переходу від абсолютистської держави до закону, щоб встановити норми проти арбітражу держави періоду.

Прагнучи усунути таку поведінку з боку абсолютистських урядів, у той час було кілька революцій, головною історичною віхою яких стала Французька революція 1789 року, яка породила Декларацію прав людини і громадянина. Таким чином, утвердження верховенства права мало не лише важливе значення в правовому полі, але й надавало підлеглим держави мінімально можливу гарантію, за якою вони не будуть покарані на розсуд однієї особи, а позитивно. правила, які раніше були прописані до їх поведінки, що привносить більшу правову визначеність.

Однак правова трансформація держави не зупинилася на правовій державі, а через деякий час виникла так звана демократична правова держава або конституційна, відома тим, що керується Конституцією, яка має фундаментальні права та гарантії, засновані на демократія, тобто вона дає шляхом періодичних виборів і шляхом всенародного голосування, яке обирає представників народу. Ці характеристики надають країні статус демократичної правової держави, а саме: «[...] характеризуючи конституційну державу, це означає, що держава керується демократичними нормами, вільними, періодичними

виборами та народом, а також повага державних органів до основних прав і гарантій проголошується, наприклад, у основний розділ мистецтва.. 1 Конституції Федеративної Республіки Бразилія, яка також у своєму єдиному пункті прийняла так званий демократичний принцип, стверджуючи, що «вся влада виходить від народу, який здійснює її через обраних представників або безпосередньо, на умовах цієї Конституції», далі, у ст. 14, проголошується, що «народний суверенітет здійснюватиметься шляхом загального виборчого права, прямого та таємного голосування з однаковою цінністю для всіх і, відповідно до умов закону, шляхом: I – плебісциту; II – референдум; III – народна ініціатива».

Таким чином, враховуючи нову концепцію держави, виявляється, що Закон відіграє важливу роль у запобіганні зловживанням з боку держави, яка, її представники повинні будуть поважати законодавчі обмеження, встановлені самим народом через своїх представників, щоб виконувати конституційні гарантії людини.

Держава, як власник *Jus Puniendi*, випустила норми інструментального характеру з метою, щоб право на покарання не реалізувалося на власний розсуд. У цьому сенсі він встановлює процесуальні принципи, які підтверджують статус демократичної правової держави.

Серед них є презумпція невинуватості, неупередженість, належна судова процедура та гідність людської особи, які керують державою в образі судді, щоб дотримуватись їх, щоб гарантувати процес, заснований на мінімальних гарантіях людини. У ньому втілено принцип презумпції невинуватості, конституційна гарантія того, що особа вважається невинною до остаточного вироку. Таким чином: «[...] принцип презумпції невинуватості слід розглядати в три різні моменти: у процесуальній інструкції, як відносно правову презумпцію невинуватості, що перевертає тягар доказування; при оцінці доказів, притягнення їх до оцінки на користь обвинуваченого при наявності сумнівів щодо наявності відповідальності за заявлений факт; і в ході кримінального провадження як параметр поводження з обвинуваченим, особливо щодо аналізу необхідності чи ні його тимчасового відокремлення».

Отже, очевидно, що інститут судді по гарантіям надає велике значення утвердженню правил, встановлених демократичною правовою державою, а саме інституту обвинувачувального механізму, поважності принципів презумпції невинуватості, неупередженості, належний закон і гідність людської особи, що надає велике значення для кримінально-процесуальної системи.

***Науковий керівник:** завідувач кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича, доктор юридичних наук, професор О.В. Шербанюк.*

ЗАСТОСУВАННЯ ВИСНОВКУ ЕКСПЕРТА З ПИТАНЬ ПРАВА В ГОСПОДАРЬСЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ

Надієнко Ю.А.

студентка 4 курсу юридичного факультету

Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

Після підписання Угоди про асоціацію, між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми

державами-членами, з іншої сторони у 2014 році¹, Україна взяла на себе зобов'язання привести національне законодавство у відповідність до законодавства Європейського Союзу. Відповідно, Верховною Радою України було прийнято низку законів, які стосувались, насамперед, судоустрою, судочинства та процесуального права.

Від якості правового регулювання господарського процесу залежить якість та рівень захисту прав суб'єктів господарювання, а, отже, – і інвестиційна привабливість України. Адаже звертаючись до суду за захистом своїх порушених прав, сторони сподіваються на оперативне та якісне вирішення господарського спору². Редакція Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України), яка набула чинності 15 грудня 2017 року, передбачила чимало нових інструментів, спрямованих на покращення якості здійснення господарського судочинства. Однією з таких новел стало запровадження інституту висновку експерта з питань права.

Участь у господарській справі експерта з питань права та надання ним висновку – новела процесуального законодавства України. З приводу запровадження такої новели у цивільному процесі В. Кройтор зазначає, що це обумовлено збільшенням випадків застосування положень іноземного законодавства, міжнародної судової практики, а також спрямуванням на забезпечення реалізації верховенства права під час здійснення судового процесу³. О. Кармаза та Д. Кушерець доходять висновку, що головне призначення експерта з питань права – надання допомоги в питаннях, вирішення яких потребує спеціальних знань⁴.

Хоч все частіше можемо зустріти застосування судами висновку експерта з питань права, на сьогоднішній день законодавчого визначення даного документа не існує, правова природа якого також ще невизначена. Однак, у ГПК України міститься ст. 108, яка регулює зміст висновку експерта у галузі права. У ній передбачено, що учасники справи мають право подати до суду висновок експерта з питань права щодо застосування аналогії закону чи аналогії права та змісту норм іноземного права згідно з їх офіційним або загальноприйнятим тлумаченням, практикою застосування, доктринаю у відповідній іноземній державі. У другій частині даної норми зазначено, що у своєму висновку експерт не може оцінювати докази, вказувати на достовірність, а також зазначати про переваги одного доказу над іншим, та ін.

У науковій літературі відзначається, що висновки експерта в галузі права, маючи рекомендаційний характер для суду, будучи письмовою думкою визнаного науковця (вченого) у певній галузі права, поділяються на дві групи: 1) висновки щодо застосування аналогії (права чи закону); 2) висновки щодо роз'яснення змісту норм іноземного права⁵.

Та все ж доволі часто трапляються випадки, коли до матеріалів справи долучають висновки експертів у галузі права, які не мають жодного відношення ні до питань аналогії права чи закону, ні до питань застосування норм іноземного законодавства. Наприклад, заявляють клопотання про допуск до участі у справі експерта з питань права, який володіє спеціальними знаннями у якійсь конкретній галузі права, чи долучення до матеріалів справи висновку, який стосується аналізу та роз'яснення норм законодавства

¹ Угода про асоціацію, між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : ратифікована Законом України № 1678-VII від 16 вересня 2014 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011 (дата звернення: 07.10.2021).

² Бутирський А. Роль суду в господарському судочинстві. *Судова апеляція*. 2019. № 1. С. 89–97.

³ Кройтор В. Висновок експерта з питань права. *Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні* : Матеріали II Міжнар. наук.-практ. конф. Чернівці, 2018. С. 129–131.

⁴ Кармаза О., Кушерець Д. Експерт із питань права в судовому процесі: новели законодавства України. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 10. С. 32–36.

⁵ Кармаза О. О. Експерт у галузі права в судовому процесі: теорія та судова практика. *Право і суспільство*. 2019. № 5. С. 89–94.

або виконання конкретної правочину. Позитивною стороною є те, що майже у всіх таких випадках суди відмовляли у задоволенні таких клопотань.

Також у багатьох ситуаціях (справи № 917/2004/16, № 911/2539/17, № 924/1033/17) до матеріалів справ намагаються долучити висновки експертів з питань права, які нагадують мотивувальну частину рішення суду, а саме можуть містити аналіз справи, доказів, тобто вказують, як правильно вирішити спір. Таким чином, повністю суперечать ч. 2 ст. 108 ГПК України.

Щодо оцінки судом таких висновків, ГПК України охоплює дане питання у ст. 109. У даній статті закріплено норму, що вказує на допоміжний характер і на необов'язковість для суду висновку експерта у галузі права, а також те, що він взагалі не є доказом. Проте в другій частині цієї ж статті зазначено, що суд все ж таки може посприяти на нього, як на джерело інформації, яка міститься в ньому, але має зробити власні підсумки щодо відповідних питань. Однак вказівка на рекомендаційний характер також має негативну сторону. Адже в ситуаціях коли існують різні підстави для відмови долучення висновку експерта з питань права, суд відмовляє саме на підставі необов'язковості цих висновків та їх допоміжного характеру. Так, наприклад, Господарський суд Луганської області у справі № 913/982/17 мотивував відмову у такому вигляді: «суд вважає, що в даному випадку може самостійно встановити всі обставини у справі, надати належну правову оцінку правовідносинам сторін»¹.

Окремо варто звернути увагу на деякі термінологічні розбіжності, що наявна у трьох процесуальних кодексах (ЦПК України, ГПК України та КАС України). Так, у статті 70 ЦПК України застосовується термін «експерт з питань права», натомість у статті 108 ЦПК України міститься «експерт у галузі права». Така філологічна відмінність під час застосування процесуальних норм не має суттєвого значення, адже це скоріше помилка законодавця, аніж спеціально продуманий хід щодо впливу на правовий статус такого учасника судового процесу.

І.А. Бутирська відзначає, що враховуючи, що експерт із питань права завжди залучається учасником справи, то виникають питання щодо конфлікту, якщо, наприклад, висновок експерта буде суперечити інтересам учасника, що його залучив². З цього приводу В.Е. Беяневич наголошує що в будь-якому випадку, експерт повинен обговорити зі стороною вірогідність такої інтерпретації, яка буде йти всупереч позиції сторони у справі³.

Таким чином, висновок експерта з питань права — це письмовий документ, який формується експертом-науковцем, за результатами проведення ним науково-практичного дослідження із застосуванням спеціальних правових знань, який має стосуватися виключно питань аналогії та застосування норм іноземного права, який не є доказом та має допоміжний (рекомендаційний) характер. До того ж, на практиці часто все зводиться до надання у вигляді таких висновків правових позицій, відних для сторони, або висновків щодо питань, які не передбачені процесуальним законодавством. Також, проаналізувавши практику застосування даного інституту господарськими судами, можна дійти висновку, що на даний момент багато судів і сторін ще не готові до залучення експертів з питань права та їх висновків. Не зважаючи на це, все ж таки можна виявити досить позитивну тенденцію, яка полягає у дедалі частішому застосуванні висновків експертів у галузі права у господарському судочинстві.

¹ Ухвала Господарського суду Луганської області від 19 березня 2018 року у справі № 913/982/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень України*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72958947> (дата звернення: 07.10.2021).

² Бутирська І. А. Правовий статус експерта з питань права у господарському процесі. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2018. Вип. 48. Т. 1. С. 108-111.

³ Беяневич В. Е. Експерт в процесі: дружба дружбою, служба службою. URL: https://uba.ua/documents/doc/vadym_belyanevych_ukr.pdf (дата звернення: 07.10.2021).

Науковий керівник: к.ю.н., доц., асистент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету ім. Ю. Федьковича І.А. Бутирська.

ГАРАНТІЇ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В РІШЕННЯХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Оношка В.А.

*студент магістратури юридичного факультету
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

Функціонування інституту адвокатури є гарантією забезпечення конституційних прав та свобод громадян, проте й сама діяльність адвокатів вимагає логічно виваженої і практично налагодженої системи цих правових гарантій. Необхідно створити цілісну, злагоджену систему гарантій адвокатської діяльності, яка давала б можливість адвокатурі спираючись на закон, у повному обсязі здійснювати її почесний обов'язок щодо захисту прав громадян.

В аналітичному огляді Європейського суду з прав людини «Привілеї юридичної професії» наведено низку рішень стосовно прав адвокатів і гарантій адвокатської діяльності у розумінні Конвенції основних прав і свобод. Проаналізувавши численні рішення Європейського суду з прав людини за заявами осіб, що є адвокатами, можна сказати, що відхилення від закону набули постійного характеру. Найчастіше констатують недотримання статті 8 Конвенції, яка не тільки захищає всю переписку між окремими особами, забезпечує посилений захист кореспонденції між адвокатами та їх клієнтами, а також сприяє реалізації адвокатами своїх прав, оскільки поняття «особисте життя», «житло», «кореспонденція» розглядається Європейським судом з прав людини у широкому значенні. І якщо проблема щодо обшуку в офісі адвоката та контролю кореспонденції вже достатньо розглянута, обґрунтована і пояснена Європейським судом, то питання про конфіденційність спілкування адвоката з довірителем досі залишається дискусійним і мало дослідженим.

У рішенні «Копп проти Швейцарії» 1998 року, заявник наполягає на тому, що прослуховування телефонних ліній його правничої фірми не правомірне за швейцарськими законами. По-перше, Суд не влаштує спекулювання, в якій якості пан Копп був підданий прослуховуванню, оскільки він юрист, а всі телефонні лінії його адвокатської фірми прослуховувалися. По-друге, запис чи інші форми перехоплення телефонних розмов являють собою серйозне втручання в приватне життя та кореспонденцію й повинні у зв'язку з цим спиратися на закон, що особливо важливо. Необхідно мати зрозумілі докладні правила з цього питання, враховуючи, що технології, які застосовуються при цьому, стають усе досконалішими.

Європейський Суд зазначив, що стаття 8 Конвенції захищає фундаментальне право професійної таємниці, та вказав, що покладання на адвокатів обов'язку повідомляти про підозри, не складає надмірного втручання з огляду на публічний інтерес, який супроводжує боротьбу з відмиванням грошей. Адвокатський професійний привілей не є абсолютним. Він повинен бути порівняний із заходами, спрямованими на боротьбу з відмиванням доходів від незаконної діяльності, яка сама по собі може використовуватися для фінансування злочинної діяльності.

В Рішенні «Correia de Matos v. Portugalia» було зазначено про заборону адвоката самостійно себе захищати. У своїй заяві до Суду скаргник скаржився, що рішення національних трибуналів, які забороняють йому захищатись, і примушують його

представляти адвоката, порушили пункти 1 та 3 (с) статті 6. Попередні зауваження щодо змісту та контексту позову заявника: У цій справі йдеться про сферу права відповідачів, які мають юридичну підготовку, на захист власної оборони. Однак позивач був відсторонений від столу адвокатської колегії під час провадження у національних судах, а тому не міг виступати адвокатом у власній справі.

Більше того, заявник раніше подав запит на основі аналогічних скарг, що призвело до рішення від 15 листопада 2001 року *Correia de Matos v. Portugalia* (ухв.), 48188/99. У цьому рішенні Суд встановив, що оскільки було правдою, що існує загальне правило, що адвокати можуть діяти особисто перед судом, однак компетентні суди мали право розглядати, використовуючи свій розсуд, що інтереси правосуддя вимагали призначення представника для адвоката, якого звинувачували у вчиненні злочину, і, отже, з тієї ж причини може бути не в змозі належним чином оцінити інтереси, що ставляться до кола, або не можуть бути забезпечені ефективно власна захист. Таким чином, Суд відхилив позов як явно необґрунтований, на тій підставі, що захист заявника була належним чином забезпечена і його права на захист, гарантовані пунктами 1 та 3 (с) статті 6, не були порушені.

Вивчаючи актуальність та достатність причин, які підтримують португальське законодавство, що застосовується у цій справі: Враховуючи значну свободу вибору засобів, що надаються державам, постійна судово практика Суду для забезпечення відповідності їх судових систем вимоги закону, гарантовані пунктом 3 (с) статті 6, та враховуючи, що суттєвою метою цього положення є сприяння забезпеченню справедливості кримінального провадження в цілому, стандарти, прийняті цими державами та міжнародні розробки, не мали вирішального значення.

Рішення, яким португальські суди просили заявника представлятися адвокатом, було умовою всеосяжного законодавства, яке прагнуло захистити обвинувачених, гарантуючи ефективний захист у випадках, коли можна застосувати позбавлення волі. Більше того, держава-член може на законних підставах вважати, що підсудний, принаймні, як правило, краще захищався, якщо йому допомагав спокійний та технічно навчений захисник, і що навіть досвідчений захисник такий адвокат, як позивач, не міг забезпечити ефективний захист у власній справі, оскільки на нього особисто вплинули висунуті звинувачення.

Легітимність таких міркувань була тим більш переконливою, оскільки в цій справі обвинувачений був відсторонений від адвокатури, а тому не був належним чином зареєстрованим адвокатом і заборонено надавати юридичну допомогу третім особам. Більше того, заявника звинуватили у образі судді. Зважаючи на особливу роль адвокатів у здійсненні правосуддя та, у зв'язку з цим, їхні особливі зобов'язання щодо їх поведінки, були обґрунтовані причини вважати, що заявнику не вистачало об'єктивного та спокійного підходу, необхідного португальському законодавству для виконання його прав. ефективно керувати обороною.

У Рішенні «Грем Дж. Вілсон проти Ордену адвокатури Люксембургу» позивач оскаржував вівмову у здійсненні адвокатської діяльності у державі-члені, відмінній від тієї, для якої набувається кваліфікація. Стаття 9 Директиви 98/5, спрямована на сприяння постійному виконанню адвокатської професії в державі-члені, відмінній від тієї, в якій набула кваліфікація, передбачає, що рішення компетентного органу. Приймаюча держава-член, відмовившись у реєстрації адвоката, який бажає продовжувати свою діяльність під своїм первинним професійним званням, повинен застосовуватися до судового засобу внутрішнього законодавства, виступає проти процедури оскарження в контексті з яких таке рішення слід оскаржувати, в першу чергу, перед органом, що складається виключно з юристів, які працюють під професійним титулом приймаючої держави-члена, а за апеляційною скаргою - перед органом, що складається в основному

з таких адвокатів, тоді як касаційна скарга до вищого суду цієї держави-члена дозволяє судовий перегляд лише в законі, а не фактично.

Отже, одним з найважливіших у діяльності адвоката можна вважати питання захисту і забезпечення адвокатської таємниці. Основним у відносинах між адвокатом і клієнтом є принцип конфіденційності. Адвокат повинен зберігати в таємниці усі відомості, надані йому клієнтом. У той же час інформація може бути розголошена з письмового дозволу клієнта, а також, якщо це буде потрібно, на підставі закону.

***Науковий керівник:** завідувач кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича, доктор юридичних наук, професор О.В. Щербанюк.*

КОНСТИТУЦІЙНА ЮРИСДИКЦІЯ В ДЕМОКРАТИЧНОМУ СУСПІЛЬСТВІ: КОНСТИТУЦІЙНІ СУДИ ЯК «ВЛАДА КОНСТИТУЦІЇ»

Осадчук Т.В.

*студентка магістратури юридичного факультету
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

Судова активність, пов'язана з активною позицією конституційних судів, що втручається в реалізацію Конституції та реалізації основних прав, була одним із найбільш суперечливих і обговорюваних аспектів сучасної конституційної теорії, особливо щодо її демократичної легітимності, перед обличчям – нібито – порушення принципу поділу влади, оскільки, намагаючись виконати свої конституційні завдання, судову владу часто звинувачують у посяганні на повноваження, зарезервовані за державними повноваженнями та адміністративним чи законодавчим розсудом, таким чином діючи позитивно, а не лише негативно, як це було спочатку.

У цьому сенсі зрозуміло, що нинішня конституційна юрисдикція є не що інше, як перевірка конституційності, започаткована відомою справою *Marbury v. Медісон* (1803 р.). Джон Маршалл, беручи участь у судовому розгляді як суддя, підтримав тезу про те, що закон, щодо якого подано позов, був неконституційним, оскільки він надавав повноваження Верховному Суду, які спочатку не були передбачені або закріплені Конституцією, і тому його юрисдикція не могла розширюватися інакше, ніж за допомогою самої Конституції. Тоді він підтримав тезу про те, що Конституція є основою всіх прав і вищим законом правової системи, тому її зміст не можна змінювати звичайними засобами, тобто інші закони повинні відповідати закріпленню нею принципам. Тим самим виправдовуючи контроль над законодавчими актами, які йому суперечать, - тому що в іншому випадку прийнято вважати, що будь-який законодавчий акт може його змінити.

Ідея контролю конституційності, яка історично склалася там, має дуже мало схожості з реальністю поточної конституційної юрисдикції.

Аналогічно, конституційний суд також не був задуманий Гансом Кельзенем під час його знаменитої дискусії з Карлом Шміттом про те, хто найкраще відповідатиме за забезпечення Конституції, на тлі спроб стабілізувати Веймарську республіку.

Така система, прийнявши концентровану логіку контролю, відрізняється, у свою чергу, від судового контролю американського - дифузного характеру - у вирішальних аспектах, оскільки покладає на єдиний суд, Конституційний Суд, завдання збереження Конституції. Г. Кельзен ідеалізував перевірку конституційності як функцію не належним чином судовою, а як «негативного законодавства», в якому цей орган відповідає за аналіз

лише (суто абстрактної) проблеми логічної сумісності закону та Конституції. Отже, це діяльність, близька до діяльності законодавця, оскільки має загальний і абстрактний вимір (який близький до законодавця), а не єдине й конкретне рішення, характерне для юрисдикційної діяльності.

Крім того, коли законодавча влада відповідала за призначення своїх членів, була зроблена спроба побудувати, на основі порятунку поняття *volonté générale*, непряму легітимність і легітимність цього нового органу, таким чином прийнявши розуміння, яке підкреслює верховенство Конституції, але без шкоди для сутності міфу законодавчого суверенітету, такого дорогого для континентального європейського права. Таким чином, Конституційний Суд, як конкурент парламенту, стає його логічним доповненням, не оцінюючи зміст закону, а лише аналізуючи його чинність (тому кажуть, що він виступає як «негативний законодавець»).

Проте протягом усього цього процесу, особливо в другий післявоєнний період, європейські конституційні суди відходили від моделі концентрованого контролю, запропонованої Г. Кельзеном, яка почала включатися і набувати нових вимірів.

Нинішня юрисдикційна діяльність цих судів певною мірою виходить за межі просто «негативної» функції контролю, набуваючи, зокрема, конструктивного та творчого виміру, заснованого на необхідності реалізації принципів та основних прав, прописаних у текстах Конституції, де фігури, такі як інтерпретаційні речення та маніпулятивні речення. Вони стають дедалі частішими, а також звернення до герменевтичних інструментів, які роблять життєздатним і інструменталізують завдання реалізації та гарантування основних прав, навіть якщо це передбачає перенесення функцій, які традиційно за ними зарезервовані.

Зіткнувшись із цією ситуацією, не забарилася критика того, що прийнято називати «судовою активністю», більшість з яких ґрунтувалася на аргументі патерналізму представлений юриспруденцією цінностей, включених цими судами, які стають, за позначенням Böckenförde (*Herren der Verfassung*).

Однак не можна плутати активізм і юдиціалізацію, явища, які часто сприймаються як синоніми, але які, незважаючи на те, що є двома сторонами однієї медалі, мають різну основу, і ця термінологічна «плутанина» не сприяє роздуму про тему та її наслідки в обсязі легітимності конституційної юрисдикції. Під час обговорення функцій та виконання конституційної юрисдикції в нинішньому демократичному контексті неодноразово згадуються такі явища, як «юдиціалізація» та «судова активність». Хоча вони часто використовуються пов'язано або як синоніми, обидва не можна плутати, оскільки вони мають різні характеристики та причини.

Юдиціалізація є результатом історичного процесу, типового для демократичного конституціоналізму, який базується, зокрема, на багатьох факторах, таких як центральна роль Конституції та її нормативна сила, пов'язаних з такими аспектами, як принциповий характер, верховенство та об'єктивний вимір основні права, що разом веде до розширення та трансформації характеру виконання конституційної юрисдикції. Таким чином, його головна характеристика полягає в протаконізмі судової влади, що є результатом збігу факторів, що призводять до передачі стратегічних рішень з фундаментальних питань (традиційно зарезервованих для політичної та дорадчої сфери) до цієї влади, надаючи право, все більше, судове право, створене, в даному конкретному випадку, суддями.

У цьому сенсі американський конституціоналіст Марк Тушнет, у статті, що спонукає до роздумів, цікаво розмірковує про герменевтичні та прагматичні труднощі, які несе вищезгаданий вираз, особливо з огляду на відсутність можливих і мінімально чітких критеріїв для встановлення того, чи рішення є «активістським» чи ні (насправді, автор

намагаться на основі низки прикладів продемонструвати, що для того, щоб визначити, що означає бути «активним», спочатку необхідно встановити стандарти та критерії того, що вважатиметься «нормальним» стандартом судження, аспект, який також здається неможливим, враховуючи інтерпретаційний розворот, який характеризує чинне право – і особливо конституційне право). Таким чином, поняття того, що вважається «активним», є відносним і змінним, залежно від прийнятої (або вважається «нормальною») рамки аналізу, яка, у свою чергу, також є відотною, адже воно передбачає інтерпретаційну діяльність, яка змінюється в часі та просторі.

Враховуючи все вищесказане, безсумнівно, що фігура конституційної юрисдикції набула глибокої актуальності в контексті демократичної та правової держави, і її ефективність певною мірою відхиляється від тієї, яку відстоював Г. Кельзен під час створення.

***Науковий керівник:** асистент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича А.Г. Бзова.*

ВСТАНОВЛЕННЯ ЮРИДИЧНОГО ФАКТУ СМЕРТІ ОСОБИ

Палиснюк І.М.

студент 4 курсу юридичного факультету

Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

Більшість справ про встановлення факту смерті особи завжди були досить спірними та викликали ряд запитань через недостатнє врегулювання даного інституту в українському законодавстві. Зауважимо, що в Україні наразі залишається актуальною проблема узаконювання фактів смерті на тимчасово окупованих територіях, і єдиний механізм встановлення факту смерті особи – звернення до суду, адже оголосити фізичну особу померлою має право тільки суд шляхом винесення рішення на підставі обґрунтованого висновку щодо юридичного припущення смерті особи. Для багатьох людей ця процедура є складною і незрозумілою, тому дане питання потребує додаткового дослідження з боку науковців.

За загальними положеннями, у разі відсутності медичного висновку щодо причини смерті чи відсутності медичної довідки, в якій констатується факт смерті та неможливості надання даних документів до відділу державної реєстрації актів цивільного стану для проведення державної реєстрації смерті, справа про встановлення юридичного факту смерті особи, відповідно до ст. 317 Цивільного процесуального кодексу України вирішується в судовому порядку¹. Така заява подається родичами померлого або їх законними представниками, і в ній, за ст. 318 ЦПК України має бути зазначено: який факт заявник просить встановити та з якою метою, причини неможливості одержання або відновлення документів, що посвідчують цей факт, докази, що підтверджують факт, докази, що підтверджують викладені заявником обставини, довідка про неможливість відновлення втрачених документів.

У рішенні суду повинно бути зазначено: відомості про факт, встановлений судом, мету його встановлення, а також докази, на підставі яких суд установив цей факт. Рішення суду про встановлення факту, який підлягає реєстрації в органах державної реєстрації актів цивільного стану або нотаріальному посвідченню, не замінює собою документів, що видаються цими органами, а є тільки підставою для одержання

¹ Цивільний процесуальний кодекс України: Закон від 18.03.2004 №1618-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>

зазначених документів. Ухвалене судом рішення у справах про встановлення факту смерті особи на тимчасово окупованій території України, визначений Верховною Радою України, підлягає негайному виконанню і негайно видається учасникам справи після проголошення такого рішення або невідкладно надсилається судом до органу державної реєстрації актів цивільного стану за місцем ухвалення рішення для державної реєстрації смерті особи.

Є різні ситуації, через які неможливо становити факт смерті особи за звичайною процедурою. І в цьому аспекті доцільно дослідити найновішу судову практику. Зокрема, у постанові Верховного Суду України від 15 вересня 2021 року у справі №367/2656/20 судами встановлено, що заявником є громадянка України, яка проживає на території України і яка просить встановити юридичний факт смерті громадянина України, свого чоловіка, який помер на окупованій території Республіки Кіпру, а саме на території «Турецької Республіки Північного Кіпру», в північній частині міста Нікосія. В даній справі суд першої інстанції та суд апеляційної інстанції дійшли до помилкового висновку про те, що ЦПК України не передбачає можливості встановлення судом факту смерті особи на території іноземної держави. Якраз помилковість таких висновків полягає у тому, що невизначеність норм процесуального права ні в якому разі не може тлумачитись проти заявників і обмежувати їх право на судовий захист, у тому числі у справах окремого провадження, оскільки в Україні юрисдикція судів поширюється на будь-який юридичний спір¹.

Вважаємо, що для уникнення судових спорів у таких ситуаціях, потрібно попрацювати над законодавством і встановити чіткий порядок встановлення факту смерті особи в подібних ситуаціях. Як приклад слід взяти Закон України від 4 лютого 2016 року № 990-VIII «Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України щодо встановлення факту народження або смерті особи на тимчасово окупованій території України». Цей закон доповнює ЦПК України статтею 257-1². За ним заява про встановлення факту смерті особи на тимчасово окупованій території України, визначений Верховною Радою України, може бути подана родичами померлого або їхніми представниками до суду за межами такої території України. Справи про встановлення факту смерті особи на тимчасово окупованій території України розглядаються невідкладно з моменту надходження відповідної заяви до суду. Разом з тим, термін «невідкладно», у кожній конкретній ситуації буде різним, виходячи з завантаженості судді та дня подачі заяви до суду. Однак, в будь-якому випадку, можна розраховувати на розгляд судом справи протягом 1-5 днів.

Науковий керівник: кандидат юридичних наук, доцент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича Л. А. Остафійчук

¹ Постанова Верховного Суду від 15 вересня 2021 року у справі №367/2656/20. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99648098>.

² Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України щодо встановлення факту народження або смерті особи на тимчасово окупованій території України: Закон України від 4 лютого 2016 року № 990-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/990-19>.

РОЗВИТОК АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА В УКРАЇНІ

Проценко А.М.

Студентка 3 курсу

Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

Інститут адміністративної юстиції є досить молодим для української системи права порівняно з іншими видами судового процесу. Українським законодавством передбачена велика кількість можливостей для створення демократичної судової системи, яка в свою чергу покликана створити умови для забезпечення ефективного захисту прав і свобод людини відповідно до міжнародних стандартів.

Під адміністративним судочинством розуміється вид правосуддя, який здійснює розгляд скарг громадян, їхніх об'єднань, інших фізичних і юридичних осіб на незаконні дії чи бездіяльність органів виконавчої влади і органів місцевого самоврядування (адміністративних органів), їх посадових і службових осіб, які завдають позивачам матеріальних чи моральних збитків. Тобто предметом розгляду адміністративним судом справ є конфлікти публічно-правового характеру, які на сьогодні вирішують загальні суди, а іноді такі конфлікти знаходяться під юрисдикцією господарських судів¹.

Питання розвитку адміністративного судочинства розглядалося у наукових статтях таких українських вчених як О.М. Бандурка, Ю.П. Битяк, І.П. Голосніченко, Є.В. Додін, О.В. Кузьменко, М.М. Тищенко, А.Т. Комзюк, М.В. Бевзенко, Р.С. Мельник та інших. Але проблематика судочинства розглядалася не комплексно, без урахування новітнього процесуального законодавства².

Адміністративні суди є одним із найдоступніших і найефективніших інститутів захисту прав, свобод й інтересів фізичних та юридичних осіб від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень³. Варто зазначити, що їхня діяльність сприятиме підвищенню авторитетності не тільки судової влади держави, а й глави держави, органів державного управління та органів самоврядування в Україні⁴.

Розвиток адміністративної юстиції не є легким. Поява адміністративного судочинства бере свій початок з 16-17 століть, але активний розвиток тогочасної адміністративної юстиції починається з 18-19 століть. У той час починає функціонувати поняття «нагляд», його здійснювали Сенат і прокуратура⁵.

На початку 70-х років 19 століття проблематикою адміністративного правосуддя зацікавилися в тогочасній Російській імперії, до складу якої входила й Україна. Члени Державної Думи ініціювали органи, в яких вирішувались питання у сфері управлінських відносин. Така діяльність успішно проводилася в кожній губернії. Функції найвищого органу адміністративної юстиції належали Сенату⁶. До того ж почали аналізувались західні моделі адміністративного правосуддя, почали розроблялись вітчизняні моделі

¹ С. Лінецький "Адміністративна юстиція по-українськи: варіації на тему", Юридичний журнал, №2, 2003р.

² С. Лінецький "Адміністративна юстиція по-українськи: варіації на тему", Юридичний журнал, №2, 2003р.

³ Пасенюк О. Розвиток адміністративної юстиції в Україні. Юридичний вісник України. № 28. 12-18 липня 2003 р. С. 7-15.

⁴ Пасенюк О. Розвиток адміністративної юстиції в Україні. Юридичний вісник України. № 28. 12-18 липня 2003 р. С. 7-15.

⁵ Історія розвитку адміністративного судочинства України // Офіційний веб-сайт Вищого адміністративного суду України: <http://www.vasu.gov.ua/history/>

⁶ Історія розвитку адміністративного судочинства України // Офіційний веб-сайт Вищого адміністративного суду України: <http://www.vasu.gov.ua/history/>

судового контролю за роботою органів управління й чиновників. Після революції 1905 р. активно обговорювались пропозиції з формування адміністративної юстиції. Перед революцією в лютому місяці в 1917 р. було вирішено покласти функції Вищого адміністративного суду на урядовий сенат, натомість ввести в судових округах посади адміністративних суддів і зобов'язати окружні суди розглядати окремі адміністративні справи. Замість діючих квазісудових органів запроваджувалося створення повноцінних адміністративних судів, які б вирішували спори в управлінській сфері¹.

З середини 20-х років і до кінця 30-х інтерес законодавців до проблем адміністративної юстиції через посилення тоталітарного політичного режиму припинився. Конституція СРСР 1977 р. й Конституція УРСР 1978 р. закріпили за громадянами право на оскарження до суду дій службових осіб, державних і громадських органів.

Щодо розвитку адміністративної юстиції в незалежній Україні, то першими кроками до реформування судової системи стали Концепція судово-правової реформи в Україні, що була схвалена Постановою Верховної Ради України від 28.04.1992 р., яка була початковим етапом у реалізації ідеї створення системи адміністративних судів у незалежній Україні².

З 1996 р. робочою групою на чолі з Першим заступником Голови Верховного Суду України В.С. Стефанюком, почалась підготовка проєкту Адміністративно-процесуального кодексу³.

З метою підвищення відкритості та підзвітності судової влади шляхом створення більш зручних умов для доступу громадськості до судових рішень 22.12.2005 р. Верховною Радою України було прийнято Закон України «Про доступ до судових рішень». Закон визначив порядок доступу до судових рішень з метою забезпечення відкритості діяльності судів загальної юрисдикції⁴.

Також з метою підвищення престижу адвокатури та відповідальності адвокатів за свою професійну діяльність було прийнято Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 року⁵.

Отже, інститут адміністративної юстиції є досить молодим для української системи права порівняно з іншими видами судового процесу. Становлення цього інституту тісно пов'язане з реформуванням судової системи, яка включає в себе питання судоустрою і здійснення судочинства. Варто додати, що на даному етапі розвитку в Україні відбувається процес впровадження та застосування в практиці нормативно правових актів у сфері адміністративного судочинства.

¹ Пасенюк О. Розвиток адміністративної юстиції в Україні. Юридичний вісник України. № 28. 12-18 липня 2003 р. С. 7-15.

² Пасенюк О. Розвиток адміністративної юстиції в Україні. Юридичний вісник України. № 28. 12-18 липня 2003 р. С. 7-15.

³ Перепелюк В. Г. Адміністративне судочинство: проблеми практики. - К.: Конус-ІО, 2003. - С. 86-88.

⁴ Закон України «Про доступ до судових рішень»: від 22.12.2005 р., № 3262-15 // ВВР України. - 2006. - № 15. - Ст. 128.

⁵ Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»: від 05.07.2012 р., № 5076-17 // Офіційний вісник України. - 2012. - № 62. - Ст. 2509.

ВІЛЬНИЙ ВИБІР ЗАХИСНИКА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Процок А.І.

студент 4 курсу юридичного факультету

Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

Конституцією України закріплено право кожного на правову допомогу, а також право на вільний вибір захисника своїх прав (ст. 59)¹. Проте дана концепція, як правильно вказується в юридичній літературі, неоднозначно розуміється і застосовується на практиці.

Положеннями ч. 1 ст. 20 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) визначено, що підозрюваний, обвинувачений, виправданий, засуджений має право на захист, яке полягає у наданні йому можливості надати усні або письмові пояснення з приводу підозри чи обвинувачення, право збирати і подавати докази, брати особисту участь у кримінальному провадженні, користуватися правовою допомогою захисника, а також реалізовувати інші процесуальні права². Водночас, ч. 2 ст. 7 КПК України передбачає, що сторона обвинувачення зобов'язана використати всі передбачені законом можливості для дотримання прав підозрюваного чи обвинуваченого, зокрема права на захист у разі здійснення кримінального провадження за відсутності підозрюваного або обвинуваченого³.

Право підозрюваного, обвинуваченого на захист є невід'ємною складовою права на справедливий суд, що закріплено ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Кожен обвинувачений має право використовувати ефективну юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд, або – за браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника – одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя⁴.

Чинним законодавством передбачено, що захист може здійснюватися підозрюваним або обвинуваченим самостійно, або його захисником або законним представником. Разом з тим, ст. 131-2 Конституції України закріплює положення про те, що виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення⁵.

Відповідно до ст. 45 КПК України захисником є адвокат, який здійснює захист підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішення питання про їх застосування, а також особи, стосовно якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію). Захисником не може бути адвокат, відомості про якого не внесено до Єдиного реєстру адвокатів України або стосовно якого у Єдиному реєстрі адвокатів України містяться відомості про зупинення або припинення права на зайняття адвокатською діяльністю⁶.

¹ Конституція України: Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*, 1996. № 30. Ст. 141.

² Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон від 13.04.2012 № 4651-VI. *Відомості Верховної Ради України*, 2013. № 9-10, № 11-12, № 13, ст. 88.

³ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон від 13.04.2012 № 4651-VI. *Відомості Верховної Ради України*, 2013. № 9-10, № 11-12, № 13, ст. 88.

⁴ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04 листопада 1950 року. *Урядовий кур'єр*, 2010. № 215.

⁵ Конституція України: Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*, 1996. № 30. Ст. 141.

⁶ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон від 13.04.2012 № 4651-VI. *Відомості Верховної Ради України*, 2013. № 9-10, № 11-12, № 13, ст. 88.

При цьому згідно ч. 1 ст. 412 КПК України обмеження права обвинуваченого у вільному виборі захисника є істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону та підставою для скасування судового рішення¹.

Порушення права на захист, на вільний вибір захисника у кримінальному провадженні є досить-таки частою проблематикою, з якою стикаються суди вищих інстанцій. Одним із найчастіших порушень є недотримання вимог КПК України про обов'язкову участь захисника у кримінальному провадженні. Для прикладу розглянемо постанову Касаційного кримінального суду Верховного Суду №714/266/16-к від 7 червня 2018 року.

У даній справі на обвинувальний вирок суду та ухвалу апеляційного суду, який залишив вказане рішення без зміни захисником засудженого було подано касаційну скаргу з підстав відмови судів першої та апеляційної інстанцій у наданні перекладача обвинуваченому який не володів українською мовою та проведення апеляційного перегляду кримінальної справи без участі одного із захисників засудженого, що є порушенням права останнього на захист.

Переглядаючи вказану справу Касаційний кримінальний суд Верховного Суду, посилаючись на ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод і ст. 59 Конституції України вказав, що відхилення апеляційним судом клопотання про відкладення судового розгляду у зв'язку із хворобою одного із захисників є порушенням права засудженого на захист.

При цьому присутність в судовому засіданні захисників, від послуг яких засуджений відмовився не може свідчити про здійснення останніми належного захисту та забезпечення дотримання вимог ст. 52 КПК щодо обов'язкової участі захисника у кримінальному провадженні щодо особливо тяжкого злочину².

В умовах пандемії порушення права на вільний вибір захисника у кримінальному процесі стало досить-таки актуальною темою, оскільки українські суди працюють незалежно від інстанції чи юрисдикції, ставлячи життя і здоров'я людини як найвищу соціальну цінність на перше місце, забезпечують і гарантують людям насамперед право на життя і здоров'я, а також право на захист – тобто право на справедливий суд.

Незважаючи на небезпечні умови, адвокати продовжують виконувати свої професійні обов'язки, у тому числі, надають правничу допомогу громадянам.

Частиною 4 ст. 405 КПК України встановлюється, що неприбуття сторін або інших учасників кримінального провадження не перешкоджає проведенню розгляду, якщо такі особи були належним чином повідомлені про дату, час і місце апеляційного розгляду та не повідомили про поважні причини свого неприбуття³. На практиці, досить часто суди не беруть до уваги повідомлення захисника про поважність причини свого неприбуття, відмовляючи у задоволенні клопотання засудженого про відкладення розгляду матеріалів кримінального провадження у зв'язку із неможливістю прибути захисника у судові засідання, та здійснюють розгляд справи. Таким чином, суди постановляють свої ухвали з істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону, що є безумовною підставою для скасування судового рішення.

Вважаючи цю проблему досить-таки гострою, Радою адвокатів України було ухвалено рішення №35 «Про захист соціальних та професійних прав адвокатів в умовах карантину», де зазначено: такі дії адвоката не є порушенням Правил адвокатської етики.

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон від 13.04.2012 № 4651-VI. *Відомості Верховної Ради України*, 2013. № 9-10, № 11-12, № 13, ст. 88.

² Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 07.06.2018 року в справі № 714/266/16-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74598818>.

³ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон від 13.04.2012 № 4651-VI. *Відомості Верховної Ради України*, 2013. № 9-10, № 11-12, № 13, ст. 88.

При цьому, позбавленням права на вільний вибір захисника та порушенням Правил адвокатської етики вважається залучення судом адвоката з метою надання безоплатної правової допомоги замість адвоката, який у цьому ж процесі надає особі правничу допомогу за договором та повідомив суд про неможливість брати участь у судовому процесі¹.

Таким чином, питання дотримання права на захист у кримінальному провадженні є актуальним і потребує вирішення, оскільки вимагає врахування питання забезпечення підозрюваного, обвинуваченого, засудженого захисником якого обрав саме цей учасник процесу; добросовісного виконання адвокатом своїх професійних обов'язків; забезпечення судом умов для реалізації підозрюваним, обвинуваченим, засудженим права на захист поряд із професійним захистом; недопущення випадків обмеження у праві на захист, зокрема, шляхом ухвалення незаконних процесуальних рішень щодо учасників кримінального провадження, які обмежують гарантовані КПК України способи захисту.

***Науковий керівник:** кандидат юридичних наук, доцент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича Л. А. Остафійчук.*

КРИЗА СУДОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА В УКРАЇНІ ПРОТЯГОМ 2010-2013 РОКІВ

Рафальська А.М.

студентка НЮУ, 2 курс, 8 група, ПІКОЮ України

У процесі реформування судової системи було прийнято Закон України «Про судоустрій і статус судів» від 7 липня 2010 року, метою якого було приведення судової системи України у відповідність міжнародним стандартам. Доцільно звернути увагу на ті нововведення, які надалі вплинули на формування судової правотворчості. Зокрема, цим законодавчим актом було завершено формування чотирирівневої судової системи. Відповідно до цього було створено Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, а Вищий господарський суд України та Вищий адміністративний суд України продовжували діяти як касаційна інстанція. До їх повноважень входило вивчення та узагальнення судової практики, надання методичної допомоги судам нижчих інстанцій у єдиному застосуванні положень Конституції та законів України у судовій практиці на основі її узагальнення та аналізу судової статистики. Водночас повноваження щодо роз'яснення застосування закону залишалися «рекомендаційними», як це було визначено попереднім законом.

Проте повноваження Верховного Суду України зазнали суттєвих змін. Так, відповідно до ухваленого закону, повноваження давати роз'яснення судам загальної юрисдикції щодо єдиного застосування закону передані вищим спеціалізованим судам, у тому числі Вищому адміністративному суду України. Також, Вищий адміністративний суд України здійснює подібну діяльність з тлумачення законодавства, що де-факто притаманне Конституційному Суду України. При тлумаченні законодавства шляхом ухвалення постанов Вищий адміністративний суд України забезпечує єдине застосування законів.

¹ Про захист професійних та соціальних прав адвокатів в умовах карантину: Рішення Національної асоціації адвокатів України від 02.04.2021 №35. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/rishennya/2021-04-02-r-shennya-rau-35_6081505258d4d.pdf.

Варто зазначити, що чотирирівнева судова система не є типовою для ЄС, який певною мірою не погоджувався з офіційним вектором інтеграції України та її правової системи до ЄС. Однак тоді було важко виключити Верховний Суд України зі складу судової влади, оскільки Верховний Суд був суб'єктом, передбаченим Конституцією України, а можливість внесення змін до Конституції України була досить важкою з політичної точки зору, враховуючи відсутність належної підтримки з боку парламентарів. Таким чином, законодавець пішов іншим шляхом, звузивши повноваження Верховного Суду України та залаштувавши за ним право давати роз'яснення рекомендаційного характеру. Це свідчить про те, що правотворча діяльність Верховного Суду України не була пріоритетною.

Проте за ст. 46 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» Пленум Верховного Суду України дає висновки на проєкти законів, що стосуються судоустрою, судочинства, статусу суддів, виконання рішень та інших питань пов'язаних із судовою системою України, а також забезпечує єдине застосування закону судами різної спеціалізації в порядку, визначеному процесуальним законодавством. Разом з тим, Регламент Пленуму Верховного Суду передбачав здійснення повноважень щодо прийняття рішень за зверненнями до Конституційного Суду України щодо конституційності законів іншим правовим актам, а також щодо офіційного тлумачення Конституції України та законів, надання роз'яснень судам загальної юрисдикції з питань застосування законодавства та визнання недійсними роз'яснень вищих спеціалізованих судів.

Наступні спроби реформування судової влади, на думку науковців, не лише не привели до очікуваного результату, а натомість сформували значний рівень недовіри суспільства до судової влади та особливо до результатів їх діяльності. За словами В.М. Сущенка, протягом 2010-2014 років судова влада завдяки спонтанному та хаотичному реформуванню досягла крайньої межі недовіри суспільства як до осіб суддів, так і до судових рішень, які вони ухвалюють. Враховуючи те, що у 2013-2014 роках усі гілки державної влади, у тому числі й інститут президента, пережили гостру політичну, організаційно-правову кризу, на вимогу суспільства розпочалася нова хвиля реформ, у тому числі й судової. Зміна політичних сил і певна реорганізація державної влади призвели до реформування судової системи та механізму правосуддя в Україні.

Науковий керівник: асистент, кандидат юридичних наук кафедри судоустрою та прокурорської діяльності Розсоха К. О.

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВА НА СУДОВИЙ ЗАХИСТ В УМОВАХ ПАНДЕМІЇ

Савицька А.О.

*студентка III-го курсу юридичного факультету
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

З поширенням пандемії коронавірусу COVID-19 перебіг суспільних відносин постав перед новими викликами та зазнав серйозних змін. Всьому суспільству: громадянам, юридичним особам, державі та державним установам потрібно було адаптуватися та налаштувати по-новому роботу та взаємодію між різними учасниками суспільного життя, так як це стало необхідним для припинення або хоча б мінімізації поширення вірусу.

Система правосуддя України також постала перед таким непростим завданням. На початку запровадження обмежень, пов'язаних з запобіганням поширенню вірусу¹, більшість судів обмежили доступ осіб, що не були сторонами спору, до судових засідань, та обмежували доступ до матеріалів справи. Також мали місце рекомендації сторонам про подання клопотань щодо перенесення слухань на пізніший термін. Стали наявними випадки відкладення судових засідань без нової дати судового розгляду.

Відповідно до положень ст. 6 «Право на справедливий судовий розгляд» Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, одним з основних аспектів справедливого судового розгляду є гласність провадження та розгляд справи у розумний строк². Відповідно, заходи, вжиті судами в умовах карантину, були ризикованими та значною мірою обмежували кожен з цих аспектів справедливого судового розгляду. Розуміючи це, а також той факт, що пандемія триватиме далі і поки безстроково, суди та учасники судового процесу почали адаптуватися до нової дійсності судочинства.

Варто підкреслити, що адаптація судів та учасників судового процесу до умов пандемії - це і використання існуючих методів та засобів взаємодії, так і запровадження кардинально нових. Відтак для кращого вивчення існуючих та очікуваних змін доцільно умовно розділити судовий розгляд на три елементи, пов'язані з потребою фізично відвідувати приміщення суду: подання необхідної документації; ознайомлення з матеріалами справи; безпосередньо судові засідання.

Пандемія дала можливість учасникам судового процесу переоцінити можливості, якими їх наділяє підсистема «Електронний суд» (частина Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи, впровадження якої планувалося ще у 2017 році).

Покликання даної системи - забезпечення обміну процесуальними документами в цифровому вигляді між судами, іншими органами системи судочинства, між судами та учасниками судового процесу, між учасниками судового процесу. Використовуючи Електронний суд учасникам процесу надано можливість подавати до суду процесуальні документи в електронній формі, а після успішного подання - контролювати рух та поточний статус своїх документів. Інформація про доставку документа, його реєстрацію та інша інформація надсилається в електронний кабінет автора документа автоматично.

Тестова робота підсистеми «Електронний суд» розпочалась у місцевих та апеляційних судах 22 грудня 2018 року³. Ця система стала дійсно актуальною та корисною, особливо в умовах пандемії, хоча викликає дискусію щодо зручності використання та інтерфейсу.

Що ж стосується безпосередньо перебігу судових засідань, то відповідно до рекомендацій щодо встановлення особливого режиму судів України для захисту населення від поширення гострих респіраторних захворювань та вірусу COVID-19, який класифікується як особливо небезпечна інфекційна хвороба, затвердженого Радою судів України від 17.03. 2020 № 19, Рада судів України рекомендувала встановити особливий режим роботи судів України⁴.

¹ Постанова Кабінету міністрів України від 11 березня 2020 р. № 211 «Про запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2», URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/211-2020-%D0%BF#Text>

² Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950р., URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text

³ Наказ Державної судової адміністрації України від 22 грудня 2018 року №628 Про проведення тестування підсистеми "Електронний суд" у місцевих та апеляційних судах, URL: https://dsa.court.gov.ua/dsa/inshe/14/N-628_e_court_testing

⁴ Рішення Ради судів України від 17.03. 2020 № 19 «Про затвердження Рекомендацій Ради судів України щодо встановлення особливого режиму роботи судів України задля убезпечення населення України від поширення

За такого особливого режиму Рада рекомендувала, зокрема, щоб суди пояснювали сторонам про можливість відкладання розгляду справ у зв'язку з карантинними заходами, про можливість подання заяв про розгляд справ без участі сторони чи її представника та про можливість проведення судового засідання в режимі відеоконференції.

Щоб прийняти участь у судових засіданнях в режимі відеоконференцій поза межами приміщення суду учасники судової справи повинні завантажити на власні електронні пристрої програмне забезпечення під назвою EasyCon, і надіслати на адресу головуючого заяву не пізніше ніж за п'ять днів до самого засідання¹. У разі задоволення заяви учасникам справи надавалась можливість брати участь у судових засіданнях з будь-якого місця.

Що ж стосується ознайомлення з матеріалами справ, то слід зазначити і наголосити, що дана стадія є надзвичайно важливим елементом участі сторони спору у процесі правосуддя. Як було вже сказано, у період карантинних обмежень були нерідко обмеження для громадян, юридичних осіб, держави у використанні цього надважливого процесуального права.

Проте, на період пандемії ця частина процесу не змінилась значною мірою в своєму законодавчому регулюванні. І завдяки старту Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи та процесу оцифрування матеріалів істотно поглиншився цей елемент процесу судочинства.

Пандемія та карантинні обмеження змусили всіх переглянути свої установлені методи роботи. Першочергова необхідність обмежити фізичні контакти породила переміщення всіх можливих процесів у цифрове середовище.

Онлайн-правосуддя в Україні постає перед нами на своєму початковому етапі становлення. Пандемія та карантинні обмеження стали стартером для розвитку дистанційного судочинства в Україні.

Відтак, пандемія виявила на початку неготовність інфраструктурної складової системи правосуддя до повноцінної дистанційної роботи. Проте необхідність забезпечити реалізацію суспільством прав на справедливий суд максимально мобілізувала державні інститути для своєчасного і швидкого впровадження інновацій цифрового судочинства.

***Науковий керівник:** кандидат юридичних наук, доцент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Федьковича О.В. Гетманцев.*

ЗАСТОСУВАННЯ «ПОПУЛЯРНОГО» КОНСТИТУЦІЙНОГО АРГУМЕНТУ У ПРАКТИЦІ ВЕРХОВНОГО СУДУ США: ПРАКТИКА ДЛЯ УКРАЇНИ

Савчук М.В.

*студентка 2-го року навчання ОКР Магістр
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

Юридичну аргументацію, необхідно розглядати у вузькому значенні як науку про засоби, способи, методи переконання, наведення доказів, обґрунтування при розв'язанні спірних правових питань, вирішенні конкретних справ, що виникають в юрисдикційній сфері функціонування суспільства та діяльності держави. Суть юридичної аргументації

гострих респіраторних захворювань та коронавірусу COVID-19», URL: <http://rsu.gov.ua/uploads/news/risenna-rsu-no19-vid-170320-sodo-3139072992.pdf>

¹ Татулич І.Ю., Право громадян на судовий захист в умовах карантину, Чернівці, 2020, URL: <https://law.chnu.edu.ua/pravo-bromadian-na-sudovi-zakhyst-v-umovakh-karantynu/>

полягає у наведенні переконливих правових аргументів, доказів щодо правильності розв'язання спірного питання саме запропонованим шляхом, розуміння змісту певної норми, поширення її дії на конкретні відносини і розв'язання на її підставі конкретної життєвої ситуації.

Дана аргументація є обов'язкова в судовому процесі: конституційному, адміністративному, цивільному, господарському, кримінальному оскільки вона має свої особливості, зумовлені юрисдикцією, категоріями справ, що розглядаються відповідними судами.

Розглянемо застосування конституційного аргументу у практиці Верховного Суду США. Для цього проаналізуємо справу Марбері проти Медісона.

Суть справи полягала в тому, що Вільям Марбері, обурений діями республіканців, подав позов проти Державного Секретаря Джефферсона, Джеймса Медісона до Верховного суду США. Він заявляв, що підпадає під юрисдикцію § 13 Судового Акта 1789 року, за яким він мав право і на посаду, і на призначення. Проте ця справа була вирішена не на його користь: суд не зобов'язав Джефферсона та його Державного Секретаря вчинити певні дії на користь позивача.

При розгляді цієї справи суд постав перед необхідністю визначення відносин судової влади з державними органами. В результаті заснували повноваження Верховного суду: визначати конституційність актів виконавчої та законодавчої гілок влади. З того часу дана справа вважається головним джерелом американської доктрини про судовий контроль за діями державних органів.

Обґрунтовуючи повноваження Верховного суду здійснювати судовий конституційний контроль, Маршалл (суддя) використав аргументи, які неодноразово в американській юриспруденції були предметом дискусій з приводу їх недостатньої переконливості, тобто судовий прецедент.

Американські вчені зазначали, що він мав вирішити 3 ключові питання: чи мав Марбері право бути призначеним на посаді мирового судді?; чи передбачали закони США судовий захист у разі обмеження цього права?; чи міг судовий наказ про виконання відповідачем вимог позивача бути предметом позову до Верховного суду?.

Спочатку Маршалл визнав, що Марбері мав право бути призначеним, оскільки наказ про його призначення був підписаний Президентом США скріплений Печаткою Державного Секретаря США. Керуючись актом Конгресу, на підставі якого були здійснені призначення мирових суддів в окрузі Колумбія, Маршалл визнав, що призначення Марбері було «визнаним законом правом».

Аналізуючи суть наказу, Маршалл заявив що Верховний суд має право переглядати акти органів виконавчої влади. Враховуючи той факт, що такий припис є наказом посадовій особі вчинити певну дію, він поставив питання про те, чи може такий припис бути використаний проти посадових осіб виконавчої влади.

Якщо обов'язок на виконавчу владу покладений Конституцією чи федеральним законом, то суд може вимагати його здійснення в примусовому порядку. Відповідно немає втручання у владу, надану Президенту, а має місце тільки перевірка законності його дій. Тут Маршалл аргументував:

- дії виконавчої влади є предметом судового контролю відповідно до Конституції і законів США;
- федеральна судова влада може вимагати від органів виконавчої влади дотримання цих принципів.

Постало питання про те, чи міг судовий наказ посадовій особі про виконання вимог позивача бути предметом в даній справі. При розгляді даного питання Маршалл заявив про неузгодженість між юрисдикцією Верховного суду і юрисдикцією, яка встановлена

ст. 3 Конституції США. Проте визнав, що Розділ 13 Судового Акта 1798 р. передбачав можливість подання позову з вимогами, подібними до Марбері. Таким чином, мала місце неузгодженість, яка примусила Маршала потавити питання про неконституційність такого закону.

Головне завдання, яке постало перед судом полягало в проголошенні Конституції вищим законом, норми якого є обов'язковими для всіх, чи дозволити законодавчому органу бути суб'єктом права з необмеженою владою. Відповідно якщо Конституція є вищим законом, тоді акт несумісний з нею, має бути визнаний недійсним.

Розглядаючи питання про те, чи повинні суди керуватися актом, який суперечить Конституції Маршал навів декілька аргументів. Оскільки суд має керуватись або законодавчим актом, або Конституцією в даній справі, нездатність суду відмовитись від застосування законодавчого акта на користь Конституції, зведе на нівець затвердження письмової Конституції. Сам текст Конституції підтверджує це повноваження суду, оскільки поширює судову владу на всі справи, які виникають на її підставі. Як висновок, судді повинні керуватися Конституцією.

Розгляд справи Марбері проти Медісона був закінчений винесенням ухвали про те, що Верховний суд не уповноважений приймати до розгляду позов з вимогою про видачу судового наказу посадовій особі про задоволення вимог позивача, оскільки вона не підпадала під юрисдикцію, передбачену в ст. 3 Конституції США. А Розділ 13 Судового Акта 1798 р., був визнаний таким, що не має юридичної сили.

Отже, незважаючи на те, що рішення по цій справі було винесено майже два сторіччя тому, воно залишається актуальним і надалі, а інтерес до аргументів наведених Маршалом, не зникає. Проте спостерігається й критика з боку вчених, а саме про слабкість аргументів, які він висував на користь конституційного контролю. Зокрема:

- способу відповідно до якого Маршал дійшов висновку про конституційну владу суду над іншими гілками влади

- аргументи, приймались як прості твердження без достатнього обґрунтування.

Аналізуючи перший аспект американські вчені зазначали, що Маршал доводив про обов'язок судової влади у тому, щоб надати перевагу Конституції як закانونу, що має вищу юридичну силу, в разі виникнення неузгодженості між ним та іншим актом законодавства. Проте, на думку вчених, це не доводить того, що суд є тим органом, якому належить право остаточно вирішити питання щодо неконституційності акта. А тому він міг тільки в даній справі відмовитись від застосування такого акта, а не робити доктринально загального користування.

Далі розглянемо аргумент Маршала, який полягав в тому, що судді відповідно з Конституцією присягаються дотримуватись її. На думку вчених, якщо така присяга дає суддям право вирішувати чи застосовувати окремий акт Конгресу при винесенні рішення, то це аж ніяк не означає, що вони наділені повноваженнями вищої сили по тлумаченні Конституції, оскільки посадові особи як законодавчої так і виконавчої влади складають подібні присяги. Тому аргумент Маршала, що тільки ті закони, які прийнято згідно із Конституцією, можуть вважатися визими законодавчої нації, не є переконливими, адже виникає питання: який орган визначає які законодавчі акти відповідають Конституції а які ні.

Таким чином, незважаючи на те, що дане рішення досить часто підлягало критиці, слід визнати, що концепція судового конституційного контролю, сформульована в даному рішенні, є унікальним внеском до американської юриспруденції, а отже і хорошим прикладом для України. Адже справу Марбері проти Медісона продовжують розглядати як головне джерело американської доктрини про судовий конституційний контроль щодо актів та дій органів законодавчої і виконавчої влади, тому що в цій справі

судді підтвердили свої повноваження визнати законність виконавчої поведінки та конституційного законодавства.

***Науковий керівник:** завідувач кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича, доктор юридичних наук, професор О.В. Щербанюк.*

ГОНОРАР УСПІХУ АДВОКАТА В СИСТЕМІ ДОСТУПУ ДО ПРАВОСУДДЯ

Семенчук А.В.

студентка 4 курсу юридичного факультету

Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

В силу ст. 56 Конституції України, адвокат вважається одним із ключових суб'єктів будь-якого судового процесу, адже реалізація права на професійну правничу допомогу відбуватиметься лише у присутності професійного представника та радника, якому у «будь-якому правовому суспільстві відведено особливу роль»¹, засновану на повазі до верховенства права.

Безумовно, чим більш кваліфікований адвокат, тим більше шансів на перемогу в справі. Однак, правова допомога адвоката не відноситься до «дешевих». Це пов'язано з такою особливістю, як самостійність та незалежність адвоката не лише в плані здійснення адвокатської діяльності, але й з фінансової точки зору, коли адвокат «виживає» сам: щоб встановити та облаштувати своє місце роботи; щоб вирішити надавати послуги самостійно чи з іншими колегами-адвокатами; набір персоналу та виплату їм заробітної плати; інвестування в своє та персоналу підвищення кваліфікації; вироблення стратегії діяльності тощо.

Отже, важке соціальне та матеріальне становище людей, які потребують справедливого судового розгляду їх справи, стає серйозною перешкодою по здійсненню свого конституційного права на професійну правничу допомогу. Не рятує ситуацію й діюча в Україні система надання безоплатної вторинної правової допомоги, адже в ст. 14 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» чітко прописані суб'єкти права на безоплатну вторинну правову допомогу². Відтак, людина, яка має середній дохід і не належить до категорій суб'єктів передбачених в цьому Законі, – фактично позбавляється можливості отримання правової допомоги. Як наслідок, обмежується не лише право обирати адвоката, але й право особи на доступ до правосуддя.

Чому це так важливо? По-перше, чим компетентніше та професійніше адвокат, тим дорожче коштують його послуги на ринку юридичних послуг. По-друге, не кожній людині, яка потребує професійної правничої допомоги адвоката, враховуючи послуги поза судовим процесом, «по кишені» послуги висококваліфікованого спеціаліста. По-третє, заборона «гонорару успіху» є фактичним обмеженням доступу особи до кваліфікованої правничої допомоги і до суду. Саме ці акценти, які актуальні для сьогодення, нами були виділені не випадково. Щоб це зрозуміти, проаналізуємо

¹ Загальний кодекс правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства. Прийнято делегацією дванадцяти країн-учасниць на пленарному засіданні у Страсбурзі в жовтні 1988 року. *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_343#Text

² Про безоплатну правову допомогу: Закон України від 02.06.2011 р. № 3460- VI. *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17#Text>.

розуміння доступу до правосуддя в аспекті «гонорару успіху адвоката» у всіх його проявах за останні десятиліття на прикладі декількох праць.

В праці Вірджинії Г. Моурер, Роберта Е. Томаса, Памели А. Дебоут (Virginia G. Maurer, Robert E. Thomas, Pamela A. DeBooth) «Домовленості про винагороду адвоката: США та Захід. Перспективи» розглянута проблема впливу умовної оплати винагороди адвоката на доступ до правосуддя на основі порівняння законодавства США та провідних країн Європи (Великобританія, Швеція та Нідерланди, Франція, Німеччина). Авторами констатовано, що в європейській літературі про contingency fee (непередбачений збір) та, особливо, відсоток винагороди за contingency fee (непередбачений збір), вражає критика, що ця винагорода сприяє надмірним судовим процесам і зменшує незалежність та рішення адвоката. Дослідники вказують, що таке порівняння можна віднести й на інші способи оплати, які теж можуть обмежувати судовий процес та які можуть впливати на незалежність адвоката та його рішення. Заборона contingency fee зменшує доступ до правосуддя. З огляду на традиції правової допомоги, авторами зроблено висновок, що доступ до правосуддя для європейців менш важливий, ніж для американців.

«Доступ» не слід розглядати так, ніби це інший термін «більше судових процесів» або принаймні більш формальне вирішення спорів. Угода contingency fee фактично являє собою публічне рішення щодо субсидування доступу до суду шляхом перенесення ризику та винагороди на приватних адвокатів.

Сторони спорів у країнах, які здійснюють надмірно обмежувальний контроль домовленостей про винагороду все частіше будуть використовувати такі альтернативи. Тенденція до глобалізованої юридичної практики також буде тиснути на юридичні системи, що перешкоджають конкуренції. Навряд чи фіксовані ставки гонорарів адвоката Німеччини, Іспанії або подібні норми, що обмежують здатність адвокатів конкурувати збережуться. В той же час, спільні інтереси полягають в тому, щоб адвокати та клієнти виконували свої обов'язки щодо справедливості, чесності, справедливості та інших цінностей, важливих для цілісності судової систем. Без цілісності, що забезпечується такими інтересами, судовій системі та адвокатській професії не вистачатиме законності, необхідної для підтримки ефективної ринкової економіки¹.

Доступність особи до суду в контексті досліджуваного питання за прикладом США, через декілька років, буде предметом дослідження бельгійців Крістофа Де Баккера (Christophe De Backere) і Ніно Де Латоувер (Nino De Lathauwer), які отриману умовну винагороду адвоката ототожнили із додатковими послугами: з фінансування та послугою, еквівалентною страхуванню. «Це безсумнівно послуги, пов'язані з позивачем, які мають значну цінність, що відображені, наприклад, в акцентах зроблених іншими авторами в якості заголовків до своїх статей. Зокрема П. Карстен (P. Karsten) в статті «Надання можливості бідним провести свій день у суді: санкціонування надзвичайних ситуацій. Контракти за гонорарами, історія до 1940 року», заявив, що договір про умовний збір дозволяє бідним провести свій день у суді. Використав аналогічну метафору також і Х. М. Кріцер (H. M. Kritzer) в статті «Заробітна плата за ризик: Повернення непередбачених зборів законно», в якій заявив, що умовні збори є ключовим фактором середньої позички для суду. Людина, яка не має необхідних засобів для найму адвоката, в такому випадку виявляється здатною знайти юридичну допомогу, без ризику не мати можливості сплатити судові витрати. З огляду на те, що юридичне представництво є привілеєм, а не правом у цивільних процедурах, на відміну від кримінальних, непередбачені збори дозволяють бідним та не надто бідним отримати це законне

¹ Maurer V. G., Thomas R. E., DeBooth P. A. Attorney Fee Arrangements: The U.S. and Western Perspectives, 19 Nw. J. Int'l L. & Bus. 272 (1998-1999). P. 272–329. URL:<https://core.ac.uk/download/pdf/230971003.pdf>

представництво, зазначили Д. В. Неубайер (D.W. Neubauer) і С.С. Меінхолд (S.S. Meinhold), в праці, присвяченій судовому процесу в США. На переконання Х. М. Кріцера (H. M. Kritzer), ця система дає їм можливість отримати компенсацію, на яку вони мають право: враховуючи, що клієнт винен адвокату винагороду лише після отримання судового рішення або врегулювання спору поза судом, не має ні ризику неплатоспроможності, ні проблеми ліквідності, коли клієнт отримує грошову компенсацію. В правосудді було б практично відмовлено біднішим громадянам, якби закон забороняв адвокатам брати участь в угодах про умовні збори, зазначив Г. Л. Арчер (G. L. Archer) в своїй праці «Етичні обов'язки адвоката», написаної понад сто років тому! Це явно аргумент з гуманної точки зору, і як результат, бідна людина може подати до суду на багату корпорацію. Це бажання дати «кожному день у суді» контрастує з темою обмеження доступу до судової системи, що перегукується з англійською юридичною історією, оскільки система непередбачених зборів гарантує, що громадяни можуть розглядати свої вимоги як в суді, так і за його межами, – констатував С. Лендсман (S. Landsman) в праці «Історія непередбачених ситуацій та непередбачуваність історії»¹.

Підсумовуючи, зазначимо, що надання правової допомоги адвокатом на умовах «гонорару успіху» є складовою доступу до правосуддя. З одного боку, ми констатуємо економічний інтерес адвоката в супроводженні справи на умовах «гонорару успіху». Але, як правомірно зауважує проф. С. Іваницький, – з іншого боку це є позитивним для клієнтів, адже адвокати не будуть брати «завідомо програшні справи», тим самим виконуватимуть функцію «першого судді» та відмовлятимуть у наданні допомоги людям, справи яких не матимуть перспективи виграшу². Досить часто трапляються ситуації, коли адвокати, які отримують за свою роботу погодинну оплату, беруть «завідомо програшні» справи або спеціально затягують процес, бо знають, що гроші отримають у будь-якому випадку. В той же час, адвокату, який надає послуги на умовах «гонорару успіху» такі ситуації економічно зовсім не вигідні, бо основні ризики зайвих витрат лягають, у таких випадках, на адвокатів. Укладаючи договір *pacum de quota litis*, адвокат усвідомлює, що отримає винагороду за свою діяльність тільки у разі прийняття позитивного для його клієнта рішення суду, що в свою чергу мотивує адвоката на максимальну віддачу справі, та, звичайно, є перевагою для будь-якого клієнта.

Науковий керівник: кандидат юридичних наук, доцент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича Л. А. Остафійчук

«МЕНТАЛІТЕТ» ЯК ФОРМА КОНСТИТУЦІЙНОГО КРИПАЦТВА: НАРОД ЯК ДЖЕРЕЛО КОНСТИТУЦІЙНОЇ КРИЗИ

Сичов Б.С.

*студент 2-го року навчання ОКР Магістр
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

Преамбула Основного Закону нашої держави у поєднанні зі ст. 5 визначають досить абстрактну та неоднозначну юридичну сутність, яка є досить зручною та маніпулятивною, з точки зору виправдання негативних явищ у суспільстві. Досить часто ми можемо чути досить про досить суперечливу та маніпулятивну особливість «народу

¹ Backere Ch., Lathauwer N. Contingent Fees: Beyond the intuitive threat. *Jura Falconis Jg. 49*, 2012-2013, nummer 1, P. 101–126. URL: https://www.law.kuleuven.be/apps/jura/public/art/49n1/debackere_delathauwer.pdf

² Іваницький С.О. *PACUM DE QUOTA LITIS: Перспективи використання в сучасній адвокатській практиці. Юрист України*, 2018. №2. С. 86–89.

Україні», його досить специфічний «менталітет», який є причиною негативних явищ в нашому суспільстві.

На думку І.М. Коваль менталітет виражає не лише індивідуальні установки особистості, а й сторону суспільного пізнання, будучи включеним у мову, звичаї, традиції та вірування¹. На нашу думку, менталітет, в уявленні сучасного українського соціуму, - це такий собі набір якостей, які тою чи іншою мірою передаються від покоління до покоління, і присущі певній групі в суспільстві незважаючи на їх соціальний стан, професійні, або психологічні явища у соціумі, і є по своїй суті сталим звичасвим способом поведінки. Дане твердження є досить суперечим та абстрактним, адже дозволяє без конкретики списувати всі негативні явища (корупцію, правовий нігілізм, беззаконня, правова неграмотність і т.п.) на нематеріальну сутність яка є відносно прийнятною у суспільстві.

Менталітет є досить абсурдним явищем з точки зору історії народів світу і не може бути виправданням огріхів суспільства чи навіть націй. Наприклад: території сучасних США ще 300 років тому були територією, аналогом ГУЛАГу у Британській імперії, а зараз вони є «лідерами вільного світу»; одній їй ті ж німці в часи холодної війни по один бік залізної завіси збирали Фольксвагени та БМВ, а по інший Трабант, хоча вони всі були німцями з їхнім «німецьким менталітетом». Списування негативних явищ у соціумі на безмовні негативні сутності є досить характерним явищем для країн що розвиваються з низьким рівнем громадянського суспільства.

Досягнення інших націй у царині правового розвитку та еволюції є не їхнім генетичним кодом, а результатом прагнення якісних змін у суспільстві та потребі у захисті своїх права та інтересів від сваволі суверена та держави. Франція, Німеччина, чи США не досягли своїх результатів у галузі права через вроджене прагнення до досконалості правових норм, ці досягнення є наслідком потреби у існуванні належних правових механізмів захисту своїх прав. Конституція як основа державної правової системи є відображенням прагнення суспільства до певної моделі поведінки, яка є прийнятною в державі і суспільстві. Сучасна Конституція України є досить специфічним та утопічним джерелом безладу та юридичного хаосу, оскільки, при її прийнятті і численних змінах враховувались інтереси не широкої маси соціуму а припустимості її норм для певних груп осіб.

У тоталітарних й авторитарних суспільствах накопичення й витрачання ресурсів здійснюється індивідами за жорсткою ідеологічною схемою чи інтелектуальним шаблоном. Про справжню варіативність вибору – в питомиому значенні цього слова – зазвичай не йдеться. За подібних обставин навіть незначна кількість помилок державних планувальників може призвести до катастрофи, хоча частіше тут спостерігається хронічна стагнація й відставання. При цьому загибель ресурсів і соціального капіталу може досягати дійсно фантастичних масштабів. Навпаки, за наявності неформального конституціоналізму варіативність стратегій накопичення й витрачання ресурсів максимізується². Україна як посттоталітарна країна, переживає розвиток соціальних інститутів, які частково пов'язані з пасткою середніх доходів, в яку ми потрапили на початку 2010-х років, та намагаємось вийти з неї ще понад 10 років. Оскільки вихід з неї можливий лише через удосконалення наявних суспільних інститутів, конституційна доктрина потребує удосконалення та корегування, перехід її до якісно нового підходу до

¹ Коваль І. М. Поняття правового менталітету: філософсько-правовий аспект. Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2011. – №4. – С. 454–463.

² Речинський В. В. Неформальний конституціоналізм, ефект США. Харківська правозахисна група Інформаційний портал «Права людини в Україні». – 2019. – Режим доступу до ресурсу: <https://khpg.org/1570181149>.

розгляду конституції не як фактору обмеження сваволі держави та механізму збагачення окремих груп, а до фактору стрімкого зростання та гарантованого забезпечення прав та свобод громадян, які можливі лише при якісній та ґрунтовній роботі органів конституційного контролю та юстиції.

В українців немає ганебного генетичного коду, який не дозволяє нам здійснювати якісну та ефективну правову політику в державі, який стимулює нас до негативних явищ у юриспруденції, в нас є недостатній рівень розвитку громадянської свідомості та обмежений рівень розуміння залежності процесів державотворення, від яких залежить загальний добробут держави, як єдиного цілого. Відтак, проблема не у ментальній площині, а у недостатньому рівні потреби у докорінних змінах, що призводить до ситуації коли сталі проблеми у галузі є очевидним нормальним станом і грають на руку, особам яким це вигідно.

***Науковий керівник:** завідувач кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича, доктор юридичних наук, професор О.В. Щербанюк.*

ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ВРЕГУЛЮВАННЯ ГОНОРАРУ УСПІХУ АДВОКАТА ТА ПЕРСПЕКТИВИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ

Смашнюк Я.Я.

*студентка 4 курсу юридичного факультету
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

Гонорар успіху адвоката є гострим питанням не лише в Україні, про що свідчать численні дослідження, дискусії, обговорення і судова практика. Передусім, зазначимо, що в Європі, Кодекс етики європейських юристів, який поширюється на діяльність транскордонних адвокатів в Європейському Союзі забороняє *quota pars litis* («угоду про відсоток від суми виграшу»). Під «*factum de quota litis*» мається на увазі домовленість між адвокатом та клієнтом, укладений до остаточного вирішення справи, стороною якої є клієнт, на підставі якої останній зобов'язується виплатити адвокату частку від отриманого результату. «*Factum de quota litis*» не включає угоду про сплату збору пропорційно вартості справи, якою займається адвокат¹. «Гонорар успіху» в рішенні ЄСПЛ від 19 жовтня 2000 року у справі «Іатрідіс проти Греції» тлумачиться як домовленість, згідно з якою клієнт зобов'язується виплатити адвокату як винагороду певний відсоток від присудженої йому судом грошової суми, якщо рішення буде на користь клієнта².

В цьому плані, заслуговує уваги дослідження співробітників юридичного факультету Маастрихтського університету на чолі з проф. Майклом Дж. Фором (M.G. Faure) щодо юридичної можливості стягувати винагороду за результат. Частина цих дискусій була зосереджена щодо очікуваних наслідків на ринку юридичної допомоги (у найширшому розумінні) в результаті цього експерименту.

Зокрема, термін «*no cure no pay*» «немає успіху, не має винагороду» використовується для домовленості між адвокатом та клієнтом, згідно з якою передбачається, що винагорода не сплачується, якщо результат справи негативний. Проте, в ряді країн виявилися передбаченими такі аспекти, що звичайна винагорода отримується в разі програшу справи та збільшується, якщо справу виграє. Тому, оці збільшення

¹ The referral for legal assistance in the case of victims of human trafficking, 2018. URL:<https://www.caritasinternational.be/wpcontent/uploads/2018/06/Referral-Tool-EN.pdf>

² Гонорар успіху адвоката: позиція ВП ВС. Закон і бізнес. 14.05.2020. URL: https://zib.com.ua/ua/142635-gonorar-uspihu_advokata_poziciya_vp_vs.html

поділяються на дві категорії: «success fees» «плата за успіх» та угода про «quota pars litis» (ractum de quota litis) «угода про відсоток від суми випрашу». Під першою розуміється кожна угода, яка передбачає бонус (наприклад, відсоток від звичайної погодинної оплати), що не є відсотком від суми, яка буде повернена. «Quota pars litis» зарезервовано для всіх домовленостей, які дають адвокату право на вимогу у розмірі відсоткової суми, що підлягає стягненню. «Conditional fee agreement» «умова про умовну винагороду» визначається як посдання «не має успіху – не має винагороди» та винагороду за успіх. Вираз «contingency fee» «непередбачений збір» обмежений посданням «по sure по рау» «не має успіху – не має винагороди» та «quota pars litis» «угода про відсоток від суми випрашу»¹.

За результатами аналізу з'ясувалося, що по-перше, у всіх країнах регулюються лише гонорари адвокатів; по-друге, плата інших, аніж адвокатів, надавачів правової допомоги не обмежується будь якими заборонами; по-третє, чітких перспектив застосування умовного гонорару успіху адвоката визначити не можливо; по-четверте, виявилось, що якість супроводження адвокатами справ з умовною винагородою, що розглядалися судами, крапа.

Неабияк здивувала дослідників ситуація з гонораром успіху в Ірландії, де «contingency fee» «непередбачений збір» заборонений. Цей факт може свідчити про те, що дозволена в Ірландії винагорода «по sure по рау» «не має успіху – не має винагороди» породжує на практиці непередбачуване стягнення «quota pars litis» «угода про відсоток від суми випрашу», або, що існуюча заборона на непередбачені збори охоче ігнорується адвокатами.

Результати дослідження представлені в наступній таблиці:

Країна	NCNP (немає випраш у- немає плати) умовна плата	SF- пла та за усп іх	QPL- «quota pars litis» гонорар за успіх	NCNP+SF – умовна плата та плата за успіх	NCNP+ QPL- умовна плата та гонорар успіху	CST- витрати включають плату, пов'язану з результатом	LA-країна надає правову допомогу	LACF- непередбачені збори введені на заміну вже існуючої схеми правової допомоги	LAI- страхування правової допомоги є загальним явищем
Бельгія	-	+	-	-	-	-	+	не застосовується	-
Данія	+	+	-	+	-	-	+	не застосовується	+
Німеччина	-	+	+	-	-	-	+	не застосовується	+
Англія	+	+/+	+/+	+/+	+/+	+	+	+	+
Франція	+/+	+/+	+/+	+/+	+/+	-	+	не застосовується	+
Греція	+	+	+	+	+	-	-	не застосовується	+
Ірландія	+/+	+/+	+/+	+/+	+/+	?	-	не застосовується	-
Нідерланди	-	+	+	-	-	-	+	не застосовується	+

З таблиці видно, що правила надзвичайно відрізняються. Тільки пари Бельгія/Німеччина та Англія/Ірландія схожі, але насправді вони відрізняються в теорії та на практиці. Німеччина відома своїми детальними та фіксованими правилами оплати праці адвокатів, тоді як Бельгія взагалі не має жодної фіксованої ставки. Ірландія дозволяє

¹ Звіт співробітників юридичного факультету Маастрихтського університету щодо юридичної можливості стягувати винагороду за результат. URL: https://repository.tudelft.nl/assets/uuid:12b6e91e-e83e-44df-b448-f41a36708010/1347-summary_tcm28-68908.pdf

домовитись про плату за успіх, але на практиці жоден адвокат не використовує цю можливість. У Франції та Англії ці зміни були принаймні частково мотивовані бажанням забезпечити таким чином доступ до правосуддя.

Серед дозволених способів оплати французький закон про адвокатуру (RIN) включає додаткові комісії за успіх, залежно від досягнутих результатів, проте забороняє *rustum de quota litis* (непередбачений збір)¹. Причиною, яку найчастіше висувають для заборони *quota pars litis* – це ризик змішування інтересів юриста та інтересів клієнта, який буде підтримувати принцип незалежності адвоката, буде захочувати спекуляцію і може призвести до зловживань. Якщо *quota pars litis* залишається забороненим, то винагорода за результат є законною: Закон № 91-647 від 10.07.91 р. санкціонує «угоду, яка, крім винагороди за виконані послуги, передбачає доплату в залежності від отриманого результату або наданої послуги». Це впливає з того, що винагорода за результат стверджується за умови, що ця плата пов'язана з успіхом вжитих дій, або на додаток до винагороди за надані послуги. На практиці здавалося б, що гонорар успіху, як правило, обмежує їх ставкою від 10 до 15% від отриманої економії або прибутку.

Німецьким адвокатам, в цілому, не дозволялося використання «гонорару успіху», крім випадків, коли по комерційних справах було можливим узгодження підвищених гонорарів (п. 2 ч. (В) ст. 49 BRAO – Федерального закону про адвокатів).

В рамках правової системи Англії та Уельсу використовується «гонорар успіху» у формі умовного гонорару, який в пресі і серед звичайних громадян характеризується як «немає виграшу, немає оплати». Звичайною формою угоди про умовний гонорар є згода соліситора вступити в справу на тій умові, що в разі програшу він не отримає оплати. В якості альтернативи клієнт може укласти договір про оплату витраченого соліситором часу відповідно до його погодинної ставки за умови виплати додаткового бонусу – «гонорару успіху» в разі позитивного для клієнта результату справи. В Англії та Уельсі такий бонус становить до 100% гонорару, обумовленого контрактом, але не більше 25% присудженої компенсації².

Rustum de quota litis (умовні збори) допускаються в США. Часто це включає відсоток присудженого судом клієнту в справі. Непередбачені збори повинні бути обґрунтованими та узгодженими в письмовій формі. Найчастіше ймовірний гонорар використовується у справах, в яких позивач звертається за стягненням грошової компенсації у зв'язку з нанесенням йому збитком, а також у справах про дискримінацію за місцем роботи. Однак, в деяких питаннях дозволяється використання ймовірних гонорарів і в кримінальних справах. Після укладення угоди про ймовірний гонорар, адвокат сам оплачує всі витрати, пов'язані з подачею позову і подальшим наданням роз'яснень у справі. Деякі угоди про ймовірний гонорар можуть передбачати зростання відсоткової ставки залежно від витраченого часу або вкладених коштів. Наприклад, якщо справа дійде до суду, може бути передбачений більш високий відсоток від отриманої компенсації, оскільки ведення справи в суді вимагає додаткових зусиль і витрат. Якщо ж адвокату вдалося не довести справу до суду і спір був вирішений в результаті медіації або із застосуванням інших форм альтернативного вирішення спорів, угодою може бути передбачено більш низький відсоток від отриманої компенсації в якості гонорару.

Оцінюючи перспективи запровадження гонорару успіху в нашої державі, ми вважаємо, що в Україні *rustum de quota litis* повинен бути визнаний як один із способів визначення гонорару адвоката. Звичайно, в запровадженні *rustum de quota litis* є ризики. Тому, у випадках винагороди адвоката за принципом *rustum de quota litis* повинні бути

¹ Karnavas. Michael G. Lawyer's ethics. Skopje : OSCE, 2016. 104 P. P. 80.

² Rothwell R. Success fees: a word of warning. *The Law Society Gazette*, 25 August 2015. <https://www.lawgazette.co.uk/comment-and-opinion/success-fees-a-word-of-warning/5050634.article>

визначені чіткі критерії, такі як: спеціалізація адвоката, терміновість процедури, якість роботи, його досвід, вид процесу, підсудність суду, вартість предмета спору тощо. Шляхом укладення угоди на частку виграшу, одночасно заохочується більш активна участь адвоката в судових процесах, в тому числі і скорочення не обов'язкових процесуальних дій, оскільки розмір гонорару буде залежати не від їх кількості, а від кінцевого результату. Забезпечується доступність до правосуддя в тому числі і шляхом розумності строків судового розгляду. З іншого боку, ми не можемо ігнорувати і можливі зловживання для сторін спору, але вважаємо, що їх можна мінімізувати шляхом встановлення верхньої допустимої межі укладення договорів за принципом *paratum de quotu litis*.

Науковий керівник: кандидат юридичних наук, доцент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича Л. А. Остафійчук

ПРОЦЕСУАЛЬНЕ СТАНОВИЩЕ ПРАВОНАСТУПНИКА У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Стовп'юк Н.А.

*студент 3-го курсу юридичного факультету
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

Завданням цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави¹. Інколи буває так, що особа звернулася до суду за захистом своїх прав, або залучена до вирішення спору, але була позбавлена участі у розгляді своєї справи за неупереджених обставин. У такому разі постає необхідність проведення заміни в цивільно-процесуальних відносинах, тобто щодо процесуального правонаступництва. Під процесуальним правонаступництвом слід розуміти заміну у процесуальних відносинах сторони або третьої особи у справі її правонаступником, до якого переходять усі процесуальні права та обов'язки особи, яка вибула з процесу у зв'язку із зміною з підстав, передбачених у законі, суб'єктів у спірних матеріальних відносинах, з яких виник спір про право, що є предметом судового розгляду².

Відповідно до ч. 1 ст. 55 ЦПК України підставами правонаступництва є: смерть фізичної особи, припинення юридичної особи, заміна кредитора чи боржника у зобов'язанні, а також інші випадки заміни особи у відносинах, щодо яких виник спір. В свою чергу С.В. Васильєв, розширює перелік підстав для процесуального правонаступництва, додаючи до вище зазначених: наявність порушеного цивільного процесу до моменту настання фактів, вказаних вище; вибуття з процесу відповідної сторони або третьої особи³.

Зауважимо, що перелік підстав виникнення правонаступництва не є вичерпним. У ч. 1 ст. 55 ЦПК України не враховано те, що за загальним правилом підставою правонаступництва є припинення юридичної особи в результаті її злиття, приєднання, поділу і перетворення. Ліквідація юридичної особи не тягне за собою матеріального

¹ Цивільний процесуальний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 1 вересня 2021 р. К.: ПАЛІВОДА А. В., 2021. 312с.

² Цивільний процес : навч. посіб. для здобувачів вищ. освіти / [К. В. Гусаров, М. В. Жушман, С. О. Кравцов та ін.]. Х. : Право, 2017. 234 с.

³ Цивільний процес. Підручник. / С. В. Васильєв. К.: Алерта, 2019. 506 с.

правонаступництва, а значить, і процесуального, крім випадків, коли законом або іншими нормативно-правовими актами виконання зобов'язання ліквідованої юридичної особи покладається на іншу юридичну особу, зокрема за зобов'язаннями про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю.

В залежності від цього в науці і судовій практиці розрізняють універсальне (повне) і сингулярне (часткове) правонаступництво. Універсальне (повне) правонаступництво настає у випадку смерті сторони, припинення юридичної особи, яка є стороною у справі. У цих випадках спадкоємець громадянина, правонаступник юридичної особи стає стороною в матеріальних правовідносинах, а отже, і процесуальним правонаступником у цивільній справі. Сингулярне (часткове) правонаступництво настає у випадку уступки вимоги, переведення боргу або прийняття боргу на себе. Тут правонаступництво в матеріальних правовідносинах визначає процесуальне правонаступництво.

Виходячи зі змісту ст. 55 ЦПК України, вважаємо, що у визначенні юридичної природи процесуального правонаступництва та формулюванні

дефініції названого процесуального інституту слід урахувувати такі фактори:

1) передумова процесуального правонаступництва – безспірний перехід суб'єктивного права та (або) обов'язку від однієї особи до іншої в матеріальному праві; 2) одним із суб'єктів такої заміни (правопопередником) у матеріальному праві має бути особа, яка є стороною або третьою особою в цивільному процесі; 3) зміст процесуального правонаступництва – це перехід до правонаступника всіх процесуальних прав та обов'язків правопопередника.

Однак, є випадки коли правонаступництво не допускається. У тих випадках, коли матеріальні правовідносини тісно пов'язані з особою суб'єкта, правонаступництва матеріального, а відтак, і процесуального не може бути. Слід звернути увагу і на те, що цивільне процесуальне правонаступництво не допускається у випадках, коли спірне або встановлене рішенням суду матеріальне правовідношення пов'язане з особистістю сторони (наприклад, за позовами про аліменти, про розірвання шлюбу, поновлення на роботі тощо)¹.

Правонаступники можуть вступати в процес на будь-якій його стадії. У разі процесуального правонаступництва суд зупиняє провадження у справі до вступу або притягнення правонаступників (ст. 251 ЦПК). Залучення правонаступника відбувається ухвалою суду за заявою правонаступника або з ініціативи суду. Ухвала суду з цього питання оскарженню не підлягає. Суд може відмовити у допуску до участі у справі правонаступника, якщо не надано доказів правонаступництва.

Суд може залучити правонаступника (як позивача, так і відповідача) і тоді, коли він не бажає вступати у справу, адже його процесуальний статус залежить не від особистого волевиявлення, а зумовлений участю у справі правопопередника. У кожному випадку суд може вирішувати це питання після одержання доказів правонаступництва. Якщо правонаступників (спадкоємців) декілька, залучаються вони усі, незалежно від обсягу правонаступництва (частки у спадковому майні). Слід мати на увазі, що кожен правонаступник може мати різну правову позицію щодо спору і кожному з них суд повинен забезпечити процесуальне право на участь в судовому засіданні. Тому незалучення когось з правонаступників є істотним порушенням норм процесуального права, яке може призвести до скасування судового рішення.

Правонаступник користується усіма процесуальними правами правопопередника, але не зобов'язаний дотримуватися його процесуальної стратегії. Він, зокрема, може

¹ Цивільне право та процес: підготовка до іспиту. Частина друга : навч. посіб. / кол. авт. [Резворович К. Р. (кер.), Юнін О. С., Юніна М. П. та ін.]. Дніпро : Видавць Біла К. О., 2020. 216 с.

відмовитися від позову, змінити підстави або предмет позову, відкликати позовну заяву, визнати позов, навіть якщо б ці дії суперечили намірам правопопередника.

Після залучення або притягнення правонаступників провадження продовжується. Усі дії, які були вчинені в цивільному процесі до вступу в справі правонаступника, є для нього так само обов'язкові, як і для особи, яку він замінив (ч. 2 ст. 55 ЦПК). На думку авторів коментаря ЦПК України, дане положення обумовлене тим, що при процесуальному правонаступництві спірні матеріальні та процесуальні правовідносини продовжуються із новим суб'єктом¹.

У випадку, якщо настала смерть фізичної особи або оголошено її померлою чи припинено юридичну особу, які звернулися із позовною заявою або до яких пред'явлено позов, якщо спірні правовідносини не допускають правонаступництва, суд відмовляє у відкритті провадження у справі (п. 6 ч. 1 ст. 186 ЦПК України), а у разі, коли провадження у справі вже відкрито, – закриває таке провадження (п. 7 ч. 1 ст. 255 ЦПК України).

Отже, як свідчить судова практика суб'єктний склад учасників спору до моменту ухвалення судового рішення не завжди залишається незмінним. Зокрема, як під час розгляду справ у суді, так і стадії виконавчого провадження виникає необхідність заміни учасників справи. Процесуальне правонаступництво – це заміна під час провадження у цивільній справі та під час виконання судового рішення, сторін або третіх осіб іншими особами, до яких переходять права та обов'язки у спірних правовідносинах. Суть цивільного процесуального правонаступництва полягає в тому, що одна особа – правонаступник продовжує участь у процесі, замінюючи собою правонаступника (позивача, відповідача), тобто займає його процесуальне становище. Підставою для заміни сторони правонаступником є правонаступництво у спірному або встановленому рішенням суду матеріальних правовідносин.

Науковий керівник: кандидат юридичних наук, доцент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича І. Ю. Татулич.

МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ В ДОКАЗОВІЙ ДІЯЛЬНОСТІ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Стойко Д.О.

*студентка III-го курсу юридичного факультету
Чернівецького Національного університету імені Юрія Федьковича*

Міжнародні стандарти здійснення справедливого правосуддя на сьогодні є вагомим складовим вітчизняного цивільного судочинства. З одного боку вони забезпечують права, свободи та законні інтереси учасників цивільного процесу, а з іншого – встановлюють зміст цивільних справ, зокрема визначають вагомість інституту доказів і доказування. Міжнародні стандарти – це загально-визнані міжнародно-правові норми, які закріплюють на загальнолюдському рівні статус особистості і встановлюють перелік основоположних прав і свобод, обов'язок держав їх дотримуватися, а також межі можливого або припустимого їх обмеження.

У світовій практиці стандарти доказування виступають невід'ємною частиною змагального судового процесу, що забезпечують його ефективність, оскільки позбавляє суд та учасників справи від зайвих витрат часу та зусиль за рахунок встановлення певних

¹ Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар: Вид. 2-ге, перероб. та доп. / за заг. ред. д.ю.н., професора, академіка Академії наук вищої школи України М. М. Ясинка. Київ: Алерта, 2020. 810 с.

меж, у разі досягнення яких важливі для справи обставини мають вважатись встановленими. Сучасний цивільний процес можна впевнено характеризувати як, насамперед, змагальний, а також – орієнтований на надання стороні правничої допомоги саме на професійній основі. Проте, варто зазначити, що основним стандартом доказової діяльності в цивільному судовому процесі, як і раніше, виступає процес переконання суду, що фактично застосовується як стандарт доказування, тобто виступає його аналогом¹.

До такого інституту цивільного права, як докази та доказова діяльність завжди було прикуто вдосталь уваги та цікавості, саме «цей інститут зазнав вагомих змін не лише у зв'язку із реформуванням цивільного процесуального законодавства внаслідок конституційної реформи у сфері правосуддя, а також має суттєві доповнення міжнародними нормативно-правовими актами континентальної та англо-саксонської систем права, і, як наслідок, інтернаціоналізацію національних систем цивільного судочинства»².

Серед основних нововведень в інститут доказової діяльності з норм міжнародного законодавства в національне можемо віднести:

1. Застосування заходів процесуального примусу у випадках зловживання процесуальними правами й невиконання обов'язків щодо доказів. Доказовий процес у цивільному судочинстві має велику значущість через його важливість для вирішення кожної справи й загальнообов'язковість, оскільки без належного підтвердження необхідних обставин особа не отримає бажаного результату та не зможе повною мірою використати надані державою юрисдикційні гарантії захисту прав, свобод та інтересів осіб у разі їх порушення, невизнання або їх оскарження. На рівні ж національного законодавства обов'язок доказування обставин, на які особа посилається як на підставу своїх вимог або заперечень, передбачена безпосередньо у статті 81 ЦПК України.

2. Впровадження електронних доказів. Такий високий рівень розвитку інформаційних технологій спонукав законодавців різних країн до надання електронним доказам статусу самостійного засобу доказування нарівні з «традиційними» засобами. Не став виключенням і ЦПК України, законодавець шляхом запровадження електронних доказів, як самостійного засобу доказування зрівняв його із письмовими та речовими доказами, показаннями свідків і висновками експертів.

3. Впровадження елементів процесуального естопель. В українському законодавстві, поки відсутнє повне і чітке регулювання такого принципу, як естопель. Попри те, що цей «принцип є новим і досі маловивченим в українській юридичній науці явищем, проте він не рідко трактується Верховним Судом України в мотивувальних частинах їхніх рішень, та у рішеннях ЄСПЛ, яке є джерелом права в Україні. Естопель – це один із важливих правових інструментів, який можна знайти у різних системах судової практики. Естопель є проявом передбаченого п. 2 ст. 2 Статуту ООН загально визначеного принципу міжнародного права – добросовісного виконання зобов'язань за міжнародним договором»³. Цей принцип базується на принципах добросовісності та послідовності та передбачає заборону особі заперечувати або не визнавати в суді те, про що раніше ця ж особа заявила, здійснила або дала зрозуміти іншій стороні.

¹ Луспенник Д.Д. Доказування у цивільному процесі: що нового у ЦПК та чому суд наділений правом витребування доказів. Кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури Київської області. URL: <http://kdkako.com.ua/dokazuvannya-u-civilnomu-procesi-shcho-novougou-cpk-ta-chomu-sud-nadileniy-pravom-vitrebuyannya/> (дата звернення: 01.10.2021).

² Комаров В. В. Цивільний процес у глобальному контексті. Право України. 2011. №10. С. 22-23.

³ Статут ООН URL:https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010.

4. Більш жорстка регламентація подання доказів у цивільному процесі. У статті 83 ЦПК України чітко передбачено умови та порядок подання доказів у цивільному судочинстві, проте так було не завжди. Особа зобов'язана не лише забезпечити докази того, на що посилається чи заперечує, а й забезпечити відповідність подання цих доказів нормам чинного законодавства (вид та форму доказів, їх доречність, терміни подання цих доказів).

5. Забезпечення достовірності та достатності доказів. Відповідно до Закону України від 03.10.2017 р. № 2147-VIII «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» наряду з такими ознаками судових доказів як належність та допустимість доказів, законодавець уперше у нормах ЦПК України закріпив достовірність та достатність доказів (ст. ст. 79, 80 ЦПК)¹. Поняття «достовірність» у таумачному словнику з української мови визначається як «те, що не викликає сумнівів, цілком вірне, точне». Відповідно до ч. 1 ст. 80 ЦПК достатніми є докази, які у своїй сукупності дають змогу дійти висновку про наявність або відсутність обставин справи, що входять до предмета доказування. Отож, цей «міжнародний стандарт, який вже давно осів на національному рівні цивільного законодавства є надважливим елементом доказів, оскільки перевірка доказів на їх достовірність проявляється у багатьох аспектах. Так, при здійсненні судочинства сумнівів у достовірності доказів зумовлено, як правило, наступним: підкупом сторін; неправдивими показаннями свідка; неправдивими пояснення сторін, третіх осіб; фальсифікацію письмових та речових доказів тощо»².

Висновок: Підсумовуючи все вищезазначене, варто додати, що міжнародні стандарти доказування у цивільному процесі присутні були завжди. Деякі встигли влітись дуже швидко у чинне законодавство й інтерпретуватись під кожного з учасників цивільного процесу, якому хоч раз доводилось доказувати свою правоту, чи спростовувати думку іншої сторони. Інші ж інноваційні стандарти ще не до кінця вивчені. Проте, з кожним роком законодавець удосконалює норми чинного цивільного законодавства, деє поглиблюючись у чинне законодавство (ліквідуючи колізії, трактуючи певні норми, покращуючи структуру й зрозумілість норм), деє надихаючись нормами міжнародного права, практикою ЄСПЛ. Інститут доказування є надважливим інститутом у цивільному процесі, саме тому цей інститут потребує такої уваги й інновацій, як зі сторони вітчизняного законодавства, так і зі сторони міжнародної спільноти.

Науковий керівник: кандидат юридичних наук, доцент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Федьковича О.В. Гетманцев

¹ Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18 березня 2004 року № 1618-IV. Відомості Верховної Ради України. 2004. № 40-41, 42. С. 492.

² Грабовська О.О. Доказування у цивільному процесі України : проблеми теорії та практики. Київ:Юрінком Інтер, 2017. С. 504.

ПРОБЛЕМА ЗАСТОСУВАННЯ ДЖЕРЕЛ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА В РОЗРІЗІ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА

Строїч Ю.І.

*студентка II-го курсу юридичного факультету
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

Адміністративна реформа, започаткована у 2004 р., ставила за мету зокрема кодифікацію джерел адміністративного судочинства, однак її так і не було повноцінно реалізовано. Нині, коли уже четвертий рік триває судова реформа, проблема застосування різноманітних норм процесуального законодавства постає особливо гостро.

Серед основних джерел адміністративного судочинства зокрема зазначається Кодекс адміністративного судочинства України, та водночас ст. 7 самого Кодексу вказує на різноманіття нормативно-правових актів, на які може посилатися суд при розгляді адміністративних справ. Серед них превалюють формалізовані національні джерела права. Як зазначає Ільков¹, наслідком таких підходів є те, що фахівці асоціюють систему джерел права в адміністративному судочинстві з системою адміністративного процесуального законодавства; з цього випливає, що основним елементом джерел права в адміністративному судочинстві є система адміністративно-процесуального законодавства. Утім, ч. 5 ст. 242 КАС України вказує на те, що в окремих випадках суд враховує висновки щодо застосування норм права, викладені в постановах Верховного Суду. Більш того, ч. 5 ст. 245 наділяє суд правомочністю безпосередньо впливати на суб'єкт владних повноважень і таким чином коригувати діяльність законодавця в разі необхідності та при розумних обставинах. Таким чином, попри те, що прецедент не є джерелом права в Україні, судові рішення все ж впливають на інші джерела, зокрема допомагаючи їх та допомагаючи законодавцю виправляти існуючі колізії.

Однак положення ч. 4 ст. 78 КАСУ вказують на імперативний характер судових рішень, коли йдеться про доказування обставин у справі, якщо вони раніше вже було доказані при розгляді іншої справи, у якій беруть участь ті самі особи або особа, стосовно якої встановлено ці обставини, що підтверджує п. 2 ч. 7 постанови Пленуму ВСУ №14 від 18.12.2009², ч. 20 постанови КГС ВС від 10.12.2019 по справі №910/6356/19³. З цього випливає можливість суду застосовувати практику на рівні із законодавчими актами.

Разом із тим для вузької проблематики не встановлено чітких стандартів, що доводить приклад необхідності доказування за ч. 1 ст. 90 КАСУ, на що вказує Пільков у доповіді на II науково-практичному круглому столі «Імплементація міжнародних стандартів у цивільне та господарське судочинство України»⁴. Якщо взяти до уваги практику ЄСПА, яка також визнається хоч і допоміжним, але джерелом адміністративного судочинства за ч. 2 ст. 6 КАСУ, то у висновку по справі «Рошков проти РФ»⁵ від 31.10.2013 суд, згідно із ст. 6 Конвенції про права людини, визнає недопущення обмеження держави у виборі правових засобів і їх реалізації в ході звинувачення.

¹ Ільков І. В. Джерела права в адміністративному судочинстві: теоретико-правова характеристика. //Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. – 2016. – № 24. – с. 2. 28-30, 41-43. URL: <https://bit.ly.ru/Ig8gl>

² Постанова Пленуму ВСУ №14 від 18.12.2009 «Про судові рішення у цивільній справі» <https://bit.ly/3DdQLU4>

³ Постанова КГС ВС від 10.12.2019 по справі №910/6356/19. URL: <https://bit.ly/3layfWk>

⁴URL: <https://bit.ly/3a4vq2R>

⁵ Eduard Rozhkov v. Russia, No. 11469/05. URL: <https://bit.ly/3Fl5qOU> (Accessed:31.10.2013)

У свою чергу, в ухвалі від 12.07.2019 № 9901/949/18 Касаційний адміністративний суд ВСУ¹ у відповідь на використання зазначеного вище рішення ЄСПЛ учасником позовів до національних судів вказує на їх, як правило, необґрунтованість в кожній конкретній справі, але аж ніяк не виводить єдину прийнятну для судів модель вирішення подібних спорів.

Утім, ВРУ за поданнями уповноважених органів звертає увагу на описані проблеми і реагує на них у формі передбаченої законодавством процедури, зокрема шляхом внесення поправок та змін до КАСУ, АКУ та інших нормативно-правових актів в межах своїх повноважень. До прикладу, останні зміни до КАСУ² стосувалися нещодавно прийнятого ЗУ «Про народовладдя через всеукраїнський референдум». Це свідчить про цілеспрямовані дії законодавця на унеможливлення виникнення колізій в момент прийняття норм, які теоретично могли б суперечити одна одній, хоч і не виключає імовірності виникнення таких колізій в майбутньому.

Отже, виходячи із вищенаведених матеріалів, можна стверджувати про ймовірність виникнення правових колізій між нормами, що містяться в численних нормативно-правових актах, як обов'язкового, так і рекомендаційного характеру, які виконують роль джерел адміністративного судочинства. Як показує практика, законодавець вживає заходів задля запобігання або ж усунення подібних зіткнень норм, і згадані заходи позитивно впливають на юридичне середовище.

***Науковий керівник:** кандидат юридичних наук, доцент кафедри публічного права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича І.В. Ковбас.*

«ЕЛЕКТРОННИЙ СУД» – ПЕРЕВАГИ ТА ПЕРШІ ВИКЛИКИ ПІД ЧАС ЗАСТОСУВАННЯ НА ПРАКТИЦІ

Суховерський М.Т.

*студент II-го курсу юридичного факультету
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

Без перебільшень можна стверджувати, що суд відіграє важливу роль у процесі здійснення правосуддя, забезпеченні та захисті прав і свобод громадян. Та сьогодні ми перебуваємо у епісі швидкоплинних змін. Ось чому перед правниками з'являються нові проблеми, важкі виклики які потрібно вирішити якомога швидше. Враховуючи перехід усіх сфер людського життя до онлайн світу, ще й ситуацію з пандемією, така важлива гілка державної влади потребувала удосконалення. Це покращення мало б зменшити навантаженість на суди, полегшити процеси подання заяв, клопотань та інших актів до суду, а також мінімізувати контакти заявників та інших учасників справи у такий небезпечний час (мається на увазі пандемія COVID-19). Тож доречним є розроблення «Електронного суду».

Насправді, ми вважаємо, що такі зміни досить логічні та передбачені. Адже ще у 18 столітті Євген Ерліх запевняв, що право слід шукати у суспільстві. Тобто право є вільним явищем, яке розвивається і зазнає впливу з боку різних внутрішніх та зовнішніх факторів як і люди, які ним керуються та користуються.

¹ Ухвала КАС ВСУ від 12.07.2019 по справі N 9901/949/18 адміністративного провадження N П/9901/949/18. URL: <https://bit.ly/2YkRLGt>

² ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо порядку обрання (призначення) на посади членів Вищої ради правосуддя та діяльності дисциплінарних інспекторів Вищої ради правосуддя» від 14.07.2021. URL: <https://bit.ly/2Ygw2Q7>

Сучасні наукові джерела вказують на те, що «Електронний суд» являє собою здійснення документообігу в електронній формі, з допомогою спеціальних інформаційних систем, причому замість проведення звичних судових засідань в приміщенні суду – застосовуються аудіо- та відеоконференції¹.

На нашу думку, однією з основних переваг даної системи є фактичний доступ до судового процесу усіх учасників справи, незалежно від мобільності чи фізичних особливостей. Адаже де-факто, далеко не в кожній установі здійснення правосуддя є пандуси, можливість потрапити до зали судового засідання на крисі колісному. Що безперечно порушує ч.2 ст.55 Конституції України, яка проголошує: Кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб.

Також до переваг можна віднести те, що «Електронний суд» заощадить витрати на виготовлення документів у паперовій формі, а також їх поштову відправку до необхідного суду; пришвидшить передачу судових документів між судами тощо². Адаже за допомогою інтернет зв'язку обмін документами є більш безпечним та оперативним на порівняння з паперовими листами. За рахунок того, що часом виникають ситуації, які вимагають термінового одержання чи передавання конкретного документа, що перебуває у матеріалах справи, учаснику справи потрібно написати відповідне клопотання, і цей процес може займати тижні. Тож «Електронний суд» вирішує цю проблему та пропонує оперативний доступ до матеріалів справи. З вищевикладеного, не важко зрозуміти, що дана електронна система допомагає уникнути часових витрат, пов'язаних з виготовленням паперових копій документів, а отримувач такого документа завжди матиме доступ до копії, якість та достовірність якої зможе перевірити за допомогою відомостей телекомунікаційної системи.

На порівняння з перевагами, глобальною проблемою може стати неможливість перевірити справжність електронно-цифрового підпису та пересвідчитись в тому, що саме ця особа направляє до суду певні процесуальні документи. На даний час, на жаль, не існує жодного нормативно-правового акту, який би передбачав контроль та перевірку виданих електронно-цифрових підписів. Не визначені і програмні засоби якими можливо здійснити перевірку автентичності ЕЦП³. Дані фактори доводять незахищеність «Електронного суду» від використання хакерами викраденого або підробленого електронного цифрового підпису. Тобто виявити чи ідентифікувати справжнього заявника неможливо, що призводить до того, що кожна особа може звернутись до суду від імені іншої, зовсім незнайомої, фізичної чи юридичної особи.

Проблемою є те, що у даному електронному сервісі не додано усі можливі шаблони процесуальні документи. Через цей недолік, правник(адвокат) чи інший учасник судового процесу вимушений свідомо вставляти певний процесуальний акт у подібний, але зовсім інший шаблон. Такі дії можуть призвести до того, що суддя залишить справу без розгляду відповідно до ч.7 ст. 139 КАС України. Більше того, якщо суд не має потрібного технічного забезпечення, то учасники справи не матимуть змоги переглядати рішення суду, яку були прийняті по даній справі, не зможуть переглядати стан справи,...

Отже, розглянута система «Електронний суд» дозволяє забезпечити доступність та покращити якість правосуддя, істотно економити кошти кожної зі сторін справи.

¹ Коваль Ю. О. Електронне судочинство: історія виникнення та перспективи розвитку в Україні. Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні : Матеріали IV Міжнар. наук.-практ. конф., м. Чернівці, 16 жовт. 2020 р. Київ, 2020. С. 315–317.

² Філоненко, В. В., «Електронний суд» як новітня перспективна система ведення судочинства в Україні. Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. Вип. 80, Гельветика, Одеса 2018. С. 180–186

³ Арсірій, А. Системи електронного правосуддя: запровадження проекту «Електронний суд». Збірник наукових праць. Випуск 18 «Поняття інтелектуальної власності», Київ Інтерсервіс, 2021, 47.

Проте виникає і низка застережень та порад для підвищення продуктивності даного нововведення: вкрай важливо законодавчо закріпити порядок контролю за справжністю та оригінальністю електронного цифрового підпису, встановити процедуру підтвердження особи заявника, а також розробити систему контролю під час роботи з системою «Електронний суд».

Науковий керівник: кандидат юридичних наук, доцент кафедри процесуального права Чергівецького національного університету імені Юрія Федьковича Гордєєв В.В.

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ БЕЗПОСЕРЕДНОСТІ

Суховерхова Д.В.

студентка 3-го курсу

*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Інститут підготовки кадрів для органів юстиції України*

В теорії процесуального права принцип безпосередності включено до сукупності категорій, які визначають процесуальний метод правового регулювання, зумовлений характером судової діяльності, поряд із принципами законності, диспозитивності, змагальності та інших¹.

Основним положенням, закріпленим у ст. 213 ЦПК України «Безпосередність судового розгляду. Перерви у судовому засіданні», яка є головною у регулюванні принципу безпосередності в національному цивільному процесі, є положення про те, що суд під час розгляду справи повинен безпосередньо дослідити докази у справі. Це твердження вказує на те, що законодавець важливим вважає не тільки характер (спосіб, метод) процесуального порядку дослідження доказів, так і процес дослідження доказів, який має здійснюватися саме під час судового розгляду цивільної справи.

Зміст принципу безпосередності полягає в тому, що під час судового розгляду справи між сторонами, що надають докази, та судом не повинно бути посередників. Також в поняття принцип безпосередності повинна обов'язково включатися вимога незмінності складу суду. Цей принцип тісно пов'язується з поняттям судового доказування у цивільному судочинстві.

Щоб визначити достовірність фактів, суддям необхідно почути суб'єктів обставин та дослідити інші матеріали справи, тому пряме дослідження доказів складається з візуального спостереження, слухового сприйняття судом, іншими учасниками процесу поданих доказів, пояснень осіб, які беруть участь у справі, показань свідків, висновків експертів, пояснення спеціалістів, що створює необхідні умови для оцінки доказів².

Враховуючи наведене, можна зазначити на взаємозв'язку принципу безпосередності з принципом усності. Принцип усності відноситься до форми представлення матеріалів і доказів суду та до характеру розгляду. А принцип безпосередності є формою сприйняття матеріалу судом. Тому цей принцип полягає в тому, щоб судді сприймали досліджувані факти з першоджерела при незмінному складі суду. Дотримання принципу безпосередності дає суду можливість краще дослідити матеріали справи. Тому всі матеріали повинні бути досліджені тими суддями, які вирішують справу по суті. В силу

¹ Пригитка Ю., Ізарова І. Формування національної доктрини цивільного процесу в роботах науковців Київського університету в період незалежності України. Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки, № 3 (118) 2021, С. 99-105.

² Гражданский процесс: Учебник / Под ред. д.ю.н., проф. А.Г. Коваленко, д.ю.н. проф. А.А. Мохова, д.ю.н., проф. П.М. Филиппова. — М.: Юридическая фирма «КОНТРАКТ»; «ИНФРА-М», 2008. — 448 с.

цього незмінність складу суду в процесі розгляду є важливою умовою дотримання принципу безпосередності.

Безпосередність дослідження доказів, насамперед, це спосіб, який дозволяє суду досягти мети процесу доказування, саме тому його покладено в основу одного з базових принципів цивільного процесуального права — принципу безпосередності¹.

Окрім вимоги про безпосереднє дослідження доказів, ст. 213 ЦПК України містить вимогу й про те, що суд досліджує докази під час розгляду справи. Зазначене твердження також зафіксовано й у інших статтях ЦПК України, а саме згідно ч. 5 ст. 263 ЦПК України, яка містить основні вимоги, що пред'являються законом до судового рішення у цивільній справі, обґрунтованим є рішення, ухвалене на підставі повно і всебічно з'ясованих обставин, на які сторони посилаються як на підставу своїх вимог і заперечень, підтверджених тими доказами, які були досліджені в судовому засіданні. Отже, суд не може у судовому рішенні вказувати докази, які не були безпосередньо ним досліджені у судовому засіданні, про що здійснюється фіксування технічними засобами та у протоколі судового засідання в порядку, передбаченому ст.ст. 247 та 248 ЦПК України. Посилання в рішенні суду лише на преюдиційні факти без безпосереднього дослідження доказів приводить до ухвалення іноді необґрунтованих судових рішень.

Майже всі судові рішення приймаються судами в нарадчій кімнаті. Судді повинні суворо дотримуватися таємниці нарадчої кімнати. Під час ухвалення судового рішення ніхто не має права перебувати в нарадчій кімнаті, крім складу суду, який розглядає справу. Вихід судді з нарадчої кімнати до оголошення судового рішення може мати місце під час перерви для відпочинку (протягом робочого часу та після його закінчення). Порушення правил про таємницю нарадчої кімнати є порушенням норм процесуального права і може бути підставою для скасування рішення суду, якщо це порушення призвело до неправильного вирішення справи, зокрема в разі доведення факту спілкування судді поза межами нарадчої кімнати з учасником процесу чи іншими особами з приводу справи, що розглядається (ст. 376 ЦПК України)².

Відповідно до ч. 1 ст. 244 ЦПК України після судових дебатов суд виходить до нарадчої кімнати для ухвалення рішення, оголосивши орієнтовний час його проголошення, а в частинах 1 та 2 ст. 259 ЦПК України зазначено про те, що рішення та постанови суди ухвалюють іменем України негайно після закінчення судового розгляду, які приймаються, складаються та підписуються складом суду в нарадчій кімнаті, однак у ч. 4 зазначеної статті надається можливість суду постановити ухвалу суду, не виходячи до нарадчої кімнати, окрім тих ухвал, які постановляються окремим процесуальним документом³.

Якщо суд перебуває в нарадчій кімнаті для ухвалення судового рішення у відповідному провадженні, розгляд ним інших судових справ у цей період, проведення судових засідань з ухваленням як судових рішень по суті вимог, так і рішень з процесуальних питань, в тому числі щодо повернення матеріалів провадження, свідчить про порушення таємниці наради суддів, що є істотним порушенням вимог процесуального закону.

Відповідно до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» суддя зобов'язаний не розголошувати відомості, які становлять таємницю, що охороняється законом, у тому числі таємницю нарадчої кімнати і закритого судового засідання.

¹ Кравцов С.О. Дослідження та оцінка письмових доказів як невід'ємна частина права на справедливий судовий розгляд. Підприємництво, господарство і право, 2016, №10, - С. 9-14

² «Про судові рішення у цивільній справі»: Постанова Пленуму Верховного суду України № 14 від 18.12.2009 року (п. 16). Вісник Верховного суду України. 2010 р. № 1.

³ Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України, 18 берез. 2004 р. (з наст змінami і доповненнями) // Відом. Верхов. Ради України. – 2004.

Незалежність судді забезпечується порядком здійснення правосуддя, визначеним процесуальним законом, таємницею ухвалення судового рішення (ст.48 ч.5 п. 4 закону «Про судоустрій і статус суддів»).

Законодавець суддю зобов'язує не розголошувати відомості, які становлять таємницю, що охороняється законом, у тому числі таємницю нарадчої кімнати і закритого судового засідання (ст.56 ч.7 п.5 закону).

При цьому законодавцем також передбачено можливість притягнення судді до дисциплінарної відповідальності в порядку дисциплінарного провадження в разі розголошення суддею таємниці, що охороняється законом, у тому числі таємниці нарадчої кімнати, або інформації, що стала відомою судді під час розгляду справи у закритому судовому засіданні (ст.106 ч.1 п.5 закону).

Отже, таємниця нарадчої кімнати є охоронюваною законом, і наведене положення стосується не лише дотримання таємниці наради суддів у кримінальному провадженні. Важливість дотримання такої таємниці не підлягає оспоруванню, а в разі її порушення нівелюється сам процес ухвалення законного судового рішення незалежним судом.

Враховуючи вищевикладене, можна підсумувати, що принцип безпосередності є функціональним принципом цивільного процесу, що визначає порядок дослідження та сприйняття матеріалів цивільної справи судом. Ця засада складається з двох елементів: вимоги стосовно матеріалів справи та вимоги стосовно складу суду. До того ж принцип безпосередності реалізується не лише у стадії судового розгляду, а й під час попереднього судового засідання, яке проводиться в рамках провадження у справі до судового розгляду.

Науковий керівник: кандидат юридичних наук, доцент С.О. Кравцов.

УЧАСТЬ ПРЕДСТАВНИКА У СПРАВАХ НАКАЗНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Татулич С.І.

студент III-го курсу юридичного факультету

Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

Відповідно до ст. 15 Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК України) учасники справи мають право користуватися правничою допомогою¹. Що стосується правничої допомоги в цивільному судочинстві, то з 1 січня 2019 року представництво інтересів осіб у судах усіх інстанцій у справах, у яких не відкриті провадження до 30 вересня 2016 р., здійснюється адвокатами. Винятками з цього правила, відповідно до ст. 131-2 Конституції України, є представництво в суді у трудових спорах, спорах щодо захисту соціальних прав, щодо виборів та референдумів, у малозначних спорах, а також стосовно представництва малолітніх чи неповнолітніх осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена. Отже, під час розгляду спорів, що виникають з трудових відносин, а також справ у малозначних спорах (малозначні справи) представником може бути особа, яка досягла вісімнадцяти років, має цивільну процесуальну дієздатність, за винятком осіб, визначених у ст. 61 ЦПК України.

Правова допомога при здійсненні захисту прав і охоронюваних законом інтересів громадян та юридичних осіб у суді реалізується у формі цивільного процесуального представництва, що не позбавляє особу права самостійної участі у розгляді спору. При цьому участь представника у цивільному процесі може бути зумовлена як неможливістю

¹ Цивільний процесуальний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 1 вересня 2021 р. К.: ПАЛИВОДА А. В., 2021. 312с.

особистої участі особи, яка є стороною (учасником) у справі, через її недієздатність, так і просто бажанням зацікавлених осіб отримати кваліфіковану професійну допомогу при розгляді справи у суді.

На відміну від ЦПК УРСР 1963 року, ЦПК України 2004 р., які не встановлювали жодних обмежень стосовно участі представника у різних категоріях справ та у видах провадження, ЦПК України 2017 року на перший погляд, як слушно зазначає Р.Ю. Ханік-Посполітак, теж не встановлює будь-яких обмежень щодо представництва по категоріях справ та видах провадження. Проте аналіз статей та застосування таких видів юридичного тлумачення, як філологічне (текстове) та системне, дає нам підстави сумніватися в можливості представництва у всіх видах проваджень у суді першої інстанції¹. Автор обґрунтовує це тим, що серед осіб, які можуть користуватися послугами представника в діючому законодавстві закріплено сторону, третю особу, а також особу, якій законом надано право звертатися до суду в інтересах іншої особи (ч. 1 ст. 58 ЦПК). Тобто, нічого не вказано про заявника та боржника наказного провадження. Аналогічно мова не йде і про учасників окремого провадження – заявника та заінтересованих осіб.

Ми погоджуємось із вказаною позицією та вважаємо, що ч. 1 ст. 58 ЦПК слід доповнити наступним змістом: «Сторона, третя особа, а також особа, якій законом надано право звертатися до суду в інтересах іншої особи, учасники справи наказного та окремого проваджень, можуть брати участь у судовому процесі особисто та через представника».

В той же час законодавець наділяє правом учасників справи наказного провадження користуватися допомогою представника. Так, у ч. 1 ст. 161 ЦПК законодавець вказує, що заява про видачу судового наказу подається до суду у письмовій формі та підписується заявником або його представником. Аналогічно правом на правову допомогу надається боржникові. Так, заява боржника про скасування судового наказу теж може подаватися і представником боржника (ч. 4; п. 2 ч. 5 ст. 170 ЦПК).

Як вірно зазначає Ю. Ю. Цал-Цалко: «аналізуючи розділ II ЦПК України, який регламентує порядок розгляду та вирішення справ наказного провадження, а саме положення статті 163 ЦПК України та статті 170 ЦПК України, вбачається застосування терміну представництво, з чого випливає, що у цивільному процесі можливе добровільне представництво у справах наказного провадження»².

Отже, законодавець розкриваючи норми, які регламентують даний вид провадження вказує нам про представника, який може подавати до суду різного роду заяви від імені учасників справи. Однак, в змісті вказаних норм зовсім не конкретизується про який вид представництва йде мова? Звідси, робимо висновок, що законодавець виходив із загальних вимог позовного провадження, наділяючи таким правом адвоката, законних представників, та будь-яку іншу фізичну особу (*Судовий наказ Сокирянського районного суду Чернівецької області від 25 лютого 2021 року у справі № 722/192/21*)³; *Судовий наказ Заліщицького районного суду Тернопільської області від 08.02.2021 року у справі № 597/217/21*⁴; *Судовий наказ Новоушицького районного суду Хмельницької області від 07 липня 2021 р. у справі № 680/446/21*)⁵.

¹ Ханік-Посполітак Р. Ю. Представництво в цивільному процесі за новим цивільним процесуальним кодексом України. *Наукові записки НаУКМА*. Юридичні науки, 2018. Том 1. С. 50-54.

² Цал-Цалко Ю. Ю. Щодо можливості застосування процесуального представництва у певних видах цивільного провадження. Новели цивільного процесуального законодавства: представництво : матер. Міжнар. наук.-практ. конфер. ; до 150-ї річниці з дня відкриття першої судової палати у м. Одеса (м. Одеса, 16 травня 2019 року) / за заг. ред. д.ю.н., проф. Н. Ю. Голубової. Одеса : Фенікс, 2019. С. 138-141.

³ <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95147093>

⁴ <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94783409>

⁵ <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98155313>

В такому випадку повноваження представника мають бути належним чином оформлені (ст. 62 ЦПК). Наприклад, якщо такі заяви подасть адвокат, то він зобов'язаний подати до суду разом із заявою довіреність або ордер, виданий відповідно до Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність». У випадку звернення законних представників до суду, вони зобов'язані будуть подавати – свідоцтво про народження дитини або рішення про призначення опікуном, піклувальником чи охоронцем спадкового майна. Якщо до суду звернеться будь-яка фізична особа, то вона подасть до суду довіреність фізичної особи, довіреність юридичної особи.

Таким чином, якщо у наказному провадженні буде брати участь представник заявника чи боржника, то виходячи із загальних засад законодавства, його процесуальне положення повинно відповідати становищу його у справах позовного провадження, за правилами якого розглядаються і інші види провадження, однак, з певними винятками та доповненнями, які їм притаманні. На думку М.В. Шпака, професійна правнича допомога, що надається адвокатом учасникам справи, є специфічною залежно від стадії цивільного процесу чи його провадження¹.

Інститут наказного провадження відповідає міжнародним принципам здійснення справедливого та ефективного правосуддя і забезпечення прав людини. Зокрема, у Рекомендації № R (81) 7 від 14 травня 1981 р. Комітету міністрів Ради Європи державам-членам щодо шляхів спрощення доступу до правосуддя та Рекомендації № R (84) 5 від 28 лютого 1984 р. щодо принципів цивільного судочинства з метою вдосконалення судової системи визначено, що для справ, пов'язаних з безспірним правом, повинні бути передбачені спеціальні правила для прискорення розгляду справи.

Як свідчать матеріали узагальнення, наказне провадження є ефективним засобом вирішення безспірних справ і нині все частіше застосовується судами. Однак, законодавче врегулювання цього інституту поки що недосконале, у ньому наявні прогалини та суперечності, внаслідок чого на практиці виникають численні проблеми. Водночас деякі суди не повною мірою виконують вимоги ЦПК, а також по-різному тлумачать норми, що регулюють наказне провадження.

Науковий керівник: кандидат юридичних наук, доцент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича Л.А. Кондрат'єва

ПОЯСНЕННЯ СТОРІН, ТРЕТІХ ОСІБ ТА ЇХНІХ ПРЕДСТАВНИКІВ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Хащева Я.В.

*студентка III-го курсу юридичного факультету
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

За часів дії Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) 1963 року, пояснення сторін і третіх осіб було самостійним і повноправним засобом доказування. Проте його законодавче визначення носило декларативний характер, оскільки суди орієнтувалися на їхні пояснення в останню чергу або взагалі не брали їх до уваги. Тому в юридичній літературі двояко зазначалося, що пояснення сторін і третіх осіб є одним із засобів доказування і тут же, вони потребують підтвердження іншими засобами доказування, враховуючи юридичну зацікавленість сторін у справі. Введення такої умови, як допит сторін та третіх осіб в якості свідків, додає багато неточностей

¹ Професійне представництво адвоката у цивільному процесі : монографія. М. В. Шпак. Харків : Право, 2020. 224 с.

щодо використання цього засобу доказування у суді. Стосовно пояснень сторін, третіх осіб та їх представників, С. Я. Фурса характеризувала їх саме як засіб доказування, який полягає у наданні суду відомостей про факти, на підставі яких суд встановлює наявність обставин, що обґрунтовують їх вимоги чи заперечення, та інші обставини, які мають значення для правильного вирішення справи¹.

Діюче процесуальне законодавство в переліку засобів доказування не виділяє пояснення сторін, третіх осіб та їх представників. Натомість відповідно до статті 92 ЦПК України сторони, треті особи та їхні представники за їхньою згодою, в тому числі за власною ініціативою можуть бути допитані як свідки про відомі їм обставини, що мають значення для справи². Отже, в законодавстві визначено можливість допиту в якості свідків: сторін, третіх осіб та їхніх представників. Це, насамперед, має бути не заборонено Кодексом, а також на це має бути згода цих осіб чи їх власна ініціатива. І тільки за таких умов їх пояснення будуть слугувати засобом доказування.

Оскільки сторони та треті особи (які заявляють самостійні вимоги на предмет спору) є безпосередніми суб'єктами спірних правовідносин, що розглядаються судом, їх пояснення в процесі можуть містити найбільш повні і точні відомості про обставини справи. Пояснення сторін і третіх осіб зустрічаються практично по всіх цивільних справах. Пояснення цих осіб – важливі засоби встановлення фактичних обставин справи, оскільки вони є безпосередніми учасниками спірних правовідносин.

Особливості пояснень сторін як джерела доказів виявляються у наступному: по-перше, сторони – учасники спірних правовідносин, і вони юридично заінтересовані у результаті справи. Вони є одночасно і учасниками справи від дій яких залежить виникнення, розвиток і закінчення процесу, і джерелами надання доказів; по-друге, надання пояснень – право сторін, а не їх обов'язок. Тому в законодавстві не передбачені санкції за відмову від дачі пояснень, за дачу помилкових пояснень. Ця обставина повинна враховуватися судом при оцінці доказів.

Так, із ЦПК України можна виділити основні складові, що характеризують порядок дослідження пояснень учасників справи, в судах першої інстанції: – після доповіді у справі суд заслуховує пояснення позивача, третьої особи, яка бере участь на його стороні та їх представників, відповідача, третьої особи, яка бере участь на його стороні і їх представників, а також інших осіб, які беруть участь у справі; – у разі наявності кількох вимог, суд може зобов'язати давати пояснення щодо кожної окремо; – коли сторони висловлюються не чітко або з їх слів не можна дійти висновку про те, визнають вони обставини чи заперечують проти них, суд може зажадати конкретної відповіді; – також сторони та особи можуть ставити питання один одному; – зміст письмових пояснень оголошуються головуючим.

Виникає багато проблем пов'язаних із забезпеченням достовірності пояснень сторін, оскільки їх юридична заінтересованість у вирішенні справи у багатьох випадках може означати наявність мотиву до необ'єктивного викладення фактів (обставин). Проте пояснення сторін, третіх осіб та їх представників є досить важливим доказом. Адже їм як очевидцям, безпосереднім учасникам подій, які обговорюються в судовому процесі, краще, ніж кому-небудь, відомі ті факти, які повинен встановити суд.

Як вірно зазначає Д. М. Ясинок, практика показує, що сторони як правило дають свої покази (пояснення) в певній хронологічній послідовності щодо виникнення, розвитку та закінчення правовідносин. Не дивлячись на це, кожна із сторін часто «оминає» ті чи інші

¹ Фурса С. Я., Цюра Т. В. Докази і доказування у цивільному процесі: Науково-практичний посібник. (Серія: Процесуальні науки). К.: Видавець Фурса С. Я., КНТ, 2005. 256 с

² Цивільний процесуальний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 1 вересня 2021 р. К.: ПАЛИВОДА А. В., 2021. 312с.

моменти, які як їм здається «говорять» не на їх користь. При виявленні даних фактів іншою стороною в судовому процесі по суті починається «глухачний» процес щодо окремих слів, речень, точного розуміння окремих фактів чи обставин. Безумовно, що такі глухачення мають «перекіс» в бік свого інтересу, оскільки кожна із сторін проводить свою ідею справедливості. При цьому, це має місце і в тих випадках, коли кожна із сторін набуває статусу свідка¹.

Пояснення сторін, третіх осіб та їхніх представників мають статус доказів за умов, що сторони, треті особи та їхні представники допитані як свідки та пояснення давалися за їх згодою. Доказове значення мають лише ті пояснення сторін, третіх осіб та їхніх представників, в яких містяться відомості про факти, що мають значення для справи. Поряд із поясненнями по суті справи сторони, треті особи та їхні представники мають право надавати свої доводи і міркування з усіх питань, що виникають у ході судового розгляду, брати участь у допиті свідків і експертів, висловлювати свою думку з приводу змісту й достовірності письмових і речових доказів тощо. Подібні пояснення поряд із заявами розпорядчого характеру (визнання позову, відмова від позову тощо) не є доказами у справі.

За загальними правилами в юридичній літературі пояснення сторін стосовно їх змісту кваліфікують на твердження, визнання та заперечення. Пояснення сторін за своїм характером поділяються на твердження та визнання. Твердження – це пояснення, що спрямовані на підтвердження юридичних, доказових й інших фактів, які мають значення у справі та належать до обов'язку доказування позивача, відповідача, третьої особи та відповідають їхнім інтересам. Це, зокрема, пояснення позивача, що підтверджують факти відтворення творів, публічне виконання та публічне відтворення творів, публічний показ і інші способи використання твору без дозволу позивача. Визнання – повідомлення сторін про факти, що не відповідають (суперечать) їхнім процесуальним інтересам і обов'язок доказування яких покладено на другу сторону. Так, відповідач може визнати факт переробки твору автором/позивачем². Запереченням є пояснення, в якому заперечують факти, наведені іншими особами у справі. Також законодавством передбачена можливість відповідача заперечувати проти позову, посилаючись на незаконність вимог позивача, їх необґрунтованість, відсутність у позивача права на звернення до суду або наявність перешкод для відкриття провадження у справі, мета якого спростувати позов та досягти відмови у задоволенні позову частково або повністю.

Окрім того, законодавець у ст. 93 ЦПК закріплює письмове опитування учасників справи як свідків. Щодо самої процедури опитування учасників справи як свідків учасник справи має право поставити в першій заяві по суті справи, що ним подається до суду, не більше десяти запитань іншому учаснику справи про обставини, що мають значення для справи. В свою чергу учасник справи, якому поставлено питання позивачем, зобов'язаний надати вичерпну відповідь окремо на кожне питання по суті. На запитання до учасника справи, який є юридичною особою, відповіді надає її керівник або інша посадова особа за його дорученням.

Отож, це, свого роду, є новацією цивільного процесу. Слушно зазначає М.О. Гетманцев, що дане положення спрямоване на конкретизацію питань та економії часу, проте залежно від складності справи інколи цієї кількості питань може не вистачити або ж поза увагою залишиться більш важливе питання, що матиме значення для справи³.

¹ Теорія доказового права: науково-практичний посібник (монографія); за заг. ред. д.ю.н., проф., акад. академії наук Вищої школи України М. М. Ясинка. Київ: Алерта, 2021. 426 с.

² Штефан О. Пояснення сторін і третіх осіб у справах, які виникають зі спірних авторсько-правових відносин. Теорія і практика інтелектуальної власності. № 1. 2017. С. 5-15.

³ Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар: Вид. 2-ге, перероб. та доп. / за заг. ред. д.ю.н., професора, академіка Академії наук вищої школи України М. М. Ясинка. Київ: Алерта, 2020. 810 с.

Отже, сторони, треті особи та їхні представники, окрім дачі пояснень на підставі ЦПК України, можуть бути допитані як свідки про відомі їм обставини, що мають значення для справи. ЦПК України визначає можливість допиту сторін, третіх осіб та їхніх представників за їхньою згодою, в тому числі за власною ініціативою в якості свідків без зміни їх процесуального статусу.

Науковий керівник: кандидат юридичних наук, доцент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича І. Ю. Татулич.

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ТА ОСОБЛИВОСТІ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ ПРОТИ ПРАВОСУДДЯ

Щербакова Я.М.

*студентка III-го курсу юридичного факультету
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

Правосуддя – це самостійна галузь державної діяльності, яка здійснюється судом шляхом розгляду і вирішення у судових засіданнях в особливій, встановленій законом, процесуальній формі цивільних, кримінальних, господарських, адміністративних справ.

У кримінальному праві поняттю правосуддя надається більш широке значення і під ним розуміють не тільки специфічну діяльність суду по розгляду конкретних справ, а й діяльність органів та установ, які сприяють йому у цьому: органів дізнання, досудового слідства, прокуратури, установ, які виконують рішення суду, що набрали законної сили, а також діяльність окремих осіб, уповноважених законом на участь в судочинстві, – захисників, представників особи по наданню правової допомоги, судових експертів тощо¹.

Суди здійснюють правосуддя з метою захисту прав, свобод та інтересів людини і громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб, інтересів суспільства та держави. Проте нерідко відбуваються ситуації, коли судді чи інші суб'єкти забезпечення правосуддя зловживають своїми правами та порушують засаду законності правосуддя, або так звані сторонні особи порушують встановлені законодавством приписи і вчиняють посягання на належну діяльність судової влади.

Кримінальні правопорушення проти правосуддя – це суспільно небезпечні діяння, які передбачені XVIII розділом Особливої частини Кримінального кодексу України, що порушують нормальну діяльність суду, а також органів, які забезпечують здійснення правосуддя.

Родовим об'єктом цих посягань є суспільні відносини, пов'язані зі здійсненням правосуддя в державі. Безпосереднім об'єктом таких кримінальних правопорушень є суспільні відносини, пов'язані з регулюванням певних аспектів діяльності щодо здійснення правосуддя.

Крім того, деякі з кримінальних правопорушень проти правосуддя вимагають встановлення додаткового безпосереднього об'єкта, оскільки їх вчинення пов'язане з насильством, заподіянням тілесних ушкоджень або смерті. В такому випадку додатковим безпосереднім об'єктом таких кримінальних правопорушень виступатиме життя і здоров'я особи, власність, громадська безпека, авторитет відповідних органів тощо.

Основний поділ кримінальних правопорушень проти правосуддя на види здійснюється саме за безпосереднім об'єктом, на який спрямоване посягання винного. За

¹ Борисов В.І., Тютюпін В.І. Злочини проти правосуддя : навч. посіб. Харків : Нац. юр. акад. України, 2011. 155 с.

цим критерієм кримінальні правопорушення, передбачені XVIII розділом Особливої частини КК України, можна поділити на 5 груп.

Перша група включає кримінальні правопорушення, які посягають на конституційні принципи діяльності органів досудового слідства, дізнання, прокуратури і суду: завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою (ст.371 КК), Притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності (ст.372 КК), порушення права на захист (ст.374 КК), постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови (ст. 375 КК), втручання в діяльність судових органів (ст.376 КК), втручання в діяльність захисника чи представника особи (ст.397 КК). Так, відповідно до ст.29 Конституції України ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом, а згідно п.6 ст.129 Конституції України одним із найважливіших принципів правосуддя є право обвинувачуваного на захист¹. Тобто, до цієї групи належать ті правопорушення, які порушують основні засади діяльності суду та тих органів та осіб, що забезпечують здійснення правосуддя.

До другої групи належать кримінальні правопорушення, що посягають на життя, здоров'я, особисту безпеку, майно суддів, народних засідателів, присяжних та інших учасників судочинства: посягання на життя судді, народного засідателя чи присяжного у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя (ст.379 КК), посягання на життя захисника чи представника особи у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги (ст.400 КК), погроза або насильство щодо судді, народного засідателя чи присяжного (ст.377 КК), погроза або насильство щодо захисника чи представника особи (ст. 398 КК), умисне знищення або пошкодження майна судді, народного засідателя чи присяжного (ст.378 КК) та умисне знищення або пошкодження майна захисника чи представника особи (ст.399 КК). Особливість цієї групи посягань полягає в тому, що вони вчиняються саме у зв'язку з виконанням зазначеними вище особами обов'язків із здійснення правосуддя, або надання ними правової допомоги. Потерпілими від цих правопорушень можуть бути не тільки суддя, народний засідатель, захисник та інші учасники судочинства, а й також їх близькі родичі.

Третю групу формують кримінальні правопорушення, які перешкоджають одержанню достовірних доказів та істинних висновків у справі: примушування давати показання (ст.373 КК), завідомо неправдиве повідомлення про вчинення кримінального правопорушення (ст.383 КК), введення в оману суду або іншого уповноваженого органу (ст.384 КК), відмова свідка від давання показань або відмова експерта чи перекладача від виконання покладених на них обов'язків (ст.385 КК) та ін.

Четверта група включає кримінальні правопорушення, які перешкоджають своєчасному розкриттю кримінального правопорушення: нежиття заходів безпеки щодо осіб, взятих під захист (ст. 380 КК), розголошення відомостей про заходи безпеки щодо особи, взятої під захист (ст. 381 КК), розголошення даних оперативно-розшукової діяльності, досудового розслідування (ст.387 КК), приховування злочину (ст.396 КК) та ін.

Закони України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» та «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь в кримінальному судочинстві» від 23 грудня 1993р. перелічують коло осіб, на яких такий захист поширюється; регулюють види заходів, які спрямовані на охорону їх життя, здоров'я, майна та особисті недоторканості; встановлюють органи, які уповноважені приймати та виконувати

¹ Конституція України : Закон України від 28 черв. 1996р. №30.
URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96%D0%B2%D1%80#Text>

рішення про застосування таких заходів; регламентують їх права та обов'язки, а також підстави, порядок та види відповідальності за порушення цих обов'язків¹.

До п'ятої групи входять кримінальні правопорушення, які перешкоджають виконанню вироку (рішення) і призначеного ним покарання: невиконання судового рішення (ст. 382 КК), ухилення від покарання, не пов'язаного з позбавленням волі (ст. 389 КК), заїсна непокора вимогам адміністрації установи виконання покарань (ст. 391 КК), дії, що дезорганізують роботу установ виконання покарань (ст.392 КК), втеча з місця позбавлення волі або з-під варти (ст. 393 КК) та ін. Реальне виконання судових рішень, обов'язковість яких є однією з найважливіших складових, на яких ґрунтується авторитет всієї судової влади та верховенство права в державі, є найгострішою проблемою вітчизняного судочинства.

Багато статей, розташованих в розділі XVIII Особливої частини КК України є бланкетними, що вимагає звернення до Конституції України, КПК України та інших нормативних актів. Також особливість кримінальних правопорушень проти правосуддя полягає в тому, що деякі з них є так званими спеціальними видами службових кримінальних правопорушень (наприклад, передбачені ст. 371-375 КК України), що потребує їх відмежування від протиправних посягань, передбачених Розділом XVII «Кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності», або кваліфікації кримінальних правопорушень проти правосуддя та у сфері службової діяльності за сукупністю.

В деяких складах кримінальних правопорушень проти правосуддя як ознаку об'єкта виділяють предмет кримінального правопорушення. Ним, наприклад, може виступати завідомо неправосудний вирок, рішення, ухвала суду, майно, яке належить судді, народному засідателю чи присяжному, дані досудового слідства, майно, на яке накладено арешт тощо.

Варто зазначити, що деякі з цих суспільно небезпечних посягань можуть передбачати наявність потерпілих осіб, зокрема ними можуть бути підозрюваний, обвинувачений, свідок, особа, взята під захист, потерпілий, суддя, захисник тощо (притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності, втручання в діяльність захисника чи представника особи).

Об'єктивна сторона кримінальних правопорушень проти правосуддя полягає в різних перешкоджаннях чи протидії діяльності органів та установ, що здійснюють правосуддя. Найчастіше такі протиправні дії проявляються у формі активної дії (постановлення суддею завідомо неправосудного вироку (ст.375 КК України), знищення майна захисника (ст.399 КК України) тощо), проте іноді вони можуть вчинятися шляхом пасивної поведінки, тобто бездіяльності, під якою розуміють невиконання особою покладених на неї законом зобов'язань (відмова свідка від давання показань (ч.1 ст.385 КК України). Деякі з кримінальних правопорушень проти правосуддя можуть вчинятися як шляхом дії, так і бездіяльності. Наприклад, ухилення від відбування покарання у виді обмеження волі (ч.1 ст.390 КК України) може полягати в самовільному залишенні місця обмеження волі, тобто дія, а за ч.2 цієї статті – у неповерненні до місця відбування цього покарання особи, якій було дозволено короточасний виїзд із місця обмеження волі, тобто бездіяльність.

Об'єктивна сторона деяких кримінальних правопорушень проти правосуддя складається з кількох альтернативних діянь, і вчинення будь-якого з них вказує на закінчений склад злочину. Наприклад за ст.380 КК України суспільно небезпечне діяння може полягати в неприйнятті рішення, несвочасному прийнятті або в прийнятті

¹ Бажанов М.І., Сташис В.В., Тацій В.Я. Кримінальне право України (Особлива частина) – 2-е вид., перероб. і доп.: підр. Київ : Юрінком Інтер, 2005. 544 с.

недостатньо обґрунтованого рішення про застосування заходів безпеки щодо працівників суду, правоохоронних органів або осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві.

Більшість кримінальних правопорушень мають формальний склад, тобто вважаються закінченими з моменту посягання, незалежно від того чи настали суспільно небезпечні наслідки (приховування кримінального правопорушення, примушування давати показання тощо), але деякі з них характеризуються матеріальним складом (умисне знищення або пошкодження майна судді).

Суб'єктом кримінальних правопорушень проти правосуддя можуть бути: загальний суб'єкт, тобто особа віком з 16 років (приховування злочину, втручання в діяльність судових органів); особа віком з 14 років (посягання на життя судді, народного засідателя чи присяжного); спеціальний суб'єкт, а саме: працівники правоохоронних органів, суддя, свідок, експерт, особи, що перебувають в місцях позбавлення волі тощо.

Із суб'єктивної сторони кримінальні правопорушення вчиняються умисно, а саме з прямим умислом. Однак кримінальні правопорушення, передбачені ст.ст. 380 та 381 КК України характеризуються змішаною формою вини, тобто умисел або необережність щодо діяння і тільки необережність щодо наслідків¹.

Отже, враховуючи все вищевикладене, ми можемо зробити висновок, що кримінальними правопорушеннями проти правосуддя є група суспільно небезпечних посягань, які завдають шкоди важливій сфері державної діяльності, пов'язаної із захистом прав та інтересів фізичних, юридичних осіб, суспільства та держави. Правосуддя може ефективно здійснюватися лише за умови додержання законодавства як суддями, так і іншими службовими особами та громадянами, що залучаються до діяльності судів щодо здійснення правосуддя.

***Науковий керівник:** асистент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича Л.Г. Бзова.*

¹ Шевчук А.В., Дякур М.Д. Кримінальне право України (Особлива частина) : навч. посіб. Чернівці : Чернівецький нац. ун-т, 2013. 472 с.

Наукове видання

СУЧАСНІ ВИКЛИКИ ТА АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ СУДОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ

Матеріали міжнародної науково-практичної конференції

(Чернівці, 29 жовтня 2021 р.)

Підписано до друку 30.10.2021 р.