

**IV** МІЖНАРОДНИЙ  
СУДОВО-ПРАВОВИЙ  
ФОРУМ • 2016

**СУДОВА РЕФОРМА:  
СТАН ТА НАПРЯМИ  
РОЗВИТКУ**

ОРГАНІЗАТОРИ



Верховний Суд  
України

ЮРИДИЧЕСКАЯ  
ПРАКТИКА  
ГАЗЕТА УКРАЇНСЬКИХ ЮРИСТІВ



Підтримка реформ  
у сфері юстиції  
в Україні



# ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРАКТИКА

ГАЗЕТА УКРАИНСКИХ ЮРИСТОВ

## IV СУДОВО-ПРАВОВИЙ ФОРУМ «СУДОВА РЕФОРМА: СТАН ТА НАПРЯМИ РОЗВИТКУ»

м. КИЇВ

17–18 БЕРЕЗНЯ 2016 РОКУ

© ПрАТ «Юридична практика», 2016

Упорядники: Гвоздецький А.О., Сваткова Д.Д.  
Верстка: Дмитрук О.М.  
Літературний редактор: Тавлуй І.С.  
Коректор: Рослякова О.С.

Адреса редакції: вул. Дегтярівська, 25А, корпус «Л», м. Київ, 04119  
Телефон: (044) 495-27-27 (багатоканальний)  
Телефакс: (044) 495-27-77  
E-mail: info@pravo.ua

Наклад: 200

Забороняється розповсюдження та тиражування цього видання будь-яким способом та з будь-якою метою (включаючи копіювання для службового використання всередині організації) без попередньої письмової згоди видавця



Видавництво ЮРИДИЧНА ПРАКТИКА ©

# ЗМІСТ

---

## ДЕНЬ ПЕРШИЙ 17.03.2016

---

СУДОВА РЕФОРМА В УКРАЇНІ: ПОГЛЯД НА ЕФЕКТИВНІСТЬ ПРАВОСУДДЯ ЧЕРЕЗ ПРИЗМУ СОЦІАЛЬНИХ ПОТРЕБ Ярослав Романюк .....	9
---	---

### СЕСІЯ I. СУДОВА РЕФОРМА: КОНСТИТУЦІЙНИЙ ЕТАП

#### СЕКЦІЯ 1. УДОСКОНАЛЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВОСУДДЯ: КЛЮЧОВІ ЗМІНИ

ОСНОВНІ НОВАЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНОГО ЕТАПУ СУДОВОЇ РЕФОРМИ Олексій Філатов .....	19
НОВІ КОНСТИТУЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ ТА ПОРЯДОК ФОРМУВАННЯ ВИЩОЇ РАДИ ПРАВОСУДДЯ Ігор Бенедисюк .....	23
РОЗВИТОК МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБИТРАЖУ ЯК НЕОБХІДНА СКЛАДОВА УСПІШНОСТІ СУДОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ Микола Селівон .....	29

#### СЕКЦІЯ 2. ДИСКУСІЙНІ ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО РЕФОРМУВАННЯ

НОВИЙ КОНСТИТУЦІЙНИЙ ФОРМАТ ДІЯЛЬНОСТІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ: КОНСТИТУЦІЙНА СКАРГА Юрій Баулін .....	39
ГАРАНТОВАНЕ ПРАВО НА ПРОФЕСІЙНУ ПРАВНИЧУ ДОПОМОГУ: ЧИТАЄМО МІЖ РЯДКІВ Олег Яким'як .....	45
ЗМІНИ В ДІЯЛЬНОСТІ ПРОКУРАТУРИ, ОБУМОВЛЕНІ РЕФОРМУВАННЯМ, У ТОМУ ЧИСЛІ НА КОНСТИТУЦІЙНОМУ РІВНІ Олег Заліско .....	49
АДВОКАТСЬКА МОНОПОЛІЯ: ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД Ігнас Вегеле .....	55

### СЕСІЯ II. СУДОВА РЕФОРМА: ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ЕТАП

#### СЕКЦІЯ 1. ЗАПРОВАДЖЕННЯ СУДОВОГО ПРЕЦЕДЕНТУ В УКРАЇНІ: РЕАЛІЇ ТА ПЕРСПЕКТИВИ

ПРАВОВА ПРИРОДА РІШЕННЯ ВЕРХОВНОГО СУДУ УКРАЇНИ Наталія Кузнецова .....	65
ЗНАЧЕННЯ ПРЕЦЕДЕНТІВ У СФЕРІ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В США І ПРАКТИКИ СУДУ В УКРАЇНІ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ Олена Кохановська .....	69
РОЛЬ ВІДДІЛУ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ ВЕРХОВНОГО СУДУ ЛИТВИ В ПРОЦЕСІ ГАРМОНІЗАЦІЇ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ Йонас Прап'єстис .....	77

#### СЕКЦІЯ 2. РЕФОРМУВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА: ШЛЯХИ І МЕХАНІЗМИ

ЗАСТОСУВАННЯ ІНФОРМАЦІЙНИХ ТА ЕЛЕКТРОННО-КОМУНІКАТИВНИХ ТЕХНОЛОГІЙ У РАМКАХ РОЗГЛЯДУ ГОСПОДАРСЬКИХ СПОРІВ: ДОСВІД ЛИТВИ ТА ІНШИХ ДЕРЖАВ Римвідас Норкус .....	93
УНІФІКАЦІЯ ТА ГАРМОНІЗАЦІЯ НОРМ ЦИВІЛЬНОГО, ГОСПОДАРСЬКОГО ТА АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ Дмитро Луспенник .....	101
СУДОВА МАТРИЦЯ: РОЗВАНТАЖЕННЯ ЯК МЕХАНІЗМ ОПТИМІЗАЦІЇ СУДОВОЇ СИСТЕМИ Михайло Цуркан .....	107
ЕКОНОМІКА ДЕРЖАВИ І СУДОВА РЕФОРМА: ПАРАЛЕЛІ, ЩО ПЕРЕТІНАЮТЬСЯ (В РОЗРІЗІ ФУНКЦІОНУВАННЯ ГОСПОДАРСЬКИХ СУДІВ) Геннадій Кравчук .....	113

---

## ДЕНЬ ДРУГИЙ 18.03.2016

---

### СЕСІЯ III. АКТУАЛЬНІ ПРАКТИКИ

#### СЕКЦІЯ 1. КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ: ОСОБЛИВИ МЕХАНІЗМИ

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ СУДДІ: МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ В'ячеслав Навроцький .....	125
КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ: СПЕЦІАЛЬНА КОНФІСКАЦІЯ МАЙНА Арманас Абрамавічюс .....	131
НОВІ МЕХАНІЗМИ «АНТИКОРУПЦІЙНОЇ» ПОЛІТИКИ: ДО ЧОГО ГОТУВАТИСЯ БІЗНЕСУ? Олександр Дударов .....	135
ПРАВО ОСОБИ НА СВОБОДУ ТА ОСОБИСТУ НЕДОТОРКАНІСТЬ: ВІТЧИЗНЯНІ ВИНЯТКИ З ЄВРОПЕЙСЬКИХ ПРАВИЛ Микола Короткевич .....	143
ПУБЛІЧНЕ ЗВИНУВАЧЕННЯ ЯК ПОПУЛЯРНИЙ ІНСТРУМЕНТ ДЛЯ ПРИЯТЯГНЕННЯ ДО КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ Ігор Федоренко .....	149

# ЗМІСТ

## СЕКЦІЯ 2. ПОДАТКОВІ СПОРИ

УГОДИ ПРО УНИКНЕННЯ ПОДВІЙНОГО ОПОДАТКУВАННЯ: ПРАВОВІ ПОЗИЦІЇ Віктор Маринченко .....	155
ПРЕЗУМПЦІЯ ПРАВОМІРНОСТІ ПОЗИЦІЇ ПЛАТНИКА ПОДАТКУ: ПРАЦЮЄ ЧИ НІ? Раїса Ханова .....	161
РІВЕНЬ ЗАКОНОДАВЧОЇ ТЕХНІКИ ЯК УМОВА ПРИЙНЯТТЯ ЯКІСНОГО СУДОВОГО РІШЕННЯ Микола Кучерявенко .....	167
АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА У ПОДАТКОВИХ СПОРАХ Данило Гетманцев .....	171

## СЕКЦІЯ 3. СПОРИ, ЩО ВИНИКАЮТЬ ІЗ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ НЕЗАКОННИМИ РІШЕННЯМИ, ДІЯМИ ЧИ БЕЗДІЯЛЬНІСТЮ ОРГАНУ, ЩО ЗДІЙСНЮЄ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВУ ДІЯЛЬНІСТЬ, ДОСУДОВЕ РОЗСЛІДУВАННЯ, ПРОКУРАТУРИ АБО СУДУ Алла Олійник .....	175
ПОХІДНИЙ ПОЗОВ: ПІДСТАВА ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ДИРЕКТОРА ТОВАРИСТВА ЗА ЗАПОДІЯНУ ШКОДУ Роман Майданик .....	187
ПРИПИНЕННЯ ІПОТЕКИ ТА ПОРУКИ ЗА РІШЕННЯМ СУДУ: СТАЇЛІСТЬ ПРАКТИКИ ТА НОВІ ТЕНДЕНЦІЇ Олена Волянська .....	191
ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ ЩОДО ДОГОВОРІВ, УКЛАДЕНИХ ОДНИМ ІЗ ПОДРУЖЖЯ, ЯКИЙ МАЄ СТАТУС ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ — ПІДПРИЄМЦЯ Алла Лєсьюк .....	201

## СЕКЦІЯ 4. «ІНТЕЛЕКТУАЛЬНІ» СПОРИ

ВИЧЕРПАННЯ ВИКЛЮЧНИХ ПРАВ НА ТОРГОВЕЛЬНІ МАРКИ В УКРАЇНІ: ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ Валентин Палій .....	207
РОЗГЛЯД ГОСПОДАРСЬКИМИ СУДАМИ УКРАЇНИ СПОРІВ ЩОДО ЗАХИСТУ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ЗА УЧАСТЮ ОРГАНІЗАЦІЇ КОЛЕКТИВНОГО УПРАВЛІННЯ Марина Доманська .....	211
ЗАХИСТ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ У СУДОВОМУ ПОРЯДКУ: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ Анатолій Кодинеш .....	219
ЗАХИСТ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В ПОРЯДКУ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА Євгеній Компанець .....	225

## СЕКЦІЯ 5. СПРАВИ ПРО БАНКРУТСТВО

ВИЗНАННЯ НЕДІЙСНИМИ ПРАВОЧИНІВ (ДОГОВОРІВ) ТА СПРОСТУВАННЯ МАЙНОВИХ ДІЙ БОРЖНИКА У БАНКРУТСТВІ Денис Кищенко .....	231
АНАЛІЗ СУДОВИХ РІШЕНЬ У СПРАВАХ ПРО БАНКРУТСТВО СТОСОВНО АРБІТРАЖНИХ КЕРУЮЧИХ Леонід Талан .....	237
КАСАЦІЙНЕ ОСКАРЖЕННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ДОКУМЕНТІВ У СПРАВАХ ПРО БАНКРУТСТВО ЯК ГАРАНТІЯ ЗАХИСТУ ПРАВ УЧАСНИКІВ ПРОВАДЖЕННЯ Ніна Камша .....	243
ТРАНСКОРДОННІ СПРАВИ ПРО БАНКРУТСТВО: ШЛЯХИ УДОСКОНАЛЕННЯ ВІТЧИЗНЯНОГО ЗАКОНОДАВСТВА Олександр Бірюков .....	249

## СЕКЦІЯ 3. СПОРИ, ЩО ВИНИКАЮТЬ ІЗ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

УМОВИ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ ГРОШОВИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ АНТИТЕРОРИСТИЧНОЇ ОПЕРАЦІЇ В УКРАЇНІ Анатолій Коструба .....	257
ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ЄДИНОГО ПРАВОВОГО ПІДХОДУ ДО РОЗГЛЯДУ СПРАВ ПРО ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ ЗА ДОГОВОРАМИ СТРАХУВАННЯ НАЗЕМНИХ ТРАНСПОРТНИХ ЗАСОБІВ Людмила Стратієнко .....	261
ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ ПРО СТЯГНЕННЯ СТРАХОВОГО ВІДШКОДУВАННЯ ЗА ЗОБОВ'ЯЗАННЯМИ, ЩО ВИНИКАЮТЬ З ДОГОВОРІВ СТРАХУВАННЯ Григорій Усик .....	265
ВИЗНАННЯ ДОГОВОРІВ ОРЕНДИ НЕДІЙСНИМИ: ОСТАННІ ТЕНДЕНЦІЇ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ Ніна Кучерук .....	273
ЗАХИСТ ВКЛАДНИКАМИ СВОЇХ ПРАВ У СУДАХ У ЗВ'ЯЗКУ З НЕВИКОНАННЯМ БАНКАМИ УМОВ ДОГОВОРІВ БАНКІВСЬКОГО ВКЛАДУ Олексій Харитонов .....	279
СПОРИ З ФОНДОМ ГАРАНТУВАННЯ ВКЛАДІВ ФІЗИЧНИХ ОСІБ: ОСТАННІ ТЕНДЕНЦІЇ Андрій Савчук .....	285

ДЕНЬ ПЕРШИЙ 17.03.2016

---



**IV СУДОВО-ПРАВОВИЙ ФОРУМ  
«СУДОВА РЕФОРМА:  
СТАН ТА НАПРЯМИ РОЗВИТКУ»**

ДЕНЬ ПЕРШИЙ 17.03.2016







---

## СУДОВА РЕФОРМА В УКРАЇНІ: ПОГЛЯД НА ЕФЕКТИВНІСТЬ ПРАВОСУДДЯ ЧЕРЕЗ ПРИЗМУ СОЦІАЛЬНИХ ПОТРЕБ

---



---

### **ЯРОСЛАВ РОМАНЮК**

кандидат юридичних наук, Голова Верховного Суду України

---

Сьогодні я маю честь вступною доповіддю відкривати наш захід, який присвячено обговоренню сучасного стану судової реформи в Україні, напрямів її подальшого розвитку. Звісно, найяскравішою темою залишатимуться оновлення, які пропонує судовій владі законопроект щодо внесення змін до Конституції України в частині правосуддя. Саме він зараз на вустах та активно обговорюється в юридичних колах і не тільки.

Я не зупинятимуся на всіх деталях конституційних новацій, адже учасники форуму матимуть змогу почути про них у доповідях, які ще прозвучать цього дня. Натомість хочу повернути вектор вашої уваги в бік подальших напрямів розвитку судової реформи.

Конституція — це базис для розвитку законодавства в усіх сферах суспільного життя. Безумовно, фундаментальні зміни в правилах функціонування судової системи неможливі без змін конституційних. Однак будьмо об'єктивними — самими лише цими змінами судова реформа не обмежується та з їх прийняттям не закінчується.

Справді, багато реформаторських ініціатив безпосередньо пов'язано з внесенням змін до Конституції. Але немало процесів у судочинстві ми можемо почати вдосконалювати вже тепер, не чекаючи таких змін. Це варто робити рішучіше та активніше, не боятися сміливих ідей і новацій, адже сучасний етап здійснення судової реформи — надважливий і особливий.

Запитаєте чим? Відповім. Тим, що Україна нарешті повинна завершити судову реформу. Тобто дійти до кінцевої мети, а не припинити на певному етапі, щоб через рік-два знову взятися щось реформувати або взагалі починати все спочатку.

Судова система нашої держави з дня здобуття незалежності реформується майже безперервно. Реформаторські ініціативи завжди обґрунтовувалися глобальними цілями та високими ідеалами, але на практиці мали здебільшого тимчасовий, ситуативний успіх. Це було спричинено багатьма чинниками. Окремі реформаторські ініціативи були політично забарвленими, інші — видавалися привабливими зовні, але на практиці спрацьовували в спотвореному вигляді.

Деякі зміни давали позитивний результат, але деякі не відповідали поставленим цілям. Деякі ініціативи були нежиттєздатними «від народження», змінювалися чи скасовувалися без практичного втілення. Деякі, навпаки, активно впроваджувалися у життя, хоча фактично «вбивали» ефективно працюючі елементи судової системи, не пропонуючи альтернатив.

Мало це такий вигляд, наче в Україні судова реформа проводилася заради самого процесу, а не для результату. Тому я впевнений, що треба врешті вийти з того замкненого кола під назвою «процес судової реформи», в якому немає ані початку, ні кінця.

На сучасному етапі цієї реформи варто сконцентруватися на кінцевій меті, яку ми собі ставимо, коли говоримо про судову реформу. Якого результату прагнемо? Чого конкретно хочемо? Конкретна кінцева мета і задає напрям реформи, її темп, а також обумовлює пошук оптимального набору засобів для досягнення цілі.

Фундаментальною гарантією захисту прав людини і громадянина була та залишається діяльність суду зі здійснення правосуддя, яке ґрунтується на справедливості та верховенстві права.

Крім того, соціологія права розглядає [1] діяльність суду як специфічний, незамінний соціальний інститут і наділяє її суспільним сенсом. Тобто вся діяльність судів підпорядкована справі захисту прав і свобод людини. Це — вихідний принцип як стратегічного, так і поточного аспектів функціонування судової системи.

Тому я переконаний, що метою судової реформи є функціонування в Україні такої судової системи, яка орієнтується на задоволення потреб та інтересів насамперед споживача судових послуг. У результаті реформи ми повинні одержати судову систему, що забезпечує максимальну ефективність виконання судами своєї основної функції — здійснення правосуддя.

Суд і судова система завжди породжуються певною суспільною системою [2], нехай і внаслідок владної волі тих чи інших політичних сил. Тому «ефективність» діяльності судової системи так само має розглядатися через призму соціальних потреб.

Будьмо відвертими: для людини, яка звертається до суду, абсолютно неважливі такі речі, як кількість судових інстанцій та нюанси компетенції спеціалізованих судів. Не має значення також і назва суду або за яким процесуальним кодексом суд працює чи який вигляд має судова повістка. Людину, яка вважає своє право порушеним, турбує інше — вона хоче одержати правовий захист швидко, доступно, зрозуміло для себе та ефективно, тобто відчутти в результаті якийсь позитивний ефект.

Власне, такі соціальні потреби знаходять своє відображення в критеріях ефективності діяльності судових систем, які визнано профільними європейськими інституціями. Наприклад, Організація економічного співробітництва та розвитку визначає три таких критерії: 1) строк розгляду справи судом до винесення рішення; 2) доступність суду; 3) передбачуваність судових рішень.

В Україні сучасний етап судової реформи — це слушний час узяти на озброєння зазначені критерії та звернути увагу на широкий спектр новацій, упровадження яких може допомогти в досягненні мети реформування системи судоустрою. Назву декілька основних новацій, запровадження яких, на мою думку, є необхідним:

- оптимізація та спрощення судових процесів у судах усіх рівнів, зменшення кількості та скорочення часу розглядуваних судами справ;
- упровадження нових інститутів позасудового вирішення спорів, у тому числі медіації, та популяризація наявних;

— зміна підходів до формування однакової судової практики та надання прерогативи превентивним засобам.

Деякі з цих новацій уже розглядаються з точки зору можливості впровадження їх, зокрема Радою з питань судової реформи, яка зараз продовжує активно працювати. Проте певні реформаторські ініціативи, м'яко кажучи, не зовсім відповідають цілям судової реформи. При цьому важливі та конче необхідні процесуальні механізми, на жаль, залишаються без уваги.

Нещодавно у Верховній Раді України зареєстровано черговий законопроект № 4180 [3], спрямований на вдосконалення окремих положень законодавства з питань судоустрою і статусу суддів. Його автори — група народних депутатів, які представляють чотири різні політичні сили в парламенті. Це може свідчити про певну єдність поглядів таких сил, принаймні щодо подальших шляхів проведення судової реформи.

Законопроект, зокрема, пропонує досить суттєво оновити базовий для діяльності судової системи Закон України «Про судоустрій і статус суддів». І головний акцент змін — це концентрація публічної уваги власне на постаті судді, загострення інтересу до способу життя суддів — як особистого, так і професійного.

Судді будуть зобов'язані подавати ще дві окремі декларації — декларацію родинних зв'язків і декларацію доброчесності. Ці декларації будуть публічно доступними, а судді притягуватимуться до дисциплінарної відповідальності, якщо декларації не будуть подані чи будуть подані із запізненням. Крім того, на рівні закону закріплюється утворення так званої Громадської ради доброчесності з метою сприяння Вищій кваліфікаційній комісії суддів України в проведенні кваліфікаційного оцінювання.

Головна ідея, якою обґрунтовуються такі пропозиції, — це забезпечення громадського контролю над способом життя суддів, боротьба з корупцією та залучення громадськості до роботи органів у системі судоустрою. Ідея зовні, звісно ж, приваблива та одержує схвальні відгуки в суспільстві.

Ідея нехай залишається ідеєю. А по суті ці нововведення мають мізерну ефективність на практиці.

По-перше, судді вже давно щороку подають декларації про доходи та майно, у тому числі й щодо членів сім'ї. Ці декларації є загальнодоступними, оприлюднюються та неодноразово перевіряються відповідними фіскальними органами. Наприклад, лише за минулий рік були дві таких перевірки. Якщо є потреба розширити зміст декларації, то це можна зробити. І наразі слушний час — перед упровадженням системи електронного декларування.

Тому вже зараз зрозуміло, що немає практичної користі від двох додаткових, але по суті формальних декларацій. До мети судової реформи нас вони не наближають і боротьби з корупцією стосуються, м'яко кажучи, дуже опосередковано. Здебільшого — це штучне створення додаткової підстави для притягнення суддів до відповідальності.

По-друге, ми маємо самостійний орган у системі судоустрою — Вищу кваліфікаційну комісію суддів України, яку сформовано відповідно до європейських стандартів. До її складу входять представники громадянського суспільства. Робота Комісії — прозора й публічна; ми всі можемо спостерігати це.

На сайті Комісії постійно оприлюднюється інформація про питання, які розглядаються, про суддів і кандидатів на посаду судді. Кожен, хто небайдужий, може звернутися до Комісії та надати будь-які відомості про суддю чи кандидата. Комісія й сама вправі запитувати та одержувати інформацію, яка їй потрібна для роботи. Весь цей масив відомостей прискіпливо вивчається, аналізується та використовується в роботі.

Необхідності законодавчого закріплення існування окремого громадського органу для збору, перевірки та аналізу інформації щодо судді немає. Це є та повинно залишатися в компетенції державного органу — Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. При цьому громадськість мала й має необмежене право надавати Комісії інформацію про суддів та кандидатів на посаду судді.

Видається, що теза «залучення громадськості до роботи державних органів» втрачає свій глибинний сенс, перетворюється на такий собі розтиражований штамп і використовується в багатьох реформаторських ініціативах швидше як «данина моді». Необхідно припинити подібну популярську риторику в законотвірчій діяльності та перейти виключно до зваженого й професійного підходу.

Так само і у питаннях боротьби з корупцією, про яку зараз говорять усі й усюди. Це чи не найуживаніше формулювання для обґрунтування великої кількості реформаторських ініціатив. Не стала винятком і судова реформа.

В Україні створюються все нові органи для боротьби з корупцією. Проте їхню діяльність переважно спрямовано на те, щоб виявити факт корупції та покарати корупціонера.

Це, звісно ж, потрібні і правильні речі. Корупцію треба виявляти, порушників треба жорстко карати. Усе так.

Однак я переконаний: поки що ми боремося з наслідками корупції в судовій системі, а не з її причинами. Цей процес можна порівняти з тим, як хворому дають жарознижувальні препарати, щоб «збити» температуру, замість того, щоб з'ясувати, на що саме пацієнт хворіє, та знищити власне хворобу.

Причини корупційних проявів у судах лежать у дещо іншій площині, ніж формальне декларування доходів чи добросовісності суддів. Окрім прагнення особистого збагачення, є інші чинники, які спонукають суддю до корупції, — це недосконале законодавство, яке дає змогу деяким учасникам спорів за сприяння недобросовісних суддів маніпулювати законом.

Сучасне законодавство не передбачає можливості проведення перевірок судових рішень, які сторонами не оскаржені, з метою встановлення неправосудності цих рішень. Немає механізму перегляду таких рішень інакше ніж за заявою чи скаргю самих учасників справи.

Крім того, сама система притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності малоефективна. Переважна більшість суддів в Україні — це судді місцевих і апеляційних судів, скарги на діяльність яких розглядає єдиний на всю державу орган — Вища кваліфікаційна комісія суддів України.

Більше того, Комісія, окрім цих повноважень, має велику кількість інших, не менш важливих, які так само потребують часу, зусиль та уваги. Повноважень не зменшується, а тільки додається, як от нещодавно — проведення первинного та поточного кваліфікаційного оцінювання суддів. Члени Комісії фізично не спроможні впоратися з усіма питаннями однаково швидко. Тому зрозуміло, що на всі випадки дисциплінарних порушень суддів Комісія не здатна реагувати оперативним та ефективно одночасно.

Ці умови утворюють недобросовісних суддів у безкарності, а також розхолоджують інших суддів. Якщо порушення, хоч і дрібне, залишається без належного реагування, воно породжує наступні порушення.

Зараз боротьба з корупцією в системі спрямовується здебільшого на посилення відповідальності порушника. Однак, на мою думку, цього недостатньо. Варто дещо змістити акценти. Не так тяжкість покарання, як його невідворотність повинна стати пріоритетом для подолання корупційних проявів.

Із зазначеною умовою поєднується ще одна, яку водночас можна назвати й причиною виникнення такого негативного явища в судовій системі, як корупція. Це — недостатня кількість ефективних механізмів забезпечення єдності судової практики.

Судова практика загалом — наслідок щоденної діяльності судів, результат правозастосування, який знаходить своє формальне вираження в масиві ухвалених судами рішень. З іншого боку, судовою практикою можна назвати також певні усталені висновки, результати тлумачення правових норм.

З огляду на дані судової статистики [4] останніх років в Україні щороку суди всіх інстанцій розглядають близько 4 мільйонів справ і матеріалів. Тобто щоденно ухвалюється в середньому близько 10 тисяч судових рішень, які так чи інакше містять у собі результат тлумачення різноманітних правових норм.

Тут процитую відомого французького соціолога права Жана Карбоньє: «Суддя — не єдиний інтерпретатор закону..., але лише суддя може надати тлумаченню обов'язкової сили» [5]. Дуже влучно сказано.

Справді, визначальна роль у процесі тлумачення нормативно-правових актів належить саме судді. І цей процес завжди мисленнєвий, тому нерозривно пов'язаний з особистісними характеристиками судді. Крім того, будь-яке тлумачення нормативно-правового акта в конкретній розглядуваній судом справі не може бути, так би мовити, відірване від фактичних обставин цієї справи.

Тож очевидно, що неможливо досягнути єдиного та більше того — єдиного правильного тлумачення правових норм всіма суддями в кожному суді на всій території України. Деяка «розбалансованість» судової практики, особливо на рівні судів першої інстанції, характерна й для будь-якої іншої держави, судова система якої побудована за принципами інстанційної та територіальної юрисдикції судів.

Власне, і Європейський суд з прав людини (далі — ЄСПЛ) погоджується з тим, що певні розбіжності в «інтерпретації» судами одних і тих самих правових норм — це природний наслідок функціонування подібних судових систем. І завдання вищих, верховних судів у тому, щоб урегулювати суперечливість тлумачення, використовуючи ефективні механізми забезпечення узгодженості практики національних

судів (наприклад, справа «Зелінський, Прадель, Гонсалес і інші проти Франції» [6], «Тудор проти Румунії» [7], «Шварцкопф і Тауссік проти Чехії» [8]).

Проблема не в тому, що розбалансованість судової практики взагалі можлива. А в тому, як мінімізувати її прояви силами самої судової системи.

За висновками ЄСПЛ, аби судові тлумачення в рішеннях національних судів відповідали вимогам Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, необхідно, щоб ці рішення були розумно передбачуваними. Таким чином, єдність судової практики — це реалізація принципу правової визначеності та одна з основних цінностей правової системи.

Тому для України забезпечення єдності судової практики — завдання архіважливе з точки зору додержання Конвенції. Однакова, стабільна судова практика гарантує стабільність правопорядку загалом, відповідає принципу рівності всіх перед законом і судом, позитивно впливає на поведінку учасників правовідносин, сприяє формуванню довіри суспільства до суддів і судової влади, мінімізує прояви корупційної складової в судовій системі.

Забезпечення єдності судової практики — завдання найвищої судової установи кожної держави. Про це свідчить позитивний європейський досвід і це підтверджує стала практика ЄСПЛ.

В Україні забезпечення єдності судової практики закон визначає як головне завдання Верховного Суду України. На сьогодні для виконання цього завдання Верховний Суд України користується чи не єдиним дієвим процесуальним механізмом — обов'язковою силою свого правового висновку, який зроблено в рішенні.

Правовий висновок Верховного Суду України має надзвичайну вагу. Проте в класичному розумінні він не є судовим прецедентом, який сформувався в англосаксонській правовій сім'ї. Верховний Суд України не створює й не може створювати правову норму чи змінювати її. Суд на прикладі конкретного випадку роз'яснює зміст правової норми: як її треба розуміти за наявності тих чи інших обставин, як вона реалізується на практиці, які наслідки можуть настати.

Україна належить до держав романо-германської правової сім'ї. Ми маємо достатню розвинуту систему нормативно-правових актів і не потребуємо перетворення судової влади на законодавчу, а суддів — у суб'єктів правотворчості. Тому, на мою думку, інститут англосаксонського прецеденту буде занадто «чужим» нашій правовій системі.

У свою чергу, в державах континентального права під судовим прецедентом розуміють інститут усталеної судової практики. На жаль, про усталеність судової практики в Україні наразі говорити також не можемо, вона залишається розбалансованою.

Тому, з моєї точки зору, найбільш прийнятним шляхом для нашої держави буде розробка механізмів упровадження інституту так званого переконливого прецеденту. Він так чи інакше характерний для обох правових сімей і полягає в тому, що судові рішення не має обов'язкової прецедентної сили, проте впливає на практику інших судів з огляду на авторитет суду, який таке рішення ухвалив.

Це питання майбутнього, хоча й на сьогодні правовий висновок Верховного Суду України є таким собі неконфліктним способом впливу на формування однакової судової практики. Проте цей висновок Верховний Суд України робить лише тоді, коли розглядає конкретну справу.

Тобто Верховний Суд України лише виправляє помилки в правозастосуванні, які суди вже допустили. Навіть для того, щоб установити факт невідповідності рішення суду нижчої інстанції правовому висновку Верховного Суду України, обов'язковим є розгляд справи та перевірка окремого процесуального рішення самим Верховним Судом України.

Водночас завдання Верховного Суду України — не тільки вирішення конкретної справи як правового спору. Призначення Верховного Суду України, головна ідея його діяльності — спрямування судової практики в єдине русло шляхом здійснення тлумачення правових норм.

Так, Верховний Суд України повинен мати змогу розглядати справи в процесуальному порядку та виправляти фундаментальні, серйозні судові помилки в правозастосуванні, які допустили суди нижчої інстанції. Але не менш важливо, щоб єдність судової практики забезпечувалася іншими шляхами та спрямовувалася в правильне русло заздалегідь, тобто до того, як суд помилиться в правозастосуванні.

Свого часу, аналізуючи судову систему в Україні, Венеціанська комісія у Висновку від 18 жовтня 2010 року № 588/2010 [9] (пункт 31) підкреслила: ідея верхнього суду полягає в тому, що такий суд надає прецедентне тлумачення закону і таким чином забезпечує однакове тлумачення закону всіма судами, навіть до того, як розбіжності виникають.

Ключовий момент, на який звертаю вашу увагу, — Верховний Суд України повинен мати змогу спрямовувати практику в єдине правильне русло до того, як неоднакове застосування норми права сталося.

Якщо в правовому полі передбачити способи процесуально ефективного запобігання судовим помилкам, їх кількість зменшиться в рази. І це буде найяскравішим показником підвищення якості судочинства.

Тут привертає увагу така цікава новація, як інститут консультативного, або преюдиціального, запиту. Його особливість у тому, що найвищий у державі суд тлумачить норму права не тоді, коли фактично виправляє судову помилку, а за запитом ще до моменту вирішення справи по суті в суді першої інстанції.

Преюдиціальний запит як процедуру передбачено в діяльності Суду Європейського Союзу. Крім того, інститут консультативного запиту впроваджується в діяльності ЄСПЛ.

Так, у 2013 році в рамках заходів з реформи ЄСПЛ Комітет міністрів Ради Європи схвалив Протокол № 16 до Конвенції. Він надає право національним вищим судам (трибуналам), визначеним самими державами, звертатися до ЄСПЛ із запитом про надання консультативних висновків стосовно принципових питань, пов'язаних із тлумаченням або застосуванням прав і свобод, установлених Конвенцією.

Тобто застосування цього Протоколу дасть змогу державі убезпечитися від порушення Конвенції на національному рівні та запобігатиме великій кількості звернень громадян до ЄСПЛ. Для України це питання надзвичайно актуальне, адже за результатами діяльності ЄСПЛ у 2015 році серед усіх держав — членів Ради Європи Україна продовжує лідувати за кількістю звернень.

Україна підписала Протокол № 16 ще в червні 2014 року, однак з ратифікацією не виправдано зволікає. Так само не виправдано гальмується розробка механізмів упровадження подібної процедури в національну правову систему.

Консультативний запит дає позитивний ефект: практика завчасно формується однаково. І учасники справи, і суд, і громадськість можуть з найбільшою вірогідністю спрогнозувати наслідки судового розгляду будь-якого спору.

Тому це потужний засіб знищення корупційних проявів у судовій системі. Судді буде складно пояснити, чому його рішення суперечить напряму правозастосування, який був йому відомий. Процедура консультативного запиту має й інші позитиви: мінімізує ризик скасування судового рішення судом вищої інстанції, що також сприяє розгляду судами справ у розумні строки.

Безумовно, консультативний чи преюдиціальний запит — складний і специфічний правовий інститут. І сумніви в ефективності цього інституту, дискусії в юридичному середовищі — це нормальне явище.

Верховний Суд України, намагаючись активізувати дискусію в цій сфері та перевести її в практичну площину, провів у листопаді 2014 року круглий стіл з обговорення особливостей преюдиціального чи консультативного запиту. Дискусію було розпочато. Проте дотепер вона залишається дуже неспілююю.

Тому я знову хочу звернути увагу на цей інститут усіх суб'єктів, причетних до проведення судової реформи. Не треба боятися нового. Таку процедуру в цивільному праві має наш сусід — Молдова. Ця процедура застосовується в цивільному та з деякими особливостями у кримінальному праві й у Франції.

Правова система повинна розвиватися й удосконалюватися, реагувати на соціально-економічні зміни та потреби суспільства. Так само й правові механізми, які закладаються в основу діяльності суду, можуть і повинні модернізуватися. Вивчення досвіду судових систем найкращих світових зразків, запозичення нових правових інститутів, які позитивно зарекомендували себе в інших державах, — це хороший спосіб.

Завершуючи свою доповідь, скажу так: сьогодні — один із тих моментів, коли я шкодую, що обмежений у часі регламентом форуму. На жаль, я не встигаю порушити інші питання судової реформи, не менш цікаві й важливі. Проте сподіваюся, що вони прозвучать у наступних доповідях і не залишаться без уваги.

Наш форум дає провідним юристам широкі можливості для виваженої та професійної дискусії. Його організатори очікують, що на форумі будуть напрацьовані справді конструктивні пропозиції

щодо вдосконалення вітчизняної правової системи, на противагу політикам, які від реформаторських ініціатив бажають одержати миттєві політичні дивіденди.

Урешті-решт, судова реформа проводиться не для політичного піару, а для того, щоб запропонувати нашому суспільству дієві механізми, які забезпечать функціонування в Україні ефективної судової системи. Саме це — мета судової реформи. І я переконаний, що ми досягнемо її спільними професійними зусиллями.

#### Використані джерела

- [1] Соціологія права. Підручник / За заг. ред. Л.М. Гераскіної, М.І. Панова. — Київ, 2003.
- [2] Там само.
- [3] [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=58327](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=58327).
- [4] [http://court.gov.ua/sudova\\_statystyka/](http://court.gov.ua/sudova_statystyka/).
- [5] Соціологія права. Підручник / За заг. ред. Л.М. Гераскіної, М.І. Панова. — Київ, 2003.
- [6] <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58592>.
- [7] <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-91885>.
- [8] <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90431>.
- [9] [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/229B826C8AC787DEC2257D87004987C3](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/229B826C8AC787DEC2257D87004987C3).



ДЕНЬ ПЕРШИЙ 17.03.2016

## СЕСІЯ І. СУДОВА РЕФОРМА: КОНСТИТУЦІЙНИЙ ЕТАП

---

СЕКЦІЯ 1. УДОСКОНАЛЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО  
РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВОСУДДЯ: КЛЮЧОВІ ЗМІНИ



### МОДЕРАТОРИ

---

**НАТАЛІЯ КУЗНЄЦОВА**

д.ю.н., професор КНУ  
ім. Т. Шевченка,  
академік НАПрН України

**ЯРОСЛАВ РОМАНЮК**

к.ю.н., Голова Верховного Суду  
України

**АННА ОГРЕНЧУК**

керуючий партнер LCF

---



---

## ОСНОВНІ НОВАЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНОГО ЕТАПУ СУДОВОЇ РЕФОРМИ

---



---

### **ОЛЕКСІЙ ФІЛАТОВ**

заступник Глави Адміністрації Президента України,  
координатор Ради з питань судової реформи, секретар Конституційної комісії

---

У лютому 2015 року старт судовій реформі дав Закон України «Про забезпечення права на справедливий суд», завдяки якому було перезавантажено Вищу раду юстиції, доформовано Вищу кваліфікаційну комісію суддів України, посилено гарантії незалежності суддів, деталізовано їхні права і обов'язки, удосконалено дисциплінарні процедури та передбачено механізми для оновлення судової системи через процедуру кваліфікаційного оцінювання суддів. Закон також забезпечив відновлення ролі Верховного Суду України як найвищого судового органу та вдосконалив механізми однакового застосування норм права, зокрема через погодження правових позицій між палатами ВСУ.

Проте докорінні, системні зміни в секторі правосуддя потребують також інших кроків. І одним із найбільш важливих серед них є внесення змін до Конституції України.

На початку лютого цього року Верховна Рада України 244 голосами попередньо схвалила проект Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)», напрацьований Конституційною комісією і внесений на розгляд парламенту Президентом України. Для запровадження

в життя новачій, передбачених цим законопроектом, необхідне остаточне схвалення законопроекту 300-ми голосами народних депутатів, як того вимагає Конституція.

У проєкті змін до Конституції щодо правосуддя йдеться не лише про виконання міжнародних зобов'язань України чи багаторічних рекомендацій міжнародних експертів, приведення стандартів правосуддя в нашій країні у відповідність до міжнародних стандартів. Це, в першу чергу, можливості для трансформації системи, які серйозно обмежені положеннями чинної Конституції. І конституційний етап судової реформи має дати якісно новий поштовх для вирішення тих фундаментальних питань, які не вирішувалися багато років.

Якими є ці новачії і яке значення вони мають?

Перше і головне — це забезпечення незалежності і максимальна деполітизація судової влади. Сьогодні є яскраві приклади проблем, які виникають через занадто тісний зв'язок та конституційну залежність судової влади від інших гілок влади. Так, понад 700 суддів, які вже більш ніж рік чекають призначення їх Верховною Радою безстроково, не призначаються та не здійснюють правосуддя. Отже, ситуація в законодавчому, найбільш політичному органі державної влади прямо впливає на діяльність судової влади, що наочно демонструє необхідність максимального віддалення цих гілок влади. Тому передбачається передання повноважень щодо обрання суддів на посади безстроково від Верховної Ради України до Вищої ради правосуддя. Крім того, пропонується взагалі скасувати інститут призначення судді на посади вперше і передбачити, що судді обійматимуть посади тільки безстроково, а їх призначення здійснюватиметься Президентом України виключно за поданням Вищої ради правосуддя. Це забезпечить виключно церемоніальну роль глави держави в цьому процесі, так само, як і у більшості європейських країн. При цьому повноваження щодо звільнення суддів, переведення їх з посади на посаду належатимуть винятково до компетенції Вищої ради правосуддя.

Друге — це формування та діяльність органів, відповідальних за суддівський корпус, відповідно до європейських стандартів. Вища рада правосуддя — це орган, функції та порядок формування якого суттєво відрізнятимуться від порядку формування Вищої ради юстиції. Більшість членів цього органу складатимуть судді, які обираються самими суддями, що забезпечить незалежність Вищої ради правосуддя, її професійний і збалансований склад. До ВРП передаються не тільки повноваження щодо подання про призначення суддів, їх переведення та звільнення, але й щодо надання згоди на затримання судді або утримання його під вартою чи арештом.

Третє — законопроектом передбачено підвищення професійних вимог до суддів, розширення та чітке визначення підстав їхньої відповідальності. Так, віковий ценз для судді підвищується до 30 років, вимоги щодо професійного стажу — до п'яти років. Передбачається, що законом можуть бути передбачені додаткові вимоги — зокрема, планується, що до професійного стажу зараховуватиметься не будь-яка діяльність у сфері права, а тільки пов'язана із правосуддям.

У проєкті розмежовуються підстави для звільнення судді з посади та припинення його повноважень, забезпечується максимальна правова визначеність у формулюванні підстав для звільнення. Передбачається нова підстава для звільнення судді — порушення ним обов'язку підтвердження законності джерела походження майна.

У законопроєкті закладено інститут функціонального імунітету судді: суддю не може бути притягнуто до відповідальності виключно за ухвалене ним судове рішення. У всіх інших питаннях суддя несе відповідальність у загальному порядку.

Четверте — у проєкті змін до Конституції України передбачено можливість трансформації структури судової системи та ряд новачій щодо засад судового процесу і юрисдикції судів.

Найвищим судом у системі судоустрою є Верховний Суд. Відповідно до закону можуть діяти вищі спеціалізовані суди. Таким чином, відкрито можливість для подальшого визначення структури судової системи та закладено можливості для переходу до триланкової судової системи. Але підходити до цього питання потрібно максимально виважено, з урахуванням поточного навантаження судів касаційної інстанції, збереження спеціалізації судів та іншої специфіки української судової системи. Пріоритетним завданням є підвищення якості правосуддя на рівні першої та апеляційної інстанцій, що дасть змогу зменшити кількість касаційних скарг, але не механічним, а еволюційним шляхом, що є обов'язковою передумовою для переходу до триланкової судової системи.

Крім того, удосконалюється положення щодо юрисдикції судів відповідно до принципів, закладених у статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. При розробці законопроекту

Конституційна комісія вирішила відійти від занадто загальної норми про те, що юрисдикція суддів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі. Комісією була розроблена інша формула, яка заснована на статті 6 Конвенції з прав людини і основоположних свобод, відповідно до якої функцією суду є саме вирішення спору.

Проектом передбачено, що юрисдикція судів поширюється на будь-який юридичний спір та будь-яке кримінальне обвинувачення. У передбачених законом випадках суди розглядають також і інші справи.

Суд, безумовно, може розглядати й інші питання, які законом віднесено до його компетенції (наприклад, встановлення юридичного факту), але ключовою його функцією є вирішення спору.

Таким чином, запропонована формула, не порушуючи право особи на судовий захист, дає змогу розвантажити суди від більшості тих справ, які не мають характеру юридичного спору і які можна вирішити в позасудовому порядку. Результатом стане підвищення якості судочинства та відповідної якості судового захисту прав і свобод людини.

Окрім того, законопроект передбачає ряд змін щодо засад судочинства. Зокрема, визначається, що суддя, здійснюючи правосуддя, є незалежним та керується верховенством права, а не «підкоряється лише закону», як це формулюється у поточній редакції Конституції. При цьому законність є невід'ємним елементом принципу верховенства права.

П'яте — проект містить ряд новацій щодо Конституційного Суду України, зокрема виокремлює Конституційний Суд як самостійну та повністю відмінну від системи судів інституцію. Підвищуються гарантії незалежності Конституційного Суду. Запроваджується інститут індивідуальної конституційної скарги — право на звернення із конституційною скаргою отримує особа, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції.

Наступна важлива новація стосується інституту адвокатури. Професійна правнича допомога, звичайно, є невід'ємною частиною справедливого та неупередженого суду. У проекті змін до Основного Закону закріплюються гарантії незалежності адвокатури та передбачається, що виключно адвокат має здійснювати представництво особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення. Ці зміни мають стати поштовхом не лише для підвищення якості судочинства, а й для створення єдиної правничої професії. Є багато різних думок з цього приводу, але поточна ситуація, коли для представництва у суді не потрібно навіть мати юридичну освіту, не сприяє якісному здійсненню судочинства. Проект це питання вирішує.

Також ідеологічно важливо, що інститути адвокатури та прокуратури віднесені проектом до сфери правосуддя та закріплені в одному розділі Основного Закону, підкреслюючи, таким чином, рівність сторін обвинувачення та захисту у процесі.

Водночас у законопроекті змінено і функції прокуратури, головною з яких стає підтримання публічного обвинувачення в суді.

Нарешті законопроект ставить крапку навколо спекуляцій щодо питання оновлення суддівського корпусу. Замість пропозиції звільнення всіх суддів проект передбачає цивілізований, правовий та дієвий механізм перезавантаження судової влади через індивідуальне оцінювання суддів за критеріями компетентності, професійної етики та доброчесності. Переконали, що судді, які впевнені у своєму професіоналізмі, етичній поведінці, ті, хто можуть підтвердити чистоту джерел своїх доходів та майна, хто дотримується вимог антикорупційного законодавства, не матимуть будь-яких проблем з проходженням цієї процедури.

Також, крім змін до Конституції, нас очікує прийняття ще декількох ключових рішень, зокрема зміни до процесуального законодавства та законодавства про адвокатуру. Наразі відповідні проекти внесені на розгляд Ради з питань судової реформи та доопрацьовуються з максимальним урахуванням пропозицій професійної юридичної спільноти.



---

# НОВІ КОНСТИТУЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ ТА ПОРЯДОК ФОРМУВАННЯ ВИЩОЇ РАДИ ПРАВОСУДДЯ

---



---

**ІГОР БЕНЕДИСЮК**  
голова Вищої ради юстиції

---

## 1. Вступ

### (А) Етап системних змін

Сьогодні наша держава знаходиться на важливому історичному етапі системних змін. Унікальна можливість, яка нам випала, — бути учасниками і творцями цих змін.

Одним із найбільших суспільних очікувань є оновлення суддівського корпусу та забезпечення доступу до справедливого суду. Тому реформа системи правосуддя є пріоритетним і першочерговим напрямом реформування нашої держави, до процесу її впровадження прикута увага міжнародного співтовариства.

Звісно, судова реформа не є чимось новим для українських реалій — система правосуддя перебувала у стані перманентного реформування, відколи Україна здобула свою незалежність. Проте реформа системи правосуддя, яка відбувається тепер, має якісно інший характер.

По-перше, нинішня реформа має серйозне стратегічне підґрунтя, що супроводжується далекосяжним баченням перспектив і послідовних кроків для їх досягнення.

По-друге, до обговорення стратегічних завдань та розробки цієї реформи залучено дуже широке коло експертів — як вітчизняних представників влади і громадянського суспільства, так і провідних зарубіжних фахівців.

По-третє, судова реформа запускає процеси, яких ніколи раніше не відбувалося в нашій державі, — йдеться, зокрема, про кваліфікаційне оцінювання суддів.

### **(Б) Конституційні зміни — ключовий елемент**

Що найважливіше, судова реформа, яка триває, передбачає засадничі та глибинні зміни, адже проводиться на конституційному рівні. Тому на сьогодні ключовим елементом механізму реалізації судової реформи є проект Закону про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя), який отримав попереднє схвалення Верховною Радою України.

Конституційні зміни, запропоновані цим законопроектом, сприятимуть запуску повномасштабного «перезавантаження» системи правосуддя та прискорять оновлення суддівського корпусу. Прийняття цього законопроекту стане значним кроком у напрямі підвищення рівня професіоналізму та відповідальності суддів.

## **2. ВРП у світлі конституційних змін**

Частина положень законопроекту про внесення змін до Конституції стосується юридичного статусу, повноважень, порядку формування та діяльності нового органу системи правосуддя — Вищої ради правосуддя, на яку за умови прийняття запропонованих змін буде реорганізовано Вищу раду юстиції.

Законопроект передбачає наділення Вищої ради правосуддя повноваженнями, якими володіють подібні органи у провідних європейських державах.

Серед рад юстиції, які є в Європі, розрізняють дві основні моделі:

- а) Південноєвропейську модель, за якою рада юстиції є конституційним органом і виконує основні функції із забезпечення незалежності правосуддя, такі як надання рекомендацій щодо призначення суддів або застосування заходів дисциплінарної відповідальності;
- б) Північноєвропейську модель, за якою ради юстиції мають широкі повноваження в адміністративній сфері (нагляд за веденням судового реєстру, обігом та зберіганням справ, швидкістю розгляду справ, забезпеченням єдності судової практики, забезпечення якості роботи судів тощо), у сфері управління судами і до того ж відіграють важливу роль у складанні бюджету судів (участь у підготовці бюджету, розподіл і призначенні коштів, нагляд і контроль за витратами тощо).

У багатьох європейських країнах простежується тенденція до запозичення аспектів обох моделей при створенні/реформуванні своїх рад юстиції для того, щоб досягти подвійної мети: захистити суддів від будь-якого втручання в їхню незалежність шляхом призначення, службового просування або звільнення і задовольнити зростаючі потреби сучасного судового управління. Зазначені моделі можна назвати змішаними.

У більшості держав ради юстиції є конституційними органами. У деяких країнах, де ради юстиції мають конституційний статус, конституція лише вказує на наявність і головну роль цього органу та не містить переліку його точного складу або функцій, оскільки останні регулюються за законом. І все ж усе більше країн прагнуть урегулювати склад, а іноді й основні функції ради юстиції в самій конституції. Таке рішення вважається доцільним для того, щоб запобігти можливим спробам звужити компетенції рад юстиції шляхом зміни відповідних законів.

Цим шляхом пішла і Україна, адже він є найбільш доцільним в українських реаліях.

### **2.1. Новий порядок формування ВРП**

Важливою новацією законопроекту, що відповідає європейським стандартам та слугуватиме гарантією незалежності Вищої ради правосуддя, є встановлення нових вимог до складу Вищої ради правосуддя. У разі прийняття законопроекту більшість членів Вищої ради правосуддя складатимуть судді, обрані

судьями, що відповідає рішенням Європейського суду з прав людини у справі «Волков проти України» та рекомендаціям Венеціанської комісії.

До складу Вищої ради правосуддя входить 21 член, з яких одинадцять становитимуть судді — десятох членів обиратиме з'їзд суддів України з числа суддів чи суддів у відставці; Голова Верховного Суду входить до складу Вищої ради правосуддя за посадою. Ще двох членів Вищої ради правосуддя призначатиме Президент України, двох — обиратиме Верховна Рада України, двох — з'їзд адвокатів України, двох — всеукраїнська конференція прокурорів, двох — обиратиме з'їзд представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ.

При цьому, згідно з європейськими рекомендаціями, члени ради юстиції, які є судьями, мають обиратися своїми колегами серед усіх рівнів судової системи.

Варто відзначити, що більшість повноважного складу Вищої ради юстиції є судьями, при цьому вони є представниками різних рівнів судової системи. Це дає нам змогу розуміти і належним чином оцінювати всіх суддів різних інстанцій.

Стосовно членів рад юстиції, які не є судьями, відповідно до рекомендацій КРЕС, вони можуть обиратися серед інших видатних юристів, професорів університетів, які мають певний досвід професійної роботи, або громадян із визначним статусом. Досвід, набутий із юридичної практики, або робота на іншій юридичній посаді бажані для того, щоб гарантувати, що такі члени мають необхідні навички і досвід роботи в сферах компетенції рад, а також достатньо розуміють механізми юстиції. Сучасне управління судовою системою може також потребувати більш широких компетенцій від членів, які мають досвід у сферах за межами правового поля (наприклад, у сфері управління, фінансів, ІТ, соціальних наук).

Як приклад, у Бельгії четверо членів ради, які не є судьями, повинні мати університетський або еквівалентний ступінь і десять років відповідного професійного досвіду; в Данії двоє членів ради мають особливий досвід у сфері управління і соціальних досліджень, у Франції рада повинна включати шістьох «видатних діячів», висунутих президентом держави і парламентом.

Згідно з висновками КРЕС, необхідно переконатися, що посаду голови ради юстиції обіймає неупереджена особа, далека від діяльності політичних партій. Тому у парламентських системах, де президент/голова держави має тільки формальні повноваження, немає жодних заперечень проти призначення голови держави на посаду голови ради юстиції, але в інших системах необхідно, щоб особу на цю посаду обирала сама рада і лише суддю.

Законопроект передбачає посилення незалежності самої Вищої ради правосуддя. Адже, згідно з європейськими стандартами, Вища рада правосуддя як гарант незалежності судової системи і окремих суддів має бути незалежною. Щоб Вища рада правосуддя могла захищати і просувати незалежність правосуддя, вона має функціонувати прозоро та підзвітно.

Для мінімізації можливості політичного впливу та іншого тиску на Вищу раду правосуддя законопроект передбачено, що міністр юстиції України та Генеральний прокурор України не входять до складу Вищої ради правосуддя за посадою (це відповідає рекомендаціям міжнародних експертів та рішенням Європейського суду з прав людини у справі «Волков проти України»).

З метою забезпечення незалежності членів ВРП законопроект також встановлює положення, згідно з якими «член Вищої ради правосуддя не може належати до політичних партій, профспілок, брати участь у будь-якій політичній діяльності, мати представницький мандат, обіймати будь-які інші оплачувані посади (крім посади Голови Верховного Суду), виконувати іншу оплачувану роботу, крім наукової, викладацької чи творчої. Член Вищої ради правосуддя має належати до правничої професії та відповідати критерію політичної нейтральності».

## 2.2. Нові повноваження ВРП

Запропоновані зміни до Конституції України у разі їх прийняття усунуть вплив політичних органів на проходження суддівської кар'єри, що дасть змогу проводити ці процедури виключно в професійній площині, сприятиме зміцненню незалежності судової влади.

### (А) Призначення суддів

Законопроект передбачається передання повноважень Верховної Ради України стосовно процесу обрання суддів на посади безстроково до Вищої ради правосуддя, при цьому

скасовується інститут «призначення судді на посаду вперше», тобто судді обійматимуть посади безстроково.

У разі прийняття конституційних змін саме Вища рада правосуддя буде органом, що прийматиме рішення про призначення суддів на посади та вноситиме подання про призначення Президенту України. При цьому Президент матиме в процедурі призначення суто церемоніальну роль.

Варто відзначити, що наділення Вищої ради правосуддя більш широкими повноваженнями передбачає необхідність створення законодавчих механізмів для їх належної реалізації.

Так, на сьогодні Вища рада юстиції не бере участі у процесі відбору та конкурсу на суддівські посади, при оцінці кандидатів ми обмежені винятково тими матеріалами, які нам надає Вища кваліфікаційна комісія суддів України. Таким чином, зараз процедура внесення Вищою радою юстиції подання про призначення суддів фактично має швидше церемоніальний характер.

Таку ситуацію треба виправити. Адже для того, щоб члени Вищої ради правосуддя могли призначати на суддівські посади найдостойніших претендентів, потрібно, щоб вони мали можливість самостійно оцінювати кандидатів, бачити, як вони себе проявляють під час конкурсу. З цією метою, на мій погляд, доцільним буде входження членів ВРП до складу органів, що проводитимуть відбір претендентів на зайняття суддівських посад, участь членів ВРП безпосередньо у процедурі проведення конкурсу на суддівські посади.

Також доцільно, аби Вища рада правосуддя брала участь і в навчанні суддів.

У переважній більшості держав — членів ЄС підготовка суддів здійснюється незалежними державними інститутами, такими як Юридична академія в Хорватії, Навчальний центр суддів у Литві, Комісія з підготовки суддів на Мальті, Національний інститут підготовки на посаду судді в Румунії або Центр підготовки на посаду судді в Португалії. Роль рад юстиції включає визначення загальних принципів підготовки членів судової системи (Бельгія, Угорщина, Італія, Польща), розробку і затвердження програм початкової підготовки та підвищення кваліфікації (Латвія, Литва, Румунія). У Португалії та Іспанії відповідні судові навчальні заклади знаходяться під егідою рад юстиції, а в Данії сама рада юстиції несе відповідальність за підготовку всіх співробітників суду, включаючи суддів і заступників суддів. У Болгарії п'ятеро представників Вищої ради юстиції є членами правління Національного інституту юстиції, відповідальними за підготовку суддів.

### **(Б) Звільнення суддів**

Згідно з положеннями законопроекту, до компетенції Вищої ради правосуддя передано прийняття рішення про звільнення суддів з посади (наразі Вища рада юстиції тільки вносить подання, а остаточне рішення приймається Верховною Радою чи Президентом).

Необхідно відзначити, що на рівні законів потребує оптимізації процедура звільнення суддів Вищою радою правосуддя. Зокрема, потрібно передбачити спрощену процедуру розгляду питань про звільнення суддів у тих випадках, коли розгляд питання про звільнення на засіданні ради та проведення голосування членами ради є очевидно недоцільним. Йдеться про звільнення суддів у зв'язку з набуттям законної сили обвинувальними вироками щодо них, а також про звільнення у зв'язку з неможливістю виконувати свої повноваження за станом здоров'я.

### **(В) Дисциплінарні провадження**

Вирішення потребує поточна ситуація, коли процедуру притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності здійснюють два органи — Вища рада юстиції та Вища кваліфікаційна комісія суддів України. Безумовно, це негативно впливає на оперативність розгляду справ, створює проблему дублювання проваджень в обох органах, ускладнює уніфікацію дисциплінарної практики тощо.

Проект конституційних змін наділяє ВРП повноваженнями щодо здійснення розгляду скарг на рішення відповідного органу про притягнення до дисциплінарної відповідальності судді чи прокурора.

На законодавчому рівні має бути визначений єдиний дисциплінарний орган, який здійснював би єдине дисциплінарне провадження щодо суддів усіх судових інстанцій.

У Висновках № 10 КРЕС рекомендовано, щоб дисциплінарні процедури в першій інстанції, якщо вони не розглядаються в рамках юрисдикції дисциплінарного суду, здійснювались переважно дисциплінарною комісією.

### **(Г) Вжиття заходів щодо забезпечення незалежності суддів**

Важливим повноваженням, яким законопроект наділяє Вищу раду правосуддя, — це повноваження вживати заходів щодо забезпечення незалежності суддів.

Це повноваження має бути деталізоване на рівні законодавства.

Незалежність суддів має забезпечуватися, зокрема, шляхом надання Вищою радою правосуддя своїх висновків до законопроектів, які стосуються системи судової влади та можуть зачіпати незалежність судової влади. Тут варто згадати вдалий досвід Польщі, де Національна рада судівництва розробляє пропозиції та надає висновки щодо законодавчих актів, що стосуються суддів та судочинства. Також позитивний досвід в Італії, де за законом обов'язково потрібно отримувати консультації ради юстиції в процесі розробки проектів усіх законів, які можуть стосуватися здійснення правосуддя.

Проявом цього повноваження є забезпечення Вищою радою правосуддя фінансової незалежності. Це вже знайшло свій вияв у положенні проекту змін до Конституції, згідно з яким видатки з державного бюджету на утримання судів визначаються з урахуванням пропозицій Вищої ради правосуддя. При цьому здійснення Вищою радою правосуддя функцій представника судової влади у бюджетному процесі не означатиме скасування окремого фінансування судів, але дасть змогу забезпечити більш ефективне представництво їхніх інтересів при розподілі бюджетних коштів як однієї з гарантій незалежності.

Як неодноразово зазначали європейські експерти, незалежність і самоврядування судової системи не дотримуватимуться без існування певних вимог до бюджету судової системи і ради юстиції. Вирішальне значення має можливість судової влади впливати на свій бюджет, принаймні шляхом прямих переговорів з різними зацікавленими сторонами та представниками інших гілок державної влади. Хоча фінансування судів входить до державного бюджету і представляється в парламенті Міністерством фінансів, таке фінансування не має підлягати коливанням з політичних причин. Незважаючи на те, що рівень фінансування, який країна виділяє для своїх судів, є політичним рішенням, у системі, заснованій на поділі влади, завжди необхідно стежити, щоб ані виконавча, ані законодавча влада не могли чинити тиск на судову владу при розподілі її бюджету. Рішення про виділення коштів судам має прийматись із найсуворішим дотриманням незалежності судової влади.

Механізми парламентського прийняття бюджету судової влади повинні включати процедуру, яка брала б до уваги побажання судової влади.

В Україні це має здійснюватися через представника судової влади у бюджетному процесі — Вищу раду юстиції.

У країнах з північноєвропейською моделлю рад юстиції традиційно ради юстиції дуже сильні в питаннях бюджету для судової влади. Наприклад, у Данії рада юстиції активно веде переговори щодо бюджету, який буде виділено для судової системи. Країни, в яких ради юстиції створені нещодавно, як правило, віддають бюджетні повноваження до компетенції власних рад юстиції. Наприклад, рада юстиції в Угорщині складає свої бюджетні пропозиції і передає їх до парламенту (голова ради і міністр фінансів проводять декілька раундів перемов).

### **(Д) ВРП — координаційний центр системи правосуддя**

Важливим завданням є налагодження механізмів саморегулювання та координації в самій судовій владі. Адже тільки при злагодженій роботі всіх органів системи правосуддя можливе досягнення цілей судової реформи.

Сьогодні функціонують Вища кваліфікаційна комісія суддів України, Державна судова адміністрація України, Національна школа суддів України, Рада суддів України... Проте робота цих органів не координована, на законодавчому рівні питання їхньої взаємодії належним чином не врегульоване. Забезпечення координації роботи цих органів потребує координаційного центру, який узгоджував би їхню роботу.

Саме Вища рада правосуддя як конституційний орган могла б взяти на себе відповідальність за координацію роботи Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, Національної школи суддів України, Державної судової адміністрації України, Ради суддів України, інших відповідних органів, що будуть створені.

При цьому висловлювані побоювання щодо перетворення Вищої ради правосуддя на певного «монстра», «масонську ложу» в системі правосуддя є безпідставними. Адже йдеться не про об'єднання відповідних органів в єдиній структурі, не про перебрання на себе їхніх повноважень, а виключно про

координацію їхньої роботи та консолідацію інтересів з метою найбільш ефективного функціонування системи правосуддя.

Виключно система правосуддя, що здатна саморегулюватися та налагоджувати свою роботу, може забезпечити досягнення цілей судової реформи. Тому забезпечення координації в системі правосуддя є дуже важливим. Виконання Вищою радою правосуддя організаційної функції відповідає практиці європейських країн і сприятиме налагодженому та стабільному функціонуванню української судової влади.

Згідно з проектом конституційних змін, Вища рада правосуддя також матиме повноваження:

- надавати згоду на затримання судді чи утримання його під вартою;
- ухвалювати рішення про переведення судді з одного суду до іншого;
- ухвалювати рішення стосовно порушення суддею чи прокурором вимог щодо несумісності;
- ухвалювати рішення про тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя.

Крім того, Вища рада правосуддя отримує право впливати на процес прийняття законодавчих змін, що стосуються створення, реорганізації та ліквідації судів (проект закону про утворення, реорганізацію чи ліквідацію суду вноситиметься до Верховної Ради Президентом після консультацій з ВРП).

Згідно з положеннями законопроекту, на рівні Конституції буде закріплено невиключний перелік повноважень Вищої ради правосуддя, додаткові повноваження цього органу зможуть бути встановлені на рівні законів. Загалом це відповідає практиці європейських країн та дасть змогу забезпечити правове регулювання, адекватне змінам та практичним потребам, але при цьому встановивши запобіжники від звуження конституційних повноважень ВРП.

Згідно з європейськими стандартами, якщо рада юстиції має ряд різних повноважень — у сфері призначення або просування по службі, звільнення тощо, необхідно передбачити чіткий поділ між різними підрозділами, відповідальними за виконання своїх завдань.

### **3. Спільна мета судової реформи**

На завершення доповіді відзначу, що, незважаючи на складну політичну та економічну ситуацію, в якій відбувається нинішня судова реформа, незважаючи на всі труднощі та перешкоди, у нас є чіткі орієнтири для подальших кроків та єдина спільна мета, яка полягає у забезпеченні кожному громадянину права на справедливий судовий розгляд незалежним і неупередженим судом. Переконаний, що цією метою керуються всі присутні у цьому залі та сподіваюся, що сьогоднішній форум, обмін думками та дискусії сприятимуть якнайшвидшому досягненню цієї мети.

---

## РОЗВИТОК МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖУ ЯК НЕОБХІДНА СКЛАДОВА УСПІШНОСТІ СУДОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ

---



---

### **МИКОЛА СЕЛІВОН**

академік НАПрН України, голова Міжнародного комерційного арбітражного суду і Морської арбітражної комісії при Торгово-промисловій палаті України

---

Загальновизнаною є теза, що стан розвитку альтернативних способів вирішення спорів, зокрема арбітражу і третейських судів, розглядається як показник стану громадянського суспільства, правової держави та демократії. Погоджуючись з тим, що судовий захист прав та інтересів фізичних і юридичних осіб є основним невід'ємним та забезпечуваним державою засобом їх додержання і захисту від порушень та протиправних посягань, вважаю за доцільне привернути увагу до внеску вищезазначених недержавних інститутів у загальну справу захисту прав та інтересів громадян і суб'єктів підприємництва, який розвантажує судову систему і сприяє поліпшенню економічного та інвестиційного клімату в державі.

На сьогодні в Україні досить успішно функціонують відповідно до чинного законодавства дві самостійні підсистеми третейського судочинства: міжнародний комерційний арбітраж, який розглядає лише зовнішньоекономічні спори, і третейські суди для розв'язання внутрішніх спорів. Ці два інститути є популярними форумами для вирішення спорів, оскільки порівняно із державними судами мають низку переваг: можливість домовитися щодо процедури формування арбітражу та обирати

кандидатури арбітрів, оперативність, конфіденційність, невелику вартість провадження та остаточність рішень.

З огляду на європейський досвід зверну увагу, що в Угоді про асоціацію між Україною та Європейським Союзом арбітраж визначено основним способом вирішення торговельних спорів, що узгоджується з думкою Комітету міністрів Ради Європи про те, що розгляд спорів третейськими судами не тільки допустимий, але й бажаний. Так, у Рекомендації № R(86)12 від 16 вересня 1986 року «Про заходи по запобіганню та скороченню надмірного робочого навантаження на суди» зазначається, що уряди держав-учасниць мають обговорити можливість за допомогою необхідних засобів і у відповідних випадках вжити заходів для спрощення доступу до альтернативних способів вирішення спорів та підвищення їхньої ефективності як процедури, що заміняє судовий розгляд.

Разом із тим функціонування інституту міжнародного комерційного арбітражу та третейських судів як інститутів приватного вирішення спорів неможливе без участі держави. Хоча законодавством України сприйнята приватноправова концепція арбітражу, яка характеризується обмеженим впливом держави на арбітражний процес та винесене арбітражне рішення, беззаперечним є висновок, що ефективність арбітражу напряму залежить від держави в особі судової гілки влади, в наданні арбітражу необхідної підтримки та сприяння, створення проарбітражного клімату загалом та сприятливих умов для здійснення арбітражем своїх функцій зокрема. Таким чином, з одного боку, третейська юрисдикція як вид недержавної діяльності є елементом громадянського суспільства, яка доповнює правосуддя — основний чинник захисту прав і свобод юридичних і фізичних осіб, з іншого — ефективне функціонування третейського судочинства неможливе без підтримки судової гілки влади. Тому є всі підстави вважати, і це не є перебільшенням, що розвиток та підтримка третейського судочинства взагалі і міжнародного комерційного арбітражу зокрема є однією зі складових успішності судової реформи.

Не викликає сумніву необхідність реформування судової системи та приведення її у відповідність до європейських стандартів. Проте, як і у випадку з будь-якою системою, це потрібно робити обережно, застосовуючи точкові методи впливу та не порушуючи при цьому взаємозв'язків між елементами системи. Наприклад, замість тотальної заміни суддівського корпусу приймати рішення та давати оцінку діяльності кожного окремого судді. Таким чином, вдається зберегти найбільш професійних та не корумпованих представників судової влади, оскільки звинувачення у тотальній корупції судової системи не знайшли належного підтвердження. Підкреслю ще один момент. Донедавна увагу громадянського суспільства було сконцентровано лише на недоліках судової системи, поширенні тотальної корупції серед суддівського корпусу і дуже мало говориться про знищення корупції у суміжних інститутах та у суспільстві в цілому. Без оновлення суспільства, створення середовища неприпустимості корупційних діянь у всіх ланках державного механізму, забезпечення дійсної незалежності суддів і усунення будь-якого впливу будь-кого на прийняття ними судових рішень неможливе успішне проведення судової реформи.

Поділюся досвідом МКАС і МАК при ТПП України, які за час своєї діяльності стали відомими та знаними у світовому арбітражному співтоваристві, мають серед бізнесових кіл імідж та авторитет установ, що кваліфіковано, неупереджено і об'єктивно розглядають спори незалежно від приналежності сторін спору. Такої репутації було досягнуто великими зусиллями, в тому числі і шляхом дуже ретельного відбору осіб для включення до Рекомендаційних списків арбітрів, включення до списків авторитетних іноземних і вітчизняних спеціалістів та очищення колективу арбітрів від непорядних осіб.

Застосовуючи індивідуальний підхід, вдається зберегти та передати досвід новим кадрам, зокрема це актуально для спеціалізованих судів, судді яких довели свою кваліфікованість та професіоналізм при розгляді найбільш складних категорій справ.

Застосування такого критерію під час здійснення судової реформи буде актуальним і для такого специфічного інституту, як арбітраж, для якого важливою є ефективна взаємодія з державними судами.

Як відомо, суди щодо арбітражу як недержавної юрисдикційної діяльності здійснюють функції контролю та функції сприяння. З функцією контролю, яка насамперед реалізується під час розгляду судами справ про скасування рішень третейських судів та міжнародного комерційного арбітражу і справ про видачу виконавчого документа на рішення третейського суду та заяв про примусове виконання рішень міжнародного арбітражу, суди на сьогодні справляються добре.

Функції сприяння, такі як вжиття забезпечувальних заходів щодо позову, заявленого в арбітражі, сприяння в отриманні та збереженні доказів, формування правозастосовчої практики в контексті сприяння арбітражу та створення проарбітражного клімату, практично не виконуються.

Така практика йде врозрід з міжнародним підходом, зокрема в Аналітичному коментарі до проекту Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговельний арбітраж зазначається, що роль державних судів полягає у забезпеченні очікувань та переконань сторін і арбітрів у тому, що у випадку, коли необхідне втручання суду, таке втручання завжди буде на користь міжнародного комерційного арбітражу.

Для підвищення ефективності міжнародного арбітражу і створення проарбітражного клімату в Україні необхідно також поліпшувати процесуальне законодавство, приводити його у відповідність до міжнародних стандартів. І хоча ані судова влада, ані МКАС при ТПП України не є суб'єктами законодавчої ініціативи, їхня спільна узгоджена позиція щодо удосконалення процесуального законодавства може бути запорукою змін на краще як у питаннях взаємодії цих інститутів, так і в проведенні судової реформи, яка має проводитися комплексно за всіма напрямками, а не обмежуватися оновленням кадрового складу.

Підкреслю важливість взаємодії судової влади та міжнародного комерційного арбітражу, її підтримку на всіх стадіях арбітражного розгляду, оскільки йдеться про захист прав та інтересів фізичних і юридичних осіб, які обрали міжнародний арбітраж як засіб захисту своїх прав. Відзначаю, що політика судової гілки влади щодо третейського судочинства і міжнародного комерційного арбітражу є в цілому сприятливою, про що, зокрема, свідчить прийняття Пленумом Верховного Суду України відомої постанови № 12 від 24 грудня 1999 року та здійснення Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ узагальнення судової практики розгляду справ щодо оспорування рішень міжнародного комерційного арбітражу та про визнання і виконання рішень міжнародних та іноземних арбітражів, яке опубліковане у січні цього року.

Між тим необхідно звернути увагу присутніх на моменти, які викликають занепокоєння щодо подальшого розвитку альтернативних засобів вирішення спорів. Так, є спроби звузити компетенцію третейських судів з розгляду спорів, практично намагаючись нівелювати цей інститут громадянського суспільства. Зупинюся лише на трьох моментах.

I. Постанова ВСУ від 21 жовтня 2015 року у справі про скасування рішення постійно діючого третейського суду при Всеукраїнській громадській організації «Всеукраїнський фінансовий союз» від 20 серпня 2009 року у справі за позовом ПАТ «Альфа-банк». Своєю рішенням третейський суд постановив стягнути на користь ПАТ «Альфа-банк» заборгованість за кредитним договором, укладеним у доларах США, заборгованість за процентами у доларах США і пеню за несвоєчасне повернення кредиту та процентів у гривні. Суди першої, апеляційної та касаційної інстанцій залишили це рішення в силі. Натомість ВСУ скасував рішення третейського суду з тих підстав, що воно ухвалене всупереч вимогам закону щодо порядку проведення грошових розрахунків на території України в іноземній валюті, а також зважаючи на концентрацію суспільно значимих публічних елементів у правовідношенні щодо проведення розрахунку за договором кредиту в іноземній валюті, що не дозволяє зарахувати такий спір до категорії приватноправових, тобто підвідомчих третейському суду.

Не коментуючи факт скасування зазначеного рішення в цілому, незважаючи на те, що частина вимог задоволена у національній валюті України — гривні, підкреслюю, що в основу зазначеного рішення покладено необхідність виконання сторонами договору про надання кредитного траншу та договору поруки, а не нібито намагання сторін врегулювати обіг іноземної валюти і таким чином підірвати стабільність української грошової одиниці.

Застосовуючи таку логіку, можна будь-якому приватноправовому спору надати ознак публічного, тим самим зробивши його непідвідомчим третейському суду та ставлячи під загрозу його існування взагалі.

II. У Конституційному Суді України розглядається конституційне звернення ТОВ «Торговий дім «Арматура України» від 30 листопада 2015 року щодо офіційного тлумачення положення пункту 5 частини 1 статті 80 Господарського процесуального кодексу України, в якому заявник висловлює позицію, що наявність у договорі третейського застереження не може обмежувати право особи на звернення за вирішенням спору до державного суду. Підставою такого звернення та відкриття провадження у Конституційному Суді України стала неоднозначна практика застосування зазначеної норми господарськими судами України різних інстанцій. У більшості випадків судді задовольняли клопотання відповідача про передачу спору до арбітражу, припиняли провадження у справах, проте, на жаль, є судова практика, коли такі клопотання відхилялися та спір розглядався по суті господарськими судами.

Суб'єкт конституційного звернення вважає, що наявність третейської угоди не свідчить про обов'язок особи у разі виникнення спору звертатись за його вирішенням безпосередньо до третейського суду, не тягне за собою позбавлення права особи на звернення з позовом до господарського суду та не забороняє господарському суду розглядати і вирішувати по суті такий спір, а припинення провадження у справі фактично є позбавленням особи права на розгляд справи в суді, що грубо порушує приписи частини 2 статті 124 Конституції України. Не знаю, як витлумачить зазначену норму Кодексу Конституційний Суд України, але з такою позицією суб'єкта права на конституційне звернення не можна погодитися.

Гарантуючи судовий захист прав і свобод фізичних та юридичних осіб, частина 5 статті 55 Конституції України одночасно закріплює право кожного захищати свої права і свободи від порушень та протиправних посягань будь-якими не забороненими законом засобами. До таких засобів, які є загально визнаними в світовому співтоваристві, належить звернення до третейського суду — міжнародного комерційного арбітражу або третейського суду, що розглядає внутрішні спори.

Законодавство України, надавши сторонам можливість вільно обирати між зверненням до суду та альтернативними способами врегулювання спорів, наприклад зверненням до третейського суду, фактично розширює можливості вирішення спорів у цій сфері та жодним чином не порушує конституційне право на судовий захист.

Право на судовий захист при зверненні до третейського суду забезпечується з урахуванням такого звернення можливістю звернення в передбачених законом випадках до державного суду, зокрема, шляхом подачі клопотання про скасування рішення третейського суду чи видачу виконавчого документа на примусове виконання рішення третейського суду або шляхом оскарження ухвали суду про відмову у видачі виконавчого листа. Зазначене не суперечить принципу здійснення правосуддя виключно судом, не обмежує юрисдикцію судів і право на судовий захист.

Такий підхід також узгоджується з практикою Європейського суду з прав людини, відповідно до якої право розгляду спору винятково у межах третейського провадження само по собі не є порушенням статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, яка гарантує право на доступ до правосуддя та публічний розгляд справи судом. Таким чином, стаття 6 Конвенції допускає відмову від розгляду спору у державному суді шляхом укладення третейської угоди, проте така угода має бути добровільною, недвозначною та її укладення має допускатися законодавством.

Суб'єкти цивільних і господарських правовідносин, реалізуючи своє право на захист власних інтересів будь-яким не забороненим законодавством України способом, укладають у добровільному порядку третейську угоду.

Автономія волі, яка при укладенні третейської угоди виражається у формі та змісті правочину, є домінуючим фактором зміни сторонами способу розв'язання їхнього спору — з державного суду (суду загальної юрисдикції, господарського суду) на третейський суд, що не може розглядатись як порушення конституційного права на судовий захист. Це право здійснюється не у формі безпосереднього розгляду спору державним судом, від якого сторони відмовились, а в інших формах, встановлених законодавством, з урахуванням прийняття рішення по спору третейським судом.

Також необґрунтованою є позиція заявника і з точки зору теорії договірного права. Третейська угода — це договір сторін про передачу до третейського суду всіх або певних спорів, що виникають або можуть виникнути між ними у зв'язку з будь-якими конкретними правовідносинами. Третейська угода може бути викладена у вигляді окремої угоди або третейського застереження в договорі, тобто бути особливою, але частиною цивільно-правового чи господарського договору, і на неї поширюються загальні умови виконання зобов'язань, у тому числі щодо недопустимості односторонньої відмови від їх виконання.

Тому право на вільний вибір третейського розгляду як засобу захисту кореспондується з обов'язком сторін дотримуватися умов добровільно укладеної третейської угоди.

У цьому контексті сумнівною є судова практика, згідно з якою суди не брали до уваги заперечення відповідача та не задовольняли його клопотання про передачу справи на розгляд третейському суду, натомість вирішували справу по суті, незважаючи на наявність відповідної третейської угоди.

Я підтримую позицію, закріплену у пункті 4.2.3 постанови пленуму Вищого господарського суду України № 18 від 26 грудня 2011 року «Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої інстанції» щодо припинення провадження у справі за наявності письмової угоди сторін про передачу спору на вирішення третейського суду. При цьому

відповідно до зазначеної постанови пленуму ВГСУ сторони можуть укласти угоду про передачу спору на розгляд третейського суду як до, так і після порушення провадження у справі. Як наслідок фактично підтверджене вільне волевиявлення сторін при укладенні третейської угоди на передачу спору на розгляд третейському суду та її обов'язковість відповідно до положень статей 627 та 629 Цивільного кодексу України та частини 1 статті 188 Господарського кодексу України.

Враховуючи все вищевикладене, вирішення спорів третейськими судами жодним чином не може бути кваліфіковане як позбавлення права на судовий захист, а навпаки, розширює можливості вирішення спорів у сфері цивільних та господарських правовідносин, надаючи сторонам право скористатися перевагами третейського розгляду з метою ефективного захисту своїх інтересів. При цьому держава гарантує право на звернення до суду, яке реалізується на стадії примусового виконання рішення третейського суду або його скасування.

Крім неоднозначної судової практики, проблему поглиблює і те, що процесуальним законодавством України закріплено різні форми рішень державних судів у зв'язку з наявністю між сторонами відповідної третейської угоди. Так, господарські суди припиняють провадження у справі на підставі пункту 5 частини 1 статті 80 Господарського процесуального кодексу України, тоді як суди загальної юрисдикції залишають заяву без розгляду на підставі пункту 6 частини 1 статті 207 Цивільного процесуального кодексу України.

Враховуючи різні правові наслідки таких рішень, з метою закріплення єдиного підходу до прийняття державними судами рішень у разі пред'явлення позову по спору, який є предметом третейської угоди, доцільним видається внесення відповідних змін до процесуального законодавства України з урахуванням статті VI Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 року та статті II Нью-Йоркської конвенції про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень 1958 року.

Убачається, що Конституційний Суд України здійснить фундаментальний аналіз правового статусу третейського судочинства в системі захисту прав і свобод. Висловить свою авторитетну правову позицію з цих питань, виходячи з європейського розуміння цього недержавного альтернативного способу розв'язання спорів.

III. Скасування українськими судами рішень МКАС при ТПП України з тих підстав, що в арбітражній угоді зазначена арбітражна установа, якої не існує, а арбітражний суд, витлумачивши арбітражну угоду і дійшовши висновку про наявність у нього компетенції на вирішення спору, вийшов за межі арбітражної угоди.

Як приклад наведу ухвалу Шевченківського районного суду м. Києва від 3 грудня 2015 року у справі № 761/23840/15-ц, якою скасоване рішення МКАС при ТПП України від 20 травня 2015 року у справі АС № 54у/2015 за позовом ПАТ «Укрсоцбанк» до ПАТ «Івано-Франківський арматурний завод».

Згідно з арбітражним застереженням сторони домовились, що спори вирішуються у Міжнародному комерційному арбітражі при Торгово-промисловій палаті України відповідно до чинного законодавства України. Під час розгляду справи Шевченківський районний суд м. Києва дійшов висновку, що розгляд спору передали до третейського суду, якого не існує в Україні. До того ж суд з посиланням на положення статей 637 та 213 Цивільного кодексу України дійшов висновку, що колегія арбітрів з власної ініціативи здійснила тлумачення арбітражного застереження, чим вийшла за межі арбітражної угоди.

Проте такий підхід суперечить положенням уже згадуваної мною Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 року та світовій арбітражній практиці, оскільки таким чином убачається неможливим реалізувати арбітражним судом доктрину «компетенції компетенції». Зазначена доктрина про наявність юрисдикції в арбітражного суду вирішувати питання власної компетенції, незважаючи на те, що така можливість, прямо не передбачена в арбітражній угоді чи відповідних арбітражних правилах, є загальновизнаною, зокрема у доповіді Комітету міжнародного торгового арбітражу Асоціації міжнародного права 2014 року.

Разом із тим відзначу компетентність суддів Апеляційного суду м. Києва, які ухвалою від 17 лютого 2016 року скасували вищезазначену ухвалу Шевченківського районного суду м. Києва з таких підстав:

- 1) відображаючи у своєму рішенні від 20 травня 2015 року питання про свою компетенцію у даному спорі, МКАС при ТПП України виходив зі статті 16 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та статті 3 Регламенту, які передбачають право вказаного арбітражного суду відобразити питання про свою компетенцію у конкретній справі у рішенні по суті спору.

Це питання було висвітлене в арбітражному рішенні, зокрема, з тих підстав, що представником ПАТ «Івано-Франківський арматурний завод» подавалася заява про відсутність у МКАС при ТПП України відповідної компетенції.

Таким чином, висновки суду першої інстанції щодо того, що сторони не зверталися до арбітражного суду з проханням розтлумачити арбітражне застереження, а арбітражне рішення містить постанови з питань, що виходять за межі арбітражної угоди, є помилковими, оскільки арбітрами не здійснювалося тлумачення кредитного договору, а лише відображалася позиція арбітражного суду щодо його компетенції;

2) колегія суддів погодилася з висновками МКАС при ТПП України щодо наявності в останнього компетенції на розгляд даної справи.

Так, сторони в арбітражному застереженні зазначили, що органом, при якому діє арбітражна установа, компетентна розглядати спори, що виникають з кредитного договору, є Торгово-промислова палата України.

Відповідно до частини 5 статті 14 Закону України «Про торгово-промислові палати в Україні», при ТПП України діють Міжнародний комерційний арбітражний суд та Морська арбітражна комісія. Ані на час укладення арбітражного застереження, ані на момент розгляду справи будь-яких інших арбітражних установ при Торгово-промисловій палаті України не існувало та не існує.

За таких обставин, враховуючи, що Морська арбітражна комісія при ТПП України вирішує спори, що виникають з торгового мореплавства, єдиною арбітражною установою, що діє при ТПП України і має компетенцію розглядати комерційні спори, є МКАС при ТПП України.

Допущена сторонами неточність у написанні назви суду («Міжнародний комерційний арбітраж» замість «Міжнародний комерційний арбітражний суд»), урешті-решт, не впливає на зміст та безпосередню суть арбітражного застереження про вибрану сторонами за взаємною згодою установу, уповноважену розглядати спори, що виникають між ними з кредитного договору.

При цьому колегія суддів вважає за необхідне врахувати факт визнання відповідачем того, що такої установи, як «Міжнародний комерційний арбітраж при ТПП України», не існує, а тому єдиним об'єктивним та обґрунтованим висновком є те, що сторони при укладенні арбітражного застереження помилилися та допустили орфографічну неточність та мали на увазі саме МКАС, який є єдиною установою, уповноваженою на розгляд комерційних спорів при ТПП України.

На додаток до зазначеного апеляційний суд зауважив, що процесуальна поведінка представників відповідача під час розгляду спору в суді господарської юрисдикції (клопотання про припинення провадження у справі та передача спору на розгляд до відповідного арбітражного суду) та подальше оспорювання компетенції МКАС свідчить про намагання ПАТ «Івано-Франківський арматурний завод» ухилитися від виконання власних боргових зобов'язань (наявність яких відповідачем не заперечується), що суперечить принципу добросовісності.

З урахуванням наведеного прикладу звертаю увагу присутніх на те, що більшість загальноновизнаних арбітражних інституцій, таких як Міжнародний арбітражний суд Міжнародної торгової палати, Арбітражний інститут Торгової палати м. Стокгольма, Лондонський міжнародний третейський суд, Віденський міжнародний арбітражний центр при Федеральній палаті економіки Австрії, у своїх стандартних арбітражних застереженнях містять посилання лише на Регламент арбітражної інституції, а не на її назву. Таким чином, сторони, погоджуючись розглядати спір відповідно до регламенту арбітражного інституту, погоджуються на його юрисдикцію. Такий підхід дає змогу запобігти укладанню «патологічних» арбітражних застережень та підвищує ефективність арбітражу, а також відповідає Керівним принципам Міжнародної асоціації юристів щодо арбітражних застережень у частині того, що при виборі сторонами інституціонального арбітражу вибір регламенту має завжди співпадати з вибором відповідної арбітражної установи.

Цей приклад є ще одним із доказів необхідності реалізації висловлюваних пропозицій про перенесення на рівень апеляційних судів розгляду питань про оспорювання рішень арбітражу та їх примусове виконання, що значно поліпшить якість їхнього розгляду і скоротить час винесення остаточного судового рішення. До речі, такий підхід відповідатиме і світовій практиці. Можливо, з метою більш глибокої спеціалізації потрібно розглянути висловлену думку про передачу до юрисдикції Апеляційного суду м. Києва розгляду клопотань про скасування рішень міжнародного комерційного арбітражу з місцезнаходженням в Україні. Висловлювались також пропозиції щодо передачі всіх питань щодо арбітражу до

компетенції господарських судів. МКАС при ТПП України підготовлено проект комплексного законодавчого акта про реалізацію цих та інших новацій, спрямованих на вдосконалення правового регулювання в Україні функціонування міжнародного арбітражу та виконання його рішень, незалежно від того, в якій країні вони винесені.

Враховуючи все вищевикладене, зазначу, що, задовольняючи попит громадянського суспільства на захист своїх прав та інтересів за допомогою альтернативних способів вирішення спорів у сучасних умовах, необхідно:

- збалансувати функції судового контролю з функціями сприяння арбітражу;
- внести відповідні зміни до процесуального законодавства України, зокрема до Господарського процесуального кодексу України, з метою уніфікації підходу до прийняття державними судами рішень у разі пред'явлення позову по спору, який є предметом третейської угоди, з урахуванням положень статті VI Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 року та статті II Нью-Йоркської конвенції про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень 1958 року;
- внести зміни до постанови Пленуму Верховного Суду України № 12 від 24 грудня 1999 року «Про практику розгляду судами клопотань про визнання та виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України» та як наслідок змінити підходи, закріплені у роз'ясненні Вищого господарського суду України № 04-5/608 від 31 травня 2002 року «Про деякі питання практики розгляду справ за участю іноземних підприємств і організацій» та привести їх у відповідність до світової арбітражної практики та положень Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 року.

Зі свого боку висловлюю готовність до плідної співпраці із суддівським корпусом та сподіваюсь, що проведена судова реформа дозволить суддям сприйняти третейські суди та МКАС і МАК при ТПП України як інституції, які перш за все покликані допомагати фізичним та юридичним особам у вирішенні спорів, тим самим розвантажуючи суди та сприяючи розвитку громадянського суспільства, зміцненню демократичних цінностей.



ДЕНЬ ПЕРШИЙ 17.03.2016

## СЕСІЯ І. СУДОВА РЕФОРМА: КОНСТИТУЦІЙНИЙ ЕТАП

---

### СЕКЦІЯ 2. ДИСКУСІЙНІ ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО РЕФОРМУВАННЯ



#### МОДЕРАТОРИ

---

**МАРИНА КЛІМЕНКО**

заступник Голови Верховного Суду  
України

**ЯРОСЛАВ РОМАНЮК**

к.ю.н., Голова Верховного Суду  
України

**МАКСИМ ЛАВРИНОВИЧ**

керуючий партнер  
ЮФ «Лавринович і Партнери»

---



---

## НОВИЙ КОНСТИТУЦІЙНИЙ ФОРМАТ ДІЯЛЬНОСТІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ: КОНСТИТУЦІЙНА СКАРГА

---



---

### **ЮРІЙ БАУЛІН**

доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України, Голова Конституційного Суду України

---

Насамперед від імені суддів Конституційного Суду України вітаю вас з початком роботи IV Міжнародного судово-правового форуму за темою «Судова реформа: стан та напрями розвитку», а також висловлюю подяку за запрошення та надану можливість для виступу.

Тема, яку обрали організатори цього представницького форуму вітчизняних та зарубіжних фахівців у галузі судочинства, є напрочуд важливою та актуальною в контексті сучасних тенденцій трансформації вітчизняної судової системи.

Зокрема, нещодавно у межах конституційної реформи Верховна Рада України попередньо розглянула та схвалила проект Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» (реєстраційний № 3524).

Законопроект є досить об'ємним документом, з його змістом можна ознайомитися в офіційних друкованих виданнях парламенту. Тому зупинюся лише на питаннях, пов'язаних:

- по-перше, з правовими наслідками ймовірних суттєвих змін повноважень Конституційного Суду України;

- по-друге, з питаннями взаємодії Конституційного Суду України та судів загальної юрисдикції щодо подолання спірних моментів правозастосування у разі набуття чинності передбаченими проектом новелами.

Йдеться насамперед про запровадження інституту конституційної скарги, для чого пропонується:

- по-перше, у статті 55 Конституції України передбачити таке положення: «Кожному гарантується право звернутись із конституційною скаргою до Конституційного Суду України з підстав, установлених цією Конституцією, та у порядку, визначеному законом»;
- по-друге, доповнити Конституцію України новою статтею 151<sup>1</sup> такого змісту: «Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність Конституції України (конституційність) закону України за конституційною скаргою особи, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України. Конституційна скарга може бути подана в разі, якщо всі інші національні засоби юридичного захисту вичерпано» [1].

Як впливає з інших положень законопроекту, конституційна скарга запроваджується, зокрема, і як альтернатива інтерпретаційній діяльності Конституційного Суду України щодо тлумачення законів України, у тому числі за зверненнями громадян, іноземців та осіб без громадянства, які перебувають на території України на законних підставах, а також юридичних осіб. На це вказують пропозиції щодо вилучення з повноважень Суду тлумачення законів України.

Таким чином, у разі ухвалення законопроекту до повноважень Конституційного Суду України належатиме офіційне тлумачення лише Конституції України й виключно за конституційними поданнями «Президента України; щонайменше сорока п'яти народних депутатів України; Верховного Суду; Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини; Верховної Ради Автономної Республіки Крим».

Наскільки повноцінними виявляться зазначені зміни та як вони позначатимуться на діяльності Конституційного Суду України в галузі захисту прав і свобод людини і громадянина, покаже час. Сьогодні можна лише констатувати, що розв'язання проблеми запровадження інституту конституційної скарги, щодо доцільності чого тривала багаторічна полеміка, нарешті почало набувати реальної перспективи.

Однак повернімося до статті 151<sup>1</sup> Конституції України у запропонованій редакції та спробуємо зроби певні висновки щодо правових наслідків її застосування.

Як убачається з наведеного тексту, запропонована модель є нормативною конституційною скаргою, що пов'язана з розглядом конкретної справи. За нею оскарженню підлягатиме лише один вид нормативно-правових актів, а саме — закон, застосований при ухваленні остаточного судового рішення.

1. Суб'єктом права на подання конституційної скарги визначається «особа». Хоча в тексті не уточнюється зміст цього поняття, необхідно врахувати, що у пропозиціях змін до статті 55 Конституції України зазначається: «право звернутись із конституційною скаргою до Конституційного Суду України» гарантується «кожному», тобто, як це прийнято в Основному Законі, громадянам, іноземцям та особам без громадянства, які перебувають на території України на законних підставах.

2. Предметом конституційної скарги є закон, який було застосовано при прийнятті остаточного рішення судом загальної юрисдикції у конкретній справі (або, як прийнято у конституційному судочинстві, його окремі положення).

3. Умовами для прийнятності конституційної скарги є:

- по-перше, твердження особи про те, що закон, застосований судом при вирішенні його справи, суперечить Конституції України (на практиці це означає необхідність надання правового обґрунтування такого твердження);
- по-друге, наявність саме щодо особи, яка звертається з конституційною скаргою, остаточного судового рішення у справі, тобто такого рішення, що не підлягає оскарженню та є обов'язковим до виконання;
- по-третє, вичерпання автором конституційної скарги всіх інших національних засобів юридичного захисту.

З цього приводу необхідно зазначити, що вимога щодо необхідності вичерпання всіх національних засобів юридичного захисту є загальновизнаним критерієм прийнятності скарги як до органів конституційної юрисдикції, так і до міжнародних судових установ.

Наприклад, відповідно до статті 44 Органічного закону Королівства Іспанії про Конституційний суд, «заяви з приводу таких, що перебувають під захистом, конституційних прав і свобод, порушених прямо

і безпосередньо в результаті дії або бездіяльності судового органу, можуть бути подані при дотриманні таких умов: а) мають бути вичерпані всі можливості захисту через подачу заяв.» [2].

«Вичерпання всіх засобів правового захисту» належить до ключових критеріїв прийнятності конституційної скарги й відповідно до пункту 2 статті 90 Федерального закону Федеративної Республіки Німеччина «Про Федеральний конституційний суд» [3] та багатьох інших країн.

Аналогічну вимогу містить і частина 4 статті 55 Конституції, за якою «кожен має право після використання всіх національних засобів правового захисту (згідно із законопроектом «юридичного») звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ».

За загальним правилом, свідченням того, що особа використала всі наявні засоби національного захисту, є оскарження судового рішення до суду касаційної інстанції та одержання рішення цього суду. Щодо категорій справ, у яких судові рішення відповідно до вимог процесуального закону не підлягають апеляційному чи касаційному оскарженню, про використання всіх можливих засобів національного захисту свідчатиме рішення суду останньої інстанції у конкретній справі.

Наприклад, згідно з практикою Європейського суду з прав людини, не вважаються засобами юридичного захисту, які необхідно обов'язково використати перед зверненням до цього Суду, звернення до парламенту, президента, уряду, міністрів, прокуратури, уповноваженого з прав людини тощо. Тому національні засоби юридичного захисту будуть вважатися вичерпаними, навіть якщо скажник не застосовував оскарження в адміністративному порядку чи до прокуратури, але пройшов усі доступні судові інстанції, однак захисту своїх гарантованих Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод прав чи свобод так і не отримав.

І, нарешті, по-четверте. Згідно з чинним законодавством, у разі виникнення у суду сумніву під час розгляду справи щодо відповідності закону чи іншого правового акта Конституції України, вирішення питання про конституційність якого належить до юрисдикції Конституційного Суду України, суд звертається до Верховного Суду України для вирішення питання стосовно внесення до Конституційного Суду України подання щодо конституційності закону чи іншого правового акта. У цьому контексті треба зазначити, що, виходячи, зокрема, з принципу диспозитивності, неоскарження конституційності закону судом або відмова суду в задоволенні відповідного клопотання учасників судового розгляду не може бути підставою для неприйнятності конституційної скарги, якщо на підставі цього закону було прийняте остаточне рішення у справі.

4. Повноваження Конституційного Суду України (у разі прийняття конституційної скарги до розгляду) полягають у вирішенні питання, відповідає чи не відповідає Конституції України закон, застосований при прийнятті судового рішення у справі щодо скажника. Тобто ці повноваження обмежуються винятково вирішенням питання конституційності закону, який застосовувався в остаточному судовому рішенні у справі. Суд не переглядає цю справу ані по суті, ані в контексті дотримання процесуальних норм, тому КСУ не може вважатися додатковою касаційною або апеляційною інстанцією в системі судів загальної юрисдикції.

5. Результатами розгляду справи за конституційною скаргою можуть бути:

- по-перше, визнання оскарженого закону конституційним, що означає відмову в задоволенні конституційної скарги;
- по-друге, визнання оскарженого закону або його окремих положень неконституційними, що означає не тільки задоволення конституційної скарги, а й відповідно до частини 2 статті 152 Конституції України втрату ними чинності з дня ухвалення Судом відповідного рішення або, як передбачено новою редакцією цієї статті, «якщо інше не встановлено самим рішенням, але не раніше дня його ухвалення».

Законопроект не передбачає особливих підстав для визнання неконституційними об'єктів конституційної скарги. Тому, вочевидь, Конституційний Суд України при вирішенні цих питань має керуватися приписами частини 1 статті 152 Конституції України, за якою «підставами для визнання законів та інших правових актів за рішенням Конституційного Суду України неконституційними повністю чи в окремих частині є їх невідповідність Конституції України або порушення встановленої Конституцією України процедури їх розгляду, ухвалення або набрання ними чинності».

6. Правові наслідки задоволення конституційної скарги в основному не відрізняються від тих, що передбачені чинним кримінальним, адміністративним, цивільним та господарським процесуальним

законодавством у разі визнання неконституційним закону, який застосовувався при прийнятті рішення у відповідних справах.

Так, згідно з частиною 5 статті 245 Кодексу адміністративного судочинства України, встановлення Конституційним Судом України неконституційності закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого судом при вирішенні справи, віднесене до підстав для перегляду судового рішення за новоявленими обставинами.

Аналогічні за змістом норми містить Цивільний процесуальний кодекс України (частина 4 статті 361) [4] та Господарський процесуальний кодекс України (частина 5 статті 112) [5].

Водночас, згідно з цими кодексами, перегляд судового рішення проводиться лише у випадках, «якщо рішення суду ще не виконане» [6].

Запровадження зазначеного застереження видається логічним, оскільки:

- по-перше, як зазначалося, судові рішення з питань, віднесених до юрисдикції адміністративного, цивільного або господарського судочинства, приймаються на підставі чинного на той час законодавства, тому й могли бути виконані, що мало наслідком виникнення нових правових обставин та правовідносин;
- по-друге, поворот задоволених судовим рішенням та реалізованих на його підставі майнових прав або інтересів фізичних чи юридичних осіб у повному обсязі (наприклад, майно може бути продане, а спадщина витрачена тощо) не тільки не вбачається можливим, а й може призвести до порушення прав і законних інтересів інших осіб (наприклад, тих, хто придбав майно або комерційну справу).

Виходячи з викладеного, на мій погляд, можна дійти висновків, що:

- по-перше, визнання зазначеного закону або окремих його положень неконституційним не зобов'язує суд загальної юрисдикції автоматично порушити процедуру перегляду судового рішення у справі, для цього необхідна відповідна заява від учасників судового провадження;
- по-друге, результатом перегляду судового рішення за таких обставин не обов'язково має бути його скасування.

Останнє вбачається логічним, оскільки, як зазначалося, до повноважень Конституційного Суду України при розгляді конституційної скарги належить виключно вирішення питання конституційності застосованого закону, а не визначення, зокрема, ступеня впливу цього закону на остаточне рішення у справі, особливо у випадках, якщо закон було визнано неконституційним у зв'язку з порушенням процедури його прийняття.

Натомість не треба забувати, що, як передбачено законопроектом, право кожного на подання конституційної скарги має гарантуватися статтею 55 Конституції України, відповідно до якої права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Виходячи з цього, конституційна скарга у разі її запровадження повинна бути одним із дієвих засобів судового захисту порушених прав і законних інтересів фізичної особи.

Завершуючи виступ, зазначу, що викладене дає підстави для висновку, що внесення змін до Конституції України є лише, так би мовити, верхівкою айсберга. Запровадження інституту конституційної скарги потребує ґрунтовної підготовки, формування надійного правового фундаменту його функціонування як елемента загальнодержавного механізму захисту прав і свобод людини і громадянина у правовій демократичній Українській державі.

#### Використані джерела

- [1] Висновок Конституційного Суду України від 20.01.2016 № 1-в/2016 у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) вимогам статей 157 і 158 Конституції України. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/doccatalog/document?id=299460>.
- [2] Органічний закон Королівства Іспанія про Конституційний суд. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.tribunalconstitucional.es/en/Pages/Home.aspx>.

- [3] Федеральний закон Федеративної Республіки Німеччина «Про Федеральний конституційний суд». [Електронний ресурс] // Режим доступу: [http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Homepage/ge/homepage\\_node.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Homepage/ge/homepage_node.html).
- [4] Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 № 1618-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 40. — Ст. 492. — С. 1530.
- [5] Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 № 1798-XII // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 6. — Ст. 56.
- [6] Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 № 2747-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 35. — Ст. 446. — С. 1358.



---

## ГАРАНТОВАНЕ ПРАВО НА ПРОФЕСІЙНУ ПРАВНИЧУ ДОПОМОГУ: ЧИТАЄМО МІЖ РЯДКІВ

---



---

### ОЛЕГ ЯКИМ'ЯК

старший партнер ЮФ «Кушнір, Яким'як та Партнери»

---

Організатори форуму слушно запропонували нам поміркувати стосовно питання гарантованого права на професійну правничу допомогу саме в секції Дискусійних питань конституційного реформування. Зрозуміло, що основною темою сьогodнішнього судового форуму є судова реформа, а конкретніше — проєкт Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)». Мені ж доручили звернути увагу на професійну правничу допомогу, як її визначили автори законопроекту. Отже, з точки зору нормотехніки, пропонується доповнити Конституцію статтею 131<sup>2</sup>, замінити слово «правову» на «правничу» в статті 59 та виключити частину 2 цієї статті.

Чинна на сьогодні редакція статті 59:

«Стаття 59. Кожен має право на правову допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав.

Для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура».

Реформована стаття 59 буде такою:

«Стаття 59. Кожен має право на професійну правничу допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав».

Якщо звернутись до пояснювальної записки до проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)», побачимо таке:

«Заміна терміна «правова допомога» на «правничу допомогу» обумовлена стандартами української мови, які визначають, що прикметник, застосований для позначення відповідного виду допомоги, походить від іменника, що позначає саму професію особи, яка надає таку допомогу. Іменником для позначення особи, яка надає послуги у сфері права (у юридичній сфері), є слово «правник». Отже, саме особи, що належать до правничої професії, надають професійну правничу допомогу».

За такою ж логікою ми маємо отримувати не медичну, а лише лікарську допомогу у сфері медицини. І що?

На цей момент ніхто не може з упевненістю сказати, чи є і яка різниця між правовою та правничою допомогою поза філологією. Зокрема, Конституційний Суд України в рішенні № 23-рп/2009 від 30 вересня 2009 року визначив, що правова допомога є багатоаспектною, різною за змістом, обсягом та формами і може включати консультації, роз'яснення, складення позовів і звернень, довідок, заяв, скарг, здійснення представництва, зокрема в судах та інших державних органах, захист від обвинувачення тощо. Держава в особі відповідних органів визначає певне коло суб'єктів надання правової допомоги та їх повноваження. Аналіз чинного законодавства України з цього питання дає підстави визначити, зокрема, такі види суб'єктів надання правової допомоги:

- державні органи України, до компетенції яких належить надання правової допомоги (Міністерство юстиції України, Міністерство праці та соціальної політики України, нотаріат тощо);
- адвокатура України як спеціально уповноважений недержавний професійний правозахисний інститут, однією з функцій якого є захист особи від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах (частина 2 статті 59 Конституції України);
- суб'єкти підприємницької діяльності, які надають правову допомогу клієнтам у порядку, визначеному законодавством України;
- об'єднання громадян для здійснення і захисту своїх прав і свобод (частина 1 статті 36 Конституції України).

Очевидно, що питання співвідношення понять «правова» та «правничу» допомога потребуватиме відповідного врегулювання.

Пропонована для нововведення в Конституцію стаття 131<sup>2</sup> визначає, що:

«Стаття 131<sup>2</sup>. Для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура.

Незалежність адвокатури гарантується.

Засади організації і діяльності адвокатури та здійснення адвокатської діяльності в Україні визначаються законом.

Виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення.

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 недієздатними чи дієздатність яких обмежена».

Юридична спільнота розподілилася на два табори — про- та контра- монополії адвокатури. Одні вважають такий розвиток ледве не рейдерством, інші — запорукою гарантованої якості послуг адвоката. З-поміж того, з чим довелось стикнутися, вбачається, що сторони доводять свою позицію від супротивного, але не декларують, чому має бути так, а не інакше, яка від цього буде користь і чому саме тепер це потрібно робити, а найголовніше — чому саме імперативним способом?

Спробуємо виокремити основні аргументи.

Аргументи проти монополії:

1. Перетворення на обов'язок для громадянина того, що до цього часу було однією з можливостей, а відтак звуження кола цих можливостей.

Як справедливо зазначають апологети цього твердження, потрібно виходити з того, чи буде наділення монополіями повноваженнями адвокатів слугувати захисту прав людини. А самі адвокати і на сьогодні нічим не обмежені, щоб брати участь у будь-яких судових процесах.

2. Підвищення залежності адвокатів від керівництва адвокатури під загрозою втрати доступу до професії.

Тому монополія адвокатури, запроваджена тепер і в такий спосіб, може мати негативний вплив на стан самої адвокатури та призвести до стагнації розвитку правової системи.

3. Позбавлення широких верств населення доступу до правосуддя.

Неминуче подорожчання послуг у випадку відсутності необхідних коштів у бюджеті призведе до зменшення в рази кількості людей, яким надаватиметься безоплатна правова допомога. Рівень розвитку адвокатури та суспільства не дозволяє монетизувати будь-яку відповідальність. У такому випадку адвокати могли б розраховувати на гонорар після і у випадку стягнення матеріальної компенсації з винуватої сторони, будь-то приватна особа чи організація, посадовець, державний орган чи держава. Крім того, держава сама позбавляє себе права адекватно реагувати на потреби суспільства, використовуючи послуги параюристів та інших структур, які здатні надавати правову допомогу, що лише підтверджують винятки в запропонованій статті 131<sup>2</sup>.

4. Відсутність у світі прецедентів встановлення на рівні Основного Закону держави монополії недержавної організації на надання послуг суспільству.

З цим фактом погоджуються і прихильники адвокатської монополії. Якщо ніхто цього так не робив, то, напевно, в цьому якийсь сенс є. Багато хто вважає, що на сьогодні українська адвокатура знаходиться на такому рівні розвитку, який не дозволяє гарантувати надання якісних правових послуг.

Аргументи за монополію:

1. Це взагалі не монополія, а специфічний допуск до професії.

Усі юристи, котрі займаються юридичною практикою чи працюють за наймом, зможуть скористатись введеним спрощеним механізмом отримання адвокатського свідоцтва, і таке отримання не буде фінансово обтяжливим.

2. Монополія призведе до збільшення кількості професіоналів в адвокатській професії.

Збільшення кількості адвокатів відбудеться через отримання статусу адвоката більшістю практикуючих юристів для можливості представляти клієнтів у судах. При цьому більша кількість адвокатів підвищить конкуренцію та професійні стандарти і дозволить громадянам вибрати собі захисника як мінімум не гіршого, ніж тепер.

3. Підвищення якості адвокатських послуг та морально-етичного рівня адвокатів.

Це має відбутись через страх втратити право займатись адвокатською практикою у зв'язку з неналежною кваліфікацією чи порушенням адвокатської етики за рішенням кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури. Так, але це сумнівна мотивація, котра може бути одночасно і елементом впливу на адвоката.

На сьогодні і так є достатньо засобів запобігання зловживанням адвокатами своїми правами. Наприклад:

- а) характер багатьох процесуальних прав адвокатів, тобто адвокат може заявляти клопотання, але вирішуватиме, чи задовольняти їх, слідчий, прокурор, суд;
- б) обмежений законом строк користування відповідним правом, наприклад правом на оскарження вироку, рішення;
- в) виключність повноважень слідчого, прокурора, суду виносити постанови, ухвали, рішення, що унеможливує перешкодження діяльності адвоката вирішенню завдань судочинства.

А чи так само добре є із забезпеченням прав та обов'язків самих адвокатів?

Діяльність адвоката має публічно-правовий характер, тому його права є засобами, потрібними не тільки і не стільки йому самому. Права адвокатів потрібні всьому суспільству, бо вони сприяють повноті, всебічності, об'єктивності судочинства, встановленню істини і на цій основі — досягненню успіху в охороні прав і свобод людини. Тому в першу чергу гарантоване право на правничу допомогу залежить від дотримання прав адвокатів чи осіб, котрі надають правничу допомогу.

Однією з гарантій забезпечення конституційних прав та свобод громадян є існування самого інституту адвокатури. Оскільки адвокатура є складовою правосуддя, то сама діяльність адвокатів потребує логічно виваженої та практично налагодженої системи правових гарантій. Саме злагоджена система

гарантії адвокатської діяльності дає можливість адвокатури в повному обсязі, спираючись на закон, здійснювати її почесний обов'язок із захисту прав громадян.

На сьогодні так видається, що адвокатська монополія вже є доконаним фактом. Законопроект отримав схвалення Венеціанської комісії (23 жовтня 2015 року на 104-му пленарному засіданні Венеціанської комісії було ухвалено Остаточний висновок (документ CDL-AD(2015)027), в якому зазначається, що «остання версія змін до Конституції України, підготовлена Робочою групою Конституційної комісії з питань правосуддя, є досить позитивною і добре підготовленою та заслуговує повної підтримки»).

Висновок Конституційного Суду України хоч і з окремими думками суддів, але стверджує, що запровадження адвокатської монополії не передбачає скасування чи обмеження прав і свобод людини і громадянина. У своїх окремих думках судді Конституційного Суду України Сліденко Ігор Дмитрович та Вдовіченко Сергій Леонідович зазначають, що Конституційний Суд відмовився від власної практики, не навівши ніякої мотивації для такої відмови, хоча мав би детальніше обґрунтувати свою позицію.

Судді ж Конституційного Суду України Гультай Михайло Мирославович та Сас Сергій Володимирович прямо говорять про обмеження права на правову допомогу і права на вільний вибір захисника своїх прав.

З окремої думки судді Конституційного Суду Саса Сергія Володимировича:

«Практичний аспект реалізації права на правову допомогу у варіанті, запропонованому законопроектом, полягає в недоступності послуг адвоката для широких верств населення.

Запровадження монополії на представництво інтересів особи в суді виключно адвокатами спрямоване на обмеження конституційного права особи на вільний вибір захисника своїх прав».

З окремої думки судді Конституційного Суду Гультая Михайла Мирославовича:

«Вважаю, що звуження змісту конституційного права кожного на правову допомогу через виключення частини 2 статті 59 Основного Закону України є обмеженням прав і свобод людини і громадянина в аспекті встановлених у частині 1 статті 157 Конституції України вимог.

Таким чином, запропоноване законопроектом виключення у статті 59 Конституції України частини 2, яка за своїм нормативним змістом є конституційною гарантією права кожного на правову допомогу, може створити передумови для звуження обсягу, а отже, й обмеження зазначеного права».

Саме по собі це, імовірно, не є обмеженням права, але при певних обставинах може ним стати. І ми повинні бути пильними, щоб такого не відбувалось.

Суспільство, в якому ми живемо, намагається визначати, зла людина чи добра, користуючись нормами закону. Таким чином, суспільна влада, встановлюючи такі норми та застерігаючи членів суспільства, має чисте сумління. Але тут може йти мова про фальшиве сумління. Навіть якщо особи, дотримуючись законів, почуваються справедливими, позитивними, вони можуть виявитися злими, негативними.

Чому так? Назагал закон, встановлений лад є добрими, однак вони ж можуть стати злими, коли почнуть діяти несправедливо, коли почнуть захищати права нечисленого прошарку суспільства на шкоду більшості, коли охоронятимуть можновладців і переслідуватимуть слабких. Як на це має реагувати особа, яка усвідомлює себе духовною істотою? Чи здивує нас, коли така справедлива особа не дотримуватиметься цих законів і виступатиме проти них? Напевно, ні, бо справедлива особа — це не та, яка керується виключно правовими нормами, а найперше керується усвідомленням себе як духовної істоти.

Свого часу Ісуса Христа засудили, винесли смертний вирок і стратили згідно із законом. Після цих подій уже не факт, що непослух і бунт означають зраду, злість, зневіру, а навіть, навпаки, можуть означати відвагу і вірність новому й старому баченню духовності та свідомості.

«Чи є сенс в моєму житті, який не буде знищений неминучою смертю?» (Лев Толстой, «Сповідь», 1897 рік).

---

## ЗМІНИ В ДІЯЛЬНОСТІ ПРОКУРАТУРИ, ОБУМОВЛЕНІ РЕФОРМУВАННЯМ, У ТОМУ ЧИСЛІ НА КОНСТИТУЦІЙНОМУ РІВНІ

---



---

### **ОЛЕГ ЗАЛІСКО**

заступник Генерального прокурора України

---

Користуючись нагодою, висловлюю найщирішу вдячність організаторам цього форуму за можливість брати в ньому участь та запевнити, що органи прокуратури України готові активно взаємодіяти з усіма державними органами та правовими громадськими організаціями з метою забезпечення принципів верховенства права, законності і справедливості, виконання взятих Україною зобов'язань перед Радою Європи щодо проведення реформи правосуддя.

Конституційна, адміністративна та судова реформи, які відбуваються в державі, проголошений курс на входження до європейського правового простору зумовили потребу в подальшому реформуванні прокуратури.

На сьогодні система та діяльність органів прокуратури вже зазнали серйозних змін, зумовлених необхідністю перебудови за європейськими принципами та відмови від функцій, не властивих прокураторам країн Європи.

Так, новим Законом України «Про прокуратуру» скасовано так званий загальний нагляд, обмежено випадки здійснення прокуратурою представництва інтересів держави та громадянина в суді, сформовано засади забезпечення внутрішньої незалежності прокурора.

Нарівні з законодавчими змінами безпосередньо керівництвом прокуратури забезпечено втілення низки суттєвих внутрішніх організаційних змін. На сьогодні утворено 178 місцевих прокуратур, штатну чисельність працівників органів прокуратури скорочено майже на чверть — до 15 тисяч осіб, з яких прокурорсько-слідчих працівників — 11 тисяч.

Наразі готуються до впровадження концептуально нові для органів прокуратури України положення Закону України «Про прокуратуру» щодо створення органів прокурорського самоврядування, покликані захистити права прокурорів зсередини системи.

Організовується введення в органах прокуратури повного електронного управління документообігу та розгляду справ, ініціюється створення єдиної інформаційно-телекомунікаційної системи.

Таким чином, уже чимало зроблено для осучаснення діяльності прокуратури, її удосконалення та підвищення ефективності, проте зупинитися на досягнутому завчасно.

Тому в світлі необхідних змін нами позитивно сприймається ініціатива створеної Президентом України Конституційної комісії щодо віднесення прокуратури України до системи судової влади.

Варто зазначити: правова реальність сьогодні змушує віднести прокуратуру до однієї з конституційних гілок влади. Для самої прокуратури та українського суспільства це матиме лише позитивні наслідки, оскільки численні перешкоди на шляху її реформування, що існували у попередні роки, буде усунуто.

Упевнений, що віднесення прокуратури до системи судової влади стане фундаментальним і принциповим кроком на шляху реформування органів прокуратури та відповідатиме сучасним тенденціям визначення ролі прокуратури в демократичних країнах.

Такої ж думки дотримуються і представники Ради Європи, які визнають той факт, що віднесення прокуратури до виконавчої гілки влади не є найліпшим способом визначення її місця в Конституції, оскільки має великі ризики того, що на цей орган буде чинитися неправомірний політичний тиск з боку уряду.

У своїх рекомендаціях Рада Європи прямо вказує, що прокурори та судді мають спільне завдання, а саме: «...завдання прокурорів, як і суддів, застосовувати закон або наглядати за його виконанням. Судді здійснюють це реактивно, у відповідь на вже порушені справи, тоді як прокурор активно забезпечує застосування закону. Судді на засіданні приймають рішення, а прокурори здійснюють нагляд і передають справи до суду...».

Аналогічної думки дотримуються і ООН, і Венеціанська комісія, і Європейський суд з прав людини.

Водночас вважаю за необхідне наголосити, що, перебуваючи в системі судової влади, прокуратура повинна посідати особливе місце серед державних органів, залишатися самостійним органом.

У Бордоській декларації, прийнятій 18 листопада 2009 року Консультативною радою європейських суддів та Консультативною радою європейських прокурорів, визначено основні принципи діяльності суддів та прокурорів.

Зокрема, зазначено, що правоохоронні та, де це прийнятно, дискреційні повноваження прокуратури на етапі досудового слідства потребують, щоб статус прокурорів був гарантований законом на якомога вищому рівні, подібно до статусу суддів. Вони повинні бути незалежними і самостійними у процесі прийняття рішень та здійсненні своїх функцій справедливо, об'єктивно і неупереджено.

Для забезпечення незалежного статусу прокурорів необхідним є дотримання деяких мінімальних вимог, насамперед, щоб їхня позиція та діяльність не були предметом впливу чи втручання з боку будь-якого зовнішнього джерела поза межами самої прокурорської служби; щоб їхнє призначення, просування по службі, гарантії перебування на посаді, включно з можливістю переведення лише на підставі закону або за їхньою згодою, та умови оплати праці забезпечувалися законом.

Тобто у Декларації окреслено чіткі вимоги щодо захисту прокурорів від незаконного втручання в їхню діяльність, що, на нашу думку, потребує встановлення вищого ступеня такого захисту (нарівні із судьями та адвокатами, незалежність яких гарантується державою на рівні Конституції).

Належне виконання різних, але взаємопов'язаних функцій судьями та прокурорами є необхідною гарантією справедливого, неупередженого та ефективного здійснення правосуддя. Судді та прокурори мають бути незалежними у реалізації своїх повноважень, а також діяти незалежно один від одного.

З огляду на судову інстанційність уже реформована триступенева система органів прокуратури: Генеральна прокуратура України, регіональні прокуратури, місцеві прокуратури — це найбільш оптимальна модель з точки зору забезпечення виконання повноважень, покладених на органи прокуратури у сфері кримінального судочинства.

Зважаючи на проблеми, що виникають у роботі прокурорів у кримінальному провадженні, зокрема при підтриманні державного обвинувачення в суді, повністю погоджуємося з висновками Венеціанської комісії про недоцільність існування в нашій державі чотириланкової судової системи, оскільки така система «створює зайву бюрократію, адміністративний тягар, призводить до надмірної складності та затягування провадження, загрожує створенням процесуальних затримок, численними та складними колізіями юрисдикції».

Чим більше інстанцій проходить судова справа, тим більше чинників, у тому числі корупційного характеру, впливають на затягування правового спору, який за своєю суттю залишається невіршеним. Беручи до уваги рекомендації європейських інституцій, необхідність ліквідації вищих спеціалізованих судів (можливо, за винятком суду адміністративної юрисдикції) і наділення відповідними повноваженнями суду касаційної інстанції єдиного найвищого судового органу — Верховного Суду України — неминуча.

Ідея забезпечення уніфікації судової практики Верховним Судом України — найвищим судовим органом держави, до компетенції якого належать такі повноваження, неможлива без наділення його правом безпосереднього формування судової практики (тобто касаційною функцією), оскільки застосування так званої подвійної або повторної касації є неприпустимим.

Розглядаючи законопроект про внесення змін до Конституції України, який наразі перебуває на розгляді парламенту, можна зазначити, що в ньому враховані окремі рекомендації висновку Венеціанської комісії 2013 року щодо реформування прокуратури. Зокрема, позбавлення прокуратури функції «загального нагляду», а також збільшення строку повноважень Генерального прокурора України до шести років.

Водночас для нашої держави важливим завданням є не тільки засвоєння основних європейських принципів і стандартів, а й вироблення специфічних заходів і засобів, необхідних для подальшого формування саме національної — української — прокуратури. При цьому мають бути враховані умови сьогодення, особливості ментальності багатонаціонального українського народу, сформовані в суспільстві традиції та звичаї тощо.

Разом із тим проект змін до Основного Закону, на жаль, містить несподівані новели, які не були рекомендовані Венеціанською комісією у 2013 році при розгляді питання про повноваження прокуратури і, на нашу думку, не відповідають ситуації, що склалася у правовій сфері держави.

Це стосується, по-перше, позбавлення прокуратури функції представництва інтересів громадянина та обмеження представництва інтересів держави.

Наявність у прокуратури повноважень за межами кримінальної юстиції є вкрай важливим елементом захисту інтересів громадян, держави та суспільства, оскільки притягнення особи до відповідальності не вирішує питання поновлення порушених прав та свобод, відновлення становища, що існувало до порушення, а також відшкодування шкоди. Такі повноваження на цей час реалізуються через функцію представництва інтересів громадянина або держави в суді, що принципово відрізняється від функції так званого загального нагляду.

Наявність у національної прокуратури функцій поза сферою кримінальної юстиції відповідає європейській практиці, що відображено у Рекомендації Комітету міністрів Ради Європи державам-учасникам щодо ролі прокурорів поза межами кримінального судочинства від 19 вересня 2012 року. Діяльність прокурорів поза кримінальним провадженням передбачена законодавствами США та більшості європейських країн (Німеччина, Франція, Італія, Польща та інші 20 країн ЄС).

З існуванням цього напрямку діяльності прокуратури також погодилася Венеціанська комісія, яка схвалила Закон України «Про прокуратуру» 2014 року.

Зокрема, в зазначеному Законі закріплено принцип субсидіарності, який проявляється в тому, що прокурор здійснює представницькі повноваження лише у випадках, коли уповноважені органи та особи, покликані захищати права інших осіб, не здійснюють чи неналежно здійснюють свої повноваження. У таких випадках звернення прокурора до суду фактично є останнім можливим засобом захисту порушених прав, свобод та інтересів.

Коли державне майно незаконно відчужується на користь третіх осіб за сприяння державних службовців, повернути його вкрай важко, у тому числі через протидію чиновників. Голова місцевої чи обласної державної адміністрації, який незаконно передав у приватну власність особливо цінні землі своїм родичам або іншим особам за певну винагороду, чи Уряд, який за безцінь на неконкурентних засадах дозволив приватизувати пакети акцій стратегічних підприємств, не будуть самотійно

звертатися з позовами, щоб повернути їх. І в цьому випадку єдиним дієвим механізмом захисту інтересів держави є інститут прокурорського представництва.

Факти, коли уповноважені державою органи були бездіяльними, часто-густо внаслідок злочинних дій їх керівників, підтверджено прикладами результатів представницької діяльності прокурорів.

Зокрема, завдяки наполегливим зусиллям Генеральної прокуратури України у грудні 2015 року залишено в силі судове рішення, на підставі якого вдалося запобігти протиправному вибуттю з державної власності об'єкта культурної спадщини — будинку по вул. Суворова, 9 у м. Києві площею 5 тис. м<sup>2</sup> та вартістю понад 120 млн грн.

Крім того, прокурор має повноваження звертатися до суду як самостійний позивач. Це необхідно насамперед у випадках відсутності відповідного уповноваженого державою органу або в разі необхідності скасування незаконних рішень органів місцевого самоврядування щодо розпорядження коштами, майном та земельними ділянками.

Лише після втручання прокуратури судами скасовано понад 500 рішень Коцюбинської селищної ради Київської області, якою незаконно безоплатно передано у приватну власність 72 га земель Біличанського лісу, що входять до складу Національного природного парку «Голосіївський».

Окрім того, наразі реалії нашої держави такі, що у сучасному суспільстві наявний найвищий запит на боротьбу з корупцією та необхідність повернення незаконно привласненого майна колишніми високопосадовцями держави.

Не секрет, що вони намагатимуться будь-якими шляхами уникнути цивільно-правової відповідальності. Опонентами держави в таких справах будуть особи, які досі мають вплив на державні органи та володіють значними фінансовими ресурсами, що дають змогу найняти кваліфікованих представників, намагатимуться мінімізувати втрати своїх господарів.

Таким чином, у випадках бездіяльності державних чиновників виключно прокуратура може гарантовано допомогти захистити в суді порушені права, свободи чи інтереси громадянина або держави.

Крім того, прокуратура представляє інтереси найбільш незахищених верств населення — неповнолітніх, недієдатних або обмежено дієдатних, чим сприяє їхньому доступу до правосуддя на виконання вимог Загальної декларації прав людини.

Про ефективність застосування прокурорами представницьких повноважень свідчить, зокрема, те, що лише протягом минулого року захищено в суді інтереси 51,6 тис. громадян, яким відшкодовано 104 млн грн. На користь держави за позовами прокурорів судами стягнуто майже 9,2 млрд грн. Завдяки втручання прокуратури попереджено стягнення з держави понад 19 млрд грн.

Важливим фактором є те, що, реалізуючи функцію представництва, прокуратура діє під судовим контролем і виконує свої повноваження публічно із повідомленням зацікавлених осіб, отриманням їхньої згоди та на рівних правах з іншими учасниками процесу.

Водночас зверну вашу увагу на те, що проектом Закону України запропоновано вилучити з чинної редакції Конституції України норму, яка на сьогодні надає можливість захисту органами прокуратури України соціально незахищеної категорії громадян.

Громадяни (неповнолітні, недієдатні, інваліди з обмеженими фізичними можливостями, вадами слуху, зору тощо), які в силу свого віку, психічного чи фізичного стану можуть узагалі не усвідомлювати обсяг своїх прав і те, що вони кимось порушуються, у більшості випадків не спроможні самостійно обрати захисника та й узагалі ефективно захистити свої права. Крім цього, як показує практика, законні представники цих громадян не завжди добросовісно виконують свої повноваження, а іноді й зловживають ними.

Наприклад, лише завдяки втручання прокуратури на стадії перегляду справи Верховним Судом України поновлено житлові права сім'ї Нагорних, яку шахрайськими діями було позбавлено квартири в м. Києві. Унаслідок психічного захворювання ці громадяни не могли самостійно захистити свої права.

Водночас зазначене положення законопроекту (позбавлення прав та гарантій на судовий захист певної категорії громадян органами прокуратури) суперечить статті 22 Конституції України та висновкам Конституційного Суду України щодо неприпустимості звуження змісту та обсягу вже встановлених прав і свобод.

Прокурори з 15 липня 2015 року вже не представляють у суді інтереси громадян, які через свій фізичний чи матеріальний стан, похилий вік неспроможні самостійно захистити свої порушені чи оспорювані права.

Однак створенням центрів безоплатної допомоги, за провадження якої відповідає Міністерство юстиції, питання захисту в суді інтересів громадян цієї категорії не вирішене.

Створено Координаційний центр з надання правової допомоги, 25 регіональних та 100 місцевих центрів, виділено на 2015 рік понад чверть мільярда гривень, проведено конкурс на залучення до цієї роботи п'яти тисяч адвокатів та ще багато різних заходів заплановано здійснити.

Держава сплачує колосальні кошти на утримання центрів безоплатної правової допомоги, як на заробітну плату їхніх керівників та персоналу, оренду приміщень, комунальні послуги, оплату роботи адвокатів, так і на інші потреби. У час необхідності економії і за відсутності коштів створюється нова державна структура і чиновницький апарат.

При цьому органами прокуратури і без цього належним чином забезпечувався захист інтересів громадян у суді і це не потребувало значних додаткових витрат з бюджету.

У свою чергу, Міністерство юстиції України, перебравши на себе повноваження представництва інтересів зазначених громадян у суді через Центри безоплатної вторинної допомоги, не тільки не забезпечує їх реалізацію, а взагалі не вникає в проблеми громадян.

Про вказане, зокрема, свідчить безпідставне скерування за належністю до органів прокуратури звернення матері трьох дітей щодо захисту її житлових прав (за підписом першого заступника міністра юстиції України), вирішення якого належало до компетенції Центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги.

Іншою новелою запропонованих змін до Конституції є пропозиція позбавлення прокуратури функції нагляду за додержанням законів органами, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність (залишення лише нагляду за негласними слідчими розшуковими діями).

У разі набуття чинності такими змінами в Україні буде відсутній орган, який здійснюватиме нагляд за додержанням законів при проведенні оперативно-розшукової діяльності. Зазначене за відсутності будь-якого контролю, у тому числі судового, за законністю початку та ведення оперативно-розшукових справ призведе до значних ризиків порушення прав громадян при проведенні таких заходів. Запропоновані зміни несуть реальну загрозу суцільного та безконтрольного порушення прав і свобод громадян, гарантованих Конституцією України, а саме — недоторканності житла, телефонних розмов, приватного життя. Відсутність прокурорського нагляду призведе до безпідставного проведення оперативно-розшукової діяльності і як наслідок — до зловживань у діяльності оперативних підрозділів, унеможливить законне реагування на них.

Також стурбованість викликає ініціація позбавлення прокуратури функції нагляду за органами, які проводять дізнання, досудове слідство (пропонується залишити лише організацію та процесуальне керівництво).

Таке реформатування нагляду позбавить керівників органів прокуратури, які не є прокурорами у конкретних кримінальних провадженнях, можливості реагувати у рамках кримінального процесуального законодавства на незаконні рішення, дії чи бездіяльність слідчого, прокурора та оперативних підрозділів. Зазначене при обмеженому обсязі повноважень слідчого судді на стадії досудового розслідування негативно впливатиме на стан законності досудового розслідування.

Не на часі є позбавлення прокуратури функції нагляду за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян, оскільки на сьогодні прокурор є єдиною незалежною службовою особою в Україні, наділеною державою виключними повноваженнями щодо забезпечення законності під час перебування громадян у місцях попереднього ув'язнення та виконання покарань, застосування примусових заходів та запобігання катуванням, поведження та покарання, своєчасного виявлення і негайного усунення допущених порушень законів.

Наразі понад 800 прокурорів при здійсненні нагляду на цьому напрямі мають можливість негайно (у будь-який час доби) відреагувати на порушення закону та поновити права особи (зокрема, невідкладне звільнення її з-під варті), проводять системні перевірки регулярно у понад 3,5 тис. органах та установах, їх письмові вказівки щодо додержання встановлених законодавством порядку і умов тримання особи є обов'язковими і підлягають негайному виконанню.

Викликає занепокоєння те, що Венеціанська комісія попри заявлені раніше вектори реформи прокуратури все ж підтримала запропоновані зміни в частині позбавлення прокуратури цих функцій.

Доводиться констатувати, що такі новели не сприятимуть функціонуванню прокуратури як інституції, покликаної забезпечувати захист прав і свобод людини, загальних інтересів суспільства і держави, а у разі їх схвалення прокуратура з потужного органу перетвориться на черговий орган «на папері» і навряд чи буде здатна виправдати сподівання, які очікуються від неї.

Підсумовуючи викладене, висловлю сподівання на розуміння і підтримку позиції прокуратури з цих питань з боку представників судових органів, Адміністрації Президента України, науковців, міжнародних організацій.

Сучасна прокуратура України повинна зайняти відповідне місце серед інших державних органів, маючи набір функцій, які відповідали б міжнародним принципам, умовам сьогодення в державі та надавали змогу ефективно здійснювати захист прав і свобод людини, загальних інтересів суспільства та держави.

---

## АДВОКАТСЬКА МОНОПОЛІЯ: ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД

---



---

### ІГНАС ВЕГЕЛЕ

голова Асоціації адвокатів Литви

---

Чинні європейські стандарти свідчать про те, що більшість європейських країн встановила часткову адвокатську монополію на ринку надання юридичних послуг щодо представництва в судах. Зроблено це було здебільшого для того, аби забезпечити більший рівень правового захисту. Проте нерідко в європейських країнах юристам, які не є членами національної асоціації адвокатів, або навіть неюристами усе ж надається можливість проводити свою діяльність на ринку юридичних послуг і здійснювати представництво в судах за різних обставин, поліпшуючи у такий спосіб загальний доступ до правосуддя. Зрозуміло, що питання адвокатської монополії завжди є предметом запеклих дебатів серед членів правової спільноти. Зверну вашу увагу на те, що є особливі причини для того, аби тема адвокатської монополії була настільки актуальною для цього Міжнародного судового форуму, який відбувається в Україні.

25 листопада 2015 року Президент України Петро Порошенко вніс на розгляд парламенту терміновий законопроект щодо змін до Конституції, пов'язаних із судовою владою. Законопроект надає

виключне право на представництво в судах адвокатам, отже, впроваджує адвокатську монополію в Україні. Серед інших умов законопроекту — представництво інтересів фізичних і юридичних осіб у судах, а також захист від кримінального переслідування повинні здійснюватися лише адвокатами за винятком окремих видів спорів (як-то захист). Відповідно до законопроекту, представництво у Верховному Суді України та в касаційних судах має здійснюватися лише прокурорами або адвокатами починаючи з 1 січня 2017 року, в апеляційних судах — з 1 січня 2018 року, у судах першої інстанції — з 1 січня 2019 року. 22 січня 2016 року Конституційний Суд України офіційно визнав, що законопроект відповідає Конституції України. Крім того, Національна асоціація адвокатів України також висловила свою позицію, зауваживши, що виключне право адвокатів на представництво в судах забезпечить більш високу якість надання правової допомоги і стане однією з гарантій права кожного на справедливий суд. Національна асоціація адвокатів України вважає, що завдяки адвокатській монополії якість представництва в усіх судах значно підвищиться, оскільки відповідальність адвоката перед клієнтом піддаватиметься ретельному моніторингу з боку кваліфікаційної та дисциплінарної комісії адвокатів.

З огляду на згадане вище і зважаючи на обмежений час, який я маю у сьогоднішній презентації, сподіваюся представити вам короткий огляд досвіду Литви та деяких інших європейських країн у сфері адвокатської монополії. Метою моєї презентації також є обговорення питання, чи надає вищезгадана монополія сама по собі достатній захист від ризику несправедливого суду, зважаючи на те, що загальний доступ до юридичної допомоги є головним компонентом концепції справедливого суду.

### Право на справедливий суд

Перш ніж перейти до суті справи, наведу трохи довідкової інформації щодо визначення права на справедливий суд як воно визначене статтею 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція). Конвенція передбачає, що при визначенні цивільних прав та обов'язків або при розгляді будь-якого висуного кримінального обвинувачення кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи у розумні строки незалежним і безстороннім судом, який діє на підставі закону, а кожен обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має право захищати себе особисто або звертатися за юридичною допомогою, обираючи захисника самостійно або, якщо у нього немає достатніх коштів для оплати юридичної допомоги, отримуючи захисника безоплатно, якщо цього вимагають інтереси правосуддя.

Відповідно до практики Європейського суду з прав людини (далі — ЄСПЛ), гарантоване Конвенцією право на справедливий суд має розглядатися з урахуванням права «доступ до судів» у цілому в рамках як цивільного, так і кримінального процесу («Голдер проти Об'єднаного Королівства», рішення від 21 лютого 1975 року). Стаття 6 може в окремих випадках покладати на державу зобов'язання забезпечити особу адвокатським захистом, якщо така допомога є необхідною умовою для ефективного доступу до суду чи то тому, що юридичне представництво було визнане обов'язковим, чи то через складність процедури або справи. Проте важливо, що держава не може нести відповідальність за кожен недолік з боку призначеного адвоката — з принципу незалежності юридичної професії від держави випливає, що ведення захисту по суті є справою відповідача та його захисника незалежно від того, був адвокат призначений за схемою надання безоплатної правової допомоги чи фінансується відповідачем особисто («Камасінський проти Австрії», рішення від 19 грудня 1989 року). Отже, в деяких випадках поява перед судом особисто, навіть і без допомоги адвоката, відповідатиме вимогам статті 6 («Ейрі проти Ірландії», рішення від 9 жовтня 1979 року), проте в деяких випадках Суд постановляв, що непрофесіонали (в цьому випадку — мати і сестра підсудного) не зможуть забезпечити ефективний захист заявника відповідно до процедури («Майзіт проти Росії», 63378/00, рішення від 20 січня 2005 року). Це підводить мене до кінця першого пункту, а саме — що, відповідно до практики ЄСПЛ, стаття 6 надає державі вільний вибір засобів, які використовуватимуться для забезпечення ефективного права доступу до судів. Зазначати, яких заходів має бути вжито, не кажучи вже, щоб диктувати їх, зовсім не є функцією Суду; все, чого вимагає Конвенція, це те, що людина повинна мати право на доступ до судів в умовах, що не суперечать статті 6 («Ейрі проти Ірландії», рішення від 9 жовтня 1979 року). Завжди потрібно пам'ятати про те, що Конвенція покликана гарантувати не теоретичні або ілюзорні, а практичні та ефективні права.

Окрім того, варто зазначити, що в окремих випадках ЄСПЛ обґрунтував необхідність адвокатської монополії. Суд пояснив, що право кожного обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення

на захист адвокатом за власним вибором не може вважатися абсолютним, а отже, національні суди можуть скасовувати вибір людини, коли є відповідні і достатні підстави вважати, що це необхідно в інтересах правосуддя. Таким чином, особливий характер провадження в касаційному суді цілком виправдовує необхідність у тому, щоб монополія на усні виступи залишалася за спеціалізованими юристами і щоб така монополія не позбавляла заявників розумної можливості представляти свої справи в умовах, які не є несприятливим для них («Мефта проти Франції», рішення від 26 липня 2002 року).

Також зверну вашу увагу на те, що не лише ЄСПЛ, а й законодавство Європейського Союзу ґрунтує в окремих випадках адвокатську монополію. Наприклад, відповідно до Директиви 98/5/ЄС Європейського парламенту та Ради від 16 лютого 1998 року для полегшення професійної діяльності юристів на постійній основі в будь-якій державі — членові ЄС, окрім тієї, де було здобуто кваліфікацію, і для забезпечення ліпшого функціонування системи юстиції, держави-члени можуть встановити спеціальні правила доступу до верховних судів, як, наприклад, здійснення представництва лише спеціалізованими юристами.

Згадавши відповідну практику ЄСПЛ, давайте перейдемо до наступного пункту — європейський досвід у сфері адвокатської монополії — і почнемо з моєї рідної країни — Литви.

### **Монополія на здійснення правового представництва в Литві**

У Литві монополія на правове представництво варіюється залежно від процесу та інстанції. На сьогодні є два типи адвокатської монополії — захист у кримінальних справах і касаційна інстанція у цивільних справах.

У кримінальній процедурі, якщо підозрюваний або обвинувачений бажає мати представника, ним обов'язкове має бути адвокат (у випадках, передбачених законом, — помічник адвоката). Адвокатуві дозволено долучитися до справи на запит підозрюваного чи обвинуваченого за моменту затримання або першого допиту. Національне законодавство також визначає засади обов'язкової участі захисника:

- 1) у випадках, коли підозрюваний чи обвинувачуваний є неповнолітнім;
- 2) у випадках, коли злочин було скоєно сліпою чи глухою особою або будь-якою іншою особою, яка не має можливості здійснювати власний захист через фізичні або розумові вади;
- 3) коли підозрюваний чи обвинувачений не говорить мовою, якою здійснюється провадження;
- 4) коли є протиріччя між юридичними інтересами підозрюваних чи обвинувачуваних, якщо прийняти один із них має захисника;
- 5) у випадках, коли покаранням за вчинення злочину може бути довічне ув'язнення тощо.

У випадках, передбачених національним законодавством, якщо підозрюваний чи обвинувачений не вимагають захисника самостійно чи на це не було надано їхнього дозволу або згоди інших осіб, захисник повинен бути призначений слідчим, прокурором або суддею. Утім, у кримінальному процесі потерпілого може представляти не лише адвокат (або його помічник), а й будь-який інший представник із вищою юридичною освітою, якщо він отримав дозвіл слідчого, прокурора або судді. Представником юридичної особи може виступати її керівник або спеціально уповноважений працівник. Але потрібно зауважити, що така можливість не часто застосовується на практиці, оскільки адвокати все-таки сприймаються суспільством як професіонали в царині кримінального процесу.

Розглянувши кримінальне провадження, давайте тепер поговоримо про цивільний процес, де адвокати мають монополію на представництво лише у Верховному Суді. У першій і другій інстанціях представництво інтересів сторін можуть здійснювати особи, які мають юридичну освіту, якщо вони представляють своїх родичів або подружжя (чоловіка/дружину); профспілки, якщо вони представляють своїх членів у трудових спорах; помічники виконавців, які мають юридичну освіту, у справах, пов'язаних із виконанням професійних обов'язків виконавця, тощо. Цікаво, що осіб також можуть представляти асоціації та інші юридичні особи публічного права, які представляють членів асоціацій, або інші юридичні особи публічного права (в їхніх установчих документах зазначено цілі, пов'язані із захистом визначеної групи людей або представництвом їхніх інтересів у суді) відповідно до цілей, зазначених в установчих документах вищезгаданих юридичних осіб. На жаль, таке положення створило передумови для зловживань інститутом представництва з боку осіб, які не мають статусу юриста або помічника юриста (чи раніше порушили правила адвокатської етики, за що були позбавлені статусу адвоката або помічника адвоката), але намагаються надавати юридичні послуги зі здійснення представництва в судах. Такі особи просто створюють асоціації або інші юридичні особи публічного права, що здійснюють представництво

фізичних осіб у різноманітних правовідносинах, отримуючи в такий спосіб право на здійснення представництва в судах. Враховуючи це, Асоціація адвокатів Литви докладає зусиль до внесення поправок до відповідного абзацу Цивільно-процесуального кодексу.

Дозвольте звернути вашу увагу на те, що, незважаючи на існування вищезгаданих норм у цивільному процесі, сторона може вимагати відшкодування судових витрат лише в тому випадку, якщо її інтереси представляв адвокат або помічник адвоката. За загальноприйнятим принципом, сторона, яка програла цивільну справу, зазвичай зобов'язана відшкодувати судові витрати стороні, яка виграла. Щоб досягти однієї з головних цілей цивільного провадження — надання кваліфікованої правової допомоги — потрібно мати високий рівень знань в юриспруденції. Таке представництво можуть забезпечити лише адвокати та їхні помічники, оскільки їхня юридична кваліфікація визначена відповідно до закону: адвокат повинен пройти спеціальну підготовку або мати особливий досвід, він повинен скласти екзамен, дотримуватися правил професійної етики, застрахувати цивільно-правову відповідальність тощо. Тому вимоги до представництва в цивільному провадженні особливо виділяють вищезгадану норму щодо відшкодування судових витрат.

Рухаючись далі, зверну вашу увагу на адміністративні правопорушення, де особу може представляти адвокат або будь-яка інша особа, яка має академічний ступінь у юриспруденції або іншу відповідну кваліфікацію. Водночас в адміністративному процесі сторони провадження можуть захищати свої інтереси в суді самостійно або через представників. Закон Литовської Республіки про адміністративне провадження встановлює, що, як правило, адвокат повинен здійснювати представництво в суді. Утім, немає жодних обмежень для інших людей щодо здійснення представництва в судах, незалежно від їхньої професійної кваліфікації. Саме тому Асоціація адвокатів Литви має на меті внесення змін до національного законодавства і визначення певного кола осіб, які можуть діяти як представники в судах в адміністративних справах: адвокати та їхні помічники, особи, котрі мають юридичну освіту, якщо вони представляють своїх родичів або подружжя (дружин та чоловіків); профспілки, якщо вони представляють своїх членів у трудових спорах, тощо. Ми також прагнемо досягти того, щоб судові витрати сторін підлягали відшкодуванню лише у випадках, коли інтереси сторін представляли адвокати або їхні помічники, спонукуючи осіб у такий спосіб обирати собі на роль представників адвокатів (їхніх помічників).

### Адвокатська монополія на представництво у Європі

Описавши литовський досвід, детальніше розгляну, як питання адвокатського представництва регулюється в інших європейських країнах. Для певної ілюстрації наведу кілька фактів і чисел. Відповідно до звіту «Європейські судові системи (видання 2014 року, дані за 2012 рік): ефективність і якість правосуддя», складеного Європейською комісією з питань ефективності правосуддя (СЕРЕJ) (у дослідженні взяли участь 45 держав — членів Ради Європи: Албанія, Андорра, Вірменія, Австрія, Азербайджан, Бельгія, Боснія і Герцеговина, Болгарія, Хорватія, Кіпр, Чехія, Данія, Естонія, Фінляндія, Франція, Грузія, Німеччина, Греція, Угорщина, Ісландія, Ірландія, Італія, Латвія, Литва, Люксембург, Мальта, Республіка Молдова, Монако, Чорногорія, Нідерланди, Норвегія, Польща, Португалія, Румунія, Російська Федерація, Сербія, Словаччина, Словенія, Іспанія, Швеція, Швейцарія, Македонія, Туреччина, Україна, Сполучене Королівство. Уперше сталося так, що СЕРЕJ дозволила включити до циклу оцінювання країну, яка не є членом Ради Європи, на запит такої країни; йдеться про Ізраїль), дев'ять держав — членів Ради Європи встановили адвокатську монополію у цивільних, кримінальних та адміністративних справах, принаймні для більшості процесів: Бельгія, Кіпр, Люксембург, Франція, Греція, Італія, Мальта, Монако і Туреччина. Адвокатська монополія є особливо важливою в кримінальних справах, оскільки вони безпосередньо зачіпають основні права й цінності, більше того, результати розгляду кримінальної справи можуть мати незворотні наслідки. Тому правове представництво підозрюваного чи обвинуваченого є обов'язковою вимогою в більшості країн — 34 (Андорра, Вірменія, Азербайджан, Бельгія, Хорватія, Кіпр, Чехія, Данія, Франція, Грузія, Греція, Угорщина, Ісландія, Італія, Латвія, Литва, Люксембург, Мальта, Республіка Молдова, Монако, Чорногорія, Нідерланди, Норвегія, Польща, Португалія, Росія, Сербія, Словаччина, Словенія, Швейцарія, Македонія, Туреччина, Україна, Великобританія/Шотландія), тоді як правове представництво потерпілого — лише у 18 країнах (Бельгія, Хорватія, Кіпр, Данія, Франція, Грузія, Греція, Ісландія, Італія, Люксембург, Мальта, Монако, Норвегія, Португалія, Росія, Швейцарія, Македонія, Туреччина, Шотландія). Дванадцять країн встановили адвокатську монополію в адміністративному

процесі (Бельгія, Кіпр, Франція, Грузія, Греція, Італія, Люксембург, Мальта, Монако, Словаччина, Туреччина, Шотландія).

Монополія на професійне правове представництво в Європі варіюється залежно від різних факторів, наприклад суми позову. В Австрії правове представництво в цивільних справах є обов'язковим, коли сума позову перевищує 5 000 євро, у Хорватії — 6 500 євро, у Данії — 7 000 євро, а в Італії — 1 100 євро. Монополія на правове представництво також залежить від судової інстанції. Наприклад, в Австрії, Азербайджані, Естонії, Грузії, Угорщині, Чехії та Словенії правове представництво не є обов'язковим у судах першої та другої інстанцій. Вимоги щодо правового представництва також відрізняються залежно від питань, що розглядаються. Наприклад, у Данії, Естонії та Швеції за певних обставин у цивільних, кримінальних (як підозрюваний чи обвинувачений, так і потерпілий) та адміністративних справах клієнта можуть представляти члені сім'ї, профспілки та інші особи. В Італії у справах, пов'язаних зі сплатою податків, правове представництво в першій і другій інстанціях можуть здійснювати бухгалтері, а також представники інших професій, визначених відповідно до закону. У Туреччині в деяких категоріях справ роль адвоката можуть виконувати військові офіцери, бухгалтері й консультанти, судові розпорядники, голови профспілок, представники брендів і власники патентів. У Монако представниками сторін перед мировими суддями можуть бути кровні родичі або родичі за шлюбом, а у кримінальних судах сторони можуть захищати себе самостійно. У Бельгії представляти інтереси сторін перед мировими суддями у господарських судах і судах з розгляду трудових спорів може подружжя, кровний родич або родич за шлюбом.

Цікаво, що в тринадцяти державах — членах Ради Європи немає монополії на представництво в жодному із згаданих процесів, у тому числі в кримінальному: Албанії, Австрії, Боснії і Герцеговині, Болгарії, Фінляндії, Німеччині, Естонії, Ірландії, Іспанії, Румунії, Швеції, Англії та Уельсі і Північній Ірландії. Наприклад, в Австрії у кримінальних справах представництво може здійснювати член сім'ї, а у деяких категоріях кримінальних справ особу може представляти не лише юрист, а й викладач кримінального й кримінально-процесуального права в університеті.

Коротко розглянувши європейський досвід створення принаймні часткової адвокатської монополії на ринку здійснення правового представництва в судах, давайте перейдемо до наступної частини, в якій я спробую подискутувати на тему сумісності адвокатської монополії та права на справедливий суд.

### **Адвокатська монополія та право на справедливий суд**

Зрозуміло, що вимоги, які висуваються до адвокатів, виступають у ролі гарантії справедливого суду за найрізноманітніших обставин. По-перше, адвокати здобувають юридичну освіту та проходять спеціальну підготовку. Вищезгадане дослідження СЕРЕЖ демонструє, що майже всі держави — члени Ради Європи (45 із 47) вимагають, аби особа пройшла попередній тренінг, перш ніж братися до адвокатської практики, за яким зазвичай слідує складення екзаменів в університеті та отримання відповідної кваліфікації (тобто проходження стажування). Більшість країн (36 із 47) також вимагають проходження додаткового навчання та/або спеціального тренінгу з підвищення кваліфікації. По-друге, адвокати обмежені правилами адвокатської етики, порушення яких може призвести до накладання дисциплінарних санкцій. Приміром, базовими принципами, на яких ґрунтується адвокатська практика, є свобода і незалежність у здійсненні адвокатської діяльності, демократія, колегіальні відносини та справедлива конкуренція, законність адвокатської діяльності, збереження адвокатської таємниці, лояльність до клієнта та уникнення будь-якого конфлікту інтересів, бездоганна поведінка. Якщо має місце порушення цих принципів або інших вимог, визначених законодавством, з'являються підстави для накладання дисциплінарних санкцій.

Крім того, є і інші елементи, які сприяють якості юридичних послуг, що надаються адвокатами, як-то: страхування цивільно-правової відповідальності, що забезпечує компенсацію збитків, заподіяних адвокатом, гарантії адвокатської діяльності, такі як конфіденційність інформації, повідомленої адвокату, або заборона на допит адвоката щодо того, що стало йому відомо в процесі надання правових послуг. Більше того, часто національне законодавство визначає спеціальні гарантії для адвокатів, які надають свої послуги в кримінальних справах. Наприклад, за литовським законодавством заборонено записувати або відстежувати телефонні розмови чи будь-яку іншу інформацію (включаючи, але не обмежуючись, цифрові засоби комунікації), яка передається від адвоката до обвинуваченого через

телекомунікаційні мережі. Також заборонено вивчати, відстежувати або вилучати будь-які документи чи медійні засоби, пов'язані з професійною діяльністю адвоката, окрім випадків, коли сам адвокат є підозрюваним або обвинуваченим у кримінальній справі, але такий виняток поширюється лише на ті документи й інформацію, які мають безпосереднє відношення до підозри або кримінального обвинувачення. Немає потреби говорити, що представники, які не є адвокатами, не завжди відповідають переліченим вимогам і, звичайно, не мають таких гарантій, оскільки останні напряму пов'язані зі статусом адвоката. Це підштовхує до обгрунтованого та зрозумілого висновку, що адвокатське представництво в судах забезпечує вищий рівень правового захисту за найрізноманітніших обставин, і таке представництво має знаходити підтримку в усіх країнах.

Утім, погоджуючись із тим, що адвокатське представництво має багато переваг, як раніше, залишається питання, чи є адвокатська монополія сама по собі достатньою гарантією справедливого суду? Зупинюся на цьому аспекті. Почнімо з того, що перед державою можуть постати серйозні проблеми при забезпеченні практичної та реалістичної реалізації права на справедливий суд, якщо адвокатів буде мало порівняно з кількістю населення, адже адвокатська монополія означає, що лише члени національної асоціації адвокатів матимуть право надавати правові послуги зі здійснення представництва в судах. Утім, звіт СЕРЕЖ демонструє, що у 2012 році середня кількість адвокатів на 100 000 жителів складала 161. Шість країн мали понад 300 адвокатів на 100 000: Люксембург (384), Греція (380), Італія (379), Мальта (332), Ісландія (322) і Англія та Уельс (308). СЕРЕЖ пояснила, що найбільший показник (у Люксембургу) пов'язаний із тим, що в цій країні невелика кількість жителів, тому виникає така різниця у співвідношенні; хоча той факт, що в Люксембургу розташований Європейський суд справедливості, може частково пояснити наявність відносно великої кількості адвокатів. Найменшу кількість адвокатів було зафіксовано у Молдові (49), РФ (47), Вірменії (45), Північній Ірландії (44), Фінляндії (35), Боснії та Герцеговині (35) і Азербайджані (8). У Литві кількість адвокатів на 100 000 населення складає 59 осіб, тоді як в Україні — 244. З огляду на наведене вище, думаю, така кількість є цілком достатньою.

Також важливо зауважити, що обов'язкове представництво адвокатом може розглядатися як фінансова перешкода реалізації права на справедливий суд, коли гонорари адвоката є вищими за середній дохід. Це може призвести до ситуації, коли незабезпечені прошарки населення і представники середнього класу не зможуть дозволити собі оплачувати послуги адвоката. Відповідно до вищезгаданого звіту СЕРЕЖ, у більшості європейських країн винагорода адвоката підлягає вільному обговоренню. Отже, питання в тому, як зробити так, щоб за результатами цього обговорення не втратити можливості бути представленим адвокатом? У багатьох країнах визначено основні принципи, відповідно до яких винагорода повинна бути адекватною та пропорційною складності справи. У деяких країнах-членах є можливість для визначення винагороди залежно від результату (справа програна — оплати немає або оплати за фактом). У багатьох країнах гонорари адвокатів регулюються нормативними актами міністерства юстиції, приміром у Словаччині, Боснії та Герцеговині і Чехії. В інших країнах, наприклад у Данії, є перелік справ і послуг, за якими складено керівні таблиці із зазначенням у них розміру гонорару; у тих справах, які не включені до переліку, адвокати можуть вільно обговорювати винагороду, зважаючи, втім, на національне законодавство, відповідно до якого гонорар має бути справедливим і відповідати обсягу та важливості справи. Це спонукає до висновку, що, як показує дослідження, європейські держави одночасно з національними адвокатськими асоціаціями докладають зусиль, аби право на справедливий суд реалізовувалось на практиці та в ефективний спосіб, а не залишалось чимось теоретичним та ілюзорним.

## Висновок

Як було зазначено, право на захист, у тому числі право на адвоката, є одним із основних прав людини, яке допомагає забезпечити захист інших конституційних прав і свобод. Це також означає, що завданням держави є забезпечення ефективної реалізації цього права шляхом встановлення вимог щодо високого рівня професійної кваліфікації, досвіду та репутації, а також вимог щодо дисциплінарної та цивільно-правової відповідальності за недбале або неетичне виконання своїх професійних обов'язків. Повертаючись до початкового питання, необхідно підкреслити, що недостатня кількість адвокатів або недостатня прозорість при визначенні розміру гонорару може призвести до порушення права на справедливий суд, тому співіснування адвокатської монополії та справедливого суду може

бути забезпечене лише за наявності всіх необхідних факторів: не лише якості підготовки та дотримання правил етики, а й прозорості у визначенні розміру гонорарів і достатньої кількості адвокатів.

Також варто зазначити, що дотримання вищевказаних вимог, а також дотримання гарантій адвокатської діяльності може належно й ефективно забезпечуватися лише національною асоціацією адвокатів. Якщо національна асоціація адвокатів не може ефективно працювати, не буде можливості забезпечити жоден із вищевказаних елементів, які розглядаються як додатковий фактор, що сприяє підвищенню якості юридичних послуг, що надаються адвокатами, — ані дотримання етичних норм, ані захист прав споживачів, ані страхування цивільно-правової відповідальності тощо. Тому можна дійти висновку, що ефективна діяльність національної асоціації адвокатів значною мірою сприяє ефективній реалізації права на справедливий судовий розгляд.

Підсумовуючи європейську практику, яку було представлено, думаю, справедливо буде сказати, що представники, які не є адвокатами (тобто особи, які мають вищу юридичну освіту та представляють своїх родичів або подружжя), також повинні мати право на здійснення представництва в судах у окремих випадках, оскільки це, безумовно, підвищує загальний рівень доступу до правосуддя. Однак, як уже згадувалося, представництво адвокатом може вважатися більш надійним, оскільки воно забезпечує набагато вищий ступінь правового захисту порівняно з представництвом особою, яка не є членом національної асоціації адвокатів. Отже, можу зробити висновок, що в судовому процесі необхідно заохочувати сторони віддавати перевагу адвокатам як своїм представникам, навіть якщо немає жодних правових вимог щодо цього. Цієї мети можна досягти, наприклад, шляхом введення системи відшкодування судових витрат, аналогічної тій, яку ми маємо в Литві, де судові витрати сторін відшкодовуються лише тоді, коли в судовому процесі їх представляв адвокат або помічник адвоката.



ДЕНЬ ПЕРШИЙ 17.03.2016

## СЕСІЯ ІІ. СУДОВА РЕФОРМА: ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ЕТАП

---

СЕКЦІЯ 1. ЗАПРОВАДЖЕННЯ СУДОВОГО ПРЕЦЕДЕНТУ  
В УКРАЇНІ: РЕАЛІЇ ТА ПЕРСПЕКТИВИ



**МОДЕРАТОР**

---

**РАЇСА ХАНОВА**

к.ю.н., голова Донецького апеляційного адміністративного суду

---



---

# ПРАВОВА ПРИРОДА РІШЕННЯ ВЕРХОВНОГО СУДУ УКРАЇНИ

---



---

## **НАТАЛІЯ КУЗНЕЦОВА**

доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, професор кафедри цивільного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, заслужений діяч науки і техніки України

---

Закон України «Про судоустрій і статус суддів» 2010 року не тільки суттєво змінив розподіл повноважень між Верховним Судом України і судами касаційної інстанції (вищими спеціальними судами) — це питання має самостійний характер, воно неодноразово обговорювалося і цьому факту було дано належну оцінку.

Водночас у судову практику були введені нові процесуальні інструменти, які суттєво вплинули на процес формування єдиних підходів до застосування чинного законодавства при вирішенні судових спорів.

Верховний Суд України, позбавлений повноважень з узагальнення законодавства і прийняття відповідних постанов Пленуму, одержав інше повноваження: переглядаючи рішення суду касаційної інстанції, в разі неоднакового застосування однієї і тієї ж норми права в подібних правовідносинах приймати постанови, що містять висновок, який є обов'язковим для всіх суб'єктів владних повноважень при застосуванні ними у своїй діяльності нормативно-правового акта, що містить відповідну норму.

Висновок щодо застосування норм права, викладений у постанові Верховного Суду України, має враховуватися іншими судами загальної юрисдикції при застосуванні таких норм. Суд має право відступити від правової позиції, викладеної у висновках Верховного Суду України, з одночасним наведенням відповідних мотивів.

Практично одразу після прийняття Закону про судоустрій перед юридичним загалом постало питання: яку правову кваліфікацію щодо природи висновків Верховного Суду України можна надати?

Це питання викликало жваві дискусії, які тривають і дотепер.

На нашу думку, щоб «наблизитися» до визначення статусу постанов ВСУ з відповідними висновками, необхідно звернутися до низки загальнотеоретичних проблем.

Зокрема, це проблема сучасного праворозуміння. У радянську добу ці проблеми розв'язувалися, як правило, з «нормативістсько-позитивістських позицій». Нам, юристам старшого покоління, із студентської лави вселяли як аксіому, що право — це сукупність загальнообов'язкових правил поведінки, які виражають волю панівного класу, встановлених у законодавчому порядку, а також звичаїв, санкціонованих державною владою, застосування яких забезпечено примусовою силою держави.

Відтак, «вузьконормативний підхід» до визначення права зводився до розуміння права як системи норм, встановлених або санкціонованих державою.

Щоправда, згодом, у 70-80 роки минулого сторіччя, цей вузьконормативний підхід був певною мірою витіснений «широким» підходом, який у розумінні права охоплював нарівні з нормами права також правосвідомість, правовідношення, правові принципи тощо.

Сутність юридичного позитивізму як концепту праворозуміння полягає перш за все у тому, що право розглядається як закрита правова система.

Другою загальнотеоретичною мегапроблемою, яка впливає на вирішення питання щодо правової природи висновків ВСУ, є тісно пов'язане з праворозумінням вчення про джерела права. Розглядаючи загальні підходи до визначення джерел права з позитивістських позицій, ми систему джерел практично обмежуємо законодавством, оскільки саме нормативно-правові акти формують найбільш представницьку групу джерел права.

Сутнісні трансформації у суспільній правосвідомості, що зрештою призвели до реанімації дихотомічного поділу права на публічне і приватне, певною мірою «торпедували» монополію позитивістських поглядів щодо праворозуміння. У цьому питанні все чіткіше простежується розмежування категорій права та закону. Право розглядається як певний соціальний феномен, регулятор суспільних відносин, із своєю об'єктивною природою та специфікою, своєю сутністю, принципами.

Саме відновлення в статусі приватного права зруйнувало монополію закону як основного (а подекуди — єдиного) джерела права.

Цивільно-правова доктрина на основі положень Цивільного кодексу України значно розширила систему джерел приватноправового регулювання відносин:

- договір (і не тільки міжнародно-правовий);
- звичай (у тому числі й ділові узвичаєння), і не тільки санкціонований державою;
- локальні, в тому числі корпоративні акти;
- акти судової діяльності.

Дискусії загальнотеоретичного і галузево-прикладного характеру загострилися. Однак можна констатувати, що вітчизняна загальнотеоретична доктрина допоки не готова на основі системного аналізу сформувати в цьому напрямі концептуальне бачення і «озброїти» галузеві науки сучасною методологією для вирішення цих важливих питань.

Як ці проблеми впливають на визначення статусу постанов ВСУ, які виносяться у конкретних справах? Безпосередньо!

Перед юридичною спільнотою постало питання — чи належать ці акти до прецедентів, а якщо це так, то чи не почала наша правова система «дрейф» від континентальних засад до англо-американських?

Відповідь не може бути абсолютно однозначною, оскільки і континентальна (романо-германська), і англо-американська (прецедентна) системи на сучасному етапі суспільної еволюції динамічно розвиваються у зустрічному напрямі:

- романо-германська (континентальна) відчуває істотний постійно зростаючий вплив судової практики;
- англо-американська (прецедентна) значно розширює сферу дії статутного (писаного) права.

Таким чином, можна констатувати, що між основними правовими системами немає «китайського муру».

Цим тенденціям певної конвергенції сприяють процеси світової глобалізації, в тому числі у сфері права — поява наднаціональних (інтернаціональних) правових систем (право ЄС, юриспруденція Європейського Суду з прав людини у Страсбурзі), формування *lex mercatoria* («м'якого права») тощо.

Це перше застереження, яке має враховуватися.

Друге застереження полягає у такому. Вплив результатів судової діяльності на розвиток національних правових систем по-різному формалізується:

- в англо-американській системі через прецеденти;
- у континентальній системі через сталу судову практику.

У нашій юридичній літературі абсолютно справедливо та обґрунтовано ці форми не ототожнюються [1].

Під судовим прецедентом, як правило, розуміють судові рішення вищого органу судової влади у конкретній справі, винесене в рамках певної юридичної процедури (судочинства), що містить правове положення (правову позицію, принципи). Такі судові рішення (їхні правові позиції — *ratio desidenti*) публікуються в офіційних збірниках і наділені імперативністю для застосування до аналогічних справ у майбутньому [2].

Руперт Кросс у відомій монографії, присвяченій прецеденту, зазначає, що хоча дотепер англійська доктрина прецеденту знаходиться в стані постійних змін, але вона зберігає три постійні риси: повагу до окремо взятого рішення одного з вищих судів; визнання того, що рішення такого суду є переконуючим прецедентом для судів, які стоять вище за нього в ієрархії; окреме рішення розглядається завжди як обов'язковий прецедент для нижчих судів [3].

Безумовно, у такому контексті не треба розглядати як єдину проблему визнання елементів прецедентності у сучасному українському праві та наявність у ньому елементів судової правотворчості.

Остання є самостійною проблемою і повинна розглядатися як дієвий засіб впливу на право і як регулятор суспільних відносин як його частина.

У цій площині судова правотворчість була і продовжує бути предметом дослідження і живих наукових дискусій.

Діапазон поглядів на цю проблему є доволі широким: від дуже стриманих, які визнають роль судової правотворчості у процесі тлумачення нормативно-правових актів при їх застосуванні [4], до констатації наявності судового права як невід'ємної складової національної правової системи, як структурованої сукупності загальнообов'язкових принципів і норм, що містяться в судових рішеннях [5].

Зазначимо, що проблема судової правотворчості не є новою, вона має історичні витoki у різних правових системах [6].

Практично без заперечень сприймається діяльність судів щодо тлумачення норм права в процесі їх застосування.

Але як бути, коли різні способи тлумачення дають різні результати?

З яких позицій суд має здійснювати тлумачення — чи пов'язаний суд волею «історичного законодавця», чи він може і повинен цю волю «осучаснити»?

Як співвідноситься обмежувальне тлумачення і принцип верховенства права?

Які межі існують у здійсненні тлумачення (інакше кажучи, як далеко може йти суд, зокрема Верховний Суд, у своєму рішенні)?

Чи вправі суд витлумачити норму у спосіб, який явно відходить від буквального змісту, за умов, що цей буквальний зміст призводить до прийняття абсурдного, несправедливого рішення?

Перелік цих питань може бути продовжений.

Сьогодні Верховний Суд України наділений унікальним повноваженням — через визначення позиції у конкретній справі формувати (створювати) право шляхом тлумачення норми, застосування якої викликало труднощі у судовій практиці.

Унікальний тому, що такої процесуальної конструкції немає в інших пострадянських державах.

На наш погляд, тривалі дискусії, чи є постанови ВСУ прецедентами, квазіпрецедентами чи напівпрецедентами, не є продуктивними ані в теоретичному плані, ані в практичному.

Водночас ми можемо констатувати, що існують об'єктивні підстави для висновку, що ці постанови є джерелом права, яке на сучасному етапі має розглядатися значно ширше, ніж законодавство. Перш за

все — за рахунок включення до його складу загальних принципів, а також інших, крім законів, джерел, зокрема актів судової правотворчості.

Насамкінець необхідно зазначити, що нам як свіже повітря потрібні дослідження у цій сфері: сучасні, ґрунтовні, системні.

Водночас і судова практика повинна відповідати викликам часу. Вона має бути сталою, логічною, обґрунтованою, чіткою у формулюваннях правових позицій.

Щоб якість постанов ВСУ відповідала високим стандартам, Верховний Суд України не повинен перетворюватися на конвеєр; у питаннях формування єдиної судової практики він має бути «озброєний» усім необхідним інструментарієм: високопрофесійними кадрами, необхідним часом, достатнім для опрацювання правової позиції, процесуальними гарантіями і механізмами дотримання приписів ВСУ.

#### Використані джерела

- [1] Резнікова В.В. Судовий прецедент: чи визнано за ним статус офіційного джерела права в контексті реформування господарсько-процесуального законодавства України? // Вісник господарського судочинства України. — 2012. — № 1. — С. 90—101.
- [2] Гук П.А. Судебный прецедент: теория и практика. — М.: «Юрлитинформ», 2009. — С. 47.
- [3] Кросс Руперт. Прецедент в английском праве. — М.: «Юридическая литература», 1985. — С. 27.
- [4] Правоприменение: теория и практика. Под ред. Ю.А. Тихомирова. — М., 2008. — С. 314—319.
- [5] Марченко М.Н. Судебное правотворчество. — М.: «Проспект», 2011. — С. 5.
- [6] Докладно це питання розглянуто на основі аналізу першоджерел у ґрунтовній монографії Карапетова А.Г. «Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве». — М.: «Статут», 2011. — 307 с.

---

## ЗНАЧЕННЯ ПРЕЦЕДЕНТІВ У СФЕРІ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В США І ПРАКТИКИ СУДУ В УКРАЇНІ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ

---



---

### **ОЛЕНА КОХАНОВСЬКА**

доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, професор кафедри цивільного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

---

Звернення до змістовного наповнення охорони і захисту прав інтелектуальної власності в США та Україні дає можливість виявити ряд спільних рис і особливостей, притаманних кожній країні у цій сфері, а також з'ясувати окремі аспекти значення прецедентів у сфері права інтелектуальної власності в Сполучених Штатах Америки і практики суду в Україні.

Не секрет, що спори у сфері інтелектуальної власності вважаються одними з найскладніших як в Україні, так і в інших, у тому числі і таких розвинутих країнах, як США. Рішення, що приймаються, нерідко скасовуються судами вищих інстанцій, оскільки їх розгляд здійснюється не завжди якісно та вчасно. На це впливає також специфіка спорів у зазначеній галузі, судова практика щодо яких характеризується значною різноманітністю. Труднощі виявляються також при застосуванні норм як матеріального права, так і положень процесуального права. Виняткова специфіка супроводжує також весь процес проведення необхідних судових експертиз. Розглядаючи спір у сфері права інтелектуальної власності,

суддя нарівні з вирішенням суто правових питань щодо наявності чи відсутності права, факту правопорушення, розміру заподіяної шкоди повинен також дослідити ряд технічних аспектів, які належать до предмета доказування, а саме: застосування сукупності суттєвих ознак промислового зразка, питання схожості конфліктних позначень тощо. Для вирішення подібних питань необхідно призначити судову експертизу об'єктів інтелектуальної власності. Утім, висновки такої експертизи не завжди однозначні. Додамо до цього, що можливість застосування аналогії у розгляді спорів, що впливають з інших цивільних відносин, для спорів у сфері права інтелектуальної власності надзвичайно обмежена або й неможлива.

Усе вищезазначене свідчить про актуальність теми цієї публікації про з'ясування питань значення прецедентів у сфері права інтелектуальної власності в США і практики суду в Україні.

Метою публікації є переважно цивільно-правовий аналіз змісту прецедентів у сфері права інтелектуальної власності в США і практики суду в Україні шляхом звернення до проблем вирішення спорів у сфері права інтелектуальної власності, характерних для таких країн, як Україна і США, з урахуванням у ряді випадків кардинальної різниці між самими об'єктами права інтелектуальної власності, регулюванням авторських, патентних та інших відносин, способами охорони та захисту прав.

Перш за все згадаймо, що виникнення двох різних концепцій — *copyright* і *droit d'auteur*, наприклад в авторському праві, пояснюється належністю держав світу до різних правових систем. У країнах з англо-американськими юридичними традиціями (*common law*) авторське право називають *copyright*, що буквально перекладається як «право на копії» і розуміється як можливість здійснювати авторське право шляхом відтворення створених творів. При цьому треба зазначити, що зміст *copyright* в американському праві розуміється ширше за його спрощену назву і включає право публічного виконання, публічного показу і публічного сповіщення. Назагал можна стверджувати, що авторське право у Сполучених Штатах розглядається у своїй сукупності як специфічна форма власності, яку автор може створити і використати з комерційною метою, як і будь-яку іншу власність. Таким чином, основний наголос тут робиться традиційно саме на майнових правах автора, кінцева мета діяльності якого — поліпшення суспільного добробуту і збільшення економічних цінностей, мотивація творчої діяльності авторів та винахідників.

Щодо України, то це країна континентальної юридичної традиції, яка називається також заснованою на римському праві чи романо-германською, в якій ключову роль відіграє концепція *droit d'auteur*, що дослівно перекладається з французької як авторські права. Відповідно до цієї концепції авторське право розглядається з двох позицій: як таке, що має риси власності і охороняє майновий зміст цієї власності, а також охороняє особисті немайнові права автора, враховуючи концепцію природного права, згідно з якою твір розглядається фактично продовженням особистості самого автора. Остання із згаданих концепцій (*droit d'auteur*) була взята за основу при підготовці Бернської конвенції. Це пояснює той факт, що США, приєднавшись до цієї конвенції у подальшому, були вимушені не тільки пом'якшити свою позицію у розумінні авторських прав, але й наблизити своє законодавство до законодавства країн континентальної Європи. Утім, необхідно зауважити, що Закон про порядок введення в дію конвенції забороняє судам Сполучених Штатів прямо посилатись на її норми, тому фактично єдиним джерелом американського права, пов'язаним із Бернською конвенцією, є Закон про введення в дію її положень. У 1989 році Сполучені Штати пішли на поступки, визнавши особисте немайнове право авторів художніх візуальних творів на авторство та недоторканність твору.

У свою чергу, підґрунтя законодавства України про інтелектуальну власність становлять положення Конституції України [1], стаття 41 якої закріплює право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної творчої діяльності. Україна є учасником практично всіх найважливіших міжнародних конвенцій у сфері права інтелектуальної власності. Крім того, важливі норми права інтелектуальної власності знайшли своє закріплення у ряді кодексів України. При цьому основним системним актом законодавства з 2003 року вважається Цивільний кодекс України (далі — ЦК України) [2], Книга четверта якого об'єднує норми, що стосуються охорони прав на різні результати творчої інтелектуальної діяльності.

Різне розуміння сутності авторського права у системі загального права та континентального права обумовило появу моністичної та дуалістичної теорії щодо змісту авторського права. Так, представники моністичної доктрини обґрунтовують, що всі правомочності автора — як особистого, так і майнового характеру — є проявами унітарного права, які в сукупності гарантують дотримання інтелектуальних та

економічних інтересів автора. Прибічники дуалістичного тлумачення ведуть мову про дві категорії прав, чия юридична доля різна: до майнових прав застосовується принцип відчужуваності, вони обмежені у часі, а особисті немайнові (моральні) права, навпаки, підпорядковуються принципам невідчужуваності, неможливості застосування строку давності та довічності [3, с. 131 — 134].

Як відомо, жодна держава світу сьогодні не приділяє такого значення охороні інтелектуальної власності, як США. Враховуючи також досягнення в ІТ-технологіях, які впевнено привели цю країну до передових позицій у світовій економіці, стає зрозумілим, що це могло відбутися тільки завдяки сприянню всієї державної політики і підтримки творчості та творчої діяльності всім суспільством. У Конституції США 1787 року (стаття 1) одразу було передбачено необхідність захищати інтереси авторів винаходів, діячів науки і мистецтва [4], при цьому показово, що першим головою Патентного відомства став Томас Джефферсон. Таким чином, ієрархію федерального законодавства визначає Конституція США, яка є основоположним законом країни, а закони, які містять колізійні положення з Конституцією, можуть бути проголошені судом недійсними. Утім, не треба забувати, що законодавчі акти є загальною основою федерального законодавства і публікуються у Зібранні законів, кодифікуються в U.S.C. — Кодексі законів США. Міжнародні договори, ратифіковані сенатом, розглядаються як ієрархічний еквівалент законодавчих актів, тому суди намагаються тлумачити внутрішнє право країни так, щоб воно відповідало міжнародним зобов'язанням, враховуючи одночасно і роль суддів відповідно до загального права. У випадку жорсткого протиріччя договірних положень із законодавчими актами те, що було прийняте пізніше, вважається законом, який застосовується судами США.

Описана система, як ми бачимо, позитивно вплинула на весь подальший розвиток системи захисту прав інтелектуальної власності у сфері авторського, патентного права, прав на товарні знаки і добрової конкуренції.

У літературі звертається увага на те, що важливе значення має в Сполучених Штатах, як і раніше, пошук компромісу між правами автора та інтересом суспільства, що охоплює широкі питання, включаючи права Першої поправки (право на свободу слова) та Чотирнадцятої поправки (право на приватність) Конституції США [5, с. 939]. Так, автори стверджують, що сьогодні найбільші прибутки США отримують від продажу авторських прав і захищених ними товарів, продуктів високих технологій, ліцензій на виробництво товарів і послуг під відомими товарними знаками тощо.

Звідси стає зрозуміло жорстка позиція цієї країни у відношенні до так званого піратства і країн, в яких воно поширене, в тому числі й України.

Важливо підкреслити як позитивну особливість зв'язок фундаментальної науки США з виробництвом і ринком. Поширеними є венчурні проекти як держави, так і приватного капіталу. Оскільки венчурна діяльність спрямована на пошук технологічних новинок, то винахідники і автори-творці отримують завдяки таким проектам найбільші у світі можливості для творчості, а кількість бажаних вкласти кошти у перспективні технології постійно збільшується. Про це свідчать опосередковано і суми позовів, які породжують сучасні «патентні війни». Наприклад, компанія Apple двічі подавала позови до Samsung і початкова сума їх у 2011 році становила 4,5 млрд доларів. У 2012 році суд дійшов висновку, що Samsung порушила шість патентів Apple, у тому числі ті, які стосувалися елементів дизайну. У патентній війні, яка тривала донедавна, ряд найвідоміших у сфері високих технологій компаній підтримували Samsung. Серед них — Google, Facebook, eBay [6]. Компанії надіслали так званий лист товариша суду — незалежної сторони, яка надає консультації з розглядуваної справи. Зокрема, вони просили суддю переглянути рішення, яке зобов'язувало Samsung перерахувати прибутки від продажу приладів, які порушили патенти. «Це рішення призведе до абсурдних результатів і спровокує негативний ефект на компанії, які витрачають мільярди доларів щорічно на дослідження і розвиток складних технологій та інших компонентів» — зазначили компанії [6]. Вони вважають, що таке рішення призведе до потоку позовів у патентній сфері серед ІТ-розробників. Визнавши ряд патентів Apple недійсними, суд назвав технології, ними захищені, «очевидними», що підтверджує наявність ще однієї проблеми у патентному праві США, пов'язаної з настільки активним патентуванням результатів технічної творчості, що винахідники самі скаржаться на труднощі перевірки своїх досягнень, неможливість зорієнтуватися у колосальній кількості запатентованих об'єктів і побоювання порушити права інших творців у процесі закріплення власних прав.

Не зупиняючись на відомих даних про форму правління у США, яку не можна не враховувати при дослідженні особливостей правової системи цієї країни, необхідно зазначити, що федеральний

уряд, як і всі штати, окрім Луїзіани, використовують правову традицію загального права, тому у межах відповідної юрисдикції судові рішення мають силу закону. Таким чином, посилення на прецедентне право є невід'ємною частиною американської правової практики. При цьому значення закону пов'язується як із прецедентом, так і з доктриною *stare decisis* («стояти на вирішеному»). Відповідно до наведених принципів, суди нижчого рівня повинні враховувати рішення судів вищого рівня і за відсутності неспростованих доводів проти цього діяти так само, як і у своїх попередніх рішеннях.

Що стосується окремих штатів, то значну свободу суддів з опрацювання законів у важливих сферах, таких як контракти і товарні знаки, можна побачити і тут. Це пояснюється дотриманням традицій загального права і на цьому рівні. Федеральне звичає загальне право, подібне прийнятому штатами, відсутнє. По-перше, через те, що федеральна Конституція обмежує правотворчість федерального уряду лише перерахованими вище сферами і, по-друге, правотворчі повноваження делегуються лише Конгресу [7]. Одночасно мають місце такі сфери, в яких нормативно-правова база склалася незалежно від законодавчих рішень, наприклад антитрестівське законодавство [8].

Оскільки законодавство у США підпорядковане федеральній Конституції, у випадку виникнення будь-якого конфлікту застосовний федеральний закон вважатиметься пріоритетним перед законом штату. Утім, обов'язковими для штатів є лише рішення Верховного Суду, а рішення федеральних проміжних апеляційних судів обов'язкові тільки для федеральних окружних судів у межах відповідного регіону, але не є обов'язковими для судів штатів (стаття 3) [4]. У свою чергу, суди штатів мають право слухати позови, які пред'являються на підставі федерального законодавства, а федеральні суди — позови на підставі законодавства штатів з урахуванням ряду загальних умов. Йдеться, зокрема, про випадки, коли сторони в судовому процесі — з різних штатів.

Усі нормативні акти, які приймаються федеральними відомствами відповідно до Закону про адміністративне провадження, мають юридичну силу. Умовою є те, що вони повинні відповідати Конституції і статутному праву. Звертає на себе увагу і той факт, що судові органи приймають розумне тлумачення урядовим відомством будь-якого законодавчого акта, яке знаходиться в його компетенції, що відповідає так званій доктрині Шеврона [9]. Публікуються нормативні акти у Федеральному реєстрі і кодифікуються у Зібранні федеральних нормативних актів — C.F.R. У свою чергу, прецедентне право має юридичну силу, що змінюється залежно від суду, який приймає рішення, а публікується у національних, регіональних «зібраннях судових рішень» або у «зібраннях» штатів, являючи собою томи зібраних воедино судових рішень. Не треба забувати, що суди нижчого рівня публікують не всі рішення, отже, значення прецеденту отримують лише ті з них, які публікуються.

Враховуючи вищезазначене, можна зробити певні проміжні висновки щодо системи інтелектуальної власності США загалом і відповідних законів зокрема:

- 1) Конституція США дозволяє вирішувати питання інтелектуальної власності Федеральному законодавству США безпосередньо у сферах авторського права і патентів;
- 2) щодо товарних знаків та інших видів інтелектуальної власності, федеральний уряд вправі видавати закони лише завдяки його компетенції регулювати сферу торгівлі і лише з метою «сприяти їх розвитку»;
- 3) виходячи із попереднього положення, можна стверджувати, що американське право у сфері інтелектуальної власності базується на ідеї сприяння поширенню економічних благ і збільшенню обсягу інновацій та результатів творчості людей;
- 4) незважаючи на активні дії федерального уряду у сфері інтелектуальної власності і сприяння творчому процесу, як це передбачено Конституцією, значення законів штатів не менш важливе для права інтелектуальної власності, тому, досліджуючи права і обов'язки у сфері інтелектуальної творчої діяльності в Сполучених Штатах, не треба забувати як про федеральне законодавство, так і про законодавство штатів.

В Україні система судового захисту прав інтелектуальної власності почала формуватися на початку 90-х років минулого сторіччя. Спори у сфері інтелектуальної власності за підвідомчістю розглядалися в судах загальної юрисдикції і господарських судах. Останні в межах своєї юрисдикції розглядали справи щодо існування прав інтелектуальної власності та щодо порушення прав. У свою чергу, загальні суди, відповідно до цивільного судочинства, як правило, вирішують справи за позовом фізичних осіб щодо авторства чи визнання недійсними правоохоронних документів.

Ряд позитивних процесів у нашій країні, серед яких — розвиток ринкових відносин, залучення іноземних інвестицій, збільшення експорту — сприяли збільшенню кількості виданих патентів і свідоцтв в Україні. Паралельно з цим збільшилася і чисельність судових спорів у сфері інтелектуальної власності. Поступово стала зрозумілою необхідність виокремлення з числа суддів фахівців, які могли б спеціалізуватися на розгляді складних і таких, що потребують поглиблених знань, справ у сфері інтелектуальної власності. У результаті у складі Вищого господарського суду України була створена Судова палата з розгляду справ у господарських спорах, пов'язаних із захистом права на об'єкти інтелектуальної власності, а в системі господарських судів були сформовані колегії суддів відповідної спеціалізації.

Сьогодні вітчизняна правова система базується на принципах єдності та спеціалізації, за якими окремі категорії спорів розглядають спеціалізовані суди — господарські, адміністративні. Функціонують також суди загальної юрисдикції, що уповноважені розглядати всі цивільні і кримінальні справи, крім тих, що віднесені законодавством до підвідомчості спеціалізованих судів. Судову систему очолює Верховний Суд України, яким забезпечується координація, впорядкування судової системи, а також єдність та узагальнення практики застосування чинного законодавства. Загалом судова система характеризується відносною простотою побудови, ступінчатістю ланок, єдністю основних принципів формування та діяльності. Варто зазначити при цьому, що основним критерієм розмежування компетенції судів загальної юрисдикції та господарських судів є перш за все суб'єктний склад учасників того чи іншого спору: якщо такими учасниками є суб'єкти господарювання (юридична особа чи фізична особа — підприємець), то спір підвідомчий господарським судам та розглядається згідно з нормами Господарського процесуального кодексу України. У разі якщо обома учасниками спору є фізичні особи або однією із сторін процесу виступає фізична особа, спір підлягає вирішенню загальним судом відповідно до правил Цивільного процесуального кодексу України.

У постанові від 17 жовтня 2012 року № 12 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» пленум Вищого господарського суду України наголосує, що до кола підвідомчих господарському суду спорів необхідно відносити і спори, пов'язані з визнанням недійсними документів, які засвідчують право на об'єкти інтелектуальної власності (свідоцтва, патенти), стосуються питань права власності на відповідні об'єкти і за своїм характером є цивільно-правовими чи господарсько-правовими, не належать до публічно-правових спорів [10]. Система адміністративного судочинства з моменту її виникнення породила питання підвідомчості спорів про захист інтелектуальної власності. Щодо цього і на сьогодні відбуваються активні дискусії як у колах теоретиків, так і серед практиків.

Так само дискутується і питання про створення спеціалізованого судового органу з розгляду спорів у сфері інтелектуальної власності. Це зумовлює необхідність подальшого ґрунтовного дослідження правових підстав та особливостей створення суду з вирішення спорів у сфері інтелектуальної власності (патентного суду) з визначенням місця у вітчизняній судовій системі, з'ясуванням специфіки розгляду компетентних йому спорів.

Враховуючи провідну роль судових рішень в американській системі правового обґрунтування, для чіткого розуміння американського федерального законодавства і законодавства штатів потрібно аналізувати прецедентне право. Це дасть змогу зрозуміти, чому і яким чином судді тлумачили відповідне положення закону. Серед найбільш відомих і таких, що впливають на вирішення спорів у сфері інтелектуальної власності в США, а також аналізуються в Україні, треба назвати справи: *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Company, Inc.* [11]; *Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corporation* [12]; *Basic Books v. Kinko's Graphics Corp* [13]; *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc* [14]; *American Geophysical Union v. Texaco Inc.* [15]; *New Era Publications International v. Henry Holt and Co.* [16]; *Salinger v. Random House* [17]; *Campbell v. Acuff-Rose Music* [18] та багато інших. Не зайвим буде також відзначити, що за статистикою, більшість приватних спорів між володільцями прав інтелектуальної власності і особами, які порушують їхні права, тягнуть за собою примусові дії у питаннях інтелектуальної власності.

## Висновки

На сьогодні можна стверджувати, що глобальна система правової охорони інтелектуальної власності у світі вже створена. Україна, як і США, розвивається у цьому напрямі, адаптуючись до вимог світового співтовариства. Економіки країн, які не слідують світовим тенденціям інтелектуального,

інформаційного, соціально-економічного і технологічного розвитку, не здатні забезпечити стабільний розвиток своїх держав. США мають значний досвід охорони і захисту перш за все майнових прав інтелектуальної власності, а впродовж останніх років докладають значних зусиль для інтеграції всіх країн в єдину ефективну систему захисту прав інтелектуальної власності. За роки незалежності Україна також значно активізувала процес входження до світових структур, які регулюють відносини у сфері інтелектуальної власності, спираючись переважно на європейський досвід і прагнучи розділити цінності Європейського Союзу.

Різниця у більшому ступені уваги, яка приділяється тим чи іншим питанням прав інтелектуальної власності в різних країнах світу, пояснюється зародженням у далекі часи різних правових концепцій, які були покладені в основу охорони інтелектуальної творчої діяльності. Наприклад, концепції *copyright* і *droit d'auteur* в авторському праві. Звідси авторське право у Сполучених Штатах розглядається традиційно і переважно як специфічна форма власності, яку автор може створити і яку можна використати з комерційною метою як і будь-яку іншу власність. Основний наголос тут робиться саме на майнових правах автора. Саме це, з точки зору американського права, відповідає також кінцевій меті — поліпшенню суспільного добробуту і збільшенню економічних цінностей. Україна, що належить до країн континентальної юридичної традиції, яку ще називають латинською або заснованою на римському праві, або романо-германською, більшою мірою сприйняла концепцію *droit d'auteur*, що дослівно перекладається з французької як авторські права. Згідно з цією концепцією, авторське право розглядається у двох площинах: як таке, що охороняє майновий зміст цієї власності, та, втілюючи концепцію природного права (твір є продовженням особистості автора), охороняє особисті немайнові права автора. Оскільки концепція *droit d'auteur* була втілена в Бернській конвенції, США як країна, що приєдналася, була вимушена пом'якшити свою позицію та наблизити чинне законодавство до законодавства країн континентальної Європи.

Право інтелектуальної власності — це сфера, в якій практиці суду від самого початку належить важлива роль, до якої із систем права не належала б країна. Утім, у США федеральний уряд, як і штати, використовують правову традицію загального права, у зв'язку з чим у межах відповідної юрисдикції судові рішення мають силу закону. Посилання на прецедентне право — обов'язкова частина американської правової практики, а значення закону пов'язується з прецедентом і доктриною *stare decisis*, що означає «стояти на вирішеному». Відповідно до наведених принципів, суди нижчого рівня повинні враховувати рішення судів вищого рівня і діяти так само, як і у своїх попередніх рішеннях, за відсутності неспростовних доводів проти цього. Для України впродовж останніх років усе чіткіше простежується процес посилення ролі і значення судової правотворчості. В умовах гармонізації законодавства нашої країни з правом ЄС в Україні зросла і посилилась роль Верховного Суду, який аналізує і використовує досвід вирішення багатьох справ, у тому числі у сфері інтелектуальної власності, орієнтуючи судові органи на правильне застосування чинного законодавства у цій важливій сфері. Постанови та ухвали судових колегій у цивільних і кримінальних справах Верховного Суду у конкретних справах також слугують сьогодні орієнтирами для судової практики, в яких знаходять відображення важливі, принципи для практики питання, що виникають при застосуванні правових норм. Такі постанови і ухвали в конкретних справах уже одержали на практиці визнання як своєрідні прецеденти тлумачення правової норми, що має значення не лише для посилення захисту прав учасників відносин у сфері інтелектуальної власності, але й для більшого порозуміння між Україною і США у цих питаннях.

Враховуючи, що в одній статті неможливо приділити увагу всім інститутам права інтелектуальної власності у розрізі заявленої теми, подальший аналіз ролі прецедентів у праві США і практики суду в Україні доцільно проводити за окремими інститутами, що дасть змогу більш активно використати матеріали практики обох держав і зробити більш деталізовані висновки.

#### Використані джерела

- [1] Конституція України: Закон від 28.06.1996 № 254к/96. — ВР // Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 1996. — № 30. — Ст. 141.

- [2] Цивільний кодекс України. — Закон від 16.01.2003 № 435-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 2003. — №.№ 40—44. — Ст. 356.
- [3] Липшик Д. Авторское право и смежные права / Пер. с фр.; предисловие М. Федотова. — М.: Ладомир; Издательство ЮНЕСКО, 2002. — С. 131—134.
- [4] Конституция Соединенных Штатов Америки в переводе Жидкова О.А. — Ст. 1, розд. 1, параграф 8. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/enstUS.htm>.
- [5] Hughes J. Recording Intellectual Property and Overlooked Audience Interests // Texas Law Review. — 1999. — Vol. 77, No. 4. — P. 929.
- [6] Google, Facebook, e-Bay поддержали Samsung в патентной войне против Apple. Информационное агентство УНИАН, 22.07.2015. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.unian.net/science/1103393-google-facebook-ebay-podderjali-samsung-v-patentnoy-voyne-protiv-apple.html>.
- [7] Erie Railroad Co. v. Tompkins, 304 U.S. 64 (1938).
- [8] Leegin Creative Leather Prod., Inc., v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877, 888 (2007).
- [9] Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984).
- [10] Постанова пленуму Вищого господарського суду України від 17.10.2012 № 12 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності». [Електронний ресурс] // Режим доступу: [vgsu.arbitr.gov.ua/files/pages/22102012\\_12.pdf](http://vgsu.arbitr.gov.ua/files/pages/22102012_12.pdf).
- [11] Feist Publications. Inc. v. Rural Telephone Service Company, Inc. 499 U.S. 340 (1991).
- [12] Bridgeman Art Library. Ltd. V. Corel Corporation, 36 F. Supp. 2d 191 (S.D.N.Y. 1998).
- [13] Basic Books v. Kinko's Graphics Corp., 758 F. Supp. 1522 (S.D.N.Y. 1991).
- [14] Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc., 99 F.3d 1381 (6th Cir. 1996).
- [15] American Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913 (2d Cir. 1994).
- [16] New Era Publications International v. Henry Holt and Co., 873 F.2d 576 (2d Cir. 1989).
- [17] Salinger v. Random House, 811 F.2d 90 (2d Cir. 1987).
- [18] Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994).



---

## РОЛЬ ВІДДІЛУ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ ВЕРХОВНОГО СУДУ ЛИТВИ В ПРОЦЕСІ ГАРМОНІЗАЦІЇ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

---



---

### **ЙОНАС ПРАП'ЄСТІС**

професор кафедри кримінальної юстиції юридичного факультету  
Вільнюського університету, суддя, голова Відділу кримінальних справ  
Верховного Суду Литовської Республіки

---

#### **Вступ**

Важко переоцінити в юриспруденції значення органу, що здійснює функцію касації в кримінальному процесі. Цей орган формує правозастосовчу практику в кримінальному процесі, а з 2011 року почасти й в адміністративному, концентрує увагу на найбільш актуальній практиці міжнародних судів, бере участь у формуванні правової доктрини, дає інтерпретації законоположень і норм, часто виправляючи «брак» законодавця (безсумнівно, із дотриманням конституційного принципу поділу влади). Спостережливий дослідник з кримінальної касаційної юриспруденції може скласти власну думку як про професійний рівень правової системи в нашій країні, так і про якість роботи органів, що сприяють здійсненню правосуддя (прокуратури, органів досудового слідства тощо), про відносини системи правосуддя з іншими гілками державної влади як роботи суб'єктів правотворення тощо. Так, важливість юриспруденції касаційної інстанції в кримінальному процесі для кримінальної політики країни не викликає сумнівів. Прагнучи підвищити ефективність діяльності цього судового органу, необхідно проаналізувати, яку роль відіграє кримінальний касаційний орган не тільки в сучасній системі правосуддя, а й у правовій системі в

цілому. Не менш важливою представляється і оцінка нескінченних пропозицій з реформування судової системи, в тому числі — касації.

### Місце кримінальної касації в правовій системі

Відповідно до Конституції Литовської Республіки (далі — Конституція) (стаття 111), Кримінально-процесуального кодексу Литовської Республіки (статті 24, 366), Закону Литовської Республіки «Про суди» (стаття 23) Верховний Суд Литви (далі — Верховний Суд, Суд) є єдиним судом касаційної інстанції, що здійснює перегляд рішень судів загальної юрисдикції, які набули чинності (за винятком постанов у справах про адміністративні правопорушення), і наказів у кримінальних справах. Одночасно Верховний Суд Литви зобов'язаний формувати єдину практику судів загальної юрисдикції з питань тлумачення і застосування законів та інших правових актів у кримінальних справах. Це здійснюється суддями Відділу кримінальних справ Верховного Суду Литви (далі — Відділ кримінальних справ, Відділ) у таких формах: 1) колегією в складі трьох суддів у порядку усного або письмового (без участі сторін) провадження шляхом перевірки вироків, які набули законної сили і були оскаржені, прийнятих судами першої інстанції, і ухвал судів апеляційної інстанції, винесених в апеляційному порядку під час перевірки заключних актів судів першої інстанції в аспекті належного (неналежного) застосування права; 2) розширеною колегією в складі семи суддів — у тому випадку, коли правильне застосування кримінального або кримінально-процесуального закону при перевірці оскаржених заключних актів судів нижчих інстанцій тягне нове тлумачення правових норм у судовій практиці; 3) на пленарних сесіях Відділу у разі, коли в результаті застосування кримінального або кримінально-процесуального закону з'являється підстава для відхилення від практики Верховного Суду (статті 374, 374, 378, 379, 360 Кримінально-процесуального кодексу Литовської Республіки (далі — і КПК); 4) змішаними колегіями в складі трьох суддів або розширеними колегіями в складі семи суддів Відділу кримінальних справ і Відділу цивільних справ Верховного Суду (частина 2 статті 366 КПК) у разі, коли при касаційному перегляді заключних актів судів нижчих інстанцій вирішуються особливо складні питання застосування кримінального, цивільного права (як матеріального, так і процесуального).

У КПК (частина 2 статті 366) передбачена можливість розгляду на пленарних сесіях Верховного Суду Литви (тобто обома відділами) справ, у яких вирішуються особливо складні, актуальні і в той же час суперечливі не тільки з правової, але й з соціальної точки зору питання, зокрема у випадках відшкодування моральної шкоди у справах про вбивства (стаття 129 Кримінального кодексу Литовської Республіки [1] (далі — і КК), при розгляді справ про позбавлення життя в результаті порушення правил дорожнього руху або експлуатації транспортних засобів, вчинених у формі злочинної необережності (стаття 281 КК). Ця можливість у касаційній інстанції Литви поки не використовувалася.

Згідно з кримінально-процесуальним законодавством, конституційною юриспруденцією, будь-які рішення, прийняті судовими колегіями або на пленарних сесіях відділів Верховного Суду, незалежно від того, опубліковані вони в бюлетені Верховного Суду «Судова практика» чи ні, мають по суті однаково правове значення у формуванні судової практики. Однак у контексті цієї теми як з боку практикуючих юристів, так і з боку вчених, безсумнівно, більша увага приділяється судовій практиці, що формується у визначеннях, прийнятих розширеною колегією у складі семи суддів і на пленарних сесіях при застосуванні ними законів та інших правових актів. Варто зазначити, що збільшується кількість касаційних процесів, коли кримінальні справи розглядаються на розширеній колегії із семи суддів або на пленарній сесії. І це зрозуміло, оскільки Кримінальний і Кримінально-процесуальний кодекси, вперше створені зусиллями національними вчених і практиків, налічують лише друге десятиріччя свого існування. Тому практика тлумачення і застосування більшості з даних законоположень і правових норм поки небагата. У конституційній юриспруденції судові прецеденти визнаються джерелами права — *auctoritate rationis* [2].

У Відділі кримінальних справ Верховного Суду Литви щорічно збільшується кількість касаційних скарг. При порівнянні кількості касаційних скарг, отриманих у 2010—2015 роках, стає очевидним, що торік їх надійшло майже на третину більше (близько 30 %), відповідно, стабільно збільшувалося й навантаження на кожного із суддів, які розглядають кримінальні справи. Така тенденція стає все більш яскраво вираженою, незалежно від того, підвищується або знижується рівень злочинності в нашій країні, чи змінюється її структура. Необхідно відзначити, що аналіз касаційної діяльності Відділу кримінальних справ за 2010—2015 роках говорить про те, що майже в кожній третій кримінальній

справі, розглянутій у касаційному порядку, заключні акти, прийняті судом першої або апеляційної інстанції або судами обох згаданих інстанцій, зазнали скасування або зміни. Таким чином, у кримінальній юстиції країни все більшого значення набувають прецеденти, встановлені в розглянутих касаційним органом справах.

Відділом кримінальних справ розглядаються і клопотання про відновлення провадження за закритими в судах кримінальних справах, а також скарги на відмову у видачі посвідчення відповідно до Закону «Про відновлення в правах осіб, репресованих за вчинення опору окупаційним режимам». У більшості випадків Відділом кримінальних справ розглядаються клопотання про перегляд рішень нижчих судів, з якими учасники процесу не згодні. Так, у рамках виконання вищенаведених процесуальних функцій цим відділом вирішуються найскладніші питання норм кримінального права і процесу, адміністративного судочинства, інші питання тлумачення і застосування права. І без того нелегка діяльність відділу ускладнюється частими змінами в законодавстві, зростаючою кількістю правових актів Європейського Союзу, що реалізуються в кримінальній юстиції, збільшенні в обов'язі юриспруденції міжнародних органів, яку обов'язково потрібно враховувати. Важливість питань, що розглядаються, підвищується в першу чергу саме тому, що ухвали Відділу кримінальних справ є остаточними і не підлягають оскарженню в інших судах Литовської Республіки (розділи VIII, XI Кримінально-процесуального кодексу Литовської Республіки, стаття 302 (21) Кодексу про адміністративні правопорушення Литовської Республіки). Особливої уваги вимагає і часто низька якість проведеного досудового розслідування.

Крім того, у зв'язку з невідомою кількістю звернень до Європейського суду з прав людини з'являються можливості подачі заяв про порушення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція), які зустрічаються в державах — учасниках Конвенції, отже, і в Литовській Республіці, а також спрощується процес розгляду таких заяв (наприклад, протокол № 14 до Конвенції, що набув чинності 2010 року, протокол № 15 до Конвенції, прийнятий 2013 року, зміни до Регламенту Суду з прав людини, які набули чинності 2014 року). Таким чином, національним судам і, відповідно, Відділу кримінальних справ Верховного Суду Литви відводиться все більш важлива роль у забезпеченні дотримання положень Конвенції.

Щоб забезпечити високу якість розгляду справ Відділом кримінальних справ, належним чином виконувати закріплену в статті 109 Конституції Литовської Республіки функцію здійснення правосуддя, потрібні юристи найвищої кваліфікації, час і сили, глибоке вивчення суті справи.

Однак Законом Литовської Республіки № ХН-775 від 13 березня 2014 року Відділу кримінальних справ передані повноваження з розгляду касаційних скарг і в справах приватного обвинувачення. Треба зазначити, що порядок провадження у кримінальних справах приватного обвинувачення поширюється на злочини невеликої тяжкості або кримінальні проступки. Аналіз судової практики свідчить про те, що діяння такого роду, як правило, не тягнуть за собою тяжких наслідків, однак кримінальний процес у таких справах нерідко затягується через несумісні, непримиримі інтереси сторін, їхні зайві амбіції. У багатьох країнах Європейського Союзу подібні справи вирішуються за допомогою медіації. Тривають дискусії з приводу декриміналізації деяких діянь, кримінальне переслідування за якими здійснюється в порядку приватного звинувачення. Тим часом законодавець у нашій країні, встановивши, що досудове розслідування у справах приватного обвинувачення проводиться у виняткових випадках (статті 407—409 КПК), одночасно закріплює і апеляційний, і касаційний процес у цих справах.

Відділ кримінальних справ, даючи оцінку Проекту внесення змін і доповнень до Кримінально-процесуального кодексу Литовської Республіки (№ ХПР-256), представленому Президентом Литовської Республіки, який містить пропозицію про розгляд Верховним Судом Литви в касаційному порядку кримінальних справ приватного обвинувачення, зазначив неоднозначний характер цього питання. Залучення Верховного Суду до процесу у справах такого роду в пояснювальній записці обґрунтовується необхідністю формування єдиної судової практики, тобто суспільним інтересом. Захист громадського інтересу — конституційний обов'язок прокурора, але необхідно нагадати, що досудове розслідування у справах приватного обвинувачення не проводиться і державне обвинувачення прокурором не підтримується. Тому залучення до процесу у справах приватного обвинувачення Верховного Суду без участі прокуратури Литовської Республіки може розглядатися як непослідовне [3]. Ці та інші аргументи Відділу кримінальних справ Сейм не врахував. Вочевидь, значною мірою на таке рішення Сейму вплинула зазначена у пояснювальній записці до згаданого проекту обставина, що кількість суддів Верховного Суду не скорочувалася.

### Деякі акценти касаційної юриспруденції

Аналіз і оцінка касаційної юриспруденції у кримінальних справах, починаючи з 2010 року, дає змогу виокремити окремі основні проблеми, які постають перед суддівськими колегіями, пленарними сесіями Відділу кримінальних справ Верховного Суду. Наразі одним з найактуальніших питань судової практики є правильне розуміння злочинного діяння, усвідомлення суті матеріальної, соціальної ознаки злочинних діянь — їхньої небезпеки. Верховним Судом неодноразово підкреслювалося, що небезпека злочинних діянь — це матеріальна, соціальна ознака, яка дозволяє відмежувати злочини, кримінальні проступки від незлочинних діянь, диференціювати кримінальну відповідальність, індивідуалізувати покарання у вироку. Отже, у разі якщо діяння має ознаки складу конкретного злочинного діяння, але по суті не завдає шкоди суспільним відносинам, охоронюваним кримінальним законом, або іншим суспільним благам, або не створює реальної загрози виникнення такої шкоди, є об'єктивні передумови для висновку, що таке діяння необхідно розцінювати як незначне в аспекті охоронюваних кримінальним законом благ [4].

Тому в контексті проблеми, що розглядається, особливо важливим є питання про розмежування кримінальної відповідальності і правової відповідальності інших видів. Разом із тим Верховний Суд, виходячи з конституційної юриспруденції [5], констатував, що як призначення кримінального права, так і загальні принципи права, закріплені в юриспруденції демократичних правових держав, не допускають формування юридичної практики в такому напрямі, коли при вирішенні цивільних спорів застосовуються норми кримінального права, а поведінка особи при сформованих виключно цивільних правових відносинах оцінюється як злочинна. Не раз відзначалося, що при кваліфікації діяння — як злочинного, так і іншого правопорушення — дуже важливо оцінити, які результати можуть бути досягнуті іншими правовими заходами, не пов'язаними із застосуванням покарань, зокрема адміністративними, дисциплінарними, цивільними та іншими правовими заходами або заходами громадського впливу [6]. Відділ кримінальних справ Верховного Суду, формуючи практику в такому руслі, прагне дотримання принципів справедливості, законності, пропорційності та інших конституційно-правових принципів при здійсненні правосуддя та припиненні по суті штучної криміналізації адміністративних, цивільних правопорушень, міжособистісних конфліктів тощо до застосування кримінальної відповідальності за злочинні порушення законів, а не з метою створення популістського враження «рішучої боротьби зі злочинністю». Одночасно нагадувалося, що є й інші форми правової відповідальності, а кримінальне право не є панацеєю при вирішенні правових конфліктів.

Переслідувалася мета обмежити необґрунтоване розширення меж кримінальної відповідальності також при тлумаченні й застосуванні положень інституту кримінальної відповідальності юридичної особи. До прийняття пленарною сесією Відділу кримінальних справ Верховного Суду ухвали від 12 січня 2011 року в практиці досудового розслідування, у судах нижчих інстанцій закріпилося таке положення: у разі залучення до кримінальної відповідальності фізичної особи, яка обіймала в юридичній особі керівну посаду, наділену певними повноваженнями, яка вчинила злочинні діяння під прикриттям або від імені такої юридичної особи, зазвичай до кримінальної відповідальності притягувалася й юридична особа. Діяльність такої юридичної особи, незалежно від виду та міри покарання по суті паралізується, оскільки інші правові наслідки, які тягне сам факт судимості юридичної особи, часто мають більш тяжкий характер, ніж призначене покарання, зокрема покарана в кримінальному порядку юридична особа позбавляється права на участь у конкурсах (тендерах) на здійснення закупівель і на пропозицію послуг [7]. У результаті порушення і призупинення діяльності юридичної особи скорочуються або припиняються внески до бюджету, втрачаються робочі місця, на державу лягає тягар фінансування перекваліфікації колишніх працівників юридичної особи, виплати допомоги по безробіттю тощо. У цій ухвалі пленарної сесії констатувалося, що хоча кримінальна відповідальність юридичної особи є похідною по відношенню до відповідальності фізичної особи, у кожному окремому випадку необхідно встановити й підстави кримінальної відповідальності юридичної особи. Верховний Суд зазначив, що, крім інших підстав кримінальної відповідальності юридичної особи, необхідно констатувати, що власник або основні акціонери юридичної особи, які мають право вирішального голосу, або органи управління юридичної особи, або загальні збори акціонерів тощо усвідомлювали й допускали злочинне діяння, що здійснюється або було здійснене фізичною особою, яка діє від імені і на користь юридичної особи, та допускали наслідки такого діяння, а юридична особа була зацікавлена у скоєному фізичною особою злочинному діянні і його наслідках, які спричинило це діяння, тощо [8].

Отже, у зазначеній ухвалі пленарної сесії *inter alia* підкреслюється, що при обґрунтуванні та застосуванні кримінальної відповідальності до юридичної особи необхідно встановити вину юридичної особи, яка проявляється як взаємний зв'язок між винуватцем — фізичною особою і юридичною особою, що підлягає притягненню до кримінальної відповідальності, а саме по собі вчинення злочинного діяння на користь або в інтересах юридичної особи за відсутності зазначеної зв'язку юридичної особи зі злочинним діянням і фізичною особою, яка його вчинила, не можна вважати достатньою підставою для притягнення юридичної особи до кримінальної відповідальності. Необхідно зазначити, що після того, як Верховним Судом було розкрито справжній зміст положень, закріплених у статті 20 КК (відповідальність юридичної особи), у судах у кілька разів скоротилася кількість кримінальних справ, у яких до кримінальної відповідальності притягувалася юридична особа. Отже, можна обґрунтовано стверджувати, що в результаті такого рішення Верховного Суду у кримінальній юстиції були реалізовані вимоги принципів справедливості, законності, диференціації відповідальності, економії кримінальних репресій та інших конституційних принципів.

Також треба зазначити, що пленарна сесія керувалася і працями вчених про відповідальність юридичної особи в кримінальному праві, про підстави такої відповідальності та її межі [9].

Аналізуючи в контексті цієї статті забезпечення в судовій практиці конституційного права на справедливий суд, дотримання вимог щодо презумпції невинуватості, у першу чергу потрібно відзначити правову ситуацію, коли вирішувалося питання про продовження або припинення кримінального провадження у разі смерті особи, якій були пред'явлені обвинувачення і яка протягом усього часу їх заперечувала, а розгляд справи в суді першої інстанції було розпочато ще до смерті особи. В ухвалі від 10 листопада 2011 року пленарна сесія Відділу кримінальних справ Верховного Суду зазначила, що захист честі й гідності померлої особи, якій були пред'явлені обвинувачення, є можливим лише шляхом продовження головного процесу. Здійснити перевірку обґрунтованості пред'явлених особі обвинувачень і передаї до суду справи може тільки суд. Одночасно Суд підкреслив, що продовження кримінального процесу з метою встановлення обґрунтованості обвинувачень, пред'явлених померлій згодом особі, саме по собі не означає порушення презумпції невинуватості. Зрозуміло, що в ході такого кримінального провадження треба дотримуватися принципу презумпції невинуватості і в тому аспекті, що, незалежно від рішення суду, дану особу не може бути визнано винною у вчиненні злочинного діяння [10].

У контексті дотримання вимог принципу презумпції невинуватості, конституційного права на справедливий суд потрібно відзначити і проблематичність застосування інституту терміну давності притягнення до кримінальної відповідальності, закріпленого в пункті 1 статті 327, пункті 2 частини 1 статті 3 КПК і в статті 95 КК. Верховний Суд, роз'яснюючи зміст згаданих норм національного права, констатував, що вони мають на увазі імперативність: строки давності, закріплені в КК, пов'язані не з початком процесу у кримінальній справі, а з винесенням обвинувального вироку; після закінчення терміну давності питання винуватості особи, щодо якої кримінальне провадження припинене, не розглядається, і обвинувальний вирок не може бути прийнятий. Якщо ж обвинувальний вирок виноситься з порушенням терміну давності, вищий суд зобов'язаний його скасувати і припинити провадження у кримінальній справі (частина 1 статті 327 КПК). Разом із тим ці закономірності не означають, що повинні бути залишені в силі протиправні і необґрунтовані виправдувальні вирок суду першої та (або) апеляційної інстанції. Закінчення строків давності притягнення до кримінальної відповідальності після винесення виправдувального вироку судом першої інстанції і ухвалення судом апеляційної інстанції скасування даного вироку і закриття провадження у кримінальній справі за закінченням терміну давності не є обставиною (правовою ситуацією), що перешкоджає перевірці законності та обґрунтованості таких ключових актів [11].

Варто зазначити, що інститут давності притягнення до кримінальної відповідальності пов'язаний з презумпцією невинуватості, закріпленою у частині 1 статті 31 Конституції, частині 6 статті 44 КПК. Це фундаментальний принцип здійснення правосуддя у кримінальних справах, важлива гарантія прав і свобод людини. Презумпція невинуватості нерозривно пов'язана з іншими конституційними правами і свободами людини, у тому числі з повагою до набутих прав і їхнім захистом. Украв важливо, щоб принципу невинуватості дотримувалися державні органи й посадові особи. Відзначимо, що публічним особам до констатації винуватості особи у вчиненні злочину в установленому законом порядку і підтвердження її провини вирок суду, який набув чинності, взагалі необхідно утриматись від вживання стосовно особи такого поняття, як «злочинець». В іншому випадку є ризик згнати честь і гідність, заподіяти

шкоду правам і свободам людини [12]. Верховний Суд, виходячи з цих положень, підкреслив, що за відсутності обвинувального вироку, який вступив у силу, будь-яка особа не може вважатися винною, тому вся інформація про судовий розгляд, зміст (формулювання, висновки) заключних актів у справах, провадження в яких припиняється після закінчення терміну давності притягнення до кримінальної відповідальності, не повинні створювати враження, що є сумніви в невинуватості особи, щодо якої справу закрито за зазначеною підставою, не допускається обмеження його прав і свобод, применшення його честі та гідності. Якщо у разі припинення кримінального провадження за закінченням строку давності притягнення до кримінальної відповідальності судом прямо або побічно особа визнається винною у вчиненні злочинного діяння, це означає порушення принципу невинуватості. Однак це не виключає можливості в ухвалі суду апеляційної інстанції констатувати фактичні обставини діяння, але така констатація не може виходити за межі опису «стану підозри» по відношенню до особи і послужити визнанням вини особи [13].

### Інші форми діяльності Відділу кримінальних справ

Відділ кримінальних справ, виходячи з юриспруденції Конституційного Суду, згідно з якою судова практика повинна формуватися лише в процесі розгляду справ судами, не дає консультацій у конкретних справах, не розробляє проектів постанов з питань узагальнення судової практики тощо. З іншого боку, усвідомлюючи збережене (хоча й суттєво видозмінене — таке, що втратило обов'язковий характер, тощо) значення консультацій, наданих Відділом кримінальних справ, прийнятих колишнім Сенатом Верховного Суду постанов з питань судової практики для самої практики, наукової доктрини, законотворчості, вивчення права тощо [14], а також знаючи про проблеми судової практики при інтерпретації і застосуванні законів, Відділ робить свій внесок у кваліфіковане тлумачення законів, складання оглядів судової практики. Департамент вивчення і узагальнення права Верховного Суду готує огляди судової практики по темах, зазначених на нарадах Відділу. Такі огляди та їх укладення оголошуються в бюлетені «Судова практика» лише після їхнього обговорення на нарадах Відділу та отримання його схвалення. Необхідно підкреслити, що важливість і професійний рівень таких оглядів отримали високу оцінку з боку міжнародних правових органів. Оціночна група (GET) Групи держав Ради Європи проти корупції (GRECO) зазначила, що Верховний Суд Литви відіграє важливу роль у забезпеченні уніфікації судової практики, особливо при складанні «прогресивних оглядів судової практики» та наданні рекомендацій; «GET із задоволенням відзначає, що у висновках бюлетеня «Судова практика» № 26 «Огляд узагальнення судової практики в кримінальних справах за злочинами і кримінальними проступками проти державної служби та публічного інтересу (статті 225, 226, 227, 228, 229 КК)» відображається прогресивний погляд, а тлумачення норм національного права не тільки відповідає Конвенції, але місцями є ще більш суворим» [15].

Необхідно відзначити і участь Суду в кримінальній законотворчості, хоча він і не має конституційного права законодавчої ініціативи. Виходячи з того, що Конституція і законодавство такої функції Верховного Суду не передбачають, Суд у процесі законотворення зазвичай бере участь опосередковано, суворо дотримуючись вимог принципів структури і поділу державної влади, а також співпраці її органів, незалежності, неупередженості судів і суддів, інших конституційних принципів. Частими є випадки, коли законодавець, враховуючи судову практику при тлумаченні застосовуваних законів, яка нерідко виявляє неточності, протиріччя в законах, вносить зміни, доповнення до відповідного правового регулювання. В інших випадках суб'єкти процесу законотворення (комітети Сейму Литовської Республіки, члени Сейму та інші) просять у тому числі надання своїх висновків і у Відділу кримінальних справ з приводу розроблених ними проектів змін, доповнень до законів. Зазвичай Відділ представляє свою думку з приводу проектів, які зареєстровані в Сеймі та вже обговорюються в Комітеті права і правопорядку Сейму Литовської Республіки (далі — Комітет права і правопорядку) і які часто застосовуються в касаційному процесі. Внесок Відділу в удосконалення законів у майбутньому збільшуватиметься, судді відділу запрошені для участі в діяльності створених міністром юстиції Литовської Республіки комітетів з нагляду за Кримінальним кодексом, Кримінально-процесуальним кодексом, що розглядають проблеми застосування згаданих кодексів і пропонують способи їх вирішення. Є приклади, коли роль Відділу в процесі законотворення в рамках кримінальної юстиції навіть є перебільшеною, оскільки окремі міністерства звертаються до Відділу з проханням «привести у відповідність» певні проекти законів або інших правових актів.

Варто також підкреслити, що у разі виявлення недоліків правового регулювання, його несумісності з правовою системою, суперечливих, нелогічних або подібних положень законодавства, Відділ постійно інформує про ці факти Комітет права і правопорядку.

Із аналізу процесу кримінальної законотворчості слідує, що при ухваленні рішення про необхідність внесення поправок до кримінального законодавства важливо з'ясувати зміст такого законодавства. Оскільки Верховний Суд формує єдину практику застосування кримінального закону, є цілком послідовним у тому, що на наведені даним Судом роз'яснення положень КК, КПК спираються учасники процесу законотворення — міністерства, Президент Республіки в роз'яснювальних записках до розроблених законопроектів; комітети Сейму, Уряд при поданні висновків Сейму з приводу законопроектів, інші установи, у тому числі наукові, при наданні Комітету права і правопорядку зауважень і пропозицій з приводу законопроектів. Іноді наведеними в ухвалах Верховного Суду аргументами прийнято керуватися в процесі законотворення з метою обґрунтування переваг або недоліків того чи іншого правового регулювання. Наприклад, у висновку Департаменту права Канцелярії Сейму, яке було дано в результаті оцінки проекту поправки до КК, на підставі якої пропонувалося закріпити положення про те, що перебіг строку давності притягнення до кримінальної відповідальності (винесення обвинувального вироку) зупиняється у момент передачі обвинуваченого до суду, було звернуто увагу на визначення пленарної сесії Верховного Суду [16], в якому констатувалося, що судова практика, яка існувала раніше та згідно з якою строк давності зупинявся при притягнення особи як обвинуваченого, була несправедливою, оскільки в окремих випадках допускалося невиправдано тривале розслідування справ і їхній судовий розгляд [17].

Таким чином, спільними зусиллями законодавця і судової влади усуваються невизначеності в кримінальному законодавстві. Саме тому з метою забезпечення принципу правової визначеності законодавцю нерідко пропонується звернути увагу на практику застосування кримінального законодавства і в разі потреби публічно обговорити, чи можуть і чи повинні невизначеності, які виникають у ній, усуватися за допомогою прийняття нового закону.

Іншим юрисдикційним способом Верховного Суду вплинути на внесення змін до кримінального та іншого законодавства є реалізація права звернення до Конституційного Суду з приводу відповідності норм, положень законів, легіслативних емісій тощо Конституції.

Судді Верховного Суду також неофіційно пояснюють і положення кримінальних законів, наприклад у наукових публікаціях, беручи участь у розробці проектів поправок до законодавства, в рамках здійснення педагогічної діяльності в університетах країни. Без лекцій суддів Відділу кримінальних справ не обходиться і Центр навчання суддів в університетах країни. З іншого боку, згідно з положеннями Закону «Про суди», до суддів Верховного Суду висуваються найбільш високі кваліфікаційні вимоги, Закон «Про державну службу» встановлює для службовців цього Суду одні з найвищих категорій державних службовців. Таким чином, досвід і знання суддів і службовців Суду можуть бути винятково корисними в кримінальній нормотворчості. Це підтверджують часті випадки прагнення з боку суб'єктів законотворчості вдатися до їхньої допомоги.

Упродовж останніх років Відділ кримінальних справ Верховного Суду Литви організовує наради голів Апеляційного суду Литви, відділів кримінальних справ окружних судів з керівництвом Комітету з питань права та правопорядку Сейму, міністром юстиції Литовської Республіки, радниками з Юридичної групи Канцелярії Президента Литовської Республіки, професорами кафедри кримінальної юстиції юридичного факультету Вільнюського університету з метою обговорення найбільш актуальних питань кримінального правотворчості і кримінальної політики.

### **Реформи кримінальної касації**

Згідно з Конституцією, юриспруденцією Конституційного Суду, Верховний Суд Литви є виключно касаційною інстанцією [18]. З 1 січня 2011 року набули чинності поправки до законодавства, на підставі яких судочинство у справах про адміністративні правопорушення від спеціальних — адміністративних судів було передано судам загальної юрисдикції. Разом із тим на Верховний Суд було покладено зобов'язання вирішувати питання поновлення проваджень у справах про адміністративні правопорушення, вже розглянутих іншими судами, посадовими особами (стаття 23 Закону Литовської Республіки «Про суди»). Ці питання вирішуються в порядку, встановленому Кодексом Литовської Республіки про адміністративні правопорушення (далі — КпАП), а у разі необхідності прийнято керуватися і нормами

КПК, що застосовуються в кримінальному процесі. Такі зміни в судовій системі, встановлене правове регулювання в судочинстві за згаданими справами в першу чергу порушують питання, чи не є це порушенням закріплених у Конституції і розкритих у конституційній юриспруденції принципів призначення систем судів загальної і спеціальної юрисдикції, їх функціонального змісту, взаємин, чи відповідає призначенню і покликанню Верховного Суду як касаційної інстанції і нарешті, чи сумісні згадані тут поправки до законодавства із вимогами конституційного принципу правової держави щодо того, що правове регулювання має бути визначеним, вичерпним і послідовним? Розгляд цих питань не є метою даної статті, тому ми обмежимося лише короткими висновками про виконання згаданої вище нової функції Верховного Суду.

Потік заяв про відновлення провадження у справах про адміністративні правопорушення у Верховному Суді постійно збільшується. Таких заяв у 2012 році було отримано удвічі більше, ніж у 2011-му. Ці темпи зберігаються і в 2015 році. Майже кожна п'ята така заява приймається до розгляду. Таким чином, лише близько 20 % усіх заяв про відновлення справ про адміністративні правопорушення відповідають вимогам, які ставляться до подібних заяв, закріпленим у КпАП. Близько 70 % процесів у згаданих адміністративних справах у Верховному Суді завершилися зміною або скасуванням колишніх остаточних рішень, прийнятих у таких справах. Суддівські колегії Відділу кримінальних справ у подібних справах часто вказують, що при констатації винуватості осіб у порушенні тих чи інших норм адміністративного права не розкривається зміст умисної форми вини винної особи, тобто психічний зв'язок винної особи із вчиненим діянням (дія, бездіяльність), його наслідками, не описуються мотиви правопорушення, його цілі [19]. Отже, є підстави стверджувати, що в деяких згаданих справах по суті прийнято опиратися не на характерний для нашого кримінального (і адміністративного) права принцип суб'єктивного зобов'язання (провини), а на принцип об'єктивного зобов'язання. Варто відзначити і часті випадки порушення вимог принципу індивідуалізації відповідальності, пропорційності, економії використання каральних засобів, інших принципів [20]. Уже тільки цих тверджень досить, щоб дійти висновку про те, що Відділ кримінальних справ Верховного Суду по суті починає діяльність з розв'язання проблеми належної інтерпретації і застосування КпАП та інших правових актів в адміністративних справах.

Незважаючи на те, що, як згадувалося вище, останнім часом значно розширюються функції, здійснювані Відділом кримінальних справ, збільшується кількість скарг, а разом із цим — складність і важливість прийнятих даним Відділом процесуальних рішень, не один рік деякі з радників Юридичної групи Канцелярії Президента Литовської Республіки, члени Комітету з питань права та правопорядку Сейму, голови Верховного Суду Литви і Національної адміністрації судів виношували ідею реформи Верховного Суду, яка полягала б в істотному скороченні чисельності його суддів. Основним доводом на користь обґрунтованості такої реформи є твердження, що з огляду на чисельність населення нашої країни порівняно з населенням більшості країн Європейського Союзу Верховний Суд Литви є непропорційно великим. Ідея про скорочення суддівського складу Верховного Суду деякий час набувала більш конкретних обрисів, зазначалося, що одночасно зі скороченням штату суддів потрібно змінити і всю структуру Суду шляхом заснування для кожного судді бюро, де працюватиме кілька його помічників. На думку «реформаторів», додаткове фінансування на такі перетворення не буде потрібне — вистачить грошей, які будуть зекономлені за рахунок скорочення штату суддів. На цей момент на одного суддю припадає приблизно один помічник. Таким чином, на фоні скорочення штату суддів у кілька разів збільшилася б кількість помічників суддів. Така ситуація може розцінюватися і як створення антиконституційного парадоксу в процесі здійснення правосуддя, коли суддів замінюють їхні помічники.

Не викликає сумнівів незалежність і висока кваліфікація помічників суддів, однак їхня кваліфікація, досвід і ступінь незалежності не можна порівняти з кваліфікацією, досвідом і рівнем незалежності суддів. Крім того, виникають серйозні думки з приводу того, чи вдасться взагалі набрати необхідну кількість нових помічників потрібної кваліфікації. Отже, зі скороченням штату суддів підвищиться ймовірність помилок, оскільки судді будуть змушені приділяти менше часу окремій справі, або неминуче збільшиться тривалість кримінального процесу у Верховному Суді.

На думку Відділу кримінальних справ, діяльність судів може й повинна вдосконалюватися. Але це потрібно робити вчасно і перш за все — прагнучи дотримання якості прийнятих рішень або, щонайменше, зберігаючи нинішній рівень їх якості. Запропоноване перетворення не відповідає жодному з перерахованих критеріїв.

Перше скорочення штату суддів Верховного Суду Литви відбулося в результаті прийняття Сеймом Литовської Республіки (далі — Сейм) постанови № X1-1782 від 6 грудня 2011 року «Про встановлення чисельності суддів Верховного Суду Литви», яким було встановлено, що з 1 січня 2012 року чисельність суддів Верховного Суду Литви складе 35 осіб, тобто чисельність суддів скорочена на дві ставки [21].

Необхідно зазначити, що таким скороченням чисельності суддів Верховного Суду Литви Рада суддів, голова Верховного Суду, Президент Республіки по суті сподівалися змінити ситуацію, що склалася в Апеляційному суді Литви, де на той момент «розгляду очікували понад 1 000 цивільних справ за апеляційними скаргами, а справи призначалися до розгляду через рік і більше після надходження справи до суду». Голова Верховного Суду запропонував Президенту Республіки скоротити чисельність суддів Верховного Суду на дві ставки, передавши їх Апеляційному суду Литви. Це мало допомогти контролювати потік одержуваних Апеляційним судом Литви цивільних справ за апеляційними скаргами таким чином, щоб поступово скорочувалися терміни розгляду справ до розумних, як того вимагає стаття 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [22]. У рамках реалізації цього рішення Сейму передбачалося скорочення чисельності суддів Відділу кримінальних справ Верховного Суду на дві ставки. До слова, розглядаючи питання скорочення чисельності суддів Верховного Суду, Комітет з питань права та правопорядку при Сеймі не поцікавився думкою суддів Відділу кримінальних справ Верховного Суду. З іншого боку, члени Сейму були інформовані про те, що кількість касаційних скарг, одержуваних щорічно Відділом кримінальних справ Верховного Суду, перевищує кількість касаційних скарг, які надходять до Відділу цивільних справ, зокрема, за I півріччя 2011 року на 48 % більше. Цікавим є і те, що за окреслений період Відділом кримінальних справ було розглянуто справ майже на 16 % більше, а нерозглянутих залишалося на 18 % менше порівняно з кількістю справ, розглянутих Відділом цивільних справ, тоді як середня тривалість розгляду кримінальної справи була меншою на два дні [23]. У такій ситуації пропозиція скоротити чисельність суддів саме у Відділі кримінальних справ не піддається жодному логічному поясненню.

Зрозуміло, що такий, по суті, косметичний захід не розв'язав проблему Апеляційного суду Литви. Тим часом у результаті скорочення (з 17 до 15) кількості суддів Відділу кримінальних справ (з 2012 року) зтягнутий із політичних або реформаторських міркувань процес відбору нових суддів і їх призначення на п'ять місць, що звільнилися у відділі, за відсутності відповідного правового регулювання кримінального касаційного процесу і аналізу практики безпосередньо вплинув на збільшення тривалості процесу в кримінальній касаційній інстанції. Прямий наслідок такого експерименту — у 2014 році строки судового розгляду досягли 173 днів, тоді як у 2013-му становили 145 днів [24]. Оцінюючи ситуацію, що склалася, в контексті конституційного принципу правової держави, є підстава стверджувати, що держава не виконує свого обов'язку щодо забезпечення справедливого і швидкого судового процесу. Не можна допускати, щоб держава дозволила перебувати притягнутій до відповідальності особі в стані психологічного напруження і невідання щодо свого майбутнього протягом невинновданого тривалого часу.

Після відновлення наприкінці 2014 року штатної чисельності суддів (17) Відділу кримінальних справ спостерігається тенденція скорочення строків судового розгляду кримінальних справ (у 2014 році — 173 дні, у 2015-му — 163 дні), справ про адміністративні правопорушення (у 2014 році — 180 днів, у 2015-му — 157 днів). При цьому робоче навантаження Відділу не зменшується.

Таким чином, є підстави стверджувати, що на цей момент штатна чисельність суддів Відділу кримінальних справ є оптимальною: вона відповідає робочому навантаженню, що припадає на цю інстанцію, обумовленому передбаченими Конституцією і законодавством напрямками та формами діяльності, створює можливості, не порушуючи конституційного принципу балансу гілок влади та невтручання у функції один одного, співпрацювати з іншими органами влади у сфері кримінальної законотворчості, кримінальної юстиції та кримінальної політики у цілому, а також робить свій реальний внесок у здійснення договору про співпрацю Верховного Суду Литви і юридичного факультету Вільнюського університету, підготовку юристів найвищої кваліфікації. З іншого боку, збереження нинішньої штатної чисельності суддів на цей момент є необхідним з метою підвищення рівня кримінальної юстиції, якості прийнятих судами заключних актів. Національні каральні (матеріальні і процесуальні) закони прийняті нещодавно, практика їх застосування поки формується, тож необхідно докласти ще більше зусиль, щоб уніфікувати часом розрізнену судову практику в кримінальних справах однієї категорії шляхом тлумачення застосовуваних правових норм, положень, які на практиці викликають питання і в значній своїй частині стають передумовою винесення неякісних судових рішень. Не менш важливим

є й питання більш конкретного і глибокого аргументування прийнятих у кримінальних справах судових рішень.

Узагальнюючи вищевикладене, скорочення штатної чисельності Відділу кримінальних справ по суті означало б необґрунтоване зменшення можливостей здійснення правосуддя в касаційній інстанції, гарантії реалізації конституційного права звертатися до суду і захисту прав людини. З іншого боку, штучно ускладнилася б робота суддів Верховного Суду, а збільшення робочого навантаження дозволило б рідше розглядати справи розширеною колегією в складі семи суддів, на пленарних сесіях, де ухвали приймаються в результаті декількох складних засідань. У разі скорочення штатної чисельності суддів зменшилися б їхні можливості брати участь у складанні огляду судової практики, у процесі правотворчості та навчання суддів тощо. До речі, наразі Верховний Суд по суті залишається єдиним органом, в якому все ще є можливість для суддів у порівняно нормальних умовах (йдеться про робоче навантаження) належним чином виконувати свій основний обов'язок — якісно розглядати справи. Намір виступати з пропозицією про скорочення штатної чисельності суддів Верховного Суду, як і інші реформи судової системи, впродовж останніх років усе більше нагадує реформи, що проводилися в Генеральній прокуратурі Литовської Республіки, в яких Сейм по суті відмовив, не схваливши, звіт про діяльність прокуратури за 2012 рік [25].

З іншого боку по суті не відкидається можливість скорочення штатної чисельності і Відділу кримінальних справ, і штатної чисельності суддів Верховного Суду в цілому. Однак це треба було б робити не у формі експерименту, а визначивши на підставі наукових досліджень реальну можливість при наявності відповідної кількості суддів належним чином виконувати обов'язки, що випливають з Конституції, і покладені на єдину касаційну інстанцію. Якщо говорити про відділ кримінальних справ у цьому контексті, доцільно було б «провести ревізію», зокрема, конституційності функцій, закріплених на цей момент за відділом. Наприклад, як згадувалося, необхідно оцінити, наскільки узгоджуються відновлення і розгляд у суді загальної юрисдикції (у Верховному Суді) вже розглянутих спеціалізованими адміністративними судами адміністративних справ із судовою системою і взагалі з розподілом функцій серед судів, передбачених статтею 111 Конституції, конституційною юриспруденцією [26], чи справді метою поправок до законодавства, які набули чинності 1 січня 2011 року і якими за Відділом кримінальних справ закріплено нову функцію у сфері адміністративної юстиції, було підвищення якості правосуддя у справах цієї категорії, або це було лише відлуння гострої дискусії, що мала місце десятиріччя тому, з питань місця і ступеня значущості Верховного Суду Литви та Головного адміністративного суду в судовій системі, а також необхідності існування системи адміністративних судів у цілому. Не менші сумніви в аспекті конституційності викликають і функції з нагляду за адміністративною діяльністю судів, які були довірені Верховному Суду на підставі поправок до Закону «Про суди», що набули чинності 31 грудня 2010 року.

## Висновки

1. Кількість касаційних скарг, які отримує Відділ кримінальних справ Верховного Суду, постійно збільшується. Така тенденція стає все більш яскраво вираженою незалежно від зміни рівня і структури злочинності в нашій країні. Таким чином, у кримінальній юстиції країни все більшого значення набувають прецеденти, встановлені в розглянутих касаційним органом справах.

2. Відділ кримінальних справ Верховного Суду в правовій системі країни посідає все більш значуще місце: крім конституційної функції касаційного провадження у кримінальному процесі, цей судовий орган уповноважений здійснювати правосуддя у сфері адміністративної юстиції (2011 рік) і в справах приватного обвинувачення (2014 рік). Дотримуючись конституційного принципу поділу влади, Відділ бере участь в процесі правотворчості та формування кримінальної політики.

3. У результаті прийнятих компетентними органами державної влади рішень, що стосуються «реформи» кримінального касаційного провадження, зокрема скорочення чисельності суддів Відділу кримінальних справ Верховного Суду (2012 рік) та необґрунтовано тривалого процесу формування Відділу (2014 рік), збільшилася тривалість кримінального провадження в касаційній інстанції, що треба розцінювати як порушення вимог конституційного принципу правової держави щодо забезпечення справедливого і швидкого процесу.

4. На сьогодні кількість суддів (17) Відділу кримінальних справ є оптимальною і відповідає напрямку і обсягам діяльності цього судового органу. Разом із тим не можна виключити вірогідність скорочення чисельності суддів як у Відділі кримінальних справ, так і у Верховному Суді в цілому. Однак скорочення

має бути обґрунтованим науковими дослідженнями, які підтверджують наявність реальної можливості справно виконувати конституційний обов'язок касаційної інстанції при певній чисельності суддів.

#### Використані джерела

- [1] Див.: Ухвали Верховного Суду Литви у кримінальних справах № 2К-86/2006, № 2К-42/2007, № 2К-170/2012, № 2К-416/2012, № 2К-449/2012 тощо (литовською мовою).
- [2] Див.: Постанову Конституційного Суду Литовської Республіки від 28.03.2006 // Valstybės žinios (Державні відомості). — 2006. — № 36-1292 (литовською мовою); internet site of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania <http://www.lrkt.lt/dokumentai/2006/r060328.htm> (англійською мовою).
- [3] Комітет з питань права та правопорядку при Сеймі Литовської Республіки. Висновки головного комітету від 18.12.2013 «З приводу законопроекту № ХПР-256 про внесення змін і доповнень до статей 102, 243, 244, 261, 273, 314, 362, 362 (1), 364, 367, 440, 441, 442 Кримінально-процесуального кодексу Литовської Республіки та доповнення кодексу статтею 242 (1)».
- [4] Див.: Ухвали Верховного Суду Литви у кримінальних справах № 2К-86/2006, № 2К-42/2007, № 2К-170/2012, № 2К-416/2012, № 2К-449/2012 тощо (литовською мовою).
- [5] Див.: Постанова Конституційного Суду від 13.11.1997 // Valstybės žinios (Державні відомості). — 1997. — № 104-2645 (литовською мовою); <http://www.lrkt.lt/dokumentai/1997/n7all3a.htm> (англійською мовою); постанова Конституційного Суду від 10.11.2005 // Valstybės žinios (Державні відомості). — 2005. — № 134-4819 (литовською мовою); <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1313/content> (англійською мовою).
- [6] Див.: Ухвали Верховного Суду Литви у кримінальних справах № 2К-409/2011, № 2К-Р-267/2011, № 2К-Р-183/2012 (литовською мовою).
- [7] Див.: Закон Литовської Республіки «Про державні закупівлі». Valstybės žinios (Державні відомості). — 2006. — № 4-102 (з наступними змінами і доповненнями, литовською мовою).
- [8] Ухвала Верховного Суду Литви у кримінальній справі за № 2К-Р-95/2012 (литовською мовою).
- [9] Див.: Швядас, Гінтарас. Деякі проблемні аспекти кримінальної відповідальності юридичної особи в касаційній юриспруденції Литви і доктрині кримінальної юстиції // Десять років Кримінальному кодексу Литовської Республіки. — Вільнюс, 2011. — С. 91—108 (литовською мовою).
- [10] Див.: Ухвала Верховного Суду Литви у кримінальній справі № 2К-Р-444/2011 (литовською мовою).
- [11] Див.: Ухвали Верховного Суду Литви у кримінальних справах № 2К-7-81/2013, № 2К-7-114/2011, № 2К-Р-9/2012 (литовською мовою).
- [12] Див.: Постанова Конституційного Суду від 29.12.2004 р // Valstybės žinios (Державні відомості). — 2005. — № 1-7 (литовською мовою); <http://www.lrkt.lt/dokumentai/004/r041229.htm> (англійською мовою); постанова Конституційного Суду від 16.01.2006 // Valstybės žinios (Державні відомості). — 2006. — № 7-254 (литовською мовою); <http://www.lrkt.lt/dokumentai/2006/r060116.htm> (англійською мовою).
- [13] Див.: Ухвали Верховного Суду Литви у кримінальних справах № 2К-Р-9/2012, № 2К-7-81/2013 (литовською мовою).
- [14] Див.: Года, Гінтарас; Казлаускас, Марцеліюс; Куціоніс, Пранас. Кримінально-процесуальне право. Підручник. — Вільнюс, 2011. — С. 41—42 (литовською мовою); Ластаускас, Гедре; Шінкунас, Гаролдас. Консультації для суддів як засіб формування єдиної судової практики: проблемні аспекти // Право. Наукові праці Вільнюського університету. — 2007. — № 65 (литовською мовою).
- [15] Генеральний директорат з прав людини та правових питань. Директорат моніторингу. Звіт про проведення оцінки для Литви у зв'язку з Конвенцією про кримінальну відповідальність за корупцію (тема І). Прийнятий на 43-му пленарному засіданні GRECO (Страсбург, 29.06 — 02.07.2009) // Секретаріат GRECO. — С. 18-19; [hnp://www.xoe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaM](http://www.xoe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaM).
- [16] Див.: Ухвала Верховного Суду Литви у кримінальній справі № 2К-Р-280/1999 (литовською мовою).

- [17] Висновок Департаменту права від 03.05.2010 щодо законопроекту про зміну і доповнення статті 95 КК № ХІР-1961. Матеріали законотворчості <http://www3.lrs.lt/dokpaicska/forma-I.htm> (литовською мовою).
- [18] Див.: Постанова Конституційного Суду від 24.10.2007 // Valstybės žinios (Державні відомості). — 2007. — № 15-1000 (литовською мовою); <http://www.lrkt.lt/dokumentai/2007/r071024.doc> (англійською мовою).
- [19] Див.: наприклад, ухвала Верховного Суду Литви у справі про адміністративне порушення № 2АТ-7-3/2013 (литовською мовою).
- [20] Див.: наприклад, ухвали Верховного Суду Литви у справі про адміністративне порушення № 2АТ-7-4-2013, № 2АТ-8-2013, № 2АТ-13-2013 (литовською мовою).
- [21] До прийняття Сеймом цієї постанови чисельність суддів Верховного Суду визначалася законом. Хоча перед цим Сейм прийняв закон № ХІ-1781, який було визнано таким, що втратив силу, «Про чисельність суддів Верховного Суду Литви». По суті постановою Сейму було змінено існуюче з 13.10.1994 правове регулювання чисельності суддів Верховного Суду Литви. Таку ситуацію потрібно розцінювати як ослаблення правової стабільності Верховного Суду, гарантій незалежності суддів. Уже тільки ці аргументи ставлять рюба питання конституційності порядку визначення чисельності суддів Верховного Суду Литви.
- [22] Комітет з питань права та правопорядку при Сеймі Литовської Республіки. Висновки головного комітету «З приводу постанови Сейму Литовської Республіки «Про проект встановлення чисельності суддів Верховного Суду Литви № ХІР-3436».
- [23] Там само.
- [24] Дані звіту про розгляд кримінальних справ Верховним Судом Литви (в касаційному порядку) в 2000 р. (№ (1.19) — 5Т-55), в 2011 р. (№ (1.19) — 5Т-45), в 2012 р. (№ (1.19) — 5Т-37), в 2013 р. (№ (1.19) — 3Т-1), в 2014 р. (№ (1.19) — 3Т-5), в 2015 р. (№ (1.19) — 4Т-2).
- [25] Постанова Сейму Литовської Республіки № ХП-528 від 01.10.2013 «Про звіт про діяльність Прокуратури Литовської Республіки» // Valstybės žinios (Державні відомості). — 2013. — № 106-5194 (литовською мовою).
- [26] Постанови Конституційного Суду Литовської Республіки від 28.03.2006 (Див.: сн. № 2), 09.05.2006. — Valstybės žinios (Державні відомості). — 2006. — № 51-1894 (литовською мовою); <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta926/content> (англійською мовою). 22.10.2007. — Valstybės žinios (Державні відомості). — 2007. — № 110-4511 (литовською мовою); <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta927/content> (англійською мовою) тощо.

## ДОВІДКОВА ЛІТЕРАТУРА

### Правові акти

1. Конституція Литовської Республіки, прийнята громадянами Литовської Республіки на референдумі 25.10.1992. — Valstybės žinios (Державні відомості). — 1992. — № 33-1014 (з подальшими змінами і доповненнями).
2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, частково змінена протоколом № 11 і доповнена протоколами № 1, 4, 6 і 7. — Valstybės žinios (Державні відомості). — 2000. — № 96-3016.
3. Кодекс Литовської Республіки про адміністративні правопорушення. — Vyriausybės žinios (Урядовий вісник). — 1985. — № 1-1 (з наступними змінами та доповненнями).
4. Кримінальний кодекс Литовської Республіки. — Valstybės žinios (Державні відомості). — 2000. — № 89-2741 (з подальшими змінами і доповненнями).
5. Кримінально-процесуальний кодекс Литовської Республіки. — Valstybės žinios (Державні відомості). — 2002. — № 37-1341 (з подальшими змінами і доповненнями).
6. Цивільно-процесуальний кодекс Литовської Республіки. — Valstybės žinios (Державні відомості). — 2002. — № 36-1340 (з подальшими змінами і доповненнями).
7. Закон Литовської Республіки «Про суди». — Valstybės žinios (Державні відомості). — 1994. — № 46-851 (з подальшими змінами і доповненнями).
8. Закон про визнання таким, що втратив силу, Закону Литовської Республіки «Про штатну чисельність суддів Верховного Суду Литви». — Valstybės žinios (Державні відомості). — 2011. — № 153-7209.
9. Закон Литовської Республіки «Про державні закупівлі». — Valstybės žinios (Державні відомості). — 2006. — № 4-102 (з наступними змінами та доповненнями, литовською мовою).
10. Постанова Сейму Литовської Республіки № ХІ-1782 від 06.12.2011 «Про встановлення штатної чисельності суддів Верховного Суду Литви». — Valstybės žinios (Державні відомості). — 2011. — № 151-7102.
11. Постанова Сейму Литовської Республіки № ХП-528 від 01.10.2013 «Про звіт про діяльність Прокуратури Литовської Республіки». — Valstybės žinios (Державні відомості). — 2013. — № 106-5194.

**Конституційна юриспруденція**

12. Постанова Конституційного Суду від 24.10.2007 // Valstybės žinios (Державні відомості). — 2007. — № 15-1000 (литовською мовою); <http://www.lrkt.lt/dokumentai/2007/r071024.doc> (англійською мовою).
13. Постанова Конституційного Суду від 22.10.2007. — Valstybės žinios (Державні відомості). — 2007. — № 110-4511 (литовською мовою); <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta927/content> (англійською мовою).
14. Постанова Конституційного Суду від 09.05.2006. — Valstybės žinios (Державні відомості). — 2006. — № 51-1894 (литовською мовою); <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta926/content> (англійською мовою).
15. Постанова Конституційного Суду від 28.03.2006. — Valstybės žinios (Державні відомості). — 2006. — № 36-1292 (литовською мовою); internet site of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania <http://www.lrkt.lt/dokumentai/2006/r060328.htm> (англійською мовою).
16. Постанова Конституційного Суду від 16.01.2006. — Valstybės žinios (Державні відомості). — 2006. — № 7-254 (литовською мовою); <http://www.lrkt.lt/dolomientai/2006/r060116.htm> (англійською мовою).
17. Постанова Конституційного Суду від 10.11.2005. — Valstybės žinios (Державні відомості). — 2005. — № 134-4819 (литовською мовою); <http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1313/content> (англійською мовою).
18. Постанова Конституційного Суду від 29.12.2004. — Valstybės žinios (Державні відомості). — 2005. — № 1-7 (литовською мовою); <http://www.lrkt.lt/dokumentai/004/r041229.htm> (англійською мовою).
19. Постанова Конституційного Суду від 13.11.1997. — Valstybės žinios (Державні відомості). — 1997. — № 104-2645 (литовською мовою); <http://www.lrkt.lt/dokumentai/1997/n7all3a.htm> (англійською мовою).

**Юриспруденція Верховного Суду Литовської Республіки**

20. Ухвали Верховного Суду Литви у кримінальних справах № 2К-Р-280/1999, № 2К-86/2006, № 2К-42/2007, № 2К-7-114/2011, № 2К-409/2011, № 2К-Р-444/2011, № 2К-Р-267/2011, № 2К-Р-9/2012, № 2К-170/2012, № 2К-Р-95/2012, № 2К-Р-183/2012, № 2К-416/2012, № 2К-449/2012, № 2К-7-81/2013 (литовською мовою).
21. Ухвали Верховного Суду Литви у справах адміністративного правопорушення № 2АТ-7-3/2013, № 2АТ-7-4-2013, № 2АТ-8-2013, № 2АТ-13-2013 (литовською мовою).

**Спеціальна література**

22. Года, Гінтарас. Ціннісні пріоритети в кримінальному процесі. — Вільнюс: Центр реєстрів. — 2014 (литовською мовою).
23. Года, Гінтарас; Казлаускас, Марцеліус; Куціоніс, Пранас. Кримінально-процесуальне право. Підручник. — Вільнюс, 2011. — С. 41—42 (литовською мовою).
24. Ластаускаене, Гедре; Шінкунас, Гаролдас. Консультації для суддів як засіб формування єдиної судової практики: проблемні аспекти // Право. Наукові праці Вільнюського університету. — 2007. — № 65 (литовською мовою).
25. Меркявічюс, Ремігіюс. Забезпечення права підозрюваної (обвинуваченої) особи на швидкий процес. — Право, 2011. — № 80. — С. 36—38 (литовською мовою).
26. Прапієстіс, Йонас. Значення юриспруденції Верховного Суду Литви. Завдання глобалізації кримінальної юстиції: збірка рецензованих наукових статей, присвячених питанням кримінального права, виконання покарань та кримінального процесу // Головний науковий редактор Г. Швядас. — Вільнюс: Центр реєстрів. — 2014. С. 536 (литовською мовою).
27. Прапієстіс, Йонас; Гірдаускас, Міндаугас. Верховний Суд Литви в кримінальній законотворчості. — Право. — № 88. — С. 7—26 (литовською мовою).
28. Швядас, Гінтарас. Деякі проблемні аспекти кримінальної відповідальності юридичної особи в касаційній юриспруденції Литви і доктрині кримінальної юстиції // Десять років Кримінального кодексу Литовської Республіки. — Вільнюс, 2011. — С. 91—108 (литовською мовою).
29. Швядас, Гінтарас. Основи і тенденції кримінальної політики в Литовській Республіці. — Вільнюс: Центр правової інформації, 2006 (литовською мовою).

**Інші матеріали**

30. Звіти про розгляд Верховним Судом Литви кримінальних справ (в касаційному порядку) за 2000 р. (№ (1.19) — 5Т-55), за 2011 р. (№ (1.19) — 5Т-45), за 2012 р. (№ (1.19) — 5Т-37), за 2013 р. (№ (1.19) — 3Т-1), за 2014 р. (№ (1.19) — 3Т-5), за 2015 р. (№ (1.19) — 4Т-2).
31. Комітет з питань права та правопорядку Сейму Литовської Республіки. Висновки головного комітету щодо проекту постанови Сейму Литовської Республіки № ХІР-3436 від 09.11.2011 «Про встановлення штатної чисельності суддів Верховного Суду Литви». Доступ в Інтернеті: <[http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc?p\\_id=410773](http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc?p_id=410773)>.
32. Комітет з питань права та правопорядку Сейму Литовської Республіки. Висновки головного комітету щодо законопроекту № ХІР-256 від 18.12.2013 «Про зміну і доповнення статей 102, 243, 244, 261, 273, 314, 362, 362 (1), 364, 367, 440, 441, 442 Кримінально-процесуального кодексу Литовської Республіки та доповнення кодексу статтею 242 (1)». Доступ в Інтернеті: <[http://www3.lrs.lt/ph/inter3/dokpaieska.showdoc?p\\_id=464165&p\\_tr2=2](http://www3.lrs.lt/ph/inter3/dokpaieska.showdoc?p_id=464165&p_tr2=2)>.
33. Висновок Департаменту права від 03.05.2010 щодо законопроекту про зміну і доповнення статті 95 КК № ХІР-1961. Матеріали законотворчості <http://www3.lrs.lt/dokpaieska/fortna-1.htm> (литовською мовою).
34. Генеральний директорат з прав людини та правових питань. Директорат моніторингу. Звіт про проведення оцінки для Литви у зв'язку з Конвенцією про кримінальну відповідальність за корупцію (тема І). Прийнято на 43-му пленарному засіданні GRECO (Страсбург, 29.06 — 02.07.2009) // Секретаріат GRECO. — С. 18—19. <http://www.xoe.int/t/dghi/monitoring/greco/evaM>.



ДЕНЬ ПЕРШИЙ 17.03.2016

## СЕСІЯ ІІ. СУДОВА РЕФОРМА: ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ЕТАП

---

СЕКЦІЯ 2. РЕФОРМУВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО  
ЗАКОНОДАВСТВА: ШЛЯХИ І МЕХАНІЗМИ



---

### МОДЕРАТОРИ

#### **ЛІДІЯ МОСКВИЧ**

д.ю.н., професор  
Національного юридичного  
університету ім. Я. Мудрого

#### **ЯРОСЛАВ РОМАНЮК**

к.ю.н., Голова Верховного Суду  
України

#### **АРТЕМ СТОЯНОВ**

старший партнер LCF

---



---

## ЗАСТОСУВАННЯ ІНФОРМАЦІЙНИХ ТА ЕЛЕКТРОННО-КОМУНІКАТИВНИХ ТЕХНОЛОГІЙ У РАМКАХ РОЗГЛЯДУ ГОСПОДАРСЬКИХ СПОРІВ: ДОСВІД ЛИТВИ ТА ІНШИХ ДЕРЖАВ

---



---

### **РИМВІДАС НОРКУС**

Голова Верховного Суду Литовської Республіки

---

Благодарю за приглашение участвовать в данной конференции и выступить с докладом о применении информационных технологий в рассмотрении хозяйственных споров. Насколько я слышал от своих украинских коллег-судей, информационные технологии в судах Украины уже сегодня достигли значительного прогресса, и в масштабе Евросоюза вы абсолютно точно могли бы претендовать на высокую оценку. Еще более серьезный прогресс предвидится в утвержденной вами самими «Стратегии развития судебной власти в Украине на 2015—2020 годы», с которой мне довелось ознакомиться и которой в сфере электронной юстиции уделяется большое внимание. Такие запланированные вами мероприятия, как электронное управление делами, отправка электронных уведомлений сторонам в деле, случайный порядок распределения дел среди судей, аудио- и видеозаписи судебных заседаний, базы данных международной и национальной судебной практики, связанные с поиском правовых актов — все эти средства стояли или все еще стоят на повестке дня развития литовского электронного судебного сектора.

Вкратце опишу достижения литовской судебной системы в рамках модернизации рассмотрения хозяйственных или коммерческих споров.

Я должен сразу обратить ваше внимание на то, что в Литве хозяйственные (коммерческие) споры как таковые в отдельную категорию не выделяются. В отличие от ситуации в некоторых государствах не установлена и специализированная или автономная система их рассмотрения. В Литве хозяйственные споры рассматривают суды общей юрисдикции в соответствии с правилами, установленными гражданским процессом. Высшую ступень в этой судебной системе занимает Верховный Суд Литвы. Тем не менее у нас предусмотрены некоторые особенности производства по хозяйственным (коммерческим) спорам, установленные нашим законодательством, как, например, в отношении споров, связанных с публичными закупками.

Международный опыт представляет для нас исключительную важность. В первую очередь — опыт Западной Европы, суды которой современные технологии начали применять на два-три десятилетия раньше нас. Вдохновение мы черпали в Германии, Австрии, Швеции, Норвегии, других странах. На их примере мы учились не допускать некоторых ошибок. Например, систему представления судам электронных процессуальных документов мы создавали по примеру Австрии, фиксации хода судебного заседания посредством аудиозаписи — по примеру Германии, Австрии; принцип передачи и получения всех связанных с делом документов электронным способом внедрялся по примеру Германии; внедрению же электронного судебного приказа способствовал заслуживший высокую оценку во всей Европе и адаптированный в отдельных государствах опыт Австрии, а также Англии и Уэльса. Помимо использования накопленного другими государствами опыта нашим преимуществом стало то, что модернизация технологий повлекла за собой удешевление некоторых из них, и это помогло нам стремительно догонять уже далеко шагнувшие вперед в данном отношении государства.

Цель модернизации крайне ясна — приблизить процесс к людям, ускорить его и оптимизировать. Технологии позволяют проще организовать работу, сэкономить и время, и средства. Как сказал один из известнейших программистов и разработчиков компьютерных игр Крис Кроуфорд, технологии могут помочь судам достичь важнейших целей даже в таких условиях, когда сложные экономические условия вынуждают сокращать численность персонала или переходить на другие виды экономии.

Итак, модернизация не является самоцелью. Информационные технологии практически исключают проблему объема информации, времени ее передачи, финансовых затрат и таким образом ускоряют рассмотрение дел; гарантируется подлинность информации, ее достоверность, например, объективность фиксации и предоставления доказательств, достоверное установление личности участников процесса и прочее.

Правда, можно усомниться в утверждении, что информационные технологии уменьшают рабочие нагрузки в судах. Я не стал бы с уверенностью это утверждать — упрощая доступ к правосудию, технологии создают условия для обращения в суды для тех лиц, которые, возможно, не сделали бы этого в случае отсутствия соответствующих технологических облегчений. Следовательно, информационные технологии упрощают доступ к суду, и хотя тем самым незначительно увеличивается рабочая нагрузка в судах, положительным результатом упрощенного доступа является более активная защита прав лиц и повышение уровня доверия к судам.

Не менее важно, что информационные технологии снижают вероятность человеческой ошибки. Илья Лаурс, литовский гуру в области корпоративных информационных технологий, утверждает, что человек не столь надежен, как технологии. Так, например, при испытании автомобилей без водителя на сотни тысяч экспериментов пришлось только одна авария, которая также произошла из-за ошибки человека. Несколько недель назад в Литве случился скандал, когда одно госучреждение не получило судебного определения и не остановило незаконное строительство, как это было предписано судом. Похоже, его по невнимательности не отправила судебный секретарь. Понятно, что такого инцидента удалось бы избежать, если бы размещенные в информационной системе судебные документы автоматически отправлялись сторонам в деле.

Представляет ли это важность для хозяйственных дел? Вне всякого сомнения — исключительную важность.

Хозяйственно-правовые отношения, их регулирование, а следовательно, и сами хозяйственные споры усложняются. Даже самая либеральная рыночная экономика не в силах справиться с их обилием. А может, наоборот, — либеральность порождает споры? Особенную актуальность в связи с

самої природою хозяйственных споров приобретает продолжительность их рассмотрения и их стоимость в самом широком смысле. По мнению философов в области права (Франц Кляйн, австрийский ученый, основоположник социального гражданского судопроизводства), любой длительный процесс становится препятствием для принятия в деле правильного решения, поскольку чем больше времени проходит с момента возникновения конфликта до принятия решения в деле, тем сложнее установить причины, вызвавшие этот конфликт, убедиться в справедливости тех или иных утверждений. В хозяйственных спорах затяжной процесс становится еще и тяжелым бременем для развития экономических отношений. Ведь в случае возникновения спора ограничивается гражданский оборот имущества, по поводу которого и ведется спор (никто не будет рисковать продавать и тем более покупать имущество, право на которое решением суда может быть признано за другим лицом). Длительное замораживание имущества даже для средних компаний может означать банкротство. Таким образом, для бизнеса крайне важен быстрый обмен документами, быстрый процесс.

Между тем, статистика показывает, что суды перегружены работой, в том числе и делами по хозяйственным спорам; рассмотрение дел не становится короче, более того, наблюдается тенденция возрастания его продолжительности; судьи, выполняющие массу технической работы, теряют драгоценное время, которое могли бы посвятить вниканию в сложные дела. Совсем недавно такой ситуации способствовала и неэффективная (архаичная) организация деятельности судов, которая не была удобной ни для человека, ни для самих судов. Здесь могла иметь место недооценка самой бизнес-среды, дающей исключительные возможности для широкого внедрения информационных технологий. Предприниматели-профессионалы в отличие от обычных людей всегда имеют доступ к технологиям. Поэтому именно в коммерческих спорах является оправданным максимальное использование информационных технологий, так как, вне всяких сомнений, на рядового гражданина нельзя перекладывать все бремя информационных технологий (по крайней мере, пока).

### **Технологические достижения гражданского процесса, в том числе процесса рассмотрения хозяйственных дел**

В Литве практический перелом в применении судами информационных технологий произошел в 2013 году. Он был предопределен и своевременным, и революционным развитием правовой базы в 2011 году. В июне 2011 года Сейм Литовской Республики принял пакет законов — Закон о судах, Закон о судебных приставах, поправки и дополнения к гражданскому процессуальному кодексу. Данный пакет не только зафиксировал уже внедренный технологический прогресс, но и создал предпосылки для более интенсивного внедрения и применения современных технологий. Именно тогда был узаконен амбициозный замысел — с 2013 года приступить к переходу на информационную инфраструктуру судебного процесса.

Так, с 1 июля 2013 года многие судебные процедуры и процессы были перенесены в электронное пространство. Это осуществлялось на базе информационной системы литовских судов LITEKO.

Что такое LITEKO? Это ведомственная судебная система, созданная в рамках программы Евросоюза PHARE 2004—2005 годов. В нее объединены все суды Литвы, действуют системы регистрации, учета дел и связанной с ними информации, а также электронные базы данных правовых актов и судебной практики, оснащенные автоматическим поиском. Здесь же внедрены электронные статистические функции, функции электронных шаблонов документов и другие. Кроме того, система LITEKO применяется для производства аудиозаписи судебных заседаний, обработки и хранения цифровых записей, организации видеоконференций в ходе судебного процесса. На практике, подключившись к этой системе, я как председатель суда могу не выходя из кабинета получить доступ к делу, рассматриваемому любым судом: ознакомиться с процессуальными действиями суда, электронными материалами дела, прослушать аудиозаписи судебного заседания, генерировать статистику суда и судьи, сравнить ее со статистикой другого суда и судьи, а также выполнять множество других действий. Несомненно, прозрачности, экономичности и оперативности послужило компьютерное распределение дел — уже с 2008 года дела в этой системе распределяются и судебные коллегии составляются в случайном порядке, однако все же есть возможность учитывать специализацию судей. Автоматически генерируется расписание заседаний. Автоматически рассчитывается рабочая нагрузка судей. Есть возможность следить и за занятостью адвокатов в других делах, чтобы не пришлось назначенное дело переносить на другой день, когда выясняется, что в этот день адвокат занят в другом деле, хотя эта функция действует пока

что неидеально. Начато, но пока что также действует не безупречно автоматизированное наблюдение за процессуальными сроками, которое означает следующее: когда закон предусматривает конкретный срок для выполнения судом определенного действия, например для решения вопроса о применении временных обеспечительных мер, и этот срок приближается к концу, у судьи загорается предупреждающая лампочка, в случае нарушения этого срока — она горит ярче.

Все эти функциональности существовали и до 2013 года, однако с 2013-го судебная система ЛІТЕКО, до того являвшаяся только ведомственной, стала использоваться для внешней коммуникации со сторонами в деле и превратилась в базу для так называемого электронного дела.

### **Какие же публичные электронные услуги сегодня доступны (прямо и косвенно) участникам процессов по хозяйственным спорам? Каков эффект от них?**

В электронном пространстве участники процесса могут найти судебные извещения о рассматриваемых делах, пользоваться публичным поиском расписаний, решений, протоколов распределения дел. Есть возможность для сторон дела на портале судебных публичных электронных услуг формировать и представлять суду электронные процессуальные документы, знакомиться с материалами дела, слушать аудиозаписи судебных заседаний, платить госпошлину и назначенные судом штрафы; управлять информацией о присужденных судебных издержках. Далее немного конкретики:

— возможность вести не только бумажные, но и электронные дела.

Что значит электронное дело? Это дело, все материалы которого обрабатываются и хранятся в электронной форме. Стороны и суд составляют и представляют электронные документы, которые рассматриваются как оригинальные, если они удостоверены электронной подписью. Если некоторые документы в деле (например, доказательства) в оригинальной форме являются бумажными, они переводятся в цифровой формат и далее ведутся уже в электронной форме. Отказались ли мы от бумаги? Нет, в полной мере не отказались. Электронное дело означает, что все материалы можно найти в системе, но чаще всего хотя бы для части документов делаются и бумажные копии — из соображений удобства;

— возможность электронного общения со сторонами: стороны могут представлять суду электронные документы и аналогичным способом получать их от суда. Все лица могут это делать добровольно, зарегистрировавшись на портале электронных судебных услуг. Тем не менее профессиональные участники судебного процесса обязаны принять судебные извещения и все документы, направленные им только при помощи электронных средств. Гражданский процессуальный кодекс (часть 9 статьи 175<sup>1</sup>), положения которого применяются и при рассмотрении хозяйственных споров, предусматривает, что адвокатам, судебным приставам, нотариусам, государственным и муниципальным предприятиям, учреждениям и организациям, финансовым учреждениям и страховым компаниям суд представляет документы при помощи средств электронной связи. Другие лица могут отправлять и принимать процессуальные документы, прибегая к средствам электронной связи, только если сами того желают. Почему обязанность получать документы электронным способом не применяется в отношении других лиц? На стадии подготовки изменений к законодательству, связанных с е-делом, поступали и радикальные предложения, подобные тому, что все лица с судом, как и суд с лицами, должны общаться только электронным способом. В конечном итоге было решено, что распространенность технологий у нас еще не достигла такого уровня, чтобы можно было обоснованно предположить, что тем самым мы не ущемим право рядового гражданина на обращение в суд. Приходится признать, что вначале возникали неполадки с вручением электронных судебных документов даже у тех лиц, которые по закону обязаны их принять (как я уже упоминал — адвокаты, приставы, финансовые учреждения и пр.). Эти лица просто не регистрировались на портале электронных услуг. Именно поэтому правовые акты предусматривают определенную «предупредительную процедуру»: если лицо, обязанное принять электронные судебные документы, не зарегистрировалось на портале электронных судебных услуг, суд в первую очередь направляет такому лицу заказное письмо с напоминанием о его обязанности зарегистрироваться, устанавливая для этого срок не менее семи дней. Если, несмотря на это, лицо не регистрируется, документы считаются врученными без отправления. Само собой разумеется, что в таком случае адвокат сильно рискует дожидаться иска о возмещении ущерба от своего клиента, если в результате неполучения документов и нарушения процессуальных сроков дело будет проиграно.

Ускорило ли это процесс, снизило ли уровень бюрократизма? Пожалуй, да, так как теперь вручение бумажных документов не отнимает столько времени, требуется меньше физических усилий, расходов;

— поскольку в рамках хозяйственных споров мы сталкиваемся со специфическими субъектами — компаниями, предпринимателями, все же к таким лицам можно предъявлять более строгие требования, нежели к физическим лицам — непрофессионалам, в том числе и в плане электронной коммуникации с судом. Приведу наглядный пример с делами о публичных закупках. В Литве эти дела представляют особую сложность, поскольку правовые акты Евросоюза устанавливают сложные тендерные процедуры. Кроме того, такие дела должны рассматриваться быстро, ведь в противном случае может быть потеряна финансовая поддержка ЕС, стопорится реализация программы государственных инвестиций: например, не успевают до начала учебного года отремонтировать школу или до наступления зимнего сезона проложить дорогу. Следовательно, в делах о публичных закупках процесс рассмотрения споров должен быть максимально эффективным и оперативным. Литовское законодательство устанавливает сроки рассмотрения таких дел. Поскольку сторонами в таких делах всегда являются предприниматели и государственные учреждения, здесь электронная коммуникация с судом является оправданной и возможной. Такие дела в судах Литвы ведутся исключительно в электронной форме, и стороны не могут выбирать, станут ли они принимать им направляемые судом электронные документы: они просто обязаны это делать. Само по себе отправление электронных документов в рамках целого процесса способно сэкономить несколько недель;

— судебный приказ (иначе еще именуемый «платежным приказом») — это один из самых популярных, быстрых и дешевых автоматизированных способов присудить себе долг, который очень часто используется и в коммерческих спорах. Госпошлина в данной процедуре вчетверо меньше, чем при подаче иска, производство проводится в письменной форме, приказ суд издает в течение нескольких дней. Судебный приказ издает суд, получив заявление кредитора, в котором указывается сумма, которую он требует присудить, и основание такого требования (например, договор), но не прилагаются никакие доказательства. Должник может протестовать против заявления кредитора. Протесты не обязательно должны быть мотивированными, то есть должнику достаточно указать — «не согласен с требованием, предъявленным кредитором». Суд в таком случае сразу отменяет судебный приказ, и у кредитора есть право выбора — в течение четырнадцати дней он может обратиться в тот же суд с иском (доплатив недостающую часть госпошлины) и продолжать взыскание долга судебным путем или отказаться от судебного разбирательства. Если должник в течение 20-дневного срока не заявляет протест, судебный приказ вступает в законную силу, и долг может быть взыскан в принудительном порядке.

Эта упрощенная процедура теперь полностью перенесена в электронное пространство, бумагу могут более не использовать ни стороны, ни суд. Кредитор подает заявление, заполняя его бланк на портале электронных судебных услуг. Не возбраняется подавать заявление и в бумажной форме, но электронная форма все же гораздо более удобна. Не случайно примерно 60 процентов всех заявлений о выдаче судебного приказа подаются в электронной форме.

Судебное извещение должнику может быть отправлено электронным способом, если должник зарегистрирован на портале электронных услуг. В противном случае оно отправляется в бумажном варианте. Возражения должник может также представить электронным способом, заполнив стандартный бланк на портале электронных услуг, но может подать возражения и в письменной форме.

Судебный приказ чаще всего применяется в секторе малого предпринимательства, по виду деятельности это обычно компании, предоставляющие услуги лизинга, коммунальные услуги, быстрые кредиты. Это очень популярная процедура, она составляет свыше 25 процентов от общего потока гражданских дел в судах Литвы;

— что стало стимулом для развития электронного дела в Литве? Это был своеобразный «подкуп» сторон дела со стороны законодателя. В целях поощрения использования в судебном процессе электронной связи была установлена 25-процентная льгота на уплату госпошлины — в случае представления процессуальных документов и приложений к ним только при помощи средств электронной связи вносится 75 процентов госпошлины, подлежащей уплате за соответствующий процессуальный документ. Законодатель словно говорит: «не несите бумаги в суд, и за судебный процесс придется платить меньше». Это достаточно спорное решение — ведь понятно, что стороны должны были бы использовать электронный процесс только из соображений собственного удобства, а не потому, что так дешевле. И все же принято полагать, что такой шаг законодателя является приемлемым уже хотя бы

потому, что таким образом преследуется цель максимально быстрой адаптации норм электронизации гражданского процесса в судебной практике. Так, по крайней мере, на начальном этапе, пока такая практика не станет привычной, подобная льгота является оправданной и нужной. Как долго она еще будет оправданной, не пришло ли время от нее отказаться — вопрос, требующий обсуждения;

— применение информационных технологий внесло и другие новшества. Например, долгое время в гражданском процессе, когда место жительства ответчика было неизвестным и его установление представляло сложность, суд обеспечивал информирование ответчика о судебном процессе, давая объявление в газете. В настоящее время вручение путем публичного объявления из газет перенесено в электронное пространство. Для этого на веб-портале Национальной администрации судов был создан раздел «Судебные извещения». Как и раньше, когда объявления еще давались в печати, сегодня публичное объявление остается самым декларативным из всех возможных способов вручения процессуальных документов. Точнее — это юридическая фикция. Тем не менее понятно, что в определенных случаях она необходима, чтобы суд не попал в тупик и процесс мог двигаться дальше. Сам институт публичного объявления и его принципы остались неизменными — он и теперь является исключительной или крайней мерой, которая применяется, когда нет объективной возможности в ординарном порядке известить о времени, месте судебного заседания, о полученных исках.

Никаких дополнительных расходов, связанных с публичным объявлением извещений в Интернете, стороны дела не несут. Между тем объявление в газете было недешевым, а погашать расходы приходилось сторонам в деле. В среднем два таких объявления стоили около 70 евро. За год таких объявлений давалось около 2,5 тыс., то есть присуждались расходы в сумме около 170 тыс. евро. Кроме того, электронное объявление является значительно более быстрым: не нужно ждать, пока извещение будет распечатано. В-третьих, информацию, представленную на одном публично доступном веб-сайте, можно найти легче и быстрее. Тем не менее нам знакома и другая сторона вопроса — система компьютерных сетей все еще недостаточно развита. Не все лица пользуются или могут пользоваться Интернетом, особенно люди преклонного возраста или живущие в отдаленных местах;

— некоторые новшества суды принимают достаточно сложно. В январе 2014 года был осуществлен переход от фиксации хода судебных заседаний на бумаге к цифровой аудиозаписи (статья 168 ГПК). Каждое устное рассмотрение дела фиксируется в виде аудиозаписи судебного заседания. Мы знаем, что такие записи существуют и в Украине. Однако в Литве специфика такова, что аудиозапись судебного заседания считается протоколом судебного заседания и является составной частью дела. Иначе говоря, бумажный протокол судебного заседания более не составляется.

В самом широком смысле отказ от традиционного протоколирования помогает избежать дополнительной работы при составлении протоколов. Экономится время секретарей судебных заседаний, зачастую — и время судей, сокращается нагрузка на канцелярию суда. Улучшается качество фиксации хода судебных заседаний. Были и скептики, среди них — ВСЛ, по мнению которых, отказ от привычного протокола заседания является очень сомнительным. Ведь в нем, помимо прочего, фиксируется содержание доказательств и результаты разрешения ходатайств участников судебного разбирательства (протокольные определения суда). Во-первых, сомнение вызывало следующее — не будет ли искажено само понятие доказательств и не осложнится ли проверка содержания данных (доказательств), а также предпринятых процессуальных действий. Например, чтобы проверить обоснованность и законность протокольного определения суда первой инстанции об отказе участнику процесса в его ходатайстве, суд апелляционной инстанции должен точно знать, в каком месте аудиозаписи такой вопрос решался — иначе пришлось бы прослушивать всю аудиозапись целиком, а она может длиться и несколько часов. Во-вторых, могут ли обеспечить современные технологии защиту данных аудиозаписи от внесения изменений или от ее утраты? Не является ли в этом смысле бумажный документ более надежным? Эти и другие сомнения породили конкурирующее мнение, что аудиозапись судебного заседания должна не заменять письменный протокол, а стать приложением к нему. К слову, тот факт, что аудиопротокол следует расценивать как довольно проблематичный, подтверждает, например, опыт Польши, где такое экспериментальное протоколирование себя не оправдало. В Германии вопрос протоколирования был решен очень прагматично — электронная запись судебного заседания является всего лишь дополнительным документом, основным остается письменный протокол. И все же в Литве, кажется, аудиозапись, заменяющая письменный протокол, прижилась. Наряду с аудиозаписью представляется краткая справка, в которой указана структура аудиозаписи, то есть с какой минуты высказывается

участник процесса, кто именно, когда судьи задавали вопросы, когда началось и закончилось судебное заседание, чтобы судья на аудиозаписи мог без труда найти нужное ему место;

— внедренные возможности организации дистанционных судебных заседаний посредством видеоконференций. Их организации требуют и некоторые правовые акты ЕС. Литовские суды могут использовать возможности видеоконференции при дистанционном допросе свидетелей по месту их пребывания, особенно — находящихся под охраной, а также потерпевших, лиц, которые по состоянию здоровья не могут явиться в судебное заседание; таким образом, упрощается и участие в процессе несовершеннолетних лиц, лиц, находящихся в учреждениях лишения свободы — не нужно организовывать их доставку, экономятся средства, выделяемые на конвоирование.

### **Каков эффект от всех перечисленных новшеств?**

Меньше ли стало у суда работы? Ускорился ли судебный процесс? Ответ вряд ли может быть категоричным. С одной стороны, бумажные документы нуждаются в оцифровке и, наоборот, цифровые документы иногда необходимо распечатать. Современная техника требует профессионального обслуживания, постоянного повышения уровня компьютерной грамотности. С другой стороны, упростилась коммуникация, экономятся средства на почтовых, других материальных расходах. Одним словом, определенный положительный эффект судами ощущается. Главный же показатель — улучшается ли ситуация для людей, участников процесса. Ведь мы работаем ради них, а они уже подтвердили достоинства современных инструментов производства и их привлекательность, пользуясь ими все чаще и шире.

Достаточно ли активным было использование новых электронных услуг? В истекшем году более половины всех гражданских дел были электронными. В 2014 году гораздо меньше — 33 % от всех гражданских дел, так что прогресс очевиден.

Приятно констатировать признание того, что прогресс внедрения информационных технологий в судах, и особенно в гражданском процессе, в Литве действительно впечатляет — за последние несколько лет мы шагнули далеко вперед.

Масштабы информационных технологий и их влияние на организацию судебного процесса растут из года в год. Технологии и оборудование обладают все большей производительностью, становятся более привычными, чаще используются. С другой стороны, внедрение информационных технологий в судах, их совершенствование само по себе представляет сложность по причине исключительного характера судебной деятельности — она является строго формализованной, тщательно регулируемой. Уже это одно требует, чтобы все изменения, которые вносятся в судебный процесс (тем более если они существенные, масштабные), прецизионно взвешивались, очень хорошо оценивалась поэтапность, скорость их внедрения.

Развитие информационных технологий в судебном процессе не должно являться самоцелью, наилучших результатов можно ожидать только в том случае, если не пострадает достоверность, добросовестность судебного процесса и отдельных процедур. Вместе с тем не вызывает сомнений и то, что применение информационных технологий в рамках гражданского процесса требует адаптации, модификации некоторых классических принципов гражданского производства, например, понимания принципа непосредственности в случаях проведения видеоконференций. Тем не менее это не означает отказа от базовых ценностей, таких как добросовестный и надлежащий процесс, во имя более быстрого и экономичного процесса. Только согласованные перемены способны помочь обеспечить право лиц на более оперативный, экономичный, но вместе с тем и на честный процесс, и на надлежащее правосудие.



---

## УНІФІКАЦІЯ ТА ГАРМОНІЗАЦІЯ НОРМ ЦИВІЛЬНОГО, ГОСПОДАРСЬКОГО ТА АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ

---



---

### **ДМИТРО ЛУСПЕНИК**

кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного процесу, суддя, секретар пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ

---

Сучасні вимоги щодо розвитку процесуального законодавства, крім ефективності судочинства, ґрунтуються також на диференціації судочинства на види, уніфікації дефініцій, правових інститутів у різних процесуальних актах та зближенні судових процедур.

Судочинство — це комплексна система інститутів, стадій та проваджень, в яких процедури, процесуальні дії повинні вчинятися за чітко визначеною процесуальною формою і вони не мають суперечити одна одній. Усе це разом визначатиме певний уніфікований стандарт правосуддя. Таким чином, ідеальний процесуальний закон повинен визначатися певною системністю, узгодженістю, взаємопов'язаністю та уніфікованістю його норм як у самому кодексі, так і стосовно інших процесуальних законів.

Під уніфікацією (або гармонізацією) розуміється скорочення відмінностей в змісті правових норм, які регламентують процесуальні правовідносини. При цьому не треба зводити уніфікацію лише до розробки однакових норм, розрахованих на схожі відносини.

Проблема зближення правового регулювання одних і тих же відносин у Цивільному процесуальному кодексі України (далі — ЦПК України) і Кодексі адміністративного судочинства України (далі — КАС України) завжди мала на увазі при розробці цих кодифікованих законів. Якщо порівнювати з точки зору уніфікації в загальних рисах ЦПК України і КАС України, то можна відзначити досягнення більшості тотожних правових рішень із глобальних проблем. Однак є й значні відмінності, але ж при уніфікації не ставиться мета повного словесного збігу в текстах статей чи глав кодексів.

Суть уніфікації — в тотожності фіксації правової природи явища, і саме щодо цього також є значні розбіжності. Варто зазначити і те, що Господарський процесуальний кодекс України (далі — ГПК України), яким на сьогодні керується господарський суд при відправленні правосуддя, було прийнято у 1991 році, і, звичайно, порівнювати його з нині чинними ЦПК України і КАС України доволі складно.

Разом із тим на сьогодні на законодавчому рівні здійснюється робота з удосконалення цих трьох процесуальних регламентів (автор статті є членом Робочої групи при Президентові України з реформування процесуального законодавства). Зазначене є позитивним моментом, оскільки галузеві процесуальні науки, за винятком кримінального судочинства, розвиваються в Україні доволі повільно, а законотворча робота з реформування (оновлення) процесуального законодавства значною мірою залишається без ґрунтового наукового дослідження, про що свідчить і його нестабільність.

Крім уніфікації (гармонізації), використовуються ще і такі поняття, як «диференціація процесуальних норм» і «диференціація судових процедур».

Доктринальні підходи до розв'язання проблеми єдності та диференціації процесуальної форми, які достатньо широко представлені в науці, свідчать про її дискусійний характер, про неоднаковість наукової думки як із питання стосовно самої суті диференціації, так і вибору критеріїв, за якими вона має здійснюватися. Важко погодитися з точкою зору, що процесуальна форма має бути уніфікована в усіх справах. Такий підхід не відповідає тим сучасним реаліям, які спостерігаються у процесі удосконалення нормативно-правового регулювання процесуальної діяльності, а також концептуальним підходам до розв'язання проблеми створення оптимальної моделі судочинства.

Варто зазначити, що між уніфікацією і диференціацією процесуальної форми є тісний зв'язок, оскільки диференціація є можливою лише за умови існування уніфікованої форми. Уніфікація ж процесуальної форми є своєрідним результатом диференціації більш широкого явища, яким виступає юридичний процес у цілому. Саме в результаті його диференціації свого часу виникли кримінальний, цивільний, господарський та адміністративний процеси.

Ураховуючи наведене, не потребує аргументації теза про те, що проблема диференціації процесуальної форми будь-якого виду судочинства є достатньо складною та багатоплановою, а її розв'язання має здійснюватися за відповідними критеріями, що забезпечать оптимальність, темпоральність та ефективність провадження, а тому й вирішення його завдань.

При диференціації в процесуальному праві виділяють два основних напрями: ускладнення та спрощення процесуальної форми. На двадцятій нараді, що відбулася у червні 1996 року у Будапешті, на тему «Ефективність і справедливість правосуддя» відзначалося, що труднощі, які зазнають держави у виконанні статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, здебільшого пов'язані з перевантаженістю судів і певною складністю процедури.

Встановлюючи диференціацію судових проваджень, законодавець передбачає обумовлені відповідним провадженням особливості в розгляді тих чи інших справ. Ці особливості залежно від виду провадження виражаються, зокрема: 1) у різних вимогах до форми та змісту звернення до суду, що є підставою для відкриття провадження у справі в рамках певного судового провадження, визначеного процесуальним законом; 2) у необхідності оплати відповідного звернення судовим збором із визначенням його розміру; 3) у переліку доданих до звернення документів та строках звернення до суду; 4) у розподілі тягаря доказування; 5) у процесуальних правах і обов'язках учасників процесу; 6) у повноваженнях суду; 7) у порядку розгляду та вирішення відповідних справ і ухвалення судового акта; 8) у порядку і строках оскарження актів правосуддя тощо.

Усе це повною мірою стосується і застосування судами ЦПК України, ГПК України та КАС України, незважаючи на те, що законодавець з 1 вересня 2005 року провів диференціацію не між видами судових проваджень у рамках однієї процесуальної форми, а між видами судових юрисдикцій (цивільної та адміністративної).

У раніше діючому ЦПК 1963 року було три види провадження — позовне, окреме та провадження у справах, що виникають з адміністративно-правових відносин. З 1 вересня 2005 року останній вид провадження цивільної юрисдикції фактично трансформувалася в окремий вид судової юрисдикції — в адміністративне судочинство, а в ЦПК України все ж таки збереглися три види провадження: позовне, окреме і доповнилося наказаним. Разом із тим принципових відмінностей у системі ЦПК України та КАС України немає, оскільки фіксація норм з найбільш загальним змістом міститься в розділі 1 «Загальні положення». Незважаючи на те, що деякі положення процесу за правилами КАС України містяться в розділі 2 під назвою «Організація адміністративного судочинства», все ж таки вони належать до загальних положень, оскільки поширюються на всі інші види проваджень та стадії процесу. Після цього в обох кодексах зазначені норми, що встановлюють постадійний розвиток процесу.

Наприклад, дуже багато схожого в закріплених принципах процесів, доказів і доказування щодо осіб, які беруть участь у справі, та інших учасників процесу. Ідентично в обох кодексах визначений статус прокурора в процесі, передумови, право та порядок перегляду судових рішень.

Деякі відмінності як щодо уніфікації, так і щодо диференціації судочинства за правилами ЦПК України та КАС України мають принциповий характер з точки зору теорії цивільного та адміністративного процесів і практики застосування судами відповідних правових норм. Тому є потреба визначити основні з них, про які необхідно знати, а за потреби намітити шляхи для гармонізації діючих процесуальних норм.

Найбільш значною відмінністю в закріплених принципах цивільного та адміністративного процесів є наявність у КАС України принципу офіційного з'ясування всіх обставин справи (стаття 11). Разом із тим не можна погодитись з висловлюваннями деяких науковців та практиків про те, що в адміністративному судочинстві фактично закріплено принцип об'єктивної істини, якого повною мірою немає в цивільному судочинстві, і у зв'язку з цим пропонується встановити пріоритет адміністративної юрисдикції щодо справи, в якій заявлені пов'язані між собою позовні вимоги, що належать до різних видів судочинства. По-перше, це суперечить положенням статті 16 ЦПК України та частини 3 статті 21 КАС України, по-друге, відсутність норми в ЦПК України про витребування судом доказів за своєю ініціативою свідчить лише про наявність у судочинстві конструкції змагального, а не слідчого процесу, а не про ліквідацію принципу досягнення правильного знання в процесі, оскільки збережені конкретні гарантії досягнення істини в справі та передбачені нові, зокрема попереднє судове засідання, надання та дослідження нових доказів у суді апеляційної інстанції тощо. Також суттєво по-різному закріплений принцип диспозитивності, оскільки на відміну від статті 11 ЦПК України в адміністративному судочинстві відповідно до частини 2 статті 11 КАС України суд може вийти за межі позовних вимог, якщо це необхідно для повного захисту прав, свобод та інтересів сторін чи третіх осіб, про захист яких вони просять.

Дуже суттєвим недоліком щодо уніфікації правових норм є закріплення в процесуальних законах переліку засобів доказування (стаття 69 КАС України та стаття 57 ЦПК України). ЦПК України на відміну від КАС України, на жаль, відмовився від такого засобу доказування, як пояснення сторін, третіх осіб та їхніх представників, незважаючи на те, що саме вони містять найбільшу кількість фактичних даних у справі, оскільки учасники процесу більше, ніж інші, обізнані про їхні обставини. Для судової практики це має дуже негативне значення, бо у деяких категоріях справ (розірвання шлюбу, визнання недійсними угод (наприклад, з підстав введення в оману, обман), відшкодування моральної шкоди, визнання права користування житлом тощо) пояснення цих осіб фактично є єдиним засобом доказування у справі, і трапляються випадки, коли ці особи відмовляються давати показання як свідки, а отже, у справі взагалі не буде доказів. Більше того, необхідно констатувати, що судова практика не може звикнути з тим, що пояснення сторін не є доказом у справі, оскільки нерідко у вищенаведених категоріях справ суди обґрунтовують ухвалені рішення саме поясненнями сторін.

Досить значна відмінність, що є в процесуальних законах, — це термінологія, що застосовується в ЦПК України і КАС України, і в першу чергу це стосується найменування судових актів, які приймаються судами першої, апеляційної та касаційної інстанцій. Так, за правилами КАС України, розгляд справи, яким суд вирішує спір по суті, закінчується ухваленням постанови, а за правилами ЦПК України — рішення. Разом із тим як з теоретичної точки зору, так і з точки зору зручності практичного застосування найбільш оптимальною видається термінологія, що застосовується в ЦПК України. Вирішення всіх можливих процесуальних питань оформляється ухвалою як у ЦПК України, так і в КАС України.

У ЦПК України та КАС України по-різному вирішене питання про можливість оскарження ухвали судді про залишення позову, апеляційної скарги без руху. Згідно зі статтями 108, 189 КАС України такі ухвали можуть бути оскаржені до суду вищестоящої інстанції, а за правилами ЦПК України вони не можуть бути оскаржені (за винятком ухвал, в яких визначається до сплати розмір судових витрат), оскільки не перешкоджають подальшому провадженню у справі (статті 121, 297). Судова практика, як і науковці, не мають єдиного підходу до вирішення цієї колізії, адже в цьому разі виникає конфлікт пріоритетів: з одного боку, щодо ефективності судового розгляду, запобігання зловживанню процесуальними правами і затягуванню розгляду справи безпідставним оскарженням ухвал, з іншого — це є порушенням права на доступ до правосуддя.

Різними є дії (обов'язки) суду як за правилами ЦПК України, так і за правилами КАС України при вирішенні практично одного й того самого за своїми наслідками питання: відмови у відкритті провадження у справі та при закритті провадження у справі у разі, якщо справу не належить розглядати в порядку адміністративного (пункт 1 частини 1 статті 109, пункт 1 частини 1 статті 157 КАС України) чи цивільного судочинства (пункт 1 частини 2 статті 122, пункт 1 частини 1 статті 205 ЦПК України). Так, у разі відмови у відкритті провадження у справі суд не зобов'язаний повідомляти заявників, до юрисдикції якого суду віднесено розгляд таких справ, а при закритті провадження у справі — зобов'язаний (частина 2 статті 157 КАС України, частини 2 статті 206 ЦПК України). Законодавець повинен уніфікувати ці розбіжності і зазначити, що суд зобов'язаний вказувати, до якого суду заявникові необхідно звертатися.

У контексті уніфікації процесуальних норм треба звернути увагу на такий суттєвий недолік ЦПК України, як визначення порядку, з якого обчислюється строк на апеляційне, касаційне оскарження судового рішення в разі ухвалення його вступної та резолютивної частин. Так, відповідно до статей 294, 325 ЦПК цей строк обчислюється з дня проголошення рішення, незалежно від того, що складання повного тексту рішення було відкладене на декілька днів (але не більше п'яти днів). По-іншому це питання регулюється в КАС України, у статтях 186 і 212 якого зазначено, що строк оскарження обчислюється з дня складання судового рішення в повному обсязі. З урахуванням вимоги доступності правосуддя потрібно уніфікувати ці положення і правильним є врегулювання цієї ситуації в КАС України.

Відсутність уніфікації процесуальних норм ЦПК України і ГПК України настільки суттєві, що по суті треба аналізувати кожний інститут/підінститут процесуального права. Наприклад, за правилами ЦПК України, суди першої, апеляційної та касаційної інстанцій відкривають провадження у справі або відмовляють у відкритті провадження у справі (відповідно апеляційного чи касаційного провадження). Натомість, за правилами ГПК України, господарський суд вирішує питання прийняття позову, апеляційної чи касаційної скарги до розгляду чи відмову в їх прийнятті, що різниться за підставами та наслідками вчинення такої процесуальної дії. Це ж стосується строків оскарження судових актів за правилами ГПК України, порядку оскарження, а також судових актів господарського суду, які можуть бути оскаржені, а які не підлягають апеляційному/касаційному оскарженню. Маємо надію, що у зв'язку з гармонізацією процесуальних норм, яка наразі проводиться, зазначені суперечності буде усунуто.

Необхідно звернути увагу на те, що є багато неузгодженостей норм і в рамках самих процесуальних регламентів, наприклад у ЦПК України.

Так, щодо ідентичного інституту, а саме — позову третьої особи, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору, за положеннями статті 34 ЦПК України такий позов може бути пред'явлено до закінчення судового розгляду, а за правилами статті 125 ЦПК України такий позов цією особою може бути пред'явлено лише до початку розгляду справи по суті.

У частині 3 статті 330 ЦПК України передбачено право особи, яка подала касаційну скаргу, від неї відмовитись, однак не було зазначено, який процесуальний документ постановляє суд касаційної інстанції. Проте у березні 2006 року цей недолік було усунуто і зазначено, що суд постановляє ухвалу. Здавалось би, нічого особливого, адже по суті і так було зрозуміло, який саме документ судом постановляється. Однак через відсутність законодавчого офіційного закріплення в ЦПК України процесуальної аналогії у цивільному процесі можливі лише ті дії, які процесуально дозволені, тому й абсолютно слухними є зазначені доповнення. Однак у статті 302 ЦПК України для суду апеляційної інстанції абсолютно не прописано, чи треба постановляти ухвалу про призначення справи до апеляційного розгляду (хоча це мається на увазі), як, наприклад, це зазначено у частині 5 статті 332 ЦПК

України для суду касаційної інстанції. Звичайно, що необхідно було одночасно внести і такі зміни, щоб виключити фактичну процесуальну діяльність, не врегульовану нормами процесуального права.

Логічними є зміни до статей 345 і 346 ЦПК України, внесені у березні 2006 року, які вказують на форму та зміст судових рішень суду касаційної інстанції, в яких більш зрозуміло вписані складові цих актів правосуддя. Адже раніше треба було все вказувати, так би мовити, «ззаду наперед», тобто спочатку зазначати про доводи поданої касаційної скарги, а потім про те, що відбувалося в судах першої та апеляційної інстанцій. Однак законодавець чомусь забув про суд першої та апеляційної інстанцій, для яких аналогічні норми вписані ще більш невдало. Так, у статті 215 ЦПК України в описовій частині рішення суду взагалі забули вказати про виклад позиції позивача і тут же вказується про виклад позиції відповідача, а потім про пояснення осіб, які беруть участь у справі, але ж відповідач також входить до переліку цих осіб (стаття 26 ЦПК України), тобто його позицію необхідно вказувати двічі. На жаль, для суду апеляційної інстанції зміст судових рішень (статті 315, 316 ЦПК України) залишили так, як це було до змін для суду касаційної інстанції — тобто нелогічно і незрозуміло, оскільки потрібно зазначати непослідовно, спочатку про зміст вимог скарги і судового рішення суду першої інстанції, а потім про те, що відбувалося до проголошення рішення і подання скарги: предмет позову і позиції учасників процесу в районному суді.

Абсолютно незрозумілими є зміни до статті 347 ЦПК України, внесені у березні 2006 року, які передбачають, що суд касаційної інстанції оголошує судові рішення, тоді як суд першої інстанції судові рішення проголошує (стаття 218 ЦПК України), суд апеляційної інстанції так само проголошує судові рішення, а не оголошує (стаття 317 ЦПК України). Відповідно до правил юридичної техніки такого не повинно бути в одному й тому ж правовому акті, юридична термінологія має відповідати точності у визначеності одного й того ж явища.

Таких неузгодженостей як у самому ЦПК України, ГПК України, так і в КАС України доволі багато і їх приклади можна ще довго наводити.

В юридичній літературі справедливо зазначається, що недоліки і прогалини в праві були і завжди будуть, незважаючи на те, як законодавець не хотів би або не вмів приймати необхідні закони, — передбачити всі відносини, які потребують законодавчого регулювання, просто неможливо. Особливо це проявляється в період кардинального оновлення законодавчого масиву.

Учені також зазначають, що дуже легко порушити логіку і структуру кодексу, його принципи одним невдалим нововведенням. У зв'язку з цим, оскільки на сьогодні проводиться важлива робота щодо удосконалення ЦПК України, КАС України і ГПК України, внесення до них змін, дуже хотілося б сподіватися на досягнення справедливого балансу уніфікації, гармонізації та диференціації процесуальних норм.



---

## СУДОВА МАТРИЦЯ: РОЗВАНТАЖЕННЯ ЯК МЕХАНІЗМ ОПТИМІЗАЦІЇ СУДОВОЇ СИСТЕМИ

---



---

### **МИХАЙЛО ЦУРКАН**

заступник голови Вищого адміністративного суду України

---

Конституційне закріплення принципу поділу влади на законодавчу, виконавчу та судову підкреслює, що судова влада є невід'ємною складовою влади державної, з притаманними останній якостями та ознаками. Тож не дивно, що повернення незалежної України в Європу шляхом реформування основних державних інституцій не обійшло і судову владу та судову систему, трансформація яких не завершена і на сьогодні. Тривалому в часі процесу реформування судової влади є логічне пояснення. Так, у демократичному суспільстві судова влада є аполітичною, самостійною і незалежною, здатною забезпечити дієвість механізму стримування і протидія, особливо у випадках конфлікту особи з державою. За умов, коли суспільство остаточно не визначилося з питанням щодо суті реформ законодавчої та виконавчої влади, марно сподіватися на єдність поглядів стосовно структурної побудови та повноти повноважень їхнього арбітра, тобто суду.

Між тим, як зазначено у Висновку № 1 (2001) Консультативної ради європейських суддів про стандарти незалежності судових органів та незмінюваність суддів, судова влада є однією з трьох рівних засад сучасної демократичної держави, відіграє важливу роль і виконує серйозні завдання стосовно двох

інших засад (пункт 11). Незалежність і самостійність не є привілеєм суддів. Це — гарантія особи на судовий захист, на забезпечення прав людини і основоположних свобод.

Виникає питання: якою мірою нинішня судова система України забезпечує згадані права і свободи особи та які резерви не задіяні нею для найбільш повного відновлення порушеного права?

Як представник адміністративної юстиції можу зазначити, що вона в цілому виконує покладені на неї завдання щодо захисту прав, свобод та інтересів осіб у сфері публічно-правових відносин. Таке твердження ґрунтується на об'єктивних даних, зокрема статистичних показниках діяльності адміністративних судів.

З дня започаткування процесуальної діяльності адміністративними судами як судами першої інстанції розглянуто майже 9,5 млн справ. Половину рішень переглянуто в апеляційному порядку та щодо більш ніж 530 000 рішень дав свою оцінку Вищий адміністративний суд України. Лише впродовж 2015 року на розгляді місцевих адміністративних судів перебувало майже 296 000 справ. Розглянуто цими судами по суті понад 261 000 справ. У більш ніж 170 000 справ рішення не оскаржувалися. З рішеннями судів першої інстанції у 91 000 випадків сторони не погодилися та оскаржили їх в апеляційному порядку. Зазначена кількість та ще близько 16 000 рішень з попереднього періоду були предметом перегляду апеляційними судами. Останні остаточно розглянули понад 105 000 справ і матеріалів. При цьому лише 23 % рішень судів першої інстанції було змінено чи скасовано.

До касаційного суду надійшло майже 55 000 скарг та справ. З урахуванням залишків попередніх періодів на розгляді у Вищому адміністративному суді України перебувало близько 94 000 справ і матеріалів. Завершено розгляд 62 000 касаційних скарг і справ, або 69 %.

Наведені показники справді підтверджують здатність адміністративних судів забезпечити розгляд справ, що надходять на їхній розгляд. Однак за цифрами криються проблеми і тенденції, які потребують окремої уваги.

На жаль, величезна кількість позовів проти Держави Україна не є показником, що прямо пропорційний рівню захищеності громадян від свавілля останньої. Навпаки, це ознака певної «правової хвороби», оскільки розвинена демократія не може спричиняти стільки юридичних конфліктів між особою та владними інститутами.

Оскільки у назві теми цього повідомлення згадано про судову матрицю, варто зазначити, що йдеться насамперед про судову систему, в межах якої належить напрацювати підходи, правила, пропозиції, спрямовані на зменшення кількості адміністративних позовів, розвантаження судів та, як наслідок, поліпшення якості ухвалених ними рішень.

Загальний аналіз причин перевантаження судів надмірною кількістю справ дає підстави для висновку про суттєві розбіжності між задекларованими принципами правосуддя та реальним змістовним наповненням правових норм, що деталізують порядок здійснення певного виду судочинства.

Так, Основним Законом (стаття 8) визначено, що в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Його ж наведено серед основних принципів здійснення адміністративного судочинства (стаття 7 Кодексу адміністративного судочинства України, далі — КАС України). На переконання законодавця, застосування принципу верховенства права неможливе без урахування судової практики Європейського суду з прав людини. Останній розкриває зміст принципу верховенства права через формулювання вимог, які він виводить із цього принципу. Суд напрацював більше п'ятнадцяти ознак (вимог, властивостей) принципу верховенства права, серед яких чільне місце займає право особи на справедливий суд.

Варто зазначити, що стаття 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція) передбачає право кожного на справедливий та публічний розгляд його справи впродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом. У контексті нашої теми зупинімося на таких складових справедливого суду, як «доступ до суду», «публічний розгляд», «розумний строк» та «правова визначеність».

Стосовно першого поняття, то, як зазначив Європейський суд з прав людини, право на справедливий судовий розгляд, що гарантується статтею 6 Конвенції, має здійснюватися відповідно до норм закону, що передбачають наявність у сторін судового розгляду ефективного судового захисту з метою захисту їхніх цивільних прав (справа «Белеш та інші проти Чеської Республіки», пункт 49). Щоб право на доступ було ефективним, особа «повинна мати реальну можливість оскаржити дію, що порушує його права» (справа «Белле проти Франції», пункт 36). Отже, під правом кожного на суд Європейський суд передусім розуміє право особи (фізичної чи юридичної), а не держави.

Сучасна адміністративна юстиція зародилася на протипагу розширеному втручанню держави в життя особи. Професор Північного університету штату Огайо (США) Фентон Говард слушно зазначив, що адміністративній юстиції можна дати різні визначення. Однак найфункціональним із них є те, яке визначає адміністративну юстицію як процес притягнення влади до відповідальності за її дії стосовно громадян.

Подібний підхід задекларовано і вітчизняним законодавцем. Так, зі змісту частини 1 статті 2 КАС України вбачається, що завданням адміністративного судочинства є захист особи від дій держави (державного органу, посадової особи), а не навпаки. Право на судовий захист має кожна особа (частина 1 статті 6 КАС України). Суб'єкти владних повноважень мають право звернутися до адміністративного суду у випадках, передбачених Конституцією та законами України (частина 3 статті 6 КАС України). При цьому завдання адміністративного судочинства є незмінним — захист прав, свобод та інтересів осіб.

Конституцією України безпосередньо не передбачено випадків наділення суб'єкта владних повноважень правом на звернення з позовом до адміністративного суду. Про виключний характер випадків такого звернення йдеться і в частині 4 статті 50 КАС України, в якій, зокрема, чітко зазначено, що особи, які не є суб'єктами владних повноважень, можуть бути відповідачами лише за адміністративним позовом суб'єкта владних повноважень: про тимчасову заборону (зупинення) окремих видів або всієї діяльності об'єднання громадян; про примусовий розпуск (ліквідацію) об'єднання громадян; про примусове видворення іноземця чи особи без громадянства з України; про обмеження щодо реалізації права на мирні зібрання (збори, мітинги, походи, демонстрації тощо). Зміст наступного пункту наведеної норми про те, що законом можуть бути встановлені інші випадки звернення владного органу з адміністративним позовом, тільки підтверджує виключний характер таких випадків.

Що є насправді? За нашими приблизними підрахунками, чинне законодавство передбачає можливість ініціювання суб'єктом владних повноважень позову проти особи у більш ніж 50 випадках. Такий стан є прямим порушенням суті адміністративного судочинства, оскільки суперечить його завданням. На практиці лише протягом 2015 року і лише за зверненнями органів державної фіскальної служби окружні суди розглянули 2 300 справ.

Як висновок можна зазначити, що чинне законодавство потребує негайних змін з метою збереження за владним органом можливості ініціювати адміністративний позов лише у виняткових випадках і лише з метою попереднього захисту основоположних прав і свобод особи.

Право на доступ до суду не є абсолютним. Як зазначив Європейський суд з прав людини, таке право може бути обмежене рішенням суду (справа «Станев проти Болгарії»), однак до тієї міри, якою не порушується сама сутність права (справа «Маркович та інші проти Італії»). У цьому контексті варто обговорити питання щодо обмеження права саме на касаційний перегляд справ, особливо у випадках, коли судова практика є однозначною, а суд не знайде підстав для відхилення від неї. В іншому випадку із збереженням нинішньої кількості справ жодна касаційна інстанція не здатна виконати своє покликання, тобто забезпечити однакове правозастосування.

Щодо вимог публічного розгляду справ, то гласність і відкритість адміністративного процесу є основним принципом національного адміністративного процесу та вагомою складовою права на належний суд. Як неодноразово зазначав Європейський суд з прав людини, публічне слухання захищає сторони від таємного самоправства без уваги суспільства, гарантує публічність правозастосування, забезпечуючи справедливий судовий розгляд (справи «Дінне проти Франції», «Мартіньє проти Франції»). Водночас цей Суд зазначив, що відсутність слухань у судах другої та третьої інстанцій може бути пояснено особливостями проваджень за умови, що слухання було проведено у суді першої інстанції (справа «Гелмерс проти Швеції»).

У цьому контексті вбачається необхідним на законодавчому рівні наділити касаційний суд правом вирішувати, в яких випадках справа у суді третьої інстанції має розглядатися публічно. Переважну більшість справ, на наше переконання, касаційний суд повинен переглядати у письмовому провадженні.

З перших днів діяльності перед адміністративними судами постала проблема неефективного механізму роботи державних інституцій, що стало причиною ухвалення сотень тисяч, а то й мільйонів неправомірних рішень. Йдеться про так звані соціальні спори. Однакові за фактичними обставинами та правовим регулюванням конфлікти потребували і потребують нині розв'язання в індивідуальному

порядку за повною судовою процедурою. Така ситуація звела нанівець завдання адміністративних судів здійснити у розумні строки розгляд спору та надати ефективний судовий захист особі. Жодне з наших намагань урегулювати проблему шляхом запровадження так званого зразкового провадження не знайшло підтримки законодавця. Приклад Європейського суду щодо ухвалення пілотного рішення (справа «Юрій Іванов проти України») також не став аргументом на користь наших доводів.

Не перешкоджає у прийнятті протиправних рішень законодавчо закріплений обов'язок суб'єктів владних повноважень враховувати під час прийняття рішень висновки Верховного Суду України (стаття 244<sup>2</sup> КАС України). За таких обставин судовій спільноті варто наполягати на впровадженні механізмів попередження випадків масового розгляду однотипних справ.

Надходження до судів великої кількості однотипних справ унеможлиблює виконання вимог закону про розгляд справи в розумні строки. Вітчизняний законодавець термін «розумний строк» визначає як найкоротший строк розгляду і вирішення адміністративної справи, достатній для надання своєчасного (без невинуватих зволікань) судового захисту порушених прав, свобод та інтересів у публічно-правових відносинах (пункт 11 частини 1 статті 3 КАС України). Таке визначення узгоджується з вимогами статті 6 Конвенції щодо права на справедливий суд і, як бачимо, є оціночним, без обмеження конкретними часовими рамками.

Європейський суд з прав людини виходить з того, що обґрунтованість тривалості проваджень має бути оцінена окремо для кожної справи відповідно до обставин, а такими обставинами можуть слугувати: складність справи, тобто її фактична і правова сторони, наявність декількох сторін або різноманітних доказів; поведінка заявників стосовно оперативності у представленні подань чи неодноразова зміна представників; предмет спору (справи «Фрайдендер проти Франції», пункт 43; «Гумен проти Польщі», пункт 63; «Кьоніг проти Німеччини», пункт 103).

За наведеного алогічним убачається положення частини 1 статті 122 КАС України, в якій встановлено, що справді справа у суді першої інстанції має бути розглянута і вирішена протягом розумного строку, але не більше місяця з дня відкриття провадження у справі. Тому якщо законодавець не може покластись на суд у вирішенні питань щодо визначення розумного строку, виправданим буде доповнення зазначеної норми положеннями про те, що не вважатиметься порушенням вимог закону вирішення справи поза встановленими часовими межами за наявності поважних причин, що вплинули на тривалість розгляду конкретної справи. Це унеможливить притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності за формальними підставами та мотивуватиме сторони добросовісно користуватися наданими правами.

Важливим стримуючим фактором проти масового надходження справ та водночас оперативного розгляду позовів, що перебувають на розгляді, є однакове застосування судами норм права. Механізми забезпечення однакового правозастосування залежно від процедури їхнього ухвалення є процесуальними та позапроцесуальними, а за правовою силою — обов'язковими та рекомендаційними.

Прикладом процесуального механізму є, по суті, весь масив рішень вищих судових установ, які містять висновки щодо застосування конкретних норм матеріального та процесуального права.

Механізм позапроцесуальний — це рекомендаційні роз'яснення вищих спеціалізованих судів з питань застосування законодавства щодо вирішення справ відповідної судової юрисдикції (інформаційні листи, постанови пленумів тощо).

Щодо сили актів вищих судових установ з питань однакового правозастосування, то обов'язковими є лише правові висновки, сформульовані у рішеннях Верховного Суду України (для адміністративного судочинства це питання врегульоване статтею 244<sup>2</sup> та частиною 2 статті 161 КАС України). Висловлені правові позиції щодо застосування законодавства в інших судових актах можуть братися до уваги при вирішенні аналогічних спорів тільки як рекомендаційних.

Досліджуючи питання однакового застосування правових норм, необхідно з'ясувати роль судової практики у забезпеченні такої єдності.

Наукові, законодавчі та практичні погляди на судову практику дають підстави для висновку, що цей термін у широкому розумінні визначають як практичну діяльність суду з розгляду всіх справ, а у вузькому — як діяльність судів з напрацювання узагальнюючих правил.

Донедавна вважалось, що суд вищого рівня не створює нових норм права, а складає акт правозастосування, який пізніше може бути покладений в основу рішення суду нижчого рівня. З доповненням законодавства (зокрема, КАС України статтею 244<sup>2</sup>) щодо обов'язковості судових рішень Верховного

Суду України варто, на наше переконання, з іншої точки зору оцінювати значення судової практики в так званому первісному (широкому) значенні.

Наведені пропозиції щодо шляхів розвантаження судів не є новими, однак залишаються перспективними. Не останнє місце в такому розвантаженні належить і організаційним заходам всередині судової системи, зокрема рішучому запровадженню судами новітніх електронних технологій.



---

## ЕКОНОМІКА ДЕРЖАВИ І СУДОВА РЕФОРМА: ПАРАЛЕЛІ, ЩО ПЕРЕТИНАЮТЬСЯ (В РОЗРІЗІ ФУНКЦІОНУВАННЯ ГОСПОДАРСЬКИХ СУДІВ)

---



---

### ГЕННАДІЙ КРАВЧУК

заступник голови Вищого господарського суду України

---

Розкриваючи тему своєї доповіді, хочу привернути увагу учасників IV Міжнародного судово-правового форуму до деяких офіційних статистичних показників нашої держави. Так, за даними Державної служби статистики України [1], станом на 1 лютого 2016 року в Україні зареєстровано 1 123 786 підприємств та організацій. На 1 січня 2016 року площа України становила 603 628 км<sup>2</sup>, що дає їй право бути другою країною в Європі та 44-ю — у світі. Чисельність наявного населення України — 42 760 500 осіб.

Наша держава є промислово-аграрною країною, в якій розвинуті чорна та кольорова металургія, машинобудування, суднобудування, автомобілебудування, виготовлення сучасного обладнання для електростанцій, нафтової та хімічної промисловості. Налагоджено виробництво ракетноносіїв, супутників та обладнання для дослідження космосу.

Вона є потужним виробником і експортером електроенергії та військової техніки, деяких видів промислової та сільськогосподарської продукції і продовольства, одним із провідних експортерів обладнання для дослідження космосу.

Ці показники свідчать про наявність достатньо потужного економічного потенціалу України та про її інвестиційну привабливість.

Разом із тим у 2015 році економіка нашої держави найбільше страждала від геополітичного конфлікту.

Перепонами на шляху розвитку стали:

- руйнування виробничих потужностей і транспортної інфраструктури на території військового конфлікту;
- втрата міжгалузевих та логістичних зв'язків у регіональному та зовнішньоекономічному просторі;
- недоступність енергетичної сировини (вугілля);
- суттєве зростання інвестиційних ризиків та негативних очікувань населення;
- накопичені системи диспропорції, наслідками яких стали девальваційні та інфляційні шоки.

До того ж на сучасному етапі розвитку нашої держави відбувається переорієнтування вітчизняної економіки відповідно до вимог Угоди про асоціацію між Україною з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами — членами з іншої сторони, яку було підписано 27 червня 2014 року [2]. Положеннями Угоди передбачено захист прав і законних інтересів учасників правовідносин у різних сферах підприємницької (господарської) діяльності, інтелектуальної власності, конкуренції, торговельних відносин тощо.

Структура окремих розділів Угоди відповідає структурі господарського законодавства Європейського Союзу, тому процес імплементації передбачає дотримання цієї структури при реформуванні правової системи нашої держави.

Необхідно відзначити, що Україна в питаннях розвитку правової регламентації господарських відносин досягла значних позитивних результатів. Для регулювання таких відносин ще у 2003 році були прийняті Цивільний та Господарський кодекси України. Завдяки професійному аналізу структури Господарського кодексу України можна дійти висновків про схожість зі структурою права Європейського Союзу, відображеного в Угоді про асоціацію. Прийняття Господарського кодексу стало яскравим прикладом сприйняття в ті часи європейських традицій роздільної кодифікації цивільного та господарського (комерційного) законодавства.

Звернімо увагу на те, що економічно ускладнені відносини між суб'єктами господарювання вимагають їх правових та організаційних регуляторів.

Від ефективності порядку вирішення господарських спорів та інших правових питань залежить усунення причин і обставин дезорганізації стабільності господарських відносин та відновлення оптимального економіко-правового клімату в сфері господарювання.

У цих питаннях Україна також досягла фундаментальних результатів, закріпивши дієву правову основу вирішення господарських «конфліктів» шляхом прийняття у 1991 році Арбітражного (Господарського) процесуального кодексу України.

Таким чином, ще у 90-х роках держава виокремила арбітражне (господарське) судочинство, створивши мережу арбітражних (господарських) судів України як результат реалізації принципу спеціалізації.

Безумовно, робота господарської юрисдикції безпосередньо впливає на функціонування економічного базису нашої держави.

Неупереджене, справедливе, своєчасне, на засадах верховенства права, а не політичної доцільності вирішення спорів у цій сфері — один із найважливіших елементів розвитку економічних правовідносин в Україні.

Мабуть, зайвим було б наголошувати на тому, що там, де економіка ефективна та розвивається в атмосфері верховенства права, умови для соціальних збурень мінімізовані.

Якщо ж економічний розвиток є неефективним, не забезпечує потреби людини у найнеобхіднішому, в суспільстві неминує виникає напруження.

Господарські суди швидко і в переважній більшості правильно:

- 1) розглядають справи, які відображають рух величезного обсягу грошових коштів, виявляють факти вилучення цих коштів з економічного обігу країни до рук неефективних суб'єктів господарювання;
- 2) справи, пов'язані із захистом права власності, корпоративні спори, спори, що виникають із конкуренції, земельні спори;

3) встановлюють неплатоспроможність підприємств, з'ясовують проблемні питання отримання і використання кредитів тощо.

Зокрема, кредитні відносини і ринок кредитних ресурсів, який забезпечує умови для цілеспрямованого руху кредитів у ті сфери національної економіки, де вони можуть бути використані найефективніше, є підвалинами формування економічних процесів будь-якої цивілізованої країни з ринковою економікою.

Попри кризові явища в економіці держави, які підривають фінансову стабільність більшості вітчизняних підприємств, кредитні операції залишаються головним видом активних операцій комерційних банків, в які вкладається більшість залучених банками ресурсів.

У зв'язку з цим ефективний судовий захист господарськими судами України прав та інтересів учасників кредитних правовідносин був і залишається одним із важливих чинників підтримання стабільності економіки країни в цілому.

Варто зазначити, що у 2015 році місцевими господарськими судами за результатами розгляду справ з кредитних відносин присуджено до стягнення грошових вимог на суму 128,6 млрд грн (у 2014-му — 37,6 млрд грн).

Ще одним із важливих засобів підтримки стабільності економіки України був і залишається ефективний судовий захист господарськими судами, серед іншого, прав та інтересів учасників відносин у сфері реструктуризації та банкрутства.

На жаль, 23 роки регулювання відносин у сфері реструктуризації та банкрутства, три редакції Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», численні зміни та доповнення до нього не призвели до відчутних позитивних зрушень і наближення України до міжнародних регуляторних норм і відомих стандартів у питаннях подолання наслідків тимчасової неспроможності приватної особи.

Однак позитивним моментом за таких обставин залишається переважно стала, виражена й усвідомлена практика розгляду господарськими судами цієї надважливої категорії справ.

Більшість проблемних питань у цій сфері були вирішені саме завдяки судовій практиці, напрацьованій господарськими судами, а не зусиллями законодавця чи урядовців.

Відзначу, що в 2015 році загальна сума грошових вимог, заявлених кредиторами у справах про банкрутство, склала 57,8 млрд грн. Це на 20,3 % більше, ніж у 2014-му.

При цьому місцевими господарськими судами визнано грошові вимоги кредиторів на суму 53,1 млрд грн, що більше на 30,7 % порівняно з 2014 роком.

Принадібно зверну увагу на те, що загалом усім категоріям господарських справ, що виникають між суб'єктами господарювання, притаманна складність і величезна економічна складова.

Приміром, у 2015 році:

- 1) за договорами купівлі-продажу судами було присуджено до стягнення грошових вимог на загальну суму 62,4 млрд грн;
- 2) за договорами зовнішньоекономічної діяльності — 4,4 млрд грн;
- 3) за договорами підряду — 3,1 млрд грн.

За іншими договорами судами було присуджено до стягнення грошових вимог на загальну суму понад 9,7 млрд грн.

Також протягом 2015 року судами за результатами розгляду справ:

- 1) у спорах, що стосуються обігу цінних паперів, було присуджено до стягнення грошових вимог на загальну суму 4,9 млрд грн;
- 2) у спорах, що виникають з корпоративних відносин, — 1,2 млрд грн;
- 3) в інших спорах — 1,5 млрд грн.

Крім того, у 2015 році за результатами розгляду справ за позовами прокурорів судами присуджено до стягнення грошових вимог на суму 6,1 млрд грн (2 млрд грн — у 2014 році).

У цілому, згідно з аналізом стану здійснення судочинства у 2015 році [3], за результатами судового розгляду господарськими судами присуджено до стягнення на користь суб'єктів економічних правовідносин близько 231 млрд грн, у тому числі 16,4 млрд грн у спорах за участю іноземних інвесторів, тоді як у 2014-му — 109,6 млрд грн.

Для порівняння: дохідна частина Державного бюджету України на 2015 рік становила 516,9 млрд грн.

Наведені статистичні показники дають підстави дійти висновку, що спори, які вирішують суди господарської юрисдикції, безперечно, мають виняткове економічне значення для держави.

Важливість забезпечення оперативності судового розгляду господарських справ пов'язана зі швидкістю економічного обігу та взаємовідносин, оскільки затягування вирішення таких спорів загрожує чималими витратами як для суб'єктів господарювання, так і для держави в цілому.

Система господарських судів, яка цього року відзначає 25-річний ювілей, успішно пройшла період становлення і показала свою ефективність.

Практика засвідчила, що саме господарські суди зарекомендували себе як суди, які якісно, кваліфіковано, грамотно і своєчасно відправляють правосуддя, відіграючи провідну роль у регулюванні правовідносин у сфері національної економіки.

Крім того, необхідно наголосити, що показник невідповідності рішень господарських судів міжнародним нормам, зокрема Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, — найнижчий.

Зрозуміло, що реформування судової системи необхідне, але при цьому також необхідно завжди враховувати попередній позитивний досвід діяльності системи судів, яка історично довела свою ефективність.

Необхідно звернути увагу на те, що в цілому сучасна українська судова система близька до романо-германської моделі (європейської, континентальної), однак у питанні побудови найбільш ефективної судової системи немає єдиного зразка, на який могла б орієнтуватися Україна, адже у більшості європейських країн це питання вирішується по-різному.

Європейські вимоги у цьому ракурсі швидше зосереджені не на моделі побудови судових систем, а на результатах їх функціонування. Як зазначив Європейський суд з прав людини у рішенні у справі «Колоцца проти Італії», держави-члени користуються широким розсудом у тому, що стосується вибору засобів, розрахованих на забезпечення відповідності їх судових систем вимогам пункту 1 статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Метою оцінок є те, чи було досягнуто результату, передбаченого Конвенцією. Для цього існуючі у внутрішньому законодавстві засоби мають бути ефективними (пункт 30 рішення ЄСПЛ у справі «Колоцца проти Італії» від 12 лютого 1985 року [4]).

Тож держави є самостійними у виборі того, в який спосіб досягти результативності, ефективності системи правосуддя і яких найбільш доцільних та оптимальних заходів для цього вживати.

Підсумовуючи доповідь, зроблю деякі висновки, втілення яких сприяло б успішному проведенню судової реформи, захисту прав та законних інтересів учасників економічних відносин та привабливості України для інвестування:

1. Оскільки діюча спеціалізація судів показала свою дієздатність, ефективність, відповідність найкращим європейським стандартам та враховуючи виправдані значні витрати країни на формування кваліфікованого суддівського корпусу, апарату судів та створення потужної матеріально-технічної бази, необхідно зберегти діючу модель судоустрою, створену за принципом територіальності та спеціалізації.
2. З метою зрозумілого суспільству в контексті реалізації закріпленого у статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод права на повний, всебічний, неупереджений та справедливий публічний судовий розгляд спору впродовж розумного строку необхідно чітко розмежувати в процесуальних кодексах підвідомчість цивільних, господарських та адміністративних спорів.

При визначенні юрисдикції, на мій погляд, необхідно виходити із збереження цілісності предметів регулювання за галузями права і, відповідно, недопустимості їх розриву між окремими юрисдикціями.

Єдиним і основним критерієм визначення підвідомчості економічного спору повинен стати не суб'єктний склад його учасників, а предмет регулювання за галуззю права.

Усі без винятку спори, що виникають у процесі організації, здійснення та припинення господарської діяльності, повинні бути підвідомчі господарським судам.

Таким чином, будуть усунуті будь-які підстави для виникнення спорів з підвідомчості справ між юрисдикціями.

3. Привести чинний Господарський процесуальний кодекс України до сучасних умов з урахуванням досвіду європейської та національної практики, розширивши засади та процесуальні форми здійснення господарського судочинства. Йдеться про повернення принципу арбітрування, запровадження нових принципів: медіації, справедливості економічних відносин, верховенства

права. Обґрунтованим є запровадження в господарському процесі електронного правосуддя та скорочених форм судочинства.

Основними рисами Господарського процесуального кодексу України мають залишатись важливі для економіки держави чітко визначені розумні короткі строки розгляду спору в першій, апеляційній та касаційній інстанціях; проста і не заформалізована процедура.

Ефективний захист порушеного права суб'єкта економічних відносин повинен закінчуватись виконанням судового рішення під контролем господарського суду, який його виніс.

4. Має бути збережена та розвинута спеціалізація суддів. Суддя об'єктивно не може бути глибоко кваліфікованим фахівцем абсолютно з усіх питань, віднесених до компетенції суду. На практиці саме спеціалізація суддів забезпечує належну якість та ефективність правосуддя, надає додаткові гарантії правильного вирішення спору.
5. Запровадження представництва інтересів учасників спорів у судах касаційної інстанції та у Верховному Суді України винятково через адвокатуру, адже тільки практикуючий адвокат може правильно скласти і подати заяву на предмет невідповідності рішень судів нижчих інстанцій нормам матеріального і процесуального права. На мій погляд, такий підхід сприятиме підвищенню якості судових процесів, зменшенню скарг, у тому числі розвантаженню Вищої кваліфікаційної комісії суддів України та Вищої ради юстиції щодо розгляду «апеляційних» та «касаційних» скарг на судові рішення.
6. Ніщо так не нищить довіру до держави і до судової влади, як популістські виступи чиновників та ЗМІ. Суддівському товариству необхідно ініціювати внесення доповнення до Закону України «Про судоустрій і статус суддів», Кодексу України про адміністративні правопорушення та Кримінального кодексу України положеннями про конкретні підстави та межі відповідальності за втручання у здійснення правосуддя, вплив на суд або суддів у будь-який спосіб, неповагу до суду чи суддів, збирання, зберігання, використання і поширення інформації усно, письмово або в інший спосіб з метою заподіяння шкоди авторитету суддів чи впливу на безсторонність суду.

#### Використані джерела

- [1] Дані офіційного веб-сайту Державної служби статистики України: <http://www.ukrstat.gov.ua>.
- [2] [http://www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art\\_id=248387631](http://www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=248387631).
- [3] Дані статистичного звіту про результати розгляду судових справ та перегляду судових рішень господарськими судами України за 2015 рік, складеного Аналітично-статистичним відділом ВГСУ.
- [4] <http://europeancourt.ru/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/kolocca-protiv-italii-postanovlenie-evropejskogo-suda>.



ДЕНЬ ДРУГИЙ 18.03.2016

### СЕСІЯ ІІІ

---

## АКТУАЛЬНІ ПРАКТИКИ (ПАРАЛЕЛЬНІ СЕКЦІЇ)



## ІV СУДОВО-ПРАВОВИЙ ФОРУМ «СУДОВА РЕФОРМА: СТАН ТА НАПРЯМИ РОЗВИТКУ»

ДЕНЬ ДРУГИЙ 18.03.2016



ДЕНЬ ДРУГИЙ 18.03.2016





ДЕНЬ ДРУГИЙ 18.03.2016

## СЕСІЯ ІІІ. АКТУАЛЬНІ ПРАКТИКИ

---

СЕКЦІЯ 1. КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ:  
ОСОБЛИВІ МЕХАНІЗМИ



### МОДЕРАТОРИ

---

**МИКОЛА КОРОТКЕВИЧ**  
к.ю.н., суддя Верховного Суду  
України

**ОЛЬГА ПРОСЯНЮК**  
керуючий партнер АО AVER LEX

---



---

## КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ СУДДІ: МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ

---



---

### **В'ЯЧЕСЛАВ НАВРОЦЬКИЙ**

доктор юридичних наук, професор,  
член-кореспондент Національної академії правових наук України

---

Формулювання теми передбачає існування якихось зразків, правил, норм міжнародно-правового характеру, які регламентують кримінальну відповідальність судді. Причому такі «стандарти» задають тон для українського законодавця та правозастосовної практики, є орієнтиром для них та містять вищі вимоги у цій сфері, ніж ті, які прийняті в Україні.

Відомо, що коли говорять про специфіку кримінальної відповідальності судді, то мають на увазі як матеріально-правові, так і процесуальні аспекти. Варто відзначити, що українська процедура притягнення судді до кримінальної відповідальності більш «прихильна» до цієї категорії осіб, ніж існуюча у зарубіжних державах, правові системи яких у нас визнаються за еталон, та передбачена міжнародно-правовими актами. Так, законодавство Німеччини, Франції, Італії, Іспанії передбачає, що судді несуть відповідальність за свої дії так само, як і всі інші громадяни. У рекомендація № R (2010) 12 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам «Щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки» від 17 листопада 2010 року зазначається, що коли суддя не виконує суддівські функції, він може бути

притягнутий до відповідальності згідно з цивільним, кримінальним або адміністративним правом, як і всі інші громадяни. Також ця рекомендація передбачає, що тлумачення закону, оцінювання фактів або доказів, які здійснюють судді для вирішення справи, не повинні бути приводом для кримінальної відповідальності, крім випадків злочинного наміру.

Таким чином, так звана недоторканність судді, особливі гарантії, надані суддям у зв'язку з відправленням правосуддя, зовсім не означають, що судді не підлягають кримінальній відповідальності. Навпаки, споконвіку судді визнавалися такими суб'єктами, які підлягають більш суворій відповідальності порівняно з простими смертними, їхні посягання виділялися у спеціальні норми. Традиційно серед службових злочинів передбачалася відповідальність за хабарництво, службові зловживання та «неправосуддя». Чинне законодавство зарубіжних держав продовжує цю традицію криміналізації діянь суддів у спеціальних кримінально-правових нормах.

Норми про відповідальність суддів за винесення неправосудних судових рішень є у кримінальних кодексах по суті всіх держав. При цьому відповідальність диференційована — вона посилюється, якщо неправосудне рішення пов'язане із засудженням завідомо невинної особи чи полягає у призначенні суворого покарання, засудженні за тяжкий злочин тощо (кримінальні кодекси Франції, Норвегії, Іспанії, Нідерландів, пострадянських держав).

Характерним для зарубіжного законодавства є і посилення відповідальності суддів за хабарництво. Кримінальний кодекс Німеччини за одержання хабара службовою особою встановлює покарання в вигляді позбавлення волі на строк від шести місяців до п'яти років (абзац 1 параграфу 332), якщо ж хабар отримав суддя, то його очікує покарання на строк від одного до десяти років. Кримінальний кодекс Норвегії хабарництво суддів передбачає в окремій статті Особливої частини цього Кодексу (параграф 114 передбачає для суддів-хабарників позбавлення волі до восьми років, тоді як хабарництво іншої службової особи спричиняє не більш ніж шість років ув'язнення). Кримінальний кодекс Нідерландів за одержання хабара службовою особою передбачає до чотирьох років позбавлення волі, а за аналогічні дії для судді встановлює покарання у вигляді позбавлення волі до дванадцяти років (параграф 2 статті 364). Кримінальний кодекс Франції також розрізняє хабарництво у сфері службової діяльності та хабарництво суддів, розглядаючи останнє як перешкоджання відправленню правосуддя та встановлюючи позбавлення волі до п'ятнадцяти років. Перелік прикладів можна продовжувати. Водночас у кримінальних кодексах пострадянських держав відповідальність суддів за хабарництво настає за тими ж нормами, що й інших службових осіб.

Треба констатувати, що використання поняття «неправосудне судове рішення» у зарубіжному законодавстві та в міжнародно-правових актах не супроводжується розкриттям його змісту. Немає «міжнародних стандартів», послуговуючись якими можна було б визначити, який вирок, рішення, ухвала або постанова є неправосудними (чи незаконними, як про це говориться в актах кримінального процесуального законодавства). Відповідно, немає орієнтирів щодо того, чи є атрибутом неправосудного рішення його формальне скасування у встановленому порядку, чи може наставати відповідальність судді за постановлення такого судового рішення, яке формально залишається чинним.

Відомо, що саме це питання є чи не найбільш гострим з тих, які стосуються відповідальності за статтею 375 Кримінального кодексу України (далі — КК України).

У теорії кримінального права це питання вирішується неоднозначно. Є позиція, згідно з якою кримінальна відповідальність може наставати лише за винесення такого судового рішення, яке згодом було скасоване чи змінене. Її прихильники посилаються на такі аргументи:

- 1) є презумпція законної сили судового рішення, яке не скасоване чи не змінене;
- 2) судове рішення може бути скасоване чи змінене виключно в процесуальному порядку судом вищої інстанції. Чинне законодавство України не передбачає скасування судового рішення якимось іншим чином, зокрема внаслідок того, що орган досудового слідства визнав дії суддів такими, що містять ознаки складу злочину;
- 3) притягнення до відповідальності за постановлення судового рішення, яке є чинним і не скасоване чи не змінене, порушує основи правового порядку в державі. Це означає наділення правом на ревізію судових рішень органів, які здійснюють досудове розслідування.

Інша точка зору полягає в тому, що кримінальна відповідальність за постановлення завідомо неправосудного судового рішення може наставати безвідносно до того, скасоване чи змінене це рішення. Аргументи на користь такої позиції:

- 1) існує значна кількість видів судових рішень, які є остаточними і щодо яких не передбачений процесуальний порядок їх скасування чи зміни. Виведення їх з-під кримінально-правової охорони, передбаченої статтею 375 КК України, нічим не обгрунтоване;
- 2) скасування чи зміна судових рішень обумовлене волевиявленням учасників процесу. Відсутність такого волевиявлення (наприклад, неподання апеляційної чи касаційної скарг унаслідок погроз або підкупу потерпілого) означає, що судові рішення, навіть найбільш абсурдне, не може бути скасоване чи змінене. Це призводить до безкарності тих, хто постановляв такі рішення;
- 3) скасування чи зміна судових рішень обмежене певними часовими рамками. Можливість дотримання строків на перегляд неправосудних судових рішень часто залежить від судді, який постановив таке рішення та який може створювати перешкоди для притягнення до відповідальності за статтею 375 КК України;
- 4) скасування чи зміна одних неправосудних судових рішень обумовлене іншими судовими рішеннями. Причому в ході апеляції чи касації також можуть бути прийняті як законні, так і завідомо неправосудні рішення. Таким чином, створюється «ланцюжок» судових рішень, в якому неможливо виявити ознаку завідомості;
- 5) завідома неправосудність судових рішень означає, що вона зрозуміла, очевидна, переконлива для будь-кого незалежно від того, чи відбувся акт формального скасування такого рішення;
- 6) постановлення завідомо неправосудного судового рішення становить собою закінчене діяння від моменту підписання та проголошення такого рішення, безвідносно до часу набуття ним законної сили та виконання;
- 7) Європейський суд з прав людини оцінює на предмет дотримання прав, передбачених Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, судові рішення, які в Україні набрали законної сили. Це не перешкоджає визнавати факт порушення прав і по суті визнавати відповідні рішення неправосудними. Причому це має місце не лише щодо тих судових рішень, де є завідома неправосудність, а щодо навіть тих, де має місце те чи інше тлумачення оцінних понять. Визнання в Україні пріоритету таких рішень означає, що формальна наявність законної сили у судового рішення не є абсолютним чинником для можливості його критики;
- 8) аналогічна ситуація матиме місце і щодо юрисдикції Міжнародного кримінального суду, який жодним чином не пов'язаний рішеннями національних судів;
- 9) історичний і зарубіжний досвід (зокрема, Нюрнберзького трибуналу) показує, що відсутність формального скасування завідомо неправосудних судових рішень не є перешкодою для притягнення до відповідальності тих, хто їх постановляв;
- 10) правосудність чи неправосудність судового рішення, яке набуло законної сили, є не аксіомою, а презумпцією. Ця презумпція, як будь-яка інша, може бути спростована, зокрема, в рамках інституту перегляду справи за нововиявленими обставинами. Відкриття кримінального провадження за статтею 375 КК України якраз і є правовим засобом перевірки такої презумпції і зовсім не означає неминучості притягнення судді (суддів), який постановив відповідне рішення, до кримінальної відповідальності;
- 11) щодо будь-яких громадян, зокрема і суддів, діє презумпція невинуватості. Існування цієї презумпції зовсім не перешкоджає можливості відкриття кримінального провадження та перевірки наявності чи відсутності підстав цієї презумпції у ході досудового розслідування та судового розгляду. Певно, у цьому аспекті судді не повинні перебувати ані в гіршому, ані в ліпшому становищі, ніж інші суб'єкти;
- 12) питання про те, чи є певне судові рішення завідомо неправосудним — це питання доведеної наявності чи відсутності цієї ознаки складу злочину. Воно вирішується з урахуванням усієї сукупності доказів, які є у справі. Факт же скасування чи зміни певного судового рішення може бути лише одним із таких доказів. І, як будь-який доказ, не може бути апіорі вирішальним.

Тому не можна визначати поняття ознаки складу злочину (завідомо неправосудного судового рішення) залежно від того, в який спосіб і наскільки переконливо доведена її наявність. Адже перше питання — це питання права, яке вирішується однаково щодо будь-якого посягання, а друге — це питання факту, яке визначається щодо конкретного посягання.

Таким чином, видається, що для визнання наявності ознаки складу злочину — завідомої неправосудності судового рішення — не вимагається, щоб судове рішення, у завідомому постановленні якого підозрюється чи обвинувачується особа, було скасоване чи змінене судом вищого рівня.

І справа зовсім не в кількості аргументів щодо кожного з варіантів вирішення цього питання, а у вагомості, несуперечливості, системності міркувань, які можуть бути наведені щодо рішення, яке я підтримую.

Принципове значення для вирішення питання про кримінальну відповідальність судді має питання про те, в якому випадку матиме місце завідома неправосудність судового рішення. Для його вирішення також не вийде скористатися зарубіжним досвідом.

Як не дивно, терміна «завідомість» немає у більшості тлумачних словників української мови. І все ж таки з'ясувати його значення можна з врахуванням контексту, в якому вжите відповідне слово:

- у Кримінальному кодексі є ряд статей, де в диспозиції є вказівка на завідомість (завідомо незаконний арешт, завідомо неправдиве показання, завідомо неправдиве повідомлення про вчинення злочину);
- завідомо — означає відомо точно, очевидно, достовірно, безспірно, однозначно;
- завідомість щодо статті 375 КК України означає, що особа, яка виносить неправосудне рішення, явно розуміє його незаконність, не має сумніву в неправомірності своїх дій, але все одно їх вчиняє.

Загалом можна констатувати, що завідома неправосудність судового рішення має об'єктивний та суб'єктивний критерії. За об'єктивним критерієм завідомо неправосудним є таке судове рішення, яке є таким для будь-якої особи, яке будь-хто оцінює як зрозуміло, очевидно, достовірно несправедливе, протиправне. Тобто це рішення, яке є неправосудним навіть з точки зору пересічних громадян, виступає таким з позицій суспільної моралі та громадської правосвідомості, а не лише визнається незаконним професійними правниками.

Суб'єктивно ж завідомо неправосудне судове рішення означає його відповідну оцінку суддею, який постановляє таке рішення, наявність передбачених законом інтелектуальних та вольових ознак умислу:

- завідомість характеризує першу інтелектуальну ознаку умислу, проте має значення для визначення також інших ознак умислу. Перша інтелектуальна ознака умислу — це усвідомлення особою суспільно-небезпечного характеру свого діяння. Розуміючи явну, очевидну, безспірну неправосудність (незаконність) судового рішення, яке виноситься, суддя тим самим розуміє фактичну та юридичну сторону вчиненого, його соціальне значення. А саме — що такі дії становлять істотну небезпеку для суспільства = є суспільно небезпечними, підривають основи правового порядку та законності в державі. Чому можна говорити про те, що суддя таке усвідомлює? Є цензи щодо зайняття посади судді (віковий, освітній). Якщо особа відповідає таким цензам, то вона здатна осягнути значення своєї поведінки для суспільства;
- завідомість відображається і щодо другої інтелектуальної ознаки умислу — передбачення суспільно небезпечних наслідків свого діяння. Склад злочину, передбаченого статтею 375 КК України, — формальний. У теорії кримінального права є позиція, що щодо таких складів не потрібно визначати ставлення до наслідків. Я дотримуюся іншого погляду: немає злочину без наслідків; наслідки (і ті, що прямо названі в диспозиції статті, і такі, які перебувають поза межами складу злочину) у вирішальній мірі визначають суспільну небезпеку злочину; законодавче формулювання умислу передбачає з'ясування ставлення до наслідків безвідносно до того, яким є склад злочину. Суспільно небезпечні наслідки постановлення завідомо неправосудного судового рішення очевидні для судді, який виносить таке рішення, — це шкода як для держави і суспільства, так і для особи, прав, інтересів та обов'язків якої стосується таке рішення. Знаючи зміст завідомо неправосудного рішення, розуміючи, у чому полягає його неправосудність, усвідомлюючи, як воно позначиться і на суспільстві, і на конкретних людях, суддя тим самим продовжує логічний ланцюжок причин (завідомо неправосудне рішення) та наслідків, що настануть через його постановлення. Отже, розуміння завідомості неправосудного рішення — це прямий шлях до передбачення його наслідків;
- завідомість свідчить про бажання наслідків, тобто про наявність третьої (вольової) ознаки умислу, вказує на те, що цей умисел є прямим.

Бажання настання наслідків часто пов'язують з наявністю відповідної мети чи мотивів дій винного. На цій основі намагаються будувати захист: оскільки не встановлено певної мети судді, який виніс неправосудне рішення, нібито він не діяв умисно, тим більше з прямим умислом. Разом із тим у теорії віддавна обгрунтовано, що бажання наслідків (а отже, і прямий умисел) має місце за таких ситуацій: а) наслідки злочину становлять мету дій винного. Прагнучи певних наслідків, він їх бажає. Це характерно для злочинів, вчинених з певною метою чи мотивами, злісності та спрямованості поведінки тощо; б) особа розуміє неминучість, (невідворотність, обов'язковість настання) наслідків своєї поведінки, але все одно вчиняє відповідне діяння. Видається, що саме це характерне для постановлення завідомо неправосудного судового рішення. Постановляючи таке рішення, суддя розуміє, що шкода від нього настане неодмінно вже за самим фактом постановлення; що немає якихось факторів, які відвернуть шкоду (можливість скасування незаконного рішення в порядку апеляції чи касації вплине на обсяг наслідків, але не на сам факт їх настання). Тому тут має місце бажання наслідків, а отже, й прямий умисел.

Підбиваючи підсумки сказаного, мушу розчарувати тих, хто перебуває в ілюзії поглядів, згідно з якими є якісь визнані міжнародною спільнотою критерії, за наявності яких може наставати відповідальність судді за постановлені ним судові рішення — жодних міжнародних стандартів кримінальної відповідальності судді як таких немає. Є закріплені в міжнародно-правових актах норми, які стосуються забезпечення незалежності суддів і заборони втручання в розгляд конкретних справ та прийняття у них судового рішення. Але вони не мають нічого спільного з відповідальністю судді за вчинені злочини. Самі ж акти міжнародного та зарубіжного законодавства зовсім не заперечують відповідальність судді, у тому числі й кримінальну, за злочини, вчинені під час професійної діяльності.

Поширена у суддівському (і не лише) середовищі теза «Міжнародний стандарт про неможливість притягнути суддю до відповідальності за правову позицію у справі» не має абсолютно, підкреслюю, абсолютно нічого спільного з існуванням статті 375 КК України:

- завідомо неправосудне судові рішення — це не правова позиція у справі. Це антиправова, це злочинна позиція;
- немає міжнародних стандартів, які дозволяли б виносити завідомо неправосудні судові рішення;
- іноземні колеги взагалі не розуміють нас, коли йдеться про такі речі, у них в головах не укладається, як це судді можуть виносити завідомо неправосудні судові рішення.

Ті, хто заперечують необхідність криміналізації винесення завідомо неправосудного судового рішення, часто ставлять риторичне, як вони вважають, запитання: «Чи має суддя право на помилку?». Відповідь їм також запитанням: «А чи має право на помилку пілот літака, в якому летітимуть ті, хто збирається позитивно відповідати на це запитання?».

Така постановка питання — спроба «заговорити» проблему, повернути дискусію в зовсім інший напрямок.

Суддя має право на угляд (до того ж у певних межах, коли це припускає закон), а не на помилку. Суддя не має права на дику неосвіченість (покійний професор Бажанов М.І. любив говорити про «дрімуче юридичне невігластво»), не має права не знати закону і правил його застосування. Древні говорили: *Jus p̄vit curia*.

Суддя, як і будь-яка людина, може помилятися. Для виправлення таких помилок якраз і існує апеляція та касація. Але для впливу на зловживання є інші засоби, серед них і стаття 375 КК України.

Однозначно суддя не має права на винесення завідомо неправосудного рішення. Це нічого спільного з помилкою не має. Як і з міжнародними стандартами правосуддя, яке має бути справедливим і відповідати закону.



---

## КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ: СПЕЦІАЛЬНА КОНФІСКАЦІЯ МАЙНА

---



---

### **АРМАНАС АБРАМАВІЧЮС**

доктор юридичних наук, суддя Верховного Суду Литовської Республіки,  
професор Вільнюського юридичного факультету

---

Перед тем как начать рассмотрение института специальной или, как она называется по Уголовному кодексу Литовской Республики (далее — УК), расширенной конфискации имущества, несколько слов скажу о наказаниях, применяемых к юридическому лицу.

По уголовному законодательству Литвы, по отношению к юридическому лицу могут быть назначены такие виды наказаний:

- а) штраф;
- б) ограничение деятельности юридического лица;
- в) ликвидация юридического лица.

По поводу последнего вида наказания у нас в шутку говорят, что в УК снова существует смертная казнь. Ведь что означает ликвидация для юридического лица — его смерть.

Помимо вышеуказанных наказаний, к юридическому лицу может применяться конфискация, а также расширенная конфискация имущества. По УК конфискация (также и расширенная конфискация)

имущества признается не видом наказания, а мерой уголовного воздействия, которая должна способствовать осуществлению целей наказания.

Расширенная конфискация имущества — это сравнительно новый институт в уголовном праве Литвы. Именно Законом от 2 декабря 2010 года в УК был введен этот институт. Наряду с этой поправкой УК был дополнен статьей, предусматривающей ответственность за незаконное обогащение.

Вышеуказанные поправки были направлены на то, чтобы снизить экономическую выгоду коррупционных, имущественных, экономических, финансовых и других корыстных преступлений и таким образом сделать более эффективной борьбу с ними.

Расширенная конфискация имущества — это изъятие и обращение в собственность государства имущества виновного лица или его части, которая непропорциональна законным доходам виновного, когда есть основание предполагать, что имущество получено преступным путем. Расширенная конфискация имущества может быть применена при наличии совокупности следующих условий:

1. Во-первых, виновное лицо должно быть признано виновным в совершении менее тяжкого, тяжкого или особо тяжкого умышленного преступления, вследствие совершения которого оно имело или могло иметь имущественную выгоду. В данном случае возникает вопрос о том, не слишком ли широк перечень преступлений, за совершение которых возможно применять расширенную конфискацию имущества. В данном контексте надо отметить, что по праву Европейского Союза расширенная конфискация имущества преимущественно связана с совершением определенных тяжких преступлений международного характера. Например, таких как отмывание денег, терроризм, торговля людьми, наркотиками.

Исходя из упомянутого в УК установленного правового регулирования, можно смоделировать такую ситуацию, когда у лица, первый раз совершившего кражу имущества стоимостью в 300 евро с проникновением в помещение (а такое деяние по УК считается менее тяжким преступлением), конфискуется и автомобиль, приобретение которого он не может обосновать законными доходами.

Возникает вопрос: не будет ли в таком случае искажена суть и цель расширенной конфискации имущества?

2. Вторым условием для применения расширенной конфискации имущества является то, что виновное лицо во время совершения преступного деяния, после его совершения или за пять лет до его совершения имеет или имело имущество, стоимость которого не соответствует его законным доходам, и эта разница превышает 9 500 евро.
3. Третьим условием является то, что во время уголовного процесса виновное лицо не может обосновать законность приобретения такого имущества.

При вышеуказанных условиях соответствующее имущество, переданное другому физическому или юридическому лицу, тоже может быть конфисковано при наличии одного из следующих условий:

1. Имущество передано по средствам заключения притворной сделки.
2. Другим основанием конфискации такого имущества является то, что имущество передано членам семьи виновного лица или его близким родственникам.
3. Третье основание непосредственно связано с конфискацией переданного юридическому лицу имущества. Так, по УК подлежит конфискации имущество, переданное руководителем юридическому лицу, участниками которого являются члены семьи виновного лица или его близкие родственники, владеющие не менее 50 % акций.

В данном случае не нужно устанавливать, что такой руководитель, участник юридического лица знал или мог знать о том, что переданное юридическому лицу имущество было получено преступным путем или за счет незаконных средств виновного лица. Главное значение здесь имеет то обстоятельство, что член семьи виновного лица или его близкий родственник владеют не менее 50 % акций юридического лица, которому такое имущество передано.

4. Четвертое основание, при котором возможна конфискация переданного третьему лицу имущества — это то, что физическое лицо или руководитель юридического лица, которым передано имущество, знали или должны были и могли знать, что это имущество получено преступным путем или за счет незаконных средств виновного лица.

В литовской судебной практике не возникает никаких проблем по поводу применения расширенной конфискации имущества, так как этой практики пока нет. Мне не удалось найти ни одного уголовного дела, в котором применялся бы этот институт. Это не означает, что я плохо искал или что в Литве нет

лиц, в отношении которых можно было бы применить расширенную конфискацию имущества. Причина такой ситуации — очень простая и житейская.

Как уже отмечалось, поправками от декабря 2010 года в УК был не только введен институт расширенной конфискации имущества, но УК был также дополнен статьей, предусматривающей уголовную ответственность за незаконное обогащение. И при борьбе с получением незаконных доходов, имея целью конфискацию таких доходов, проще применять не институт расширенной конфискации, а норму УК, в которой установлена уголовная ответственность за незаконное обогащение. Как говорится, зачем мучиться, если конфискация имущества и так получится.

Далее рассмотрим некоторые проблемные аспекты уголовной ответственности за незаконное обогащение. Вообще, необходимо отметить, что в науке уголовного права ученые Литвы не раз подвергали критике эту норму из-за ее неопределенности и противоречивости.

Так, по данной норме УК за незаконное обогащение ответственность предусмотрена тому, кто на правах собственности имел имущество стоимостью более 19 000 евро, зная или имея возможность знать, что это имущество не могло быть получено на основании законных доходов.

Следует отметить, что ни в одной стране — члене Европейского Союза — нет уголовно-правовой нормы подобного содержания. Хотя в Уголовном кодексе Франции и есть предусмотренная уголовная ответственность за незаконное обогащение, но в данном случае ответственность обусловлена тем, что лицо, которое не может обосновать законность своих доходов, поддерживает постоянные связи с лицами, совершающими тяжкие корыстные преступления.

Можно выделить несколько проблемных вопросов, которые возникают при применении нормы УК, предусматривающей ответственность за незаконное обогащение.

Так, возникает вопрос о том, соответствует ли в данной норме установленная уголовная ответственность принципу пропорциональности. По данной статье УК, привлекая лицо к уголовной ответственности за незаконное обогащение, даже не нужно устанавливать преступное происхождение имеющегося у него на правах собственности имущества. Для привлечения лица к уголовной ответственности за незаконное обогащение достаточно того, что лицо не может обосновать законными доходами такое находящееся у него имущество. Этот вывод вытекает из самой конструкции нормы, по которой предметом незаконного обогащения является «имущество, которое не могло быть получено на основании законных доходов». И тут возникает еще один вопрос: соответствует ли в данной норме установленное правовое регулирование требованиям принципа презумпции невиновности? Ведь по смыслу этой нормы сам подозреваемый должен доказывать правомерность своих доходов.

Вообще, следует отметить, что среди общественности нередко бытует мнение о том, что чуть ли не единственным эффективным средством борьбы с негативными явлениями являются меры уголовного воздействия. При этом другие меры правового воздействия (административного, гражданского и подобного характера) необоснованно забываются.

Проблемы при применении нормы, предусматривающей уголовную ответственность за незаконное обогащение, обусловлены и тем, что при криминализации этого преступления не был установлен переходный период, во время которого лицо имело бы возможность легализовать имущество, происхождение которого оно не может обосновать законными доходами. В данном случае можно было бы такое имущество обложить определенными налогами. А сейчас получилась такая ситуация, что законодатель фактически криминализировал определенное «состояние лица» — владение им определенным имуществом. В данном контексте необходимо отметить, что статья, предусматривающая уголовную ответственность за незаконное обогащение, вступила в силу с 11 декабря 2010 года. Значит, уголовная ответственность наступает только в том случае, если право собственности на имущество, происхождение которого нельзя обосновать законными доходами, лицо получило после 10 декабря 2010 года, но вне зависимости от времени приобретения такого имущества. Такое имущество им может быть приобретено и ранее, то есть до вступления в силу данной статьи УК. И здесь была возможна ситуация: уснул богатым, а на следующий день проснулся преступником. Как говорится, не родился богатым, а родился счастливым.

Уместно было бы привести пример из судебной практики по применению данной статьи. Так, муж и жена были привлечены к уголовной ответственности за незаконное обогащение. Их незаконное обогащение проявилось в том, что жена за деньги ее племянницы (которая разводилась с мужем) на свое имя купила дом. Муж, даже не зная об этой сделке, стал совладельцем дома и вместе с тем —

подозреваемым по поводу незаконного обогащения. Суды жену и мужа оправдали. Одним из аргументов было то, что в данном случае муж и жена не могут быть субъектами незаконного обогащения, так как законность своих доходов должна доказывать племянница жены.

Возникает вопрос и по поводу правовой ясности данной нормы УК. Из содержания этой нормы нет никакой ясности по поводу того, в какой форме вины может быть совершено незаконное обогащение. Даже Верховный Суд Литовской Республики не мог определить, только ли умышленно или же и по неосторожности может быть совершено данное преступление.

С одной стороны, формулировка нормы «зная или имея возможность знать о незаконности доходов» означает, что данное преступное деяние может быть совершено и по неосторожности. С другой — незаконное обогащение является формальным составом преступления, а в соответствии с положениями Общей части УК неосторожность возможна лишь в материальных составах преступления. Так, по УК преступное легкомыслие есть тогда, когда лицо предвидело возможность наступления последствий, но самонадеянно рассчитывало на предотвращение этих последствий. Преступная небрежность — когда лицо не предвидело наступления опасных последствий, хотя должно было и могло предвидеть эти последствия.

Конечно, цель установления уголовной ответственности за незаконное обогащение понятна и оправданна. Но содержание уголовно-правовой нормы, предусматривающей уголовную ответственность за незаконное обогащение, оставляет желать лучшего. Именно это обусловило обращение Верховного Суда Литвы в Конституционный Суд Литовской Республики с просьбой проверить конституционность данной нормы.

Известный писатель, эссеист Марк Твен говорил: граждане США имеют свободу слова, мысли, собраний и тем самым достаточно ума не так часто пользоваться этими свободами. Надо надеяться, что и мы, имея в УК статью, предусматривающую уголовную ответственность за незаконное обогащение, будем ее применять в соответствии с назначением и принципами уголовного права, руководствуясь здравомыслием. Не будет здравомыслия — никакие принципы не помогут.

---

## НОВІ МЕХАНІЗМИ «АНТИКОРУПЦІЙНОЇ» ПОЛІТИКИ: ДО ЧОГО ГОТУВАТИСЯ БІЗНЕСУ?

---



---

### **ОЛЕКСАНДР ДУДОРОВ**

доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України, завідувач кафедри кримінального права та правосуддя Запорізького національного університету, член Науково-консультативної ради при Верховному Суді України

---

Антикорупційне законодавство України (а з урахуванням перебування у відповідній секції форуму нас передусім цікавить його кримінально-правова складова) є підстави критикувати і за нестабільність, і за невиправдану ускладненість, і за надмірну деталізацію законодавчого описання певних корупційних деліктів. Вельми неоднозначно сприймається і поява положень, які з погляду генеральної мети (скорочення масштабів корупційної поведінки) видаються прийнятними і які, однак, суперечать традиціям розвитку вітчизняної правової системи і такому принципу криміналізації, як процесуальна здійсненість кримінального переслідування.

Взяти хоча б здійснену на виконання відповідних міжнародно-правових зобов'язань криміналізацію пропозиції, обіцянки неправомірної вигоди і «дзеркального» їм прийняття цієї пропозиції та обіцянки. Звичайно, можна продовжувати (як це і роблять чимало вітчизняних науковців і практиків) критикувати такий кардинальний крок, розцінюючи його як небезпечний прецедент встановлення кримінальної відповідальності за виявлення наміру, «чіплятись» (справді, є за що, якщо зазирнути

до тлумачних словників української мови) до законодавчих визначень понять пропозиції та обіцянки неправомірної вигоди.

Разом із тим не викликає сумнівів, що для України на сьогодні це — правова реальність, один із нових механізмів антикорупційної політики, на користь запровадження якого можна наводити вагомі аргументи (існування так званих інформаційних злочинів, вчинюваних шляхом виголошування або написання слів і фраз; зарубіжний досвід — передбачення подібних прийомів у кримінальному законодавстві країн із низьким рівнем корупції; усвідомлення того факту, що вже сама по собі пропозиція та обіцянка неправомірної вигоди є закінченим злочином, вочевидь, може слугувати істотним стримуючим фактором корупції). Я традиційно в розглядуваному контексті згадую про те, що ті випадки пропозиції хабара, які піддавались кримінально-правовій оцінці і згідно з чинним раніше законодавством визнавались (зокрема, в опублікованих рішеннях Верховного Суду України) незлочинним виявленням наміру, були встановлені і доведені в порядку, визначеному кримінальним процесуальним законодавством.

Як би ми особисто (у тому числі критично) не ставились до цієї неоднозначної новели, необхідно пам'ятати (і представникам бізнес-середовища також), що, визнавши закінченими злочинами пропозицію, обіцянку неправомірної вигоди і «дзеркальне» їм прийняття пропозиції, обіцянки такої вигоди і сприйнявши, таким чином, тезу про автономну природу розглядуваних корупційних діянь, законодавець, по-перше, унеможливив пом'якшення покарання за їх вчинення на підставі частин 2 і 3 статті 68 Кримінального кодексу України (далі — КК України); по-друге, обмежив застосування при кримінально-правовій оцінці вказаних діянь частиною 2 статті 14 КК України (норми про малозначність); по-третє, виключив звернення в таких випадках до статті 17 КК України «Добровільна відмова при незакінченому злочині».

Так, якщо особа спочатку запропонувала (пообіцяла) неправомірну вигоду відповідному адресату, а згодом відмовилась її надати, вчинене не може розцінюватись як добровільна відмова при незакінченому злочині, адже в такій поведінці особи вже вбачаються ознаки закінченого складу злочину, передбаченого тією чи іншою кримінально-правовою нормою. Відповідний злочин треба вважати закінченим з моменту доведення пропозиції (обіцянки) неправомірної вигоди до відома належного адресата. Те, як останній відреагував на вказану пропозицію (обіцянку), а так само, чи мало місце в подальшому надання-одержання неправомірної вигоди, не впливає на визнання злочину у формі пропозиції (обіцянки) закінченим.

Тут доречно пригадати, що у кримінальному праві інститут незакінченого злочину традиційно вважається таким, що має чітко виражений кримінально-політичний характер, адже за ним судять про ступінь репресивності того чи іншого кримінального закону. Уже зі сказаного випливає, що репресивність кримінально-правової складової антикорупційного законодавства України серйозно посилена. Ця тенденція розвитку вказаного законодавства підтверджується низкою інших новел. Відзначаю лише деякі з них.

По-перше, це законодавче обмеження сфери застосування норм КК України про загальні звільнення від кримінальної відповідальності і звільнення від покарання та його відбування: наразі вказані пільгові кримінально-правові засоби загалом не можуть застосовуватись щодо осіб, які вчинили корупційні злочини. Я розумію, що ініціатори таких змін керувались благородною метою (прагненням забезпечити невідворотність кримінальної відповідальності за злочинні порушення антикорупційного законодавства), однак не можу не ставитись до них (змін) критично. Ці фрагментарні (казуїстичні) зміни, які, на мій погляд, цілком можуть стати предметом розгляду Конституційного Суду України, не можуть бути оцінені інакше як прояв недовіри держави в особі парламенту до суддівського корпусу, неспроможного (треба так розуміти) кваліфіковано і виважено застосовувати щодо корупціонерів норми кримінального закону про звільнення від кримінальної відповідальності і від покарання та його відбування.

По-друге, це надання «статусу» повноцінного корупційного злочину діянню, передбаченому статтею 354 КК України «Підкуп працівника підприємства, установи чи організації». І в цьому випадку ми вимушені говорити про виконання Україною міжнародно-правових рекомендацій: йдеться, зокрема, про статті 7, 8 Кримінальної конвенції РЄ про боротьбу з корупцією (встановлення кримінальної відповідальності за одержання хабара в приватному секторі не лише для особи, яка обіймає керівну посаду на приватному підприємстві, а й для особи, яка працює на такому підприємстві на будь-якій посаді, а також за дачу хабара такій особі). Аналогічне положення міститься в статті 21 Конвенції ООН проти корупції.

Суб'єктами так званого пасивного підкупу, караного за частиною 3 (частиною 4) статті 354 КК України, виступають неслужбові особи, які виконують різного роду професійні обов'язки, не надаючи, однак, публічних послуг (друкарки, водії, вантажники, провідники вагонів, продавці, бібліотекарі, перукарі, масажисти та інші). До прийняття Закону від 13 травня 2014 року законодавець обмежував у статті 354 КК України коло суб'єктів, спроможних нести відповідальність за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди працівниками тільки державних підприємств, установ, організацій. Ще раніше обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складу цього неслужбового злочину було вимагання винагороди. І такого роду обмеження узгоджувались із призначенням кримінального права як знаряддя реагування на найбільш небезпечні для особи, суспільства і держави посягання. До тих працівників юридичних осіб приватного права, які не будучи службовими особами одержують неправомірні вигоди за порушення своїх професійних обов'язків, цілком успішно могли застосовуватись заходи впливу, регламентовані трудовим і цивільним законодавством, а у випадках вчинення ними суспільно небезпечних діянь — норми кримінального законодавства (наприклад, статті КК України про розголошення комерційної, банківської таємниці, інсайдерської інформації). Таке розв'язання проблеми, крім усього іншого, враховувало не обов'язковий, а рекомендаційний характер положень антикорупційних конвенцій стосовно криміналізації поведінки працівників, які не мають статусу управлінця.

По-третє, це те, що в законодавчому визначенні вимагання неправомірної вигоди (частина 5 примітки до статті 354 КК України) як кваліфікуючої ознаки низки корупційних злочинів (включаючи караний за статтею 368<sup>3</sup> КК України підкуп службової особи юридичної особи приватного права) вказівка на права і законні інтереси особи фігурує лише стосовно завуальованої форми і відсутня стосовно більш розповсюдженої (відкритої) форми вимагання.

Постає питання, з чим у цьому разі ми маємо справу — із законодавчою помилкою або з все ж усвідомленим рішенням парламентаріїв, котрі сприйняли підхід, згідно з яким одержання неправомірної вигоди (причому різними суб'єктами — «публічною» службовою особою, «приватною» службовою особою, особою, яка надає публічні послуги, або навіть рядовим працівником підприємства, установи, організації) є настільки небезпечним злочином, що вимогу передати її під погрозою вчинення будь-яких діянь (як законних, так і незаконних) необхідно визнавати вимаганням.

При цьому Верховний Суд України, формулюючи відповідну правову позицію, неодноразово і послідовно констатував, що така ознака, як вимагання хабара, може бути поставлена в провину лише тоді, коли дії, виконанням (невиконанням) яких погрожує вимагач, зумовлені його службовим становищем і головне — мають протиправний характер або спрямовані на заподіяння шкоди правам та законним інтересам хабародавця. Відповідно, вимагання хабара виключається, якщо хабародавець зацікавлений у неправомірній поведінці службової особи, прагне обійти закон, установлену процедуру вирішення того чи іншого питання, досягти задоволення своїх незаконних інтересів, уникнути заслуженої відповідальності тощо. Є і теоретичні аргументи на користь такого (вузького) розуміння вимагання неправомірної вигоди. Спрогнозувати за таких обставин, як формуватиметься відповідна судова практика, важко.

По-четверте, використаний у частині 1 статті 368<sup>2</sup> КК України зворот «законність підстав, набуття яких не підтверджено доказами» не виключає того, що предикатними стосовно незаконного збагачення можуть визнаватись відмінні від злочинів правопорушення. Так, якщо особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, набула у власність грошові кошти чи інше майно у значному розмірі внаслідок порушення встановлених законодавством обмежень щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності, це не виключає кваліфікацію дій такої особи за статтею 368<sup>2</sup> КК України. Адже підстави набуття у власність активів у вигляді плати (винагороди) за певну діяльність, які мають місце в цій ситуації, не можуть розглядатись як законні.

Очевидно, що поширення дії оновленої статті 368<sup>2</sup> КК України на активи, отримані з порушенням норм інших (крім КК) галузей законодавства, не обумовлене суспільною небезпекою вчиненого, означає соціально необґрунтоване (або принаймні непродумане) розширення меж кримінальної відповідальності за незаконне збагачення за рахунок охоплення кримінально-правовою репресією дій, які традиційно регулюються цивільним або адміністративним законодавством. На мій погляд, якщо активи у значному розмірі набуто особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність незаконним, проте не злочинним шляхом, кримінально-правова оцінка вчиненого може даватись з використанням частини 2 статті 11 КК України (норма про малозначність).

По-п'яте, це викладення в новій редакції заохочувальної норми, яка за певних умов дозволяє звільнити від кримінальної відповідальності особу, котра запропонувала, пообіцяла або надала неправомірну вигоду (частина 5 статті 354 КК України). Відсутність у частинах 5 попередніх редакцій статей 354, 368<sup>3</sup>, 368<sup>4</sup> і 369 КК України згадування про сприяння розкриттю злочину як складову позитивної посткримінальної поведінки особи була вадою цих заохочувальних приписів. Мала місце невинуватимість заниженість вимог при звільненні від кримінальної відповідальності, яка дозволяє розцінювати заохочення вже не як добро, а як зло. Є, щоправда, одне «але»: вживання в частині 5 статті 354 КК України оціночного поняття «активне сприяння» (за відсутності чітких критеріїв поділу сприяння розкриттю злочину на активне і звичайне) перешкоджає формалізації вимог до позитивної посткримінальної поведінки особи і створює небезпеку перетворення передбаченого цією нормою звільнення від кримінальної відповідальності де-факто з обов'язкового на факультативне (дискреційне).

Необхідно звернути увагу на вимогу добровільно заявити про те, що сталося, до отримання уповноваженим державним органом інформації про злочин з інших джерел. Традиційно в юридичній літературі і судовій практиці добровільність заяви хабародавця про вчинений ним злочин пов'язувалась з різними мотивами (страх перед покаранням, помста, заздрість, незадоволення тим, що службова особа не виконала обіцяне, бажання викрити хабарника тощо), але в будь-якому разі не з тим, що про скоєне стало відомо правоохоронним органам. Закріплення в частині 5 статті 354 КК України положення про здійснення добровільної заяви про те, що сталося, до отримання уповноваженим державним органом інформації про злочин з інших джерел, як видається, легалізує такий усталений підхід.

Проте чи є він універсальним? Змоделюймо таку ситуацію: особа запропонувала неправомірну вигоду службовій особі, стосовно якої вже здійснюються негласні слідчі (розшукові) дії, після чого звертається до правоохоронного органу, впевнена в тому, що вона своєчасно заявила про вчинений нею злочин. Ця особа не може розраховувати на звільнення її від кримінальної відповідальності на підставі частини 5 статті 354 КК України, якщо буквально тлумачити цю кримінально-правову норму.

Стисло характеризує положення динамічно оновлюваного антикорупційного законодавства, які засвідчують, що останнє стає більш жорстким, можна, звичайно, продовжувати. При цьому важко не погодитись із тим, що посилення суворості кримінально-правових норм має зумовлюватись справжньою життєвою необхідністю і гідними науковими напрацюваннями, а не швидкоплинними, кон'юнктурними міркуваннями і бажанням продемонструвати особливе завзяття в боротьбі з тими чи іншими злочинами (як от у нашому випадку — з корупцією).

Незважаючи на періодичні зміни і рух вперед за допомогою явно ненаукового методу «спроб і помилок», кримінальний закон у частині регламентації відповідальності за корупційні злочини продовжує містити положення, які унеможливають їх однакове тлумачення і застосування. Позначу деякі з них.

1. Щодо використання в назвах статей 368<sup>3</sup> і 368<sup>4</sup> КК України терміна «підкуп».

З огляду на те, що термін «підкуп» позначає дії особи, яка пропонує, обіцяє або надає неправомірну вигоду, і не може позначати дії того, хто таку вигоду отримує (погоджується на відповідну пропозицію, обіцянку), використання цього терміна в назвах статей 368<sup>3</sup> і 368<sup>4</sup> КК України можна вважати виправданим лише частково. Найменування злочину, передбаченого статтею 368<sup>3</sup> КК України, використання у назві цієї статті терміна «підкуп» наводять на думку про те, що склад злочину, передбаченого частиною 3 статті 368<sup>3</sup> КК України, буде лише у тому разі, коли належний суб'єкт одержує неправомірну вигоду за вчинення обумовлених дій або бездіяльності з використанням наданих службових повноважень. Інакше кажучи, обіцянка, запропонована або фактично надана неправомірною вигодою повинна за часом передувати вчиненню дій або бездіяльності службової особи юридичної особи приватного права з використанням наданих повноважень. Водночас із диспозиції частини 3 статті 368<sup>3</sup> і частини 3 статті 368<sup>4</sup> КК України такий висновок не впливає. Якщо тлумачити ці кримінально-правові норми буквально, можна стверджувати, що ознаки передбаченого нею складу злочину вбачаються і в поведінці тієї службової особи юридичної особи приватного права, яка за вчинені у минулому дії (бездіяльність) з використанням наданих їй повноважень одержує заздалегідь необумовлену неправомірну вигоду.

З метою узгодження назви статті 368<sup>3</sup> КК України і розміщених у ній кримінально-правових норм, а також для більш послідовної реалізації ідеї диференціації кримінальної відповідальності за службові правопорушення в публічній і приватній сферах *de lege ferenda* у частинах 1 і 3 статті 368<sup>3</sup> КК України варто вказати на те, що неправомірною вигодою пропонується, обіцяється, надається та одержується

(пропозиція, обіцянка вигоди приймається) за вчинення обумовлених дій чи бездіяльності відповідного суб'єкта по службі.

2. Проблема кваліфікації одержання службовою особою неправомірної вигоди за дію (бездіяльність), яку ця особа в силу свого службового становища (навіть у широкому розумінні цього поняття) об'єктивно не спроможна вчинити, хоча ця дія (бездіяльність) бажана для того, хто надає неправомірну вигоду (або для третьої особи) і вважає, що ця службова особа здатна вчинити таку дію (бездіяльність).

На мій погляд, такі дії повинні кваліфікуватись за статтею 368 КК України. Однак на практиці має місце інша тенденція: зустрічаються рішення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, в яких обстоюється концепція так званої реальної можливості та в яких вказується на відсутність складу злочину, передбаченого статтею 368 КК України, у випадках одержання службовими особами неправомірних вигод за дії (бездіяльність), які ці особи не спроможні вчинити по службі, і нерідко здійснюється перекваліфікація такої поведінки службових осіб на статтю 190 КК України.

Мені, однак, видається, що у подібних ситуаціях акцент варто робити на уявленні того, хто пропонує, обіцяє або надає неправомірну вигоду, про можливість позитивного для нього вирішення конкретного питання службовою особою, її можливість сприяти прийняттю (у тому числі колективним органом) рішення, бажаного для зацікавленої особи (відведення земельної ділянки, видача дозволу на проведення масового заходу, реалізація арештованого майна всупереч встановленому порядку, незаконне звільнення від кримінальної відповідальності тощо).

Незважаючи на наявність у поведінці службової особи в подібних ситуаціях обману, вчинене не виходить за межі службового злочину, а обман не трансформує скоєне у злочин проти власності. Адже службова особа розуміє, що неправомірна вигода пропонується, обіцяється або надається їй за дії чи бездіяльність по службі; крім того, умислом службової особи охоплюється усвідомлення того, що суб'єкт «активного» підкупу сприймає свою поведінку як пропозицію, обіцянку або надання неправомірної вигоди. Кваліфікація вчиненого в цьому разі за статтею 368, а не, наприклад, за статтею 190 КК України «Шахрайство» дозволяє врахувати тісний зв'язок між злочинами, передбаченими статтями 368 і 369 КК України, а також те, що аналізована поведінка службової особи (корумпованої принаймні суб'єктивно) посягає на ті суспільні відносини, які становлять об'єкт злочину, передбаченого статтею 368 КК України. До того ж фактичне виконання (невиконання) дій по службі в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи, як уже зазначалось, знаходиться поза межами об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого статтею 368 КК України.

На користь обстоюваного мною підходу вказує і пункт 39 Пояснювальної записки до Кримінальної конвенції проти корупції, в якому наголошується на призначенні кримінально-правових заборон на кшталт статті 368 КК України. Отже, вирішальним елементом складу хабарництва є не те, чи володіє посадова особа якимось розсудом на те, щоб діяти згідно з проханням хабародавця, а те, чи їй з метою від неї щось одержати запропонували, надали або пообіцяли хабара. Хабародавець може і не знати, чи володіє посадова особа такою свободою дій, проте для наявності складу злочину «давання хабара національним публічним посадовим особам» це положення є нерелевантним. Конвенція має на меті зберегти довіру громадян до справедливої публічної адміністрації, а ця довіра помітно ослабла б навіть і в тому разі, якби посадова особа діяла, так і не діставши хабара.

3. Традиційно в судовій практиці обстоювалось так зване широке розуміння використання службового становища при одержанні хабара (наразі — неправомірної вигоди), яке охоплювало використання службовою особою свого службового авторитету, зв'язків з іншими службовими особами, інших можливостей, обумовлених займаною посадою. Наголос, таким чином, робився на тих фактичних можливостях по службі, які виходять за межі службової компетенції винного та яких позбавлені особи, котрі не обіймають ту чи іншу посаду.

Поява в КК України статті 369<sup>2</sup> «Зловживання впливом» фактично означає, що законодавець з усіх форм передбаченого статтею 368 КК України одержання неправомірної вигоди вважає менш суспільно небезпечною і, відповідно, встановлює за неї менш суворе покарання (див. санкції частин 2 і 3 статті 369<sup>2</sup>, частин 1—4 статті 368 КК України відповідно) таку форму, як одержання неправомірної вигоди за життя службовою особою завдяки своєму службовому становищу заходів до вчинення іншими службовими особами бажаних дій, які сам одержувач неправомірної вигоди вчинити не вправі. Одержання

у цьому разі службовою особою неправомірної вигоди за здійснення впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави, з метою спонукати її вчинити певні дії чи утриматись від них утворює склад злочину «зловживання впливом» (наприклад, одержання головою суду неправомірної вигоди за вплив на прийняття процесуального рішення суддею очолюваного цим керівником суду).

Відмінність між зловживанням і хабарництвом полягає в тому, що особа, котра зловживає впливом, не мусить «учинити дію або утриматися від дії», як би це належало зробити публічній посадовій особі. Особа, яка зловживає впливом, перебуває у становищі стороннього: вона не може приймати рішення самостійно, однак неналежним чином використовує свій реальний або стверджуваний вплив на інших осіб (пункти 65—66 Пояснювальної записки до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією).

Виходить, що в цій частині має місце конкуренція загальної (стаття 368 КК України) і спеціальної (частини 2 і 3 статті 369<sup>2</sup> КК України) кримінально-правових норм, яка повинна вирішуватись шляхом надання переваги спеціальній нормі. Обстоюють таке співвідношення зазначених кримінально-правових заборон і такі відомі українські вчені, як Андрушко П.П., Киричко В.М., Яриши Н.М. (проблема виникала при розгляді у ВСУ справи сумнозвісного «колядника» Зварича).

Щодо суб'єкта зловживання впливом, караного за частиною 2 статті 369<sup>2</sup> КК України, такої однозначності не спостерігається, у зв'язку з чим можливі різні тлумачення цієї ознаки складу злочину. Йдеться, зокрема, про те, що суб'єкт злочину, передбаченого частиною 2 статті 369<sup>2</sup> КК України, є: 1) спеціальним — це особа, яка не є службовою, однак має можливість вплинути на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави; 2) загальним — це може бути і службова особа, і особа, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, і працівник підприємства, установи, організації — за умови, що дії такого суб'єкта, які становлять зловживання впливом, не означають використання її службового становища чи наданих їй повноважень; 3) спеціальним — це лише такі особи, які здатні впливати на того, хто уповноважений на виконання функцій держави, шляхом використання можливостей, пов'язаних з їх службовими повноваженнями в широкому розумінні (обумовлених такими можливостями). Маються на увазі службові особи та особи, які надають публічні послуги.

Разом із тим чинна редакція статті 369<sup>2</sup> КК України допускає і таке тлумачення, відповідно до якого суб'єктом зловживання впливом, передбаченого частиною 2 цієї статті, може бути і службова особа, здатна впливати на того, хто уповноважений на виконання функцій держави, шляхом використання можливостей, пов'язаних з її службовим становищем у широкому розумінні цього поняття. Відсутність у зазначеній кримінально-правовій нормі безпосередньої вказівки на те, що суб'єктом злочину, передбаченого нею, виступає службова особа, такої можливості не виключає. Тобто склад злочину, передбаченого частиною 2 статті 369<sup>2</sup> КК України, є підстави вважати альтернативно-службовими. На користь пропонованого тлумачення національного кримінального закону вказує і та обставина, що у статті 18 Конвенції ООН проти корупції до суб'єктів «пасивного» (у формі прийняття неправомірної вигоди) зловживання впливом поряд із будь-якою іншою особою віднесено і державну посадову особу.

Ще один дискусійний аспект зловживання впливом: стаття 369<sup>2</sup> КК України не конкретизує (не уточнює) характер впливу на особу, уповноважену на виконання функцій держави. Тому створюється враження, що це може бути не лише умовляння та його різновиди (прохання, переконання, порада, обіцянка тощо), а й будь-яка інша дія, спроможна неправомірно внести корективи в процес ухвалення рішення згаданою особою. Незважаючи на це, на питання про можливість визнання таким впливом злочинної поведінки на кшталт погроз, фізичного насильства і навіть наказу (розпорядження) треба давати негативну відповідь. Адже таке широке розуміння поняття впливу з погляду кваліфікації за статтею 369<sup>2</sup> КК України суперечить як етимології поняття «зловживання впливом», використаного у назві цієї статті (наприклад, у випадках погроз вбивством, знищенням або пошкодженням майна чи шантажування вести мову про «зловживання впливом» і тим більше про «торгівлю впливом» явно недоречно), так і основній ідеї криміналізації зловживання впливом як прояву «фонові корупції», зображеної у міжнародно-правових документах, у порядку імплементації положень яких з'явилися кримінально-правові заборони, розміщені в коментованій статті КК України.

Насамкінець зазначу, що основна проблема протидії корупції в сучасних умовах лежить не у законодавчій, а в правозастосовній площині, полягає не у відсутності юридичних підстав для притягнення до кримінальної відповідальності за суспільно небезпечні діяння, що становлять собою злочинну корупцію, а в незастосуванні, неправильному або вибіркового застосуванні положень кримінального закону.

Ще Конфуцій говорив: коли я приїжджаю в чужу країну, я не запитую, добрі чи погані тут закони; я лише запитую, чи виконуються вони. Відповідно, як справедливо зауважує Навроцький В.О., треба змінювати не кримінальний закон, а ставлення до його виконання. Прогресивного антикорупційного законодавства (вважатимемо, незважаючи на сказане вище, що воно у нас є) для ефективної протидії корупції явно замало — потрібні професіоналізм і добросовісність правозастосувачів, поступові зміни в менталітеті всього суспільства. Науковці ж, роблячи більш або менш кваліфікований внесок у науково-методичне забезпечення протидії корупції, готові в цивілізованих формах допомогти практикам розібратися в нюансах і «вузьких місцях» антикорупційного законодавства.



---

## ПРАВО ОСОБИ НА СВОБОДУ ТА ОСОБИСТУ НЕДОТОРКАННІСТЬ: ВІТЧИЗНЯНІ ВИНЯТКИ З ЄВРОПЕЙСЬКИХ ПРАВИЛ

---



---

### **МИКОЛА КОРОТКЕВИЧ**

кандидат юридичних наук, заслужений юрист України,  
суддя Верховного Суду України

---

Право на свободу належить до основоположних природних прав людини. Реальне визнання права людини на свободу та особисту недоторканність, забезпечення його через закріплення в законодавстві та захист його судом, недопустимість свавілля держави у процесі реалізації його особою є зобов'язанням будь-якої демократичної держави.

Європейський суд з прав людини (далі — ЄСПЛ) послідовно зазначає, що особиста свобода повинна бути правилом, а позбавлення свободи до рішення суду — суворим винятком.

При застосуванні обмеження свободи особливо важливо дотримуватися загального принципу правової визначеності. Умови обмеження свободи мають бути чітко визначені в законодавстві, а сам закон має бути передбачуваним у своєму застосуванні для дотримання стандарту законності, встановленого Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція). Цей стандарт вимагає, аби всі закони були написані законодавцем якомога точніше, щоб особа (у разі необхідності — користуючись юридичною порадою) в розумній мірі та за певних обставин могла відокремлювати правомірну поведінку від протиправної та передбачати юридичні наслідки своїх дій.

Одним із обмежень права на свободу та особисту недоторканність є діяльність держави, пов'язана зі здійсненням правосуддя у кримінальних справах. Метою затримання чи тримання під вартою є забезпечити допровадження особи до компетентного органу для виконання процесуальних обов'язків підозрюваного, зокрема допиту. Мета ж допиту — сприяти подальшому кримінальному розслідуванню шляхом підтвердження або зняття конкретних підозр, що обґрунтовують арешт.

Прикладом того, як ЄСПЛ оцінює законність мети взяття під варту підозрюваного, можуть слугувати висновки в рішенні у справі «Тимошенко проти України», де Суд констатував, що позбавлення заявниці свободи було застосоване не з метою допровадження її до компетентного судового органу за наявності обґрунтованої підозри у вчиненні нею правопорушення, а з інших причин, тобто всупереч статті 5 Конвенції.

Обґрунтована підозра для попереднього ув'язнення у практиці ЄСПЛ — це існування фактів або інформації, які могли би переконати об'єктивного спостерігача, що конкретна особа могла вчинити цей злочин. Тому судові органи зобов'язані в кожному конкретному випадку при вирішенні питання про попереднє ув'язнення особи перевіряти наявність обґрунтованої підозри у скоєнні цієї особою відповідного кримінального правопорушення.

Також держава має довести необхідність тримання особи під вартою, а суди, виходячи з презумпції на користь свободи, — вирішити на основі принципу змагальності, чи є достатні підстави для такого тримання.

Крім того, перед застосуванням до особи запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою суд повинен обов'язково розглянути можливість застосування альтернативних запобіжних заходів. Позбавлення свободи може бути виправданим лише тоді, коли інші, менш суворі запобіжні заходи, поперше, були розглянуті, а по-друге, визнані такими, що не зможуть забезпечити мети, досягнення якої вимагається.

Продовження тримання під вартою може бути виправдане тільки за наявності певного суспільного інтересу, який, незважаючи на презумпцію невинуватості, переважує принцип поваги до свободи особистості.

Нормативна база, включаючи Конституцію, Кримінальний процесуальний кодекс України (далі — КПК України), Конвенцію та судову практику ЄСПЛ, є більш ніж достатньою для належного обґрунтування рішень про тримання під вартою та продовження його строку або застосування будь-яких інших заходів процесуального примусу. При вирішенні таких питань суд має не тільки керуватися приписами КПК України, але й у кожному конкретному випадку оцінювати допустимість позбавлення особи свободи з огляду на те, як тлумачить та застосовує статтю 5 Конвенції ЄСПЛ, який напрацював у цій сфері значний пласт практики, у тому числі й за результатами розгляду справ за заявами проти України.

Зокрема, порушення права на свободу та особисту недоторканність ЄСПЛ вбачає у такому:

- тримання особи під вартою без відповідного судового рішення, у тому числі виключно на тій підставі, що після закінчення досудового слідства обвинувальний висновок у справі було передано до суду першої інстанції;
- тримання особи під вартою на підставах, які не можуть вважатися «достатніми» та виправдати тривалість тримання, а також ненаведення будь-яких підстав для продовження строку тримання або з посиланням на одні й ті самі підстави без надання конкретних відомостей, зокрема без вказівки про те, в який спосіб особа може продовжити вчиняти злочини, вплинути на свідків або перешкодити слідству в установленні істини у справі;
- ігнорування судами інших запобіжних заходів як альтернативи триманню під вартою;
- незабезпечення органами влади допровадження особи до суду впродовж передбаченого законом строку та ненадання обґрунтування такої затримки;
- несвоєчасний розгляд клопотання про звільнення з-під варті або відхилення судом такого клопотання взагалі без жодного обґрунтування чи з посиланням на стандартні формулювання;
- незабезпечення органами влади негайного виконання постанови про звільнення особи з-під варті;
- невиправдане поміщення осіб до психіатричної лікарні;
- незабезпечення особі гарантованого права на відшкодування за незаконне затримання і тримання під вартою.

Результатом перегляду Верховним Судом України кримінальних справ на підставі встановлення ЄСПЛ порушення нашою державою міжнародних зобов'язань за статтею 5 Конвенції переважно є скасування всіх судових рішень у справі та направлення її на новий розгляд до суду першої інстанції.

Аналітичний огляд рішень ЄСПЛ послідовно свідчить, що передумовами порушення в Україні статті 5 Конвенції є неналежна судова практика обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою та продовження його строку, а також відсутність у нашому законодавстві ефективних превентивних і компенсаційних засобів захисту особи від неправомірного позбавлення волі.

Цю проблему частково розв'язано з оновленням кримінального процесуального закону, в тому числі щодо порядку обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою та його оскарження, адже всі, крім одного, рішення ЄСПЛ щодо статті 5 Конвенції, які набули статусу остаточного станом на кінець минулого року, стосуються кримінальних справ, розглянутих за КПК 1960 року.

Водночас у першому з подібних рішень стосовно кримінальної справи, розглянутої за чинним КПК України, ЄСПЛ знову встановив системне для України порушення статті 5 Конвенції. У рішенні «Чанев проти України», яке набуло статусу остаточного 9 січня 2015 року, ЄСПЛ зазначив, що часто «констатував порушення підпункту «с» пункту 1 статті 5 Конвенції щодо періодів, протягом яких тримання під вартою здійснювалося без відповідного судового рішення, особливо протягом періоду після закінчення слідства та до початку судового розгляду. Вважалося, що проблема походить з прогалини у законодавстві, і державі-відповідачу було запропоновано вжити невідкладних заходів для приведення її законодавства та практики у відповідність до висновків Суду щодо статті 5 Конвенції. Як показує ця справа, нове законодавство містить аналогічний недолік, і стосовно нового Кримінального процесуального кодексу України було виявлено таке ж порушення».

ЄСПЛ зазначив, що новий КПК України чітко і точно не врегулює питання щодо тримання особи під вартою у період після закінчення досудового розслідування та до початку судового розгляду, оскільки частиною 3 статті 331 КПК України передбачено, що суд першої інстанції має двомісячний строк для вирішення питання щодо продовження тримання обвинуваченого під вартою, навіть якщо вже закінчився строк дії попередньої ухвали про тримання під вартою, постановленої слідчим суддею. За цих міркувань Суд дійшов висновку, що чинне законодавство дозволяє продовження тримання підозрюваного під вартою без судового рішення протягом періоду тривалістю до двох місяців (саме ці положення застосовувалися державними органами у справі Чанева Ю.В.).

Громадянин Чанев поскаржився до ЄСПЛ на те, що всупереч положенням статті 5 Конвенції він упродовж півтора місяця (з 28 лютого по 15 квітня 2013 року) перебував під вартою без жодного рішення суду, однак органи державної пенітенціарної служби не звільнили його, а органи прокуратури та суд не відреагували на його незаконне тримання під вартою.

Уряд (в особі представника Міністерства юстиції України) вважав законною підставою для тримання заявника під вартою перебування його під юрисдикцією суду першої інстанції, повноваження якого з цього приводу викладено в частині 3 статті 331 КПК України, а також установа під час підготовчого судового засідання відсутності підстав для звільнення заявника.

Водночас, згідно зі статтею 29 Конституції України, ніхто не може триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду. Саме тому в день закінчення строку дії ухвали щодо продовження тримання заявника під вартою його захисник вимагав від начальника слідчого ізолятора негайно звільнити Чанева Ю.В. з-під варті, на що отримав відмову з посиланням на те, що після передачі матеріалів справи до суду першої інстанції лише суд вирішує питання щодо тримання особи під вартою. Того ж дня захисник поскаржився на адміністрацію слідчого ізолятора до прокуратури, але у відповідь отримав повідомлення, що оскільки в останній день строку тримання під вартою матеріали справи передано до суду першої інстанції, то права та інтереси громадянина не було порушено. Після цього захисник подав клопотання про звільнення Чанева Ю.В. слідчому судді, де зазначив, що про продовження тримання його підзахисного під вартою не було прийнято жодного рішення. Однак слідчий суддя відмовив у задоволенні клопотання, пославшись на частину 3 статті 331 КПК України, яка дає суду першої інстанції два місяці для вирішення питання щодо продовження тримання особи під вартою, та дійшов висновку, що підстав для звільнення заявника немає. Суд апеляційної інстанції залишив ухвалу слідчого судді без зміни. Рішення про продовження тримання Чанева Ю.В. під вартою суд ухвалив лише під час підготовчого судового засідання.

ЄСПЛ одностайно ухвалив рішення на користь заявника та зобов'язав Україну сплатити на його користь 4 тисячі 500 євро відшкодування моральної шкоди. А найбільш доцільним способом вирішення встановленого порушення ЄСПЛ назвав невідкладне внесення змін до законодавства з метою забезпечення відповідності національного кримінального процесу вимогам статті 5 Конвенції.

Також яскравим прикладом порушення Україною зобов'язань за статтею 5 Конвенції є рішення ЄСПЛ у справі «Хайредінов проти України», в якому Суд звернув увагу на те, що «на момент взяття заявника під варту йому було близько двадцяти років, він не мав судимості та мав постійне місце проживання, де, як підтвердили місцеві органи влади, він мав добре налагоджені соціальні зв'язки». Проте «жоден із цих факторів не брався до уваги національними судами при ухваленні ними рішення про взяття заявника під варту. Крім того, здійснюючи оцінку особистості заявника, національні суди вирішили посылатися виключно на негативні характеристики та не враховували позитивних. Посилаючись на тяжкість обвинувачень та наявність ризику його ухилення від слідства і суду, національні суди не надали жодної оцінки беззаперечному дотриманню заявником вимог слідчого щодо явки до нього протягом більше ніж місяця до його затримання, а також відсутності будь-яких спроб з його сторони вплинути у будь-який спосіб на хід розслідування. Також не було розглянуто можливість застосування менш суворих запобіжних заходів, таких як підписка про невиїзд або застава, які могли б забезпечити доступність заявника для розслідування та судового розгляду». З огляду на таке ЄСПЛ дійшов висновку, що в цій справі мало місце порушення пункту 1 статті 5 Конвенції, а позбавлення заявника свободи визнав свавільним, зауваживши, що національні органи влади не надали належного обґрунтування для застосування найбільш суворого заходу втручання у право заявника на свободу.

Отже, застосовуючи обмеження свободи, суд повинен виходити з необхідності забезпечення справедливого балансу між суспільним інтересом та вимогами захисту основних прав особи.

Хоча європейських правил щодо забезпечення права на свободу та особисту недоторканність Україна де-юре дотримується з 1997 року, а до світових правил щодо забезпечення громадянських і політичних прав приєдналася ще раніше, але у травні минулого року наша держава заявила про відступ від окремих зобов'язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права (далі — Пакт) та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод. Цю заяву схвалено постановою Верховної Ради від 21 травня 2015 року № 462-VIII. Україна через Генерального секретаря Організації Об'єднаних Націй та Генерального секретаря Ради Європи інформувала інші держави-учасниці про відступ від певних зобов'язань у зв'язку з надзвичайною ситуацією. Згадані міжнародні договори дозволяють такий відступ лише за певних умов і в певних межах, а також вимагають від держави-учасниці інформувати про заходи, що відступають від зобов'язань, про причини їх вжиття та час їх припинення. У зв'язку з анексією та тимчасовою окупацією Автономної Республіки Крим і м. Севастополя парламент оголосив про те, що відповідальність за дотримання прав людини і виконання міжнародних договорів на анексованій і тимчасово окупованій території України несе Російська Федерація, яка також відповідальна за дотримання і захист прав людини на територіях окремих районів Донецької та Луганської областей України, де з квітня 2014 року здійснюється антитерористична операція. Парламент заявив, що змушений приймати рішення, які становлять певний відступ від міжнародних зобов'язань України, з метою забезпечення життєво важливих інтересів суспільства і держави в умовах збройної агресії Російської Федерації.

Україна відступила від забезпечення не лише права на свободу та особисту недоторканність, але й права на справедливий суд, права на повагу до особистого й сімейного життя, права на ефективний засіб юридичного захисту та права на вільне пересування. Від забезпечення цих прав на території проведення антитерористичної операції наша держава відступила на період до повного припинення збройної агресії Російської Федерації та відновлення конституційного ладу і порядку на окупованій території.

Зокрема, на території АТО введено особливий режим досудового розслідування, в якому повноваження слідчих суддів тимчасово передаються відповідним прокурорам, однак виключно за умови неможливості слідчого судді виконувати повноваження, визначені чинним Кримінальним процесуальним кодексом України, а також запроваджено превентивне затримання без ухвали суду — лише за згодою прокурора і на строк понад 72 години — але не більш ніж на 30 діб, проте цей захід може бути застосовано винятково до осіб, причетних до терористичної діяльності.

З огляду на тривання небезпечної ситуації надалі Україна залишила за собою право вживати заходів, які можуть становити відступ від зобов'язань за іншими статтями Пакту та Конвенції. Необхідно

зазначити, що навіть під час війни або іншої суспільної небезпеки, що загрожує життю нації, згадані міжнародні договори не дозволяють державам-учасникам відступати від зобов'язань щодо дотримання заборони катування, покарання без закону, рабства і примусової праці та від забезпечення права на життя, крім випадків смерті внаслідок правомірних воєнних дій. Пакт також не дозволяє відступати від зобов'язань про забезпечення права на свободу думки, совісті й релігії, права на визнання правосуб'єктності та заборони ув'язнення через неспроможність виконати договірне зобов'язання. Положення Пакту окремо застерігають держав-учасниць від того, щоб заходи на відступ від їхніх зобов'язань тягнули за собою дискримінацію на основі раси, кольору шкіри, статі, соціального походження, релігії чи мови.

Але які б виклики не поставали перед державою, її головним обов'язком є утвердження і забезпечення прав і свобод людини, адже саме їх гарантування визначає зміст і спрямованість діяльності держави. А недоторканність людини є однією з найвищих соціальних цінностей.

Приєднавшись до європейських держав, які підписали Конвенцію, Україна не лише взяла на себе додаткові зобов'язання, але й засвідчила, що поділяє віру в основоположні свободи, які становлять підвалини справедливості та миру і які забезпечуються не тільки завдяки дієвій демократії, але й завдяки спільному розумінню та додержанню прав людини.



---

## ПУБЛІЧНЕ ЗВИНУВАЧЕННЯ ЯК ПОПУЛЯРНИЙ ІНСТРУМЕНТ ДЛЯ ПРИТЯГНЕННЯ ДО КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

---



---

**ІГОР ФЕДОРЕНКО**  
партнер АО AVER LEX

---

Значительный общественный спрос на расследование резонансных уголовных преступлений порождает новое «предложение» от органов досудебного расследования: уголовное обвинение все чаще приобретает «публичные» формы. Нередко от первых лиц правоохранительных или силовых ведомств посредством социальных сетей или СМИ мы узнаем о громких уголовных производствах, фигурантами которых являются высокопоставленные чиновники или довольно известные лица.

Как правило, громкие заявления представителей правоохранительных или силовых ведомств касаются двух «категорий» уголовных производств: первая — дела в отношении бывших высших должностных лиц; вторая — так называемые коррупционные уголовные производства. При других обстоятельствах такая публичность могла бы свидетельствовать о высокой эффективности работы правоохранительной системы. Но, к сожалению, нужно констатировать, что практически всегда подобные публичные заявления не имеют под собой правовой (доказательной) базы: обвинения, которые звучат с высоких трибун (на пресс-конференциях, брифингах и т.д.), фактически не подтверждаются реальными

доказательствами, собранными в рамках досудебного расследования. Материалы последнего могут формироваться уже в процессе, после обнародования «официальной» позиции правоохранителей, и нередко — путем их «подгонки».

Сегодня правоохранители своими публичными громкими заявлениями подменяют реальные результаты расследования уголовных производств, установление виновных лиц, обеспечение их привлечения к установленной законом ответственности. Обычно это происходит по уже проверенной ими схеме: «сверху» ставится задача обвинить неуютное служебное лицо и подыскивается инструмент ее реализации, затем сформированное обвинение громко озвучивается первыми лицами силовых ведомств в СМИ, а материалы дела быстро формируются «на ходу» с помощью оперативных мероприятий. При избрании меры пресечения применяется единственный принцип — «Только за решетку!». И дальше через СМИ формируется общественное мнение о виновности лица.

Одна из главных на сегодня проблем заключается в том, что представители органов досудебного расследования часто злоупотребляют своими правами и обнародуют «результаты расследования» до момента реального начала его проведения. Например, по довольно известному делу экс-Главы ГСЧС Украины Сергея Бочковского как раз была подобная ситуация: во время проведения пресс-конференции представителям СМИ публично были предъявлены документы, якобы подтверждающие его вину. При этом обыск, в рамках которого будто бы были выявлены соответствующие материалы, фактически был начат лишь после завершения пресс-конференции, что не помешало правоохранителям отобразить факт «изъятия» документов в протоколе, составленном по результатам проведения такого обыска. Кроме того, довольно распространенным явлением на этапе проведения обыска является недопуск адвокатов к следственному действию.

Также в подобных ситуациях правоохранители используют особенность действующей процедуры начала уголовного производства, в частности автоматическое внесение сведений в «непубличный» Единый реестр досудебных расследований (далее — ЕРДР), который, как известно, нельзя обжаловать. Конечно, факт регистрации в ЕРДР того или иного уголовного производства сам по себе не является и не может быть подтверждением каких-либо незаконных действий. В отличие от положений Уголовно-процессуального кодекса Украины 1960 года, новый Кодекс, принятый в 2012 году, не предусматривает такого понятия, как возбуждение уголовного дела в отношении лица. Соответственно, факт наличия уголовного производства может служить лишь подтверждением того, что определенные обстоятельства являются предметом проверки правоохранительных органов. В то же время ни извлечение из ЕРДР, ни даже уведомление лица о подозрении ни при каких обстоятельствах не могут подменять собой обвинительный приговор суда и подтверждать виновность лица в совершении уголовно наказуемых деяний.

«Подрыв» репутации лица за счет использования сведений из ЕРДР может быть лишь следствием незаконного использования такой информации заинтересованными лицами, в том числе путем публичного ее распространения. На этой проблеме неоднократно акцентировал внимание и Европейский суд по правам человека (далее — Евросуд), отмечая, в частности, что «принцип презумпции невиновности не запрещает органам власти сообщать общественности о проводимых уголовных расследованиях, но вместе с тем требует от них максимальной осмотрительности и бдительности, чтобы соблюдать презумпцию невиновности» (дела «Фатуллаев против Азербайджана», «Гарицки против Польши»), при этом необходимо различать «заявление о том, что кто-либо лишь подозревается в совершении преступления, и заявление, сделанное в отсутствие вступившего в силу приговора, о том, что лицо совершило рассматриваемое преступление. Последнее нарушает презумпцию невиновности, тогда как первое не вызывает возражений в различных ситуациях, рассматриваемых Судом» (дело «Гарицки против Польши»).

Универсальных рецептов «реабилитации» в связи с такими публичными обвинениями нет, поскольку необходимо учитывать специфику каждого конкретного дела. Но, как показывает практика, позиция публично обвиняемого лица «сами во всем разберутся» или «ничего сделать уже нельзя, нужно угодить следователю, чтобы не стало еще хуже» является ошибочной.

Фактически работа адвоката, столкнувшегося с ситуацией, когда его клиент был публично безосновательно обвинен в совершении незаконных действий, осуществляется по трем направлениям. Во-первых, нужно формировать доказательную базу, подтверждающую позицию защиты, то есть собирать доказательства, опровергающие озвученное в СМИ обвинение. Во-вторых, необходимо

инициировать вопрос о защите чести, достоинства и (или) деловой репутации клиента в судебном порядке. При этом следует учитывать, что предварительное общественное мнение о виновности клиента благодаря действиям представителей правоохранительных органов уже было сформировано, поэтому и адвокат вынужден прибегать к публичным опциям: обнародовать данные о незаконных действиях со стороны органов досудебного расследования. И, в-третьих, эффективным инструментом противодействия публичным обвинениям может стать внесение в ЕРДР сведений о совершении уголовного правонарушения, предусмотренного частью 2 статьи 387 Уголовного кодекса Украины, и привлечении соответствующих лиц к уголовной ответственности за разглашение данных досудебного расследования, которые унижают честь и достоинство.

К сожалению, указанные проблемы вряд ли удастся решить лишь путем усовершенствования законодательства. И дело не в законодательной теории, а в ее практической реализации: злоупотреблениях и незаконных действиях представителей правоохранительных органов. В то же время для стороны защиты именно политическая составляющая уголовных производств часто служит препятствием для того, чтобы добиться надлежащего реагирования органов прокуратуры и судов на такие вопиющие случаи.



ДЕНЬ ДРУГИЙ 18.03.2016

## СЕСІЯ ІІІ. АКТУАЛЬНІ ПРАКТИКИ

---

### СЕКЦІЯ 2. ПОДАТКОВІ СПОРИ



#### МОДЕРАТОРИ

---

**СЕРГІЙ ВЕРЛАНОВ**

партнер ЮФ Sayenko Kharenko

**ВІКТОР МАРИНЧЕНКО**

суддя, секретар Судової палати  
в адміністративних справах  
Верховного Суду України

---



---

## УГОДИ ПРО УНИКНЕННЯ ПОДВІЙНОГО ОПОДАТКУВАННЯ: ПРАВОВІ ПОЗИЦІЇ

---



---

### **ВІКТОР МАРИНЧЕНКО**

суддя, секретар Судової палати в адміністративних справах  
Верховного Суду України

---

#### **Сутність подвійного оподаткування**

Подвійне оподаткування — це оподаткування одного об'єкта податку окремого платника податків одним і тим же (аналогічним) податком за один і той же проміжок часу або оподаткування у різних осіб однієї і тієї ж податкової бази зіставними податками.

Воно може існувати як у рамках національної системи податків та зборів, так і на міжнародному рівні. Причини виникнення подвійного оподаткування виходять за межі нашого дослідження. Ми оминемо проблеми подвійного оподаткування в рамках національної системи податків та зборів, а зупинимося на питаннях подвійного оподаткування на міжнародному рівні.

Міжнародне подвійне оподаткування викликане колізією законодавства двох або більше країн. Випадків міжнародного подвійного оподаткування більше за подвійне оподаткування в рамках національної системи податків та зборів. Це викликано особливістю систем оподаткування в конкретних державах, обумовлених особливостями економіки, традиціями, звичаєм. Крім того, майже кожна держава

намагається всіма можливими засобами збільшити власні податкові надходження, що спричиняє випадки багатократного міжнародного оподаткування.

За формами подвійного оподаткування можна виділити подвійне економічне оподаткування та подвійне юридичне оподаткування.

У першому випадку з одного і того ж доходу податок сплачують декілька його послідовних одержувачів. Тобто подвійне економічне оподаткування пов'язане із справлянням двох і більше податків з однієї податкової бази.

У другому випадку один і той же платник податків оподатковується зівставними (подібними) податками по відношенню одного і того ж об'єкта оподаткування (податкової бази) два або більше разів за один період. Причому подвійне оподаткування не є математичним подвоєнням суми податку, а є надлишковим збільшенням податкового тиску на платника податку.

### Уникнення подвійного оподаткування

Способи усунення подвійного оподаткування, які застосовуються в міжнародній практиці, різні. Це можуть бути односторонні заходи, передбачені національним податковим законодавством, або багатосторонні заходи, які реалізуються за допомогою міжнародних угод та конвенцій про уникнення подвійного оподаткування.

Методи пом'якшення (чи усунення) ефекту подвійного оподаткування, застосовані як у національних, так і в міжнародних правових актах, також можуть бути різні. Вони не суть нашого обговорення, але зауважимо, що для суддів, які розглядають справи, пов'язані з уникненням подвійного оподаткування, розуміння цих методів є одним з допоміжних механізмів тлумачення законів і ухвалення справедливих рішень.

Серед цих методів відзначимо:

- метод відстрочки (відстрочення оподаткування іноземних доходів до моменту їх ввезення в країну постійного місцезнаходження платника податків);
- метод звільнення (виключення з оподатковуваної бази доходів, отриманих за кордоном, та майна, яке перебуває за кордоном);
- метод вирахування (дохід оподатковується в обох договірних країнах, але за умови вирівнювання до рівня податку в країні з меншим розміром податку);
- метод податкового кредиту (залік сплачених за кордоном податків у рахунок зменшення зобов'язань платника податків зі сплати податку в своїй країні);
- метод податкової скидки (податок, сплачений за кордоном, розглядається як витрати, на які зменшується сума доходів, що підлягають оподаткуванню).

### Законодавство про уникнення подвійного оподаткування в Україні

Уникнення міжнародного подвійного оподаткування досягається шляхом укладення міжнародних угод та конвенцій.

В основі таких договорів лежить Типова (модельна) конвенція ООН про уникнення подвійного оподаткування і Типова (модельна) податкова конвенція організації економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР), Конвенція про взаємну адміністративну допомогу в податкових справах.

На сьогодні в Україні набули чинності міжнародні договори про уникнення подвійного оподаткування з Австрією (20 травня 1999 року), Азербайджаном (3 липня 2000 року), Алжиром (1 липня 2004 року), Бельгією (25 лютого 1999 року), Білоруссю (30 січня 1995 року), Болгарією (3 жовтня 1997 року), Бразилією (26 квітня 2006 року), Великою Британією (11 серпня 1993 року), В'єтнамом (19 листопада 1996 року), Вірменією (19 листопада 1996 року), Грецією (26 вересня 2003 року), Грузією (1 квітня 1999 року), Данією (21 серпня 1996 року), Єгиптом (27 лютого 2002 року), Естонією (24 грудня 1996 року), Ізраїлем (20 квітня 2006 року), Індією (31 жовтня 2001 року), Індонезією (9 листопада 1998 року), Іраном (21 липня 2001 року), Ісландією (9 жовтня 2008 року), Італією (25 лютого 2003 року), Йорданією (23 жовтня 2008 року), Казахстаном (14 квітня 1997 року), Канадою (22 серпня 1996 року), Кіпром (7 серпня 2013 року); Киргизстаном (1 травня 1999 року), Китаєм (18 жовтня 1996 року), Республікою Корея (19 березня 2002 року), Кувейтом (22 лютого 2004 року), Латвією (21 листопада 1996 року), Ліваном (6 вересня 2003 року), Лівією (31 січня 2010 року), Литвою (25 грудня 1997 року), Македонією (23 листопада 1998 року), Марокко (30 березня 2009 року), Мексикою

(6 грудня 2012 року), Молдовою (27 березня 1996 року), Монголією (3 листопада 2006 року), Нідерландами (2 листопада 1996 року), Норвегією (18 вересня 1996 року), Об'єднаними Арабськими Еміратами (9 березня 2004 року), Пакистаном (30 червня 2011 року), Південно-Африканською Республікою (23 грудня 2004 року), Польщею (11 березня 1994 року), Португалією (11 березня 2002 року), Російською Федерацією (3 серпня 1999 року), Румунією (17 листопада 1997 року), Саудівською Аравією (1 грудня 2012 року), Сінгапуром (18 грудня 2009 року), Сирією (4 травня 2004 року), Словаччиною (22 листопада 1996 року), Словенією (25 квітня 2007 року), США (5 червня 2000 року), Таджикистаном (1 червня 2003 року), Таїландом (24 листопада 2004 року), Туреччиною (29 квітня 1998 року), Туркменістаном (21 жовтня 1999 року), Угорщиною (24 червня 1996 року), Узбекистаном (25 липня 1995 року), Фінляндією (14 лютого 1998 року), Францією (1 листопада 1999 року), Федеративною Республікою Німеччина (4 жовтня 1996 року), Хорватією (1 червня 1999 року), Чехією (20 квітня 1999 року), Швейцарією (26 лютого 2002 року), Швецією (4 червня 1996 року).

Конвенція між Кабінетом Міністрів України і Союзним Урядом Союзної Республіки Югославія про уникнення подвійного оподаткування стосовно податків на доходи і капітал, яка була підписана 22 березня 2001 року та набула чинності 29 листопада 2001 року, застосовується у відносинах України з Республікою Сербія та з Республікою Чорногорія.

Крім того, відповідно до статті 7 Закону України «Про правонаступництво України» Україна застосовує договори СРСР про уникнення подвійного оподаткування, що діють до набуття чинності новими договорами. Договори СРСР діють у відносинах України з такими країнами, як Іспанія, Малайзія та Японія.

Конвенція про взаємну адміністративну допомогу в податкових справах станом на сьогодні поширюється на 71 країну та юрисдикцію (відомості з офіційного сайту ОЕСР).

### **Судові спори з питань уникнення подвійного оподаткування**

Найчастіше податкові спори з питань уникнення подвійного оподаткування виникають щодо оподаткування роялті, виплати процентів іноземним кредиторам, діяльності іноземних представництв тощо.

Варто зазначити, що до Верховного Суду України надходило небагато заяв про перегляд податкових справ з питань уникнення подвійного оподаткування. Однак вивчення цих справ, а також вивчення судових рішень Вищого адміністративного суду України у справах цієї категорії свідчить про те, що є певна непослідовність судів у підходах до вирішення спорів.

Разом із тим відрадно, що часто суди для тлумачення положень конвенцій України про уникнення подвійного оподаткування керуються коментарями до Модельної податкової конвенції ОЕСР, що свідчить про їх об'єктивний, а не формальний підхід до вирішення спорів.

### **Правові позиції**

Так, Верховний Суд України розглядав справу зі спору про визнання недійсним податкового повідомлення-рішення ОДПІ, яким позивачу було визначено податкове зобов'язання з податку на прибуток у сумі 1 007 634 грн (у тому числі 335 878 грн — основного платежу, 671 756 грн — штрафних (фінансових) санкцій) у зв'язку з порушенням вимог пункту 13.2 Закону України від 28 грудня 1994 року № 334/93-ВР «Про оподаткування прибутку підприємств» (далі — Закон № 334/93-ВР) у частині неутримання та несплати податку на прибуток підприємства під час виплати доходу нерезиденту.

Суд першої інстанції позов задовольнив. Апеляційний та касаційний суди залишили постанову без змін. Судові рішення мотивовані тим, що доходи, які були виплачені позивачем резидентам Чеської Республіки та Федеративної Республіки Німеччина на підставі Конвенції між Урядом України та Урядом Чеської Республіки та Угоди між Україною та Федеративною Республікою Німеччина, які були ратифіковані в Україні, мали оподатковуватися в договірних державах, тому ВАТ діяло відповідно до вимог національного податкового законодавства.

Судами попередніх інстанцій встановлено, що позивачем було отримано від нерезидентів послуги з розробки документації базового інжинірингу, а також з підготовки інженерно-технологічних висновків щодо підвищення продуктивності коксової батареї № м9-Біс на загальну суму 344 816,5 євро. На користь нерезидентів позивачем було перераховано 344 872,5 євро (2 239 188,67 грн).

Відповідно до частини 1 пункту 13.1 статті 13 Закону № 334/94-ВР будь-які доходи, отримані нерезидентом із джерелом їх походження з України від провадження господарської діяльності (у тому числі

на рахунки нерезидента, що ведуться в гривнях), оподатковуються у порядку і за ставками, визначеними цією статтею.

Пунктом 13.2 цієї статті передбачено, що резидент або постійне представництво нерезидента, що здійснюють на користь нерезидента або уповноваженої ним особи будь-яку виплату з доходу з джерелом його походження з України, отриманого таким нерезидентом від провадження господарської діяльності (у тому числі на рахунки нерезидента, що ведуться в гривнях), крім доходів, зазначених у пунктах 13.3—13.6, зобов'язані утримувати податок з таких доходів, зазначених у пункті 13.1 цієї статті, за ставкою у розмірі 15 % від їх суми та за їх рахунок, який сплачується до бюджету під час такої виплати, якщо інше не передбачене нормами міжнародних угод, які набули чинності.

Конвенцією між Урядом України і Урядом Чеської Республіки про уникнення подвійного оподаткування та попередження податкових ухилень стосовно податків на доходи і майно, яка була ратифікована Україною 17 березня 1999 року та набула чинності 20 квітня 1999 року (далі — Конвенція), та Угодою між Україною і Федеративною Республікою Німеччина про уникнення подвійного оподаткування стосовно податків на дохід і майно, яка була ратифікована Україною 22 листопада 1995 року та набула чинності 4 жовтня 1996 року (далі — Угода), передбачено, що види доходів резидента Договірної Держави, незалежно від джерела їх виникнення, про які йдеться у попередніх статтях, будуть оподатковуватись тільки в цій Державі (частини 1 статей 21 Конвенції та Угоди).

З огляду на положення міжнародних договорів та вимоги національного податкового законодавства суди дійшли правильного висновку про правомірність оподаткування доходів нерезидентів, отриманих в Україні, в державах, резидентами яких вони є.

Відповідно до частини 1 статті 4 Конвенції термін «резидент однієї Договірної Держави» означає будь-яку особу, яка за законодавством цієї Держави підлягає оподаткуванню в ній на підставі місця проживання, постійного місця перебування, місцезнаходження керівного органу або іншого аналогічного критерію. Аналогічне положення закріплене і в частині 1 статті 4 Угоди.

Як встановлено судами та підтверджено матеріалами справи, позивач надав для перевірки відповідні документи на підтвердження резидентства його контрагентів. Проте ОДПІ не визнала такі докази достатніми та дійшла висновку про порушення позивачем податкового законодавства.

Колегія судів Судової палати в адміністративних справах Верховного Суду України погодилася з висновками судів попередніх інстанцій, оскільки доводи ОДПІ не ґрунтувалися на вимогах закону та положеннях міжнародних договорів.

В іншій справі про визнання недійсним та скасування податкового повідомлення-рішення, яким позивачу визначено суму податкового зобов'язання з податку на прибуток іноземних юридичних осіб, у зв'язку з порушенням пунктів 13.1, 13.2 статті 13 Закону України від 28 грудня 1994 року № 334/94-ВР «Про оподаткування прибутку підприємств» (у редакції, чинній на час виникнення спірних відносин, та пунктів 1, 2, 3 статті 11 Конвенції між Урядом України і Урядом Латвійської Республіки про уникнення подвійного оподаткування та попередження податкових ухилень стосовно податків на дохід і на майно (ратифікована Україною 12 липня 1996 року Законом № 331/96-ВР та набула чинності для України 21 листопада 1996 року; далі — Конвенція), внаслідок чого занижено податок на прибуток іноземних юридичних осіб, суд першої інстанції позов товариства задовольнив.

Апеляційний адміністративний суд постанову суду першої інстанції скасував і прийняв рішення про відмову у задоволенні позовних вимог. Вищий адміністративний суд України постанову апеляційного адміністративного суду залишив без змін.

Суд апеляційної інстанції, відмовляючи в задоволенні позовних вимог, виходив із того, що проценти, сплачені позивачем за кредитними договорами резиденту Латвійської Республіки, можуть оподатковуватись в Україні відповідно до її законодавства з урахуванням норм міжнародних угод щодо максимального розміру ставки податку та інших особливостей оподаткування за цими угодами. Положення статті 11 Конвенції не можуть трактуватись як такі, що надають платнику податку право вибору, в якій саме з двох договірних держав здійснюватиметься оподаткування одержаного доходу, оскільки таке тлумачення не відповідає дійсному змісту вказаних міжнародних угод та суті податку, наведеному у статті 2 Закону № 334/94-ВР.

Колегія судів Судової палати в адміністративних справах Верховного Суду України погодилася з висновками апеляційного та касаційного судів, виходячи із такого.

Відповідно до пункту 13.1 статті 13 Закону № 334/94-ВР будь-які доходи, отримані нерезидентом із джерелом їх походження з України, від провадження господарської діяльності (у тому числі на рахунки нерезидента, що ведуться в гривнях), оподатковуються у порядку і за ставками, визначеними цією статтею. Для цілей цієї статті під доходами, отриманими нерезидентом із джерелом їх походження з України, треба розуміти, зокрема, проценти, дисконтні доходи, що сплачуються на користь нерезидента, у тому числі проценти за борговими зобов'язаннями, випущеними (виданими) резидентом.

Пунктом 13.2 статті 13 цього Закону передбачено, що резидент або постійне представництво нерезидента, що здійснюють на користь нерезидента або уповноваженої ним особи будь-яку виплату з доходу з джерелом його походження з України, отриманого таким нерезидентом від провадження господарської діяльності (у тому числі на рахунки нерезидента, що ведуться в гривнях), крім доходів, зазначених у пунктах 13.3—13.6, зобов'язані утримувати податок з таких доходів, зазначених у пункті 13.1 цієї статті, за ставкою у розмірі 15 % від їх рахунок, який сплачується до бюджету під час такої виплати, якщо інше не передбачене нормами міжнародних угод, які набули чинності.

Нормами міжнародного права, а саме — пунктами 1 і 2 статті 11 Конвенції визначено, що проценти, які виникають в одній Договірній Державі і сплачуються резиденту другої Договірної Держави, можуть оподатковуватись у цій другій Державі. Однак такі проценти можуть також оподатковуватись у тій Договірній Державі, в якій вони виникають, і відповідно до законодавства цієї Держави, але якщо одержувач фактично має право на проценти, податок, що стягується, не повинен перевищувати 10 % від загальної суми процентів. При цьому механізм усунення подвійного оподаткування передбачено статтею 24 цієї Конвенції.

Випадки, коли проценти, які виникають у Договірній Державі, мають звільнитися від оподаткування в цій Державі, передбачено пунктом 3 статті 11 Конвенції. Зокрема, це стосується процентів, якщо вони одержуються і справді належать Уряду другої Договірної Держави, включаючи його політико-адміністративні підрозділи і місцеві органи влади, Центральний банк або будь-яку фінансову установу, що повністю належить цьому Уряду, або проценти, які одержуються за позиками, що гарантуються цим Урядом.

Аналізуючи зазначені норми матеріального права, суд зробив висновок, що проценти, сплачені позивачем за кредитними договорами резиденту Латвійської Республіки, можуть оподатковуватись в Україні відповідно до її законодавства з урахуванням норм міжнародних угод щодо максимального розміру ставки податку та інших особливостей оподаткування за цими угодами. Положення статті 11 Конвенції не можуть трактуватись як такі, що надають платнику податку право вибору, в якій саме з двох договірних держав здійснюватиметься оподаткування одержаного доходу, оскільки таке тлумачення не відповідає дійсному змісту вказаних міжнародних угод та суті податку, наведеному у статті 2 Закону № 334/94-ВР.

У справі за позовом про визнання нечинним податкового повідомлення-рішення про визначення податкового зобов'язання за платежем податок на прибуток іноземних юридичних осіб позивач зазначав, що відповідно до вимог статті 11 Конвенції між Урядом України і Урядом Республіки Австрія про уникнення подвійного оподаткування та попередження податкових ухилень стосовно податків на доходи і на майно, яку ратифіковано Законом України від 17 березня 1999 року № 500-XIV (далі — Конвенція), відсотки, які виникають в одній Договірній Державі і сплачуються резиденту другої Договірної Держави, будуть оподатковуватись у цій другій Державі, а тому ДПІ необґрунтовано прийняла оскаржене рішення.

Суди встановили, що між ЗАТ та фірмою «RTI Holding GmbH» (Республіка Австрія) 2003 року укладено кредитний договір, який зареєстровано у Головному управлінні Національного банку України в Автономній Республіці Крим.

Статус контрагента як резидента Австрії підтверджується довідкою Федерального міністерства фінансів Австрії. У січні 2007 року позивач отримав лист від ТОВ, згідно з яким останній обрав місцем оподаткування відсотків країну свого резидентства — Австрію. Платіжним дорученням від 1 лютого 2007 року позивач за користування позиковими коштами сплатив контрагенту відсотки в сумі 159 845,77 доларів США.

ДПІ провела вїзну планову перевірку ЗАТ з питань дотримання вимог податкового, валютного та іншого законодавства і встановила порушення позивачем вимог підпункту «а» пункту 13.1 статті 13 Закону України від 28 грудня 1994 року № 334/94-ВР «Про оподаткування прибутку підприємств».

Суд першої інстанції позов задовольнив — визнав нечинним спірне рішення. Апеляційний та касаційний суди це рішення залишили без змін.

Колегія суддів Судової палати в адміністративних справах Верховного Суду України скасувала всі судові рішення з таких підстав.

Відповідно до пункту 13.1 статті 13 Закону № 334/94-ВР будь-які доходи, отримані нерезидентом із джерелом їх походження з України, від провадження господарської діяльності (у тому числі на рахунки нерезидента, що ведуться в гривнях) оподатковуються у порядку і за ставками, визначеними цією статтею.

Для цілей цієї статті під доходами, отриманими нерезидентом із джерелом їх походження з України, треба розуміти, зокрема, проценти, дисконтні доходи, що сплачуються на користь нерезидента, у тому числі проценти за борговими зобов'язаннями, випущеними (виданими) резидентом.

Пунктом 13.2 статті 13 цього Закону передбачено, що резидент або постійне представництво нерезидента, що здійснюють на користь нерезидента або уповноваженої ним особи будь-яку виплату з доходу з джерелом його походження з України, отриманого таким нерезидентом від провадження господарської діяльності (у тому числі на рахунки нерезидента, що ведуться в гривнях), крім доходів, зазначених у пунктах 13.3—13.6, зобов'язані утримувати податок з таких доходів, зазначених у пункті 13.1 цієї статті, за ставкою у розмірі 15 відсотків від їх суми та за їх рахунок, який сплачується до бюджету під час такої виплати, якщо інше не передбачене нормами міжнародних угод, які набули чинності.

Нормами міжнародного права, а саме — пунктами 1, 2 статті 11 Конвенції визначено, що проценти, які виникають в одній Договірній Державі і сплачуються резиденту другої Договірної Держави, будуть оподатковуватись у цій другій Державі. Однак такі проценти можуть також оподатковуватись у Договірній Державі, в якій вони виникають, і відповідно до законодавства цієї Держави, але якщо одержувач є фактичним власником процентів, податок, що стягується, не повинен перевищувати розміру, встановленого пунктом 2 статті 11 Конвенції. При цьому механізм усунення подвійного оподаткування передбачено статтею 23 цієї Конвенції.

Випадки, коли проценти, які виникають у Договірній Державі, мають звільнятися від оподаткування в цій Державі, передбачено пунктом 7 статті 11 Конвенції. Зокрема, це стосується процентів, якщо вони одержуються Урядом другої Договірної Держави або її політико-адміністративним підрозділом, або будь-яким агентством, або за допомогою цього Уряду чи політико-адміністративного підрозділу і справді належать Уряду другої Договірної Держави, або її політико-адміністративному підрозділу, або будь-якому агентству.

Аналізуючи зазначені норми матеріального права, колегія суддів дійшла правового висновку, який полягає у тому, що проценти, сплачені позивачем за кредитним договором резиденту Австрії, можуть також оподатковуватись в Україні відповідно до її законодавства з урахуванням норм міжнародних угод щодо максимального розміру ставки податку та інших особливостей оподаткування за цими угодами. Положення статті 11 Конвенції не можуть трактуватися як такі, що надають платнику податку право вибору, в якій саме з двох договірних держав здійснюватиметься оподаткування одержаного доходу, оскільки таке тлумачення не відповідає дійсному змісту вказаних міжнародних угод та суті податку, наведеному у статті 2 Закону № 334/94-ВР.

У провадженні Верховного Суду України на сьогодні перебуває кілька справ з питань уникнення подвійного оподаткування, де проблема полягає у визначенні, чи є представництво нерезидента постійним. В інших справах проблема полягає у визначенні країни оподаткування відсотків за кредитом.

Аналіз практики свідчить про необхідність проведення з суддями спеціальних тренінгів, семінарів з питань розгляду податкових спорів у справах про уникнення подвійного оподаткування.

---

## ПРЕЗУМПЦІЯ ПРАВОМІРНОСТІ ПОЗИЦІЇ ПЛАТНИКА ПОДАТКУ: ПРАЦЮЄ ЧИ НІ?

---



---

### **РАЙСА ХАНОВА**

кандидат юридичних наук, голова Донецького апеляційного адміністративного суду

---

«Точна визначеність того, що кожна окрема особа зобов'язана платити, в питанні податкового обкладення представляється справою настільки великого значення, що вельми значна міра нерівномірності складає набагато менше зло, ніж вельми мала міра невизначеності».

(А. Сміт)

Основними засадами податкового законодавства України, на яких воно ґрунтується, серед іншого, є загальні принципи. Одним із таких принципів, відповідно до підпункту 4.1.4 Податкового кодексу України (далі — ПКУ України), є презумпція правомірності рішень платника податку, сутність якого полягає у тому, що у разі якщо норма закону чи іншого нормативно-правового акта, виданого на підставі закону, або якщо норми різних законів чи різних нормативно-правових актів припускають неоднозначне (множинне) трактування прав та обов'язків платників податків або контролюючих органів, внаслідок чого є можливість прийняти рішення на користь як платника податків, так і контролюючого органу [1, с. 5].

Варто зазначити, що за своїм правовим навантаженням презумпція правомірності рішень платника податків схожа на правову конструкцію «конфлікту інтересів», положення якого було закріплено у Законі України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» від 21 грудня 2000 року № 2181-З. Так, підпункт 4.4.1 пункту 4.4 статті 4 зазначеного Закону містив такі положення: «у разі коли норма закону чи іншого нормативно-правового акта, виданого на підставі закону, або коли норми різних законів чи різних нормативно-правових актів припускають неоднозначне (множинне) трактування прав та обов'язків платників податків або контролюючих органів, внаслідок чого є прийняті рішення на користь як платника податків, так і контролюючого органу, рішення приймається на користь платника податків».

Аналіз положень «правомірності рішень платника податків» та раніше існуючих положень «конфлікту інтересів» доводить повну тотожність їхньої сутності при зміні назви терміна.

Пунктом 56.21 статті 56 Податкового кодексу України передбачено, що у разі коли норма ПК України чи іншого нормативно-правового акта, виданого на підставі цього Кодексу, або коли норми різних законів чи різних нормативно-правових актів, або коли норми одного і того ж нормативно-правового акта суперечать між собою та припускають неоднозначне (множинне) трактування прав та обов'язків платників податків або контролюючих органів, унаслідок чого є можливість прийняти рішення на користь як платника податків, так і контролюючого органу, рішення приймається на користь платника податків.

Таким чином, як положеннями основних засад податкового законодавства, закріпленими статтею 4 ПК України, так і положеннями статті 56 цього Кодексу, які встановлюють правила альтернативного оскарження рішень, прийнятих контролюючим органом в адміністративному або судовому порядку, містяться аналогічні за змістом норми, що і представляють собою закріплення нормами матеріального права положень «презумпції правомірності рішень платника податків» та обумовлюють поведінку такого платника.

Перш ніж перейти до аналізу презумпції правомірності рішень (поведінки) платника податків і більш розширеного розуміння «позиції платника податків», необхідно зупинитися на загальному понятті та класифікації юридичних презумпцій.

Побудувати систему норм права, не визначившись із принципами, на яких вона будується і функціонує, неможливо. Цей вислів належить Курбатову А.Я., і з ним не можна не погодитись [2, с. 19].

Правова презумпція — це прямо або побічно закріплене в законодавстві судження, що має імовірну природу про наявність або відсутність нормативних або фактичних підстав для виникнення, зміни або припинення прав і обов'язків, що спрямовано на досягнення цілей правового регулювання [3, с. 26]. Однак правові презумпції можуть і не мати ймовірнісної природи, ґрунтуватись на попередньому досвіді (практиці), та, навпаки, можуть суперечити йому [4, с. 268].

Варто зазначити, що єдиного, уніфікованого підходу до такого поняття, як «презумпція», доктринальні джерела не містять. Так, у Великій енциклопедії під презумпцією треба розуміти таке припущення, яке визнається як достовірне, до того часу, доки не буде доведено його хибності [5, с. 14].

Дослідження багатомістової історії, які дійшли до наших часів, посвідчують, що правові презумпції існували задовго до становлення римського права. Вважається, що першою сформована презумпція знання закону. У працях римських правників учені відшукали фрагментарні частини, в яких містяться відомості про окремі презумпції та їх значення у регулюванні суспільних відносин.

Поняття «презумпція» знайшло своє закріплення в параграфі 1349 Кодексу Наполеона (Цивільний кодекс Франції, 1804 року), в якому зазначалось, що під презумпцією треба розуміти висновки, закріплені в законі або синтезовані суддею, які робляться з відомого факту про невідомий факт [6, с. 172].

Відсутність єдиного підходу до розуміння такого поняття, як «правова презумпція», в сучасній правовій науці приписали йому низку різноманітних правових властивостей. Здійснення дослідження «правової презумпції» можливе тільки за умови їх класифікацій. Так, залежно від характеру правової норми, в якій знаходить своє закріплення презумпція, їх треба поділити на процесуальні та матеріальні. А залежно від можливості спростування презумпції можна розділити на ті, які спростовуються, і ті, які спростувати неможливо. Регулюючими, залежно від ролі в правовому регулюванні, є презумпції матеріально-правового регулювання та процесуального регулювання. Ну і такі звичні для правників, залежно від сфери дії, загальноправові, міжгалузеві та галузеві. Класифікацію можна поглиблювати залежно від видів податку, конструкцій формування та суб'єктів податкових правовідносин, на захист яких спрямована презумпція.

Нарівні з презумпцією правомірності рішень платника діє і презумпція невинуватості, їх дія здійснюється паралельно, але кожна з них є самостійною і має різне значення. Встановлення презумпції невинуватості викликане в першу чергу необхідністю створення гарантій захисту від безпідставного притягнення осіб до відповідальності з боку держави.

Презумпція невинуватості спрямована не лише на захист прав та законних інтересів платників податків, а й на спонукання контролюючих органів до активних законних способів збирання доказів щодо особи, яка притягається до фінансової, адміністративної чи кримінальної відповідальності. Під впливом презумпції невинуватості платника податків контролюючі органи повинні дотримуватися належного процесу доказування вини платника податків у відкритому, гласному та змагальному судовому процесі.

Нормативне закріплення презумпцій та їх дія доводять існування в державі справді демократичних та правових інститутів.

Метою презумпції правомірності рішень платника податків є звільнення добросовісного платника податків від обов'язків, не передбачених законом. Практика застосування вітчизняного законодавства та аналіз судової практики доводять, що презумпція правомірності рішень платника розуміється як один із можливих варіантів вирішення певних колізій або прогалин законодавства про податки та збори.

Існування презумпції правомірності рішень (позицій) платника податків тісно зв'язане з визначенням того, які дії платника є правомірними та, відповідно, який платник визнається добросовісним.

Таким чином, необхідно виділити критерії правомірності та добросовісності, які податковим законодавством на сьогодні сформульовані недостатньо чітко. На практиці така невизначеність призводить до того, що категорії правомірності та добросовісності, особливо добросовісності, мають оціночний характер та у переважній більшості випадків трактуються контролюючими органами на власний розсуд.

Критерії добросовісності платника податків досить часто ототожнюються як практиками, так і науковцями з аналогічною за назвою презумпцією добросовісності в цивільних правовідносинах. Таке порівняння є взагалі неможливим. По-перше, презумпція правомірності (добросовісності) платника податків є юридичною (законною) презумпцією, зміст якої розкривається у спеціальному акті законодавства — Податковому кодексі. По-друге, перенесення будь-яких правових конструкцій з однієї, диспозитивної, галузі права (цивільне право) до іншої, імперативної, галузі (фінансове право) є не зовсім логічним. Таким чином, кардинальна протилежність галузей права, в яких діють презумпції та різний правовий зміст самих презумпцій, виключає критерії їх схожості та взаємозв'язок.

Податково-правові презумпції, серед іншого, забезпечують баланс приватних та публічних інтересів у податковій сфері, допомагають полегшити швидкий та належний збір податків шляхом реалізації презумптивних методів оподаткування, що в Україні сьогодні пов'язують із інститутами спеціальних податкових режимів, існуванням спрощеної системи оподаткування, обліку та звітності, запровадженням єдиного податку.

Завдяки забезпеченню балансу приватних та публічних інтересів у податковій сфері податково-правові презумпції, зокрема презумпція правомірності рішення (поведінки) платника податків, дає змогу зменшувати кількість судових справ, сторонами яких виступають платник податків та контролюючий орган.

Разом із тим відповідальність податкових органів як головна функція органів державної виконавчої влади за оподаткування, яке, у свою чергу, формує основну частину доходів держави, обумовлює односторонню спрямованість інтересу податкових органів щодо стягнення податків та зборів.

При визначенні та стягненні грошових зобов'язань кількість оціночних понять, якими переповнений інститут податкового права, в переважній більшості випадків податкові органи трактують задля задоволення публічного інтересу, пов'язаного з наповненням бюджету, і не завжди пам'ятають про суспільну, об'єктивну складову такого інтересу. З точки зору співвідношення інтересів оподаткування є однією з найбільш конфліктних сфер, унаслідок чого досягнення балансу публічного та приватного інтересів набуває особливої актуальності.

Факторами, які негативно впливають на узгодження публічних і приватних інтересів у сфері оподаткування, є функціональна переважаність податкових органів, у сфері дії якого перебувають повноваження щодо проведення перевірки платника податку, право на вчинення слідчих дій шляхом функціонування у складі служби податкової міліції, право на перегляд власних рішень в апеляційному

адміністративному порядку (елемент судової влади) та право тлумачення законодавства шляхом прийняття податкових консультацій. Іншого державного органу з такими надзвичайними повноваженнями в нашій державі немає.

До негативних факторів узгодженості публічно-приватних інтересів сфери оподаткування треба віднести також постійне посилення відповідальності податкових органів щодо виконання фіскальних функцій, на сьогодні це відстежується навіть у їхній назві, постійну змінюваність (мобільність) податкового законодавства, відсутність його стабільності. Варто зазначити, що порушення балансу інтересів негативно впливає не тільки на всі податково-правові презумпції, включаючи ту, яка є предметом дослідження у цій статті, але й на кожен із принципів, на якому базується податкове законодавство.

Одним із способів забезпечення балансу між публічним та приватним у податковій сфері є механізм попереднього вирішення протиріч, які виникають у процесі правозастосування. Втіленням такого механізму у Податковому кодексі України є інститут податкових консультацій, закріплений пунктом 52.1 статті 52 цього Кодексу, в якому міститься чітке визначення того, що податкова консультація надається платнику податків з питань податкового використання окремих норм податкового законодавства. Така консультація має індивідуальний характер і може використовуватися винятково платником податків, якому вона надана.

Знаковим регулятором балансу публічних та приватних інтересів є застосування при розгляді справ Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, а також практики Європейського суду як джерела права відповідно до процесуального принципу «верховенство права», закріпленого статтею 8 Кодексу адміністративного судочинства України, в аспекті прийняття Верховною Радою України Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 року № 3477-4.

Розглядаючи спори, Європейський суд з прав людини завжди проводить оцінку співвідношення публічного та приватного інтересу, при цьому головним у такій оцінці є реальне дотримання розумного балансу інтересів органами законодавчої та виконавчої влади, судовими органами по відношенню до підприємств, установ, організацій та фізичних осіб.

Хрестоматійним прикладом судової практики Європейського суду з прав людини щодо балансу публічного та приватного інтересів у податковій сфері є рішення у справі «Інтерсплав проти України». Перевіряючи відповідність позбавлення заявника права на бюджетне відшкодування податку на додану вартість вимогам статті 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, а саме — щодо принципу мирного володіння майном, Європейський суд з прав людини застосував принцип пропорційності.

Наведений принцип вимагає дотримання справедливого балансу між вимогами публічного інтересу та захистом прав приватних осіб. У пункті 40 рішення у справі «Інтерсплав проти України» Європейський суд з прав людини вважає, що втручання у право власності було непропорційним. Фактично це означає, що постійні, систематичні затримки відшкодування і компенсації у поєднанні з відсутністю ефективних засобів запобігання або припинення такої адміністративної практики, так само як і стан невизначеності щодо часу повернення коштів платника, порушує «справедливий баланс» між вимогами публічного інтересу та захистом права на мирне володіння майном.

На думку Європейського суду з прав людини, у такому випадку особа перебуває під надмірним для неї тягарем. У справі «Інтерсплав проти України» Суд дійшов висновку про факт порушення статті 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, якою гарантується право на мирне володіння майном.

Податковий кодекс України містить достатньо велику кількість способів забезпечення публічних та приватних інтересів, однак це не зменшує кількість скарг платників податків, поданих в адміністративному апеляційному та судовому порядках. Як правило, це свідчить про порушення балансу публічних та приватних інтересів. Визнання переваги публічного інтересу не може порушувати приватні інтереси платників податків, здійснювати їх безпідставне обмеження.

Реалізацію презумпції правомірності рішення платника податку потрібно розглядати при виконанні податкового обов'язку та при вирішенні податкових спорів.

У першому випадку презумпція розкривається при взаємодії платника податків та контролюючого органу на стадії виконання обов'язку з обліку та звітності платника податків, взаємодії платника податків та контролюючого органу на стадії сплати податків та зборів.

Важливим при розгляді цього питання є «дискреційні повноваження контролюючих органів», під якими треба розуміти можливість контролюючого органу обирати з кількох юридично допустимих рішень те, яке він вважає найкращим за даних обставин. Очевидно, що всі варіанти та обставини на стадії правозастосування законодавець не може передбачити, внаслідок чого є важливим «власний розсуд» податкового органу як суб'єкта владних повноважень, який реалізує владні управлінські функції.

Важливим при розгляді цього питання є врахування позитивної судової практики щодо дискреційних повноважень податкових органів. Така можливість обумовлена імперативним характером завдання адміністративного судочинства, закріпленого статтею 2 Кодексу адміністративного судочинства України, частиною 3 якої визначені критерії, на відповідність яким суд перевіряє рішення, дію чи бездіяльність суб'єкта владних повноважень [7, с. 5]. При цьому суд не втручається у дискреційні повноваження (вільний розсуд) суб'єкта владних повноважень, який забезпечує ефективність державного управління, а перевіряє дотримання ним вимог права. Підміна судом владного державного органу, у нашому випадку — органу державної виконавчої служби призвела б до порушення конституційного принципу розподілу влади. Доцільність прийняття того чи іншого рішення знаходиться за межами судового дослідження. Кожен із десяти критеріїв, так зване правове сито, стосується виключно вимог відповідності праву, винятково за умов дотримання яких робиться висновок про правомірність рішення, дій чи бездіяльності.

Перевірка на відповідність правовим вимогам рішень, дій, бездіяльності є обов'язком суду, саме завдяки такому обов'язку та реалізації принципів адміністративного судочинства досягається можливість «балансу» між учасниками податкових правовідносин, в яких, безперечно, домінує публічний інтерес, а правовідносини врегульовані імперативним методом.

Реалізація презумпції правомірності рішень платника податків надає можливість за наявності декількох варіантів поведінки платника, коли є дві норми чи більше, які регулюють однорідні відносини, платник податків може обрати той варіант, який є для нього найвигідніший.

Положення Податкового кодексу України щодо «презумпції правомірності рішень платника податків», по суті, є положеннями пріоритетності інтересів платника податків як зобов'язальної сторони. Практично всі колізії норм податкового права, пов'язані з реалізацією прав та обов'язків платників податків, у процесі правозастосування вирішуються шляхом звернення до презумпції правомірності рішень платника податків. Повне та всебічне дослідження колізій податкового законодавства через призму правозастосування, насамперед судової практики, дозволило б підвищити юридично-технічний рівень податкового законодавства, привести податково-правові норми у відповідність одна одній, натомість ми спостерігаємо утворення нових колізій завдяки інтенсивним, не завжди виправданим законодавчим змінам. Варто зазначити, що неточності та колізії податкового законодавства надто часто призводять до негативного розсуду, як правило владного суб'єкта, в бажанні розширити дискреційні повноваження контролюючого органу.

Відповідно до статті 19 Конституції України органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України [8, с. 8]. Положення зазначеної статті разом із критеріями завдань адміністративного судочинства, закріплені частиною 3 статті 2 Кодексу адміністративного судочинства України, виступають одночасно правовим регулятором реалізації суб'єктом владних повноважень владних управлінських функцій, встановлюють межі дозволеного та правовою гарантією для платника податків. Зазначені конституційні положення є обов'язковими для застосування при оцінці правомірності рішення, дії або бездіяльності суб'єкта владних повноважень.

Право платника податків на оскарження рішень, дій (бездіяльності) контролюючих органів (посадових осіб) передбачено Податковим кодексом України, у тому числі наданих контролюючими органами податкових роз'яснень відповідно до пункту 17.1.7 статті 17 цього Кодексу. Право вибору процедури та способу захисту залежить від конкретних обставин конфліктних правовідносин та обирається платником на власний розсуд. Положення Податкового кодексу України допускають одночасне оскарження рішень контролюючих органів у судовому та адміністративному порядку, а також оскарження рішень, оскаржених в адміністративному порядку, в судовому порядку. У той же час законодавець у пункті 56.18 статті 56 Податкового кодексу України встановив заборону на адміністративне оскарження рішень контролюючих органів, оскаржених у судовому порядку. Процедура адміністративного оскарження вважається досудовим порядком вирішення спору.

Прикладами застосування положень «презумпції правомірності рішень платника податку» в судовій діяльності є постанови Верховного Суду України від 8 грудня 2015 року та Вищого адміністративного суду України від 9 жовтня 2013 року у справі № К/800/31389/13.

Так, у постанові Верховного Суду України від 8 грудня 2015 року колегія суддів Судової палати в адміністративних справах Верховного Суду України погоджується з висновком суду апеляційної інстанції, який визнав недійсним і скасував рішення про застосування фінансових санкцій та обґрунтовано дійшов висновку про те, що з огляду на наявність у позивача ліцензії на виробництво алкогольних напоїв підстав для застосування до нього фінансових санкцій у вигляді штрафу внаслідок встановлення факту виробництва позивачем алкогольних напоїв, які позначені знаками для товарів та послуг, не внесеними до додатка до ліцензії, немає.

Правовою проблемою спору, що розглядався Верховним Судом України, було застосування фінансових санкцій відповідно до абзацу 3 частини 2 статті 17 Закону України № 481/95-ВР. Вирішення спору на користь платника податків відбулося із застосуванням положень преюдиції правомірності рішення платника податків відповідно до підпункту 4.1.4 пункту 4.1 статті 4 Податкового кодексу України та пункту 56.1 статті 56 цього Кодексу.

Із застосуванням наведених положень Вищим адміністративним судом України вирішено спір у справі № К/800/31389/13, предметом розгляду якої було перенесення від'ємного значення об'єкта оподаткування за результатами 2010 року шляхом включення його до складу витрат підприємства за перший квартал 2011 року для розрахунку об'єкта оподаткування з податку на прибуток наступних звітних періодів. При застосуванні положень преюдиції правомірності рішень платника податків судом касаційної інстанції, який погодив тлумачення судів першої та апеляційної інстанцій, йшлося про застосування положень розділу III Податкового кодексу України та підпунктів 2, 3 підрозділу IV розділу 20 цього Кодексу.

Підсумовуючи, необхідно зазначити, що презумпція правомірності рішень (поведінки) платника податків застосовується при виконанні податкового обов'язку та вирішенні податкових спорів, має певне значення для правового регулювання, скерована на розвиток принципів податкового права як інституту фінансового права і разом із цим має певну автономність. Податково-правові презумпції взагалі та презумпція правомірності рішень платника податків зокрема є предметом практичного застосування і теоретичного дослідження, що має за мету вдосконалення правового регулювання податкових правовідносин.

#### Використані джерела

- [1] Податковий кодекс України від 02.12.2010 // Офіційне видання. — К.: Алерта, 2014. — 527 с.
- [2] Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности / Курбатов А.Я. — М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2001. — 2012 с.
- [3] Юридические презумпции в налоговом праве: дис. кандидата юрид. наук: 12.00.14 / Щекин Д.М.; Российская академия наук. Ин-т государства и права. — М., 2001. — 200 с.
- [4] Российское налоговое право: проблемы теории и практики / Винницкий Д.В. — СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. — 397 с.
- [5] Большая энциклопедия: в 62-х т. / Под. ред. С.А. Кондратова. — Т. 43: Руссо-Свентоховский. — М.: Терра, 2006. — 592 с.
- [6] Французский гражданский кодекс 1804 года (с изм. до 1939 г.). / Пер. И.С. Петерского. — М.: Политиздат, 1941. — 340 с.
- [7] Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 // Офіційне видання — К.: Паливода А.В., 2015. — 195 с.
- [8] Конституція України: із змінами // Верховна Рада України. — Офіц. вид. — К.: Велес, 2014. — 48 с.

---

## РІВЕНЬ ЗАКОНОДАВЧОЇ ТЕХНІКИ ЯК УМОВА ПРИЙНЯТТЯ ЯКІСНОГО СУДОВОГО РІШЕННЯ

---



---

### МИКОЛА КУЧЕРЯВЕНКО

завідувач кафедри фінансового права Національного юридичного університету ім. Я. Мудрого, дійсний член (академік) НАПрН України

---

#### Правові позиції Верховного Суду України щодо проведення зустрічної звірки

(постанова Верховного Суду України  
від 17 листопада 2015 року, головуєчий — Кривенда О.В.)

Позиція Верховного Суду України базується на тому, що зустрічна звірка не є податковою перевіркою і проводиться в порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України. Зустрічною звіркою вважається співставлення даних первинних бухгалтерських та інших документів суб'єктів господарювання, що здійснюється контролюючими органами з метою документального підтвердження господарських відносин з платником податків і зборів, а також підтвердження операцій та розрахунків, що здійснювались між ними для з'ясування їх реальності та повноти відображення в обліку платника податків. Висновок — акт про неможливість проведення зустрічної звірки суб'єктів господарювання, який є відображенням дій працівників податкових органів, не породжує правових наслідків для платника податків і відповідно не порушує його прав. З таким висновком нам важко погодитись.

Реалізуючи контролюючі повноваження, контролюючі органи відповідно до пункту 73.3 статті 73 Податкового кодексу України (далі — ПК України) мають право звернутися до платників податків та інших суб'єктів інформаційних відносин із письмовим запитом про подання інформації, необхідної для виконання покладених на контролюючі органи функцій, завдань та її документального підтвердження. Письмовий запит про подання інформації надсилається платнику за наявності підстав, що встановлені законом. У разі складення запиту з порушенням вимог платник звільняється від обов'язку надання відповіді. Запит податкового органу обов'язково має містити перелік запитуваної інформації та викладення визначених ПК України підстав отримання інформації. Невиконання контролюючим органом цих умов призводить до визнання перевірки незаконною та відсутності правових наслідків щодо неї.

Акт про результати проведення документальної перевірки є носієм податкової інформації, яка використовується контролюючими органами під час виконання ними своїх завдань та функцій. Відповідно до статті 74 ПК України податкова інформація може зберігатися та опрацьовуватися в інформаційних базах органів податкової служби. Податкова інформація у вигляді висновків акта перевірки, яка внесена контролюючим органом до автоматизованої інформаційної системи «Податковий блок», яка розрізняється з податковою інформацією податкової звітності платника податків, обумовлює виникнення спірного акта при встановленні порушення, що має безпосередній негативний наслідок щодо прав та інтересів платника податків. Встановлюючи неможливість реальності здійснення господарських операцій позивача з контрагентами по ланцюгу постачання, податковий орган фактично ставить під сумнів дійсність первинних документів та правдивість відомостей податкових декларацій. Невідповідність показників податкового кредиту та податкових зобов'язань, що задекларовані за перевірений період показникам з централізованої бази даних податкової звітності, має для платника негативні наслідки, як то: погіршення його ділової репутації, відмова його контрагентів від подальших господарських відносин з ним тощо.

### **Правові позиції Верховного Суду України щодо стягнення з Державного бюджету України бюджетної заборгованості**

(постанова Верховного Суду України  
від 16 листопада 2015 року, головуєчий — Панталієнко П.В.)

Верховний Суд України виходив з того, що бюджетне відшкодування — це відшкодування від'ємного значення ПДВ на підставі підтвердження правомірності сум бюджетного відшкодування ПДВ за результатами перевірки платника. Протягом п'яти операційних днів після отримання висновку орган Державної казначейської служби перераховує платникові податку зазначену у висновку суму бюджетного відшкодування ПДВ з бюджетного рахунку на поточний банківський рахунок платника податків з дотриманням процедури та на умовах, встановлених статтею 200 ПК України. Верховний Суд України наголошує, що цей порядок не передбачає бюджетного відшкодування ПДВ у спосіб судового стягнення безпосередньо зі здійсненням судового контролю над рішеннями податкових органів, ухвалених за результатами перевірки сум ПДВ, заявлених до відшкодування. Висновок — відшкодування з Державного бюджету України ПДВ є виключним повноваженням податкових органів та органів Державного казначейства, а тому суд не може підняти державний орган та вирішувати питання про стягнення такої заборгованості.

Більш обгрунтованою здається позиція Вищого адміністративного суду України (ухвала від 4 лютого 2016 року № К/800/44985/15), яка не відповідає позиції Верховного Суду України. Виходячи з частини 1 статті 244<sup>2</sup>, пунктів 1, 2 частини 1 статті 237 Кодексу адміністративного судочинства України (далі — КАС України) щодо обов'язковості висновків Верховного Суду України для всіх суб'єктів владних повноважень, Вищий адміністративний суд України вважає за необхідне у порядку абзацу 2 частини 1 статті 237 КАС України відступити від викладеної правової позиції Верховного Суду України. Логіка формування позиції Вищого адміністративного суду України видається досить послідовною та досконалою.

Відповідно до пункту 200.1 статті 200 ПК України сума податку, що підлягає сплаті (перерахуванню) до Державного бюджету України або бюджетному відшкодуванню, визначається як різниця між сумою податкового зобов'язання звітного (податкового) періоду та сумою податкового кредиту такого звітного (податкового) періоду. Така сума підлягає бюджетному відшкодуванню за заявою платника у сумі податку. Контролюючий орган зобов'язаний у п'ятиденний строк після закінчення перевірки подати

органу, що здійснює казначейське обслуговування бюджетних коштів, висновок із зазначенням суми, що підлягає відшкодуванню з бюджету. На підставі такого висновку орган Державного казначейства видає платнику податку зазначену в ньому суму бюджетного відшкодування шляхом перерахування коштів з бюджетного рахунку на поточний банківський рахунок платника податку протягом п'яти операційних днів після отримання висновку контролюючого органу. При цьому суми податку, невідшкодовані платникам протягом визначеного строку, вважаються заборгованістю бюджету, на яку нараховується пеня на рівні 120 відсотків облікової ставки НБУ.

Подібна обставина визначає юридичний факт, який обумовлює виникнення правовідносин між боржником в особі держави та кредитором в особі платника, права якого порушені саме внаслідок несплати йому відповідної суми. Цей же юридичний факт обумовлює виникнення правовідносин щодо протиправної бездіяльності податкового органу як суб'єкта владних повноважень, внаслідок чого виникає матеріально-правовий аспект порушеного права платника, стосовно чого необхідне усунення наслідків цього в судовому порядку.

Важливо мати на увазі, що адміністративний суд не обмежений у виборі способів відновлення права особи, порушеного владними суб'єктами, і вправі обрати найбільш ефективний спосіб відновлення порушеного права. Частина 2 статті 162 КАС України передбачає, що суд може прийняти іншу постанову, яка гарантувала б дотримання і захист прав, свобод, інтересів людини і громадянина від порушень з боку суб'єктів владних повноважень. Посилання Верховного Суду України на порядок виконання рішень про стягнення коштів Державного та місцевих бюджетів (затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 3 серпня 2011 року № 845) не є обґрунтованим, виходячи з того, що цей порядок визначає механізм взаємодії органів Державної податкової служби та органів Державної казначейської служби в процесі відшкодування податку на подану вартість та не стосується погашення простроченої заборгованості з відшкодування ПДВ.

Верховний Суд України в постанові від 16 вересня 2015 року робить висновок щодо неналежності способу захисту порушеного права платника. У розглядуваній категорії спорів, на його думку, має бути вимога про зобов'язання податкового органу надати висновок про суму бюджетного відшкодування. Але вирішення питання щодо надання такого висновку не забезпечує погашення заборгованості держави перед платником, а тому відмова особі в повному відновленні порушеного права є неприпустимою.

Ще одним цікавим моментом при відшкодуванні ПДВ з бюджету є те, що таке відшкодування — це обов'язок контролюючого органу, а не його право. Відповідно до пункту 184.9 статті 184 ПК України, у разі якщо за результатами останнього податкового періоду особа має право на отримання бюджетного відшкодування, таке відшкодування надається протягом строків, визначених відповідним розділом ПК України. Отже, як ми бачимо, саме за платником податків закріплюється право на отримання бюджетного відшкодування. У свою чергу, такому праву платника податків повинен кореспондувати відповідний обов'язок контролюючого органу. З огляду на викладене не вбачається за можливе говорити і про втручання судовими органами при вирішенні питання щодо бюджетного відшкодування ПДВ, у дискреційні повноваження контролюючого органу. Адаже під дискреційними повноваженнями розуміється таке повноваження, яке надає певний ступінь свободи адміністративному органу при прийнятті рішення, тобто коли у межах, які визначені законом, адміністративний орган має можливість самостійно (на власний розсуд) вибрати один із кількох варіантів рішення. У питанні щодо бюджетного відшкодування ПДВ можливості обирати певний варіант поведінки у контролюючого органу немає.



---

## АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА У ПОДАТКОВИХ СПОРАХ

---



---

### **ДАНИЛО ГЕТМАНЦЕВ**

доктор юридичних наук, професор кафедри фінансового права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, почесний президент ЮК Jurimex, експерт TaxLink, президент Асоціації податкових радників

---

Аналіз рішень адміністративних судів у податкових спорах за останній рік свідчить, що перед адміністративним судочинством постали нові актуальні питання, які можна згрупувати в такі категорії:

- 1) зміни сформованих підходів у певних категоріях справ унаслідок висловлення Верховним Судом України певних правових позицій, як-то: спори, що стосуються реальності господарських операцій, спори щодо стягнення бюджетного відшкодування, відображення інформації в податкових базах даних та внесення до них змін, справляння земельного податку за нежитлові приміщення тощо;
- 2) поява нових категорій спорів (спори щодо правомірності справляння податку на нерухоме майно і транспортного податку, спори, пов'язані із функціонуванням СЕА);
- 3) проблеми справляння судового збору в податкових справах, у тому числі дискусійність питання оцінки спорів щодо оскарження податкових повідомлень-рішень як майнових спорів.

На наш погляд, зазначені тенденції в цілому залишаються актуальними для судової практики з податкових спорів і впродовж поточного 2016 року, хоча зазнають, звичайно, і певної трансформації.

Так, у 2015 році значного резонансу отримали справи, що стосувались правомірності справляння податку на нерухоме майно і транспортного податку. За результатами розгляду таких справ адміністративні суди у більшості випадків задовольняли вимоги платників податків про неправомірність справляння в 2015 році відповідних податків на основі обґрунтування, що рекомендація місцевим радам встановити місцеві податки та збори до 1 лютого 2015 року, яка міститься у пункті 4 розділу II «Прикінцеві положення» Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо податкової реформи» від 28 грудня 2014 року № 71-VIII, не запроваджувала нові правила встановлення місцевих податків, а тому мали застосовуватись закріплені у статті 12 Податкового кодексу України норми щодо порядку встановлення місцевих податків та зборів.

Водночас у 2016 році недоліки законодавчої техніки, Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо забезпечення збалансованості бюджетних надходжень у 2016 році» від 24 грудня 2015 року № 909-VIII дають підстави для висновку, що і в поточному році спори з приводу правомірності справляння податку на нерухоме майно можуть отримати «друге дихання» в силу допущення законодавцем при внесенні змін до Податкового кодексу України конфлікту між зупиненням дії підпункту 12.3.4 пункту 12.3 статті 12 Податкового кодексу України, що передбачає строки оприлюднення рішень органів місцевого самоврядування про встановлення місцевих податків та зборів, і залишенням чинним пункту 12.5 статті 12 Податкового кодексу України, згідно з яким «офіційно оприлюднене рішення про встановлення місцевих податків та зборів є нормативно-правовим актом з питань оподаткування місцевими податками та зборами, який набирає чинності з урахуванням строків, передбачених підпунктом 12.3.4 цієї статті».

Запровадження з 1 липня 2015 року системи електронного адміністрування податку на додану вартість (СЕА) зумовило виникнення значної кількості спорів щодо коректності перенесення до СЕА станом на 1 липня 2015 року як овердрафту відповідних сум непогашених залишків з ПДВ, які були заявлені/здекларовані платниками податку до 1 лютого 2015 року, та щодо неврахування контролюючими органами певних сум як показників при обрахунку реєстраційного ліміту платника податків згідно з формулою, встановленою пунктом 200-1.3 статті 200<sup>1</sup> Податкового кодексу України. Остання категорія спорів залишиться актуальною і у 2016 році, однак варто зауважити, що перед адміністративним судочинством у межах цієї категорії справ постало завдання щодо правильного обрання способу захисту прав платників податків. Так, непоодинокими є випадки, коли платник податків формулює свої позовні вимоги у вигляді «визнати податкові накладні зареєстрованими \_\_\_\_ року», а адміністративні суди їх задовольняють. На наш погляд, це неправильний спосіб захисту прав платника податків, оскільки за своєю суттю це встановлення відвідного юридичного факту, що не відповідає вимогам Кодексу адміністративного судочинства України.

Незважаючи на висловлення пленумом Вищого адміністративного суду України своєї позиції в межах постанови «Про судову практику застосування адміністративними судами окремих положень Закону України від 8 липня 2011 року № 3674-VI «Про судовий збір» у редакції Закону України від 22 травня 2015 року № 484-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сплати судового збору» від 5 лютого 2016 року № 2 щодо справляння судового збору у податкових справах як за майнові спори, на наш погляд, зазначене питання все ж продовжує залишатись досить неоднозначним, оскільки відсутність у Кодексі адміністративного судочинства України поняття «ціна позову» як елемента бази розрахунку судового збору згідно із Законом України від 8 липня 2011 року № 3674-VI «Про судовий збір» ставить під сумнів правомірність позиції щодо розрахунку судового збору у процентному співвідношенні до суми грошових зобов'язань, що оспорує платник податків.

Останнім часом значного обговорення набули позиції Верховного Суду України, якими він суттєво змінив сформовані підходи у певних категоріях справ, як-то: спори, що стосуються реальності господарських операцій, спори щодо стягнення бюджетного відшкодування, відображення інформації в податкових базах даних та внесення до них змін, справляння земельного податку за нежитлові приміщення тощо. Однак, оцінюючи висновки Верховного Суду України щодо зазначених категорій, ми не можемо зауважити, що в певних випадках позицію ВСУ було сформовано на основі казуального тлумачення, що вимагатиме від судів нижчих інстанцій при їх застосуванні детальної оцінки фактичних обставин справ на предмет «накладення лекала».

ДЕНЬ ДРУГИЙ 18.03.2016

## СЕСІЯ ІІІ. АКТУАЛЬНІ ПРАКТИКИ

---

СЕКЦІЯ 3. СПОРИ, ЩО ВИНИКАЮТЬ  
ІЗ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН



### МОДЕРАТОРИ

---

**ТЕТЯНА ЖАЙВОРОНОК**  
суддя Верховного Суду України

**ЯРОСЛАВ РОМАНЮК**  
к.ю.н., Голова Верховного Суду  
України

**ДМИТРО ЖУКОВ**  
партнер АБ Pragnum

---



---

## ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ НЕЗАКОННИМИ РІШЕННЯМИ, ДІЯМИ ЧИ БЕЗДІЯЛЬНІСТЮ ОРГАНУ, ЩО ЗДІЙСНЮЄ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВУ ДІЯЛЬНІСТЬ, ДОСУДОВЕ РОЗСЛІДУВАННЯ, ПРОКУРАТУРИ АБО СУДУ

---



---

### **АЛЛА ОЛІЙНИК**

кандидат юридичних наук, суддя Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, член Вищої ради юстиції

---

В умовах впровадження в українське судочинство європейських стандартів про права людини питання про відповідальність державних органів перед громадянином є надзвичайно актуальним.

Забезпечення невідворотності відповідальності за протиправну поведінку не тільки осіб приватного права, але й державних органів перед особою є одним із принципів правової держави.

В Україні непоодинокими є випадки заподіяння шкоди громадянам рішеннями, діями, бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури, суду, що підтверджується судовою практикою національних судів та практикою Європейського суду з прав людини (далі — ЄСПЛ) у справах проти України, зокрема про порушення статей 5, 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Аналіз судової практики цієї категорії спорів свідчить про недосконалість та неузгодженість чинного законодавства про відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю

вказаних органів, що не сприяє ефективному національному юридичному захисту порушених прав особи та єдності судової практики.

Зобов'язання з відшкодування шкоди — один із видів позадоговірних зобов'язань, його виникнення відбувається не на підставі договору, а є наслідком настання передбаченого законом факту порушення права «поза договором». Основною функцією зобов'язань із відшкодування шкоди є компенсаторно-відновлювальна функція, реалізація якої має забезпечувати особі, яка зазнала шкоди, відновлення її майнових і особистих немайнових прав та благ [1, с. 322].

Із прийняттям у 2003 році Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) регулювання відносин відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду зазнало змін. Проте при тлумаченні положень статті 1176 ЦК України та Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду» в указаній категорії спорів у суддів виникають питання щодо застосування норм як матеріального, так і процесуального права, на які не завжди є однозначні відповіді.

Порушу лише окремі питання правового регулювання у зазначеній сфері суспільних відносин з метою привернення уваги до необхідності вдосконалення чинного законодавства.

Право на відшкодування шкоди, завданої рішеннями, діями, бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури, суду передбачено Конституцією України, Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція), Протоколом № 7 до Конвенції, Міжнародним пактом про громадянські та політичні права, ЦК України, Законом України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду» (далі — Закон), Положенням про застосування Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду», затвердженого наказом Міністерства юстиції України, Генеральної прокуратури України та Міністерства фінансів України від 4 березня 1996 року № 6/5/3/41 (далі — Положення).

Право на відшкодування шкоди при порушенні права на свободу та особисту недоторканність закріплене у статті 5 Конвенції, яка відповідно до статті 9 Конституції України є частиною національного законодавства, і гарантоване Конституцією України.

Конституцією України встановлено, що кожен має право на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень; у разі скасування вироку суду як неправосудного держава відшкодовує матеріальну і моральну шкоду, завдану безпідставним засудженням (статті 56, 62) [2].

Міжнародним пактом про громадянські та політичні права визначено, що кожен, хто був жертвою незаконного арешту чи тримання під вартою, має право на компенсацію, якій надано позовної сили; коли будь-яку особу остаточним рішенням було засуджено за кримінальний злочин і коли винесений їй вирок було потім скасовано або їй було даровано помилування на тій підставі, що якась нова чи нововиявлена обставина незаперечно доводить наявність судової помилки, то ця особа, котра зазнала покарання в результаті такого засудження, одержує компенсацію згідно із законом, коли не буде доведено, що зазначена невідома обставина не була свого часу виявлена виключно або частково з її вини (частина 5 статті 9, частина 6 статті 14) [3].

Чи відповідає національне законодавство в частині відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду Конвенції? Чи відповідає судова практика у цій категорії спорів практиці ЄСПЛ?

Згідно з частиною 2 статті 1176 ЦК України право на відшкодування шкоди, завданої фізичній особі незаконними діями органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду, виникає у випадках, передбачених законом [4].

Відповідно до статті 2 Закону право на відшкодування шкоди в розмірах і в порядку, передбачених цим Законом, виникає у випадках: постановлення виправдувального вироку суду; встановлення в

обвинувальному вироку суду чи іншому рішенні суду (крім ухвали суду про призначення нового розгляду) факту незаконного повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, незаконного взяття і тримання під вартою, незаконного проведення в ході кримінального провадження обшуку, виїмки, незаконного накладення арешту на майно, незаконного відсторонення від роботи (посади) та інших процесуальних дій, що обмежують чи порушують права та свободи громадян, незаконного проведення оперативно-розшукових заходів; закриття кримінального провадження за відсутністю події кримінального правопорушення, відсутністю у діянні складу кримінального правопорушення або невстановлення достатніх доказів для доведення винуватості особи у суді і вичерпання можливостей їх отримати; закриття справи про адміністративне правопорушення [5].

Особливістю дій, що є підставою для відшкодування шкоди за частиною 1 статті 1176 ЦК України, є те, що ці дії вчиняються у ході кримінального провадження або провадження у справі про адміністративне правопорушення. Такі дії можуть бути оскаржені та визнані незаконними лише в рамках відповідних проваджень у порядку, передбаченому процесуальним законодавством [6, с. 174].

В окремих випадках суди виходять із того, що потерпіла особа має право пред'явити позов за статтею 1176 ЦК України лише тоді, коли незаконність дії, якою завдано шкоди, уже встановлена в рамках кримінального провадження або провадження у справі про адміністративні правопорушення.

Такий висновок судів не відповідає положенням підпункту 1<sup>1</sup> частини 1 статті 2 Закону, відповідно до яких незаконність дій може бути встановлено в рамках й інших проваджень.

У пункті 1 статті 5 Конвенції встановлено вичерпний перелік випадків, коли особа може бути позбавлена свободи, а саме:

- a) законне ув'язнення особи після засудження її компетентним судом;
- b) законний арешт або затримання особи за невиконання законного припису суду або для забезпечення виконання будь-якого обов'язку, встановленого законом;
- c) законний арешт або затримання особи, здійснене з метою допровадження її до компетентного судового органу за наявності обґрунтованої підозри у вчиненні нею правопорушення або якщо обґрунтовано вважається необхідним запобігти вчиненню нею правопорушення чи її втечі після його вчинення;
- d) затримання неповнолітнього на підставі законного рішення з метою застосування наглядових заходів виховного характеру або законне затримання неповнолітнього з метою допровадження його до компетентного органу;
- e) законне затримання осіб для запобігання поширенню інфекційних захворювань, законне затримання психічно хворих, алкоголіків або наркоманів чи бродяг;
- f) законний арешт або затримання особи з метою запобігання її недозволеному в'їзду в країну чи особи, щодо якої провадиться процедура депортації або екстрадиції.

Пункт 2 статті 5 Конвенції містить гарантію того, що будь-яка затримана особа повинна знати, чому її позбавляють свободи.

Пункт 3 статті 5 визначає право особи негайно постати перед суддею та розгляд справи судом упродовж розумного строку або звільнення під час провадження.

Пункт 4 статті 5 Конвенції гарантує право на судовий контроль за арештом та затриманням.

Відповідно до пункту 5 статті 5 Конвенції кожен, хто є потерпілим від арешту або затримання, здійсненого всупереч положенням цієї статті, має забезпечене правовою санкцією право на відшкодування [7].

Отже, правом, яке випливає зі статті 5 Конвенції, є право на відшкодування завданої шкоди.

В юридичній літературі зверталася увага, що практика ЄСПЛ свідчить про те, що на базі положень статті 5 Конвенції створюється самостійне право потерпілого на відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок арешту або затримання [8].

ЄСПЛ неодноразово зазначав, що дотримання пункту 5 статті 5 Конвенції забезпечується тоді, коли є можливість вимагати відшкодування шкоди, заподіяної позбавленням свободи за умов, які суперечили пунктам 1, 2, 3 і 4. Право на відшкодування, закріплене в пункті 5 статті 5 Конвенції, виникає після того, як національний орган або суд виявив порушення одного з попередніх пунктів цієї статті [9].

У справах «Світлорусов проти України», «Нечипорук і Йонкало проти України», «Корнейкова проти України», «Мироненко і Мартенко проти України» ЄСПЛ констатував порушення пункту 5 статті 5

Конвенції з огляду на неможливість для заявників отримати відшкодування шкоди, завданої національними органами у контексті провадження в їхніх кримінальних справах.

Наприклад, у справі «Шульгін проти України» було встановлено, що Верховний Суд України частково скасував вирок, яким було засуджено заявника, зменшивши на два роки строк призначеного йому покарання та виключивши додаткове покарання у вигляді конфіскації майна. Однак на час постановлення цього рішення заявник уже відбув призначене йому раніше покарання.

У зв'язку з цим у лютому 2005 року заявник звернувся до Печерського районного суду м. Києва з цивільним позовом про відшкодування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними діями органів прокуратури та суду, що мали наслідком збільшення строку його покарання на більш як два роки.

15 березня 2005 року в позові заявника було відмовлено, оскільки на його справу не поширювалась дія ЦК України та Закону.

Це рішення було залишене без змін судами апеляційної та касаційної інстанцій.

Розглянувши справу, ЄСПЛ вказав, що спосіб, у який національні суди витлумачили та застосували національне законодавство щодо права особи на відшкодування шкоди, завданої незаконним засудженням, зокрема те, що вони не врахували рішення Верховного Суду України, яким було частково зменшено строк відбування заявником покарання, не відповідав вимогам пункту 5 статті 5 Конвенції щодо забезпечення особі можливості отримати відшкодування шкоди [10].

У справі «Нечипорук і Йонкало проти України» 21 квітня 2011 року заявник доводив, що він не мав гарантованого права на відшкодування у зв'язку зі стверджуваними порушеннями статті 5 Конвенції.

Уряд наполягав, що без визнання національними судами стверджуваної незаконності тримання заявника під вартою його вимога про відшкодування шкоди не мала підстав.

У цій справі ЄСПЛ дійшов висновку, що заявник не мав гарантованого права на відшкодування шкоди за незаконне тримання під вартою, як цього вимагає пункт 5 статті 5, і повторно звернув увагу, що цей пункт гарантує захищене право на відшкодування тим, кого затримали або тримали під вартою всупереч іншим положенням статті 5 Конвенції.

ЄСПЛ також зазначив, що закон про відшкодування шкоди не наділяв заявника гарантованим правом на відшкодування шкоди. Не вбачається, що таке право було або зараз забезпечується якимось іншим положенням законодавства України, якщо врахувати відсутність будь-якої передбаченої законом процедури вчинення позову про відшкодування шкоди, завданої позбавленням свободи, яке страсбурзький суд визнав таким, що порушує одне з положень [11].

Національне законодавство не передбачає відшкодування шкоди на підставі прямої дії Конвенції.

У судовій практиці виникає питання щодо тлумачення положень пункту 1<sup>1</sup> частини 1 статті 2 Закону, зокрема, чи можна застосовувати цей підпункт до випадків, якщо ЄСПЛ встановить порушення пунктів 1, 2, 3 і 4 статті 5 Конвенції, чи охоплює поняття «інше рішення суду» рішення ЄСПЛ?

Видається, що розширене тлумачення положення підпункту 1<sup>1</sup> частини 1 статті 2 Закону є досить спірним.

Пункт 5 статті 5 Конвенції покладає на державу обов'язок визначити в національному праві ефективну можливість такої компенсації, якщо в даному праві Конвенція не має прямої дії [12, с. 225].

Вирішуючи спори про відшкодування шкоди, суди не завжди звертають увагу на те, що відповідно до прецедентної практики ЄСПЛ право на відшкодування виникає тоді, коли національний суд встановить позбавлення особи свободи за умов, які суперечили пунктам 1, 2, 3 і 4 Конвенції.

Згідно із Положенням право на відшкодування шкоди у громадянина, який був незаконно засуджений судом, виникає у випадку повної його реабілітації [13]. У судових рішеннях також зустрічаються посилання на те, що право на відшкодування виникає тоді, коли особа повністю реабілітована.

Виникає закономірне питання, чи має право особа на відшкодування шкоди, якщо постановлено обвинувальний вирок, але тримання під вартою було незаконним, коли було винесено постанову (ухвалу) про припинення кримінального переслідування за реабілітуючими підставами стосовно деяких злочинів при одночасному визнанні особи винною у вчиненні іншого злочину, проте внаслідок помилок чи зловживань під час провадження у кримінальній справі наступили негативні наслідки для особи.

Прецедентна практика ЄСПЛ свідчить, що право на відшкодування шкоди не обумовлене повною реабілітацією особи. Відповідний висновок випливає і з положень підпункту 1<sup>1</sup> частини 1 статті 2 Закону.

З огляду на зміст принципів справедливості, пріоритету прав людини і громадянина, а також компенсаторно-відновлювальну функцію зобов'язань з відшкодування шкоди обмеження відшкодування шкоди умовою про повну реабілітацію особи як підставу для відшкодування шкоди не відповідає принципу верховенства права, Конвенції, прецедентній практиці ЄСПЛ та положенням Закону.

У своїх судових рішеннях Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ намагається сформулювати єдиний підхід щодо застосування пункту 5 статті 5 Конвенції та статті 1176 ЦК України.

Так, у справі за позовом Особа\_3 до Головного управління Державної казначейської служби України в Донецькій області про відшкодування шкоди, завданої незаконними діями органів досудового слідства та відшкодування моральної шкоди як на підставу позову позивач посилався на те, що з нього зняті всі підозри в скоєнні злочинів, тобто він є реабілітований, зокрема й на те, що йому завдана шкода тривалим досудовим слідством та судовим розглядом. Загалом він перебував під вартою три роки два місяці. Просив суд стягнути з Головного управління Державної казначейської служби України в Донецькій області за рахунок коштів Державного бюджету України суму матеріальної шкоди, яка становить 63 405 грн 90 коп. та складається із заробітної плати, що не була ним отримана за час знаходження під вартою, та відшкодувати моральну шкоду — 500 000 грн.

Рішенням Краматорського міського суду Донецької області від 16 жовтня 2013 року, залишеним без зміни ухвалою Апеляційного суду Донецької області від 4 грудня 2013 року, в позові відмовлено.

Відмовляючи в позові, суд першої інстанції, з висновками якого погодився апеляційний суд, виходив із того, що Особа\_3 не є особою, яку повністю реабілітовано, і тому не має права на відшкодування шкоди, передбаченої Законом.

Ухвалою від 2 квітня 2014 року у справі № 6-162св14 Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ скасував зазначені судові рішення, справу передав на новий розгляд до суду першої інстанції, зазначивши, зокрема, що суди не врахували норми матеріальної та процесуальної права, які регулюють спірні правовідносини; тривалість досудового слідства та судового розгляду протягом необмеженого строку може завдавати особі певну шкоду: матеріальну та моральну, та відповідно до статті 5 Конвенції потерпілий має право на відшкодування шкоди від арешту або затримання [14].

В ухвалі від 25 грудня 2013 року у справі № 6-41339св13, скасовуючи рішення апеляційного суду та направляючи справу на новий розгляд до суду апеляційної інстанції, касаційний суд вказав на те, що суд апеляційної інстанції, встановивши, що затягування розслідування кримінальної справи стосовно Особа\_7 завдало позивачу моральної шкоди, тобто шкода завдана позивачу не внаслідок її незаконного засудження, незаконного притягнення до кримінальної відповідальності, незаконного застосування запобіжного заходу, незаконного затримання, незаконного накладення адміністративного стягнення у вигляді арешту чи виправних робіт, в достатньому обсязі не визначився з характером спірних правовідносин та не врахував, що порядок відшкодування шкоди, завданої внаслідок іншої незаконної дії або бездіяльності чи незаконного рішення органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, органу досудового розслідування, прокуратури, передбачено частиною 6 статті 1176 ЦК України [15].

Відповідно до частини 7 статті 1176 ЦК України порядок відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, органу досудового розслідування, прокуратури або суду, встановлюється законом [4].

Згідно зі статтею 12 Закону розмір відшкодуваної шкоди, зазначеної в пунктах 1, 3, 4 статті 3 цього Закону, залежно від того, який орган провадив слідчі (розшукові) дії чи розглядав справу, у місячний термін з дня звернення громадянина визначають відповідні органи, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратура і суд, про що виносять постанову (ухвалу). Якщо кримінальне провадження закрито судом при розгляді кримінальної справи в апеляційному або касаційному порядку, зазначені дії провадить суд, що розглядав справу у першій інстанції [5].

Непослідовною та неодноковою є судова практика у цій категорії справ щодо дотримання спеціального порядку звернення потерпілої особи за відшкодуванням шкоди.

В одних випадках, незалежно від того, що кримінальне провадження у справі було закрито органом, що здійснював оперативно-розшукову діяльність, досудове слідство, прокуратурою, і відповідно

до Закону саме ці органи мають визначати розмір матеріальної шкоди, суди розглядають спір по суті та ухвалюють рішення про задоволення позову [16, 17].

В інших випадках суди закривають провадження у справі в частині відшкодування матеріальної шкоди або відмовляють у цій частині позову з огляду на встановлений Законом спеціальний порядок відшкодування цієї шкоди.

З огляду на положення Закону про спеціальний порядок відшкодування шкоди виникають питання: чи відповідає спеціальний порядок відшкодування матеріальної шкоди положенням Конституції України, відповідно до яких юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі (стаття 124); чи є недотримання зазначеного порядку підставою для закриття провадження у справі чи відмови в позові?

Конституційний Суд України неодноразово висловлював правову позицію про те, що право на звернення до суду за вирішенням спору не може бути обмежене законом, іншими нормативно-правовими актами [18]. Відмова суду в прийнятті позовних та інших заяв, скарг, оформлених відповідно до чинного законодавства, є порушенням права на судовий захист, яке згідно зі статтею 64 Конституції України не може бути обмежене [19].

З нашої точки зору, з урахуванням положень Конституції України обрання певного засобу правового захисту, в тому числі спеціального порядку відшкодування шкоди, необхідно розглядати як право, а не обов'язок особи. Встановлення законом обов'язкового спеціального порядку відшкодування матеріальної шкоди обмежує можливість реалізації права на судовий захист.

У науковій літературі також висловлюється думка, що дотримання спеціального порядку відшкодування шкоди дещо суперечить ідеям, які висловив Конституційний Суд України [6, с. 174].

У судовій практиці виникало питання: якщо виходити із положень Закону про спеціальний порядок відшкодування матеріальної шкоди, то чи є підстави закривати провадження у справі в цій частині?

За змістом частини 2 статті 206 ЦПК України, якщо провадження у справі закривається з тієї підстави, що справа не підлягає розгляду в порядку цивільного судочинства, суд повинен повідомити заявників, до юрисдикції якого суду, а не іншого органу, віднесено розгляд таких справ. Крім того, питання відшкодування матеріальної шкоди підлягає розгляду судом, якщо особа не погоджується з постановою відповідного органу про відшкодування шкоди.

У контексті зазначеного серед суддів є й інша точка зору про те, що в зазначеному випадку необхідно відмовляти в частині позовних вимог про відшкодування шкоди, враховуючи, що правом на звернення до суду за захистом наділена особа в разі порушення, невизнання або оспорювання саме її прав, свобод чи інтересів, а суд повинен встановити, чи були порушені, невизнані або оспорені права, свободи чи інтереси цих осіб, а якщо були, то вказати, чи є залучений у справі відповідач відповідальним за це. До звернення особи про відшкодування матеріальної шкоди до відповідного органу право особи не можна вважати порушеним.

Неоднакове застосування норм матеріального і процесуального права у випадках, встановлених ЦПК України, потребує висловлення Верховним Судом України правового висновку.

Верховний Суд України 24 лютого 2016 року у справі № 6-2089цс15 за позовом Особа\_8 до Державної казначейської служби України, управління Міністерства внутрішніх справ України в Закарпатській області, прокуратури Закарпатської області про відшкодування шкоди, завданої незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури, переглянув ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 20 травня 2015 року. У цій справі Особа\_8 просила відшкодувати шкоду (частину заробітку), завдану незаконним відстороненням від роботи (посади). Суд апеляційної інстанції, з висновком якого погодився й суд касаційної інстанції, встановивши, що встановлення розміру грошових доходів, втрачених громадянами внаслідок незаконних дій органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду віднесено до компетенції цих органів, а не суду, дійшов висновку, що справа не підлягає розгляду в порядку цивільного судочинства, тому на підставі пункту 1 частини 1 статті 205 ЦПК України закрив провадження у справі.

Верховний Суд України висловив правовий висновок про те, що чинним законодавством чітко визначено порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду, при

цього встановлення розміру грошових доходів, втрачених громадянами внаслідок незаконних дій зазначених органів, віднесено до компетенції цих органів, а не суду [20].

Попри наявність такого правового висновку Верховного Суду України, дискусійні питання щодо застосування положень статті 1176 ЦК України та Закону все ще залишаються.

Аналіз судової практики свідчить, що немає єдиного підходу щодо визначення належного відповідача в цій категорії справ. Позови пред'являються до Державної казначейської служби України, до її територіальних органів або одночасно до обох. Крім того, водночас із Державною казначейською службою України відповідачами визначаються органи, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратура та суд. В окремих справах органи, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратура або суд мають статус третіх осіб, які не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору [21, 22].

Наприклад, у справі за позовом Особа\_4 до Головного управління Міністерства внутрішніх справ України в м. Києві, прокуратури м. Києва, третя особа — Державне казначейство України, про відшкодування шкоди, завданої незаконними діями органів дізнання, досудового слідства та прокуратури, суд касаційної інстанції, скасовуючи рішення Шевченківського районного суду м. Києва від 16 вересня 2014 року та рішення Апеляційного суду м. Києва від 25 лютого 2015 року і направляючи справу на новий розгляд до суду першої інстанції, не звернув увагу, що суди поклали обов'язок відшкодувати шкоду на третю особу в справі — Державне казначейство України, і мотиви щодо необхідності суду вирішити питання належного відповідача у справі не зазначив [21].

У цій категорії спорів відповідачем має бути держава в особі Державної казначейської служби України, оскільки вона є зобов'язаним суб'єктом у таких деліктних правовідносинах. Відповідні органи не можуть бути співвідповідачами, бо відповідальність за неправомірні рішення, дії чи бездіяльність цих органів держава взяла на себе. Якщо визначити процесуальний статус цих органів як співвідповідачів разом із Державною казначейською службою України, то вони мають нести однаковий обов'язок щодо відшкодування шкоди; відповідно до статті 215 ЦПК України у резолютивній частині рішення має бути зазначено висновок суду про задоволення позову або відмову в позові повністю чи частково і стосовно відповідного органу, розмір грошових сум, які належить стягнути зі співвідповідачів.

Відповідно до статті 13 Конвенції кожен, чії права та свободи, визнані в цій Конвенції, було порушено, має право на ефективний засіб юридичного захисту в національному органі, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, які здійснювали свої офіційні повноваження [7].

ЄСПЛ неодноразово зазначав, що національне законодавство не забезпечує право особи на ефективний юридичний захист у справах про відшкодування шкоди, завданої зазначеними органами.

Механізм відшкодування матеріальної шкоди органом, що здійснював оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, або прокуратурою не є ефективним, на нашу думку, з огляду на таке.

Матеріальна і моральна шкоди підлягають відшкодуванню відповідно до різних порядків (позасудового і судового), що ускладнює розгляд судами об'єднаних вимог у порядку позовного провадження. Відповідно до положень статті 1176 ЦК України та Закону право на відшкодування матеріальної шкоди не залежить від повної реабілітації особи та виникає, якщо в обвинувальному вирокі суду чи іншому рішенні суду (крім ухвали суду про призначення нового розгляду) буде встановлено незаконність рішення, дії чи бездіяльності органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду. Згідно з прецедентною практикою ЄСПЛ право на відшкодування, закріплене в пункті 5 статті 5 Конвенції, виникає після того, як національний орган або ЄСПЛ виявив порушення одного з пунктів цієї статті, тобто особа повинна мати право на відшкодування на підставі прямої дії Конвенції.

Крім того, за змістом положень статті 12 Закону постанова відповідного органу є підставою для відшкодування особі матеріальної шкоди. Водночас згідно з пунктом 4 Положення про Державну казначейську службу України, затвердженого Указом Президента України від 13 квітня 2011 року № 460/2011, Казначейство України відповідно до покладених завдань здійснює безспірне списання коштів державного бюджету та місцевих бюджетів на підставі рішення суду [23].

Відповідно до частини 5 статті 1176 ЦК України шкода, завдана фізичній або юридичній особі внаслідок постановлення судом незаконного рішення в цивільній справі, відшкодовується державою в повному обсязі у разі встановлення в діях судді (суддів), які вплинули на постановлення незаконного рішення, складу злочину за обвинувальним вирокі суду, що набув законної сили [4].

Таке положення не відповідає Конституції України і незрозуміло, чому законодавець обмежився лише постановленням рішення у цивільній справі. Незаконне рішення може бути постановлене і судами інших юрисдикцій.

У теорії та в судовій практиці виникало питання, чи може бути застосована частина 6 статті 1176 ЦК України для відшкодування шкоди, завданої невинуватою тривалим розглядом справи, тобто порушенням розумних строків. Чи підлягають розгляду в порядку цивільного судочинства вимоги фізичної чи юридичної особи до Держави Україна в особі Державного казначейства України про відшкодування шкоди, завданої судами (суддями) при здійсненні правосуддя? Які особливості застосування частини 6 статті 1176 ЦК України?

У 2012 році Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ роз'яснив судам, що вимоги фізичної чи юридичної особи до Держави Україна в особі Державного казначейства України про відшкодування шкоди, завданої судами (суддями) при здійсненні правосуддя, не підлягають судовому розгляду. Розгляд судом позовних вимог, незалежно від їх викладення та змісту, предметом яких є оскарження процесуальних дій судді (суду), пов'язаних із розглядом справи (від стадії відкриття провадження у справі до розгляду по суті, перегляду судових рішень у передбачених процесуальним законом порядках і їх виконання), нормами ЦПК України чи іншими законами України не передбачено. Таким чином, у відкритті провадження у такій справі необхідно відмовити на підставі пункту 1 частини 2 статті 122 ЦПК України, а у разі відкриття провадження у справі його треба закрити на підставі пункту 1 частини 1 статті 205 ЦПК України. Що стосується застосування судами положення частини 6 статті 1176 ЦК України, яка передбачає, що шкода, завдана фізичній або юридичній особі внаслідок іншої незаконної дії або бездіяльності чи незаконного рішення органу дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури або суду, відшкодовується на загальних підставах, то застосування цього законодавчого положення можливе у випадку, коли предметом позову є інші дії чи бездіяльність, зокрема суду, які не пов'язані зі здійсненням правосуддя, відправленням судочинства, яке має на меті прийняття акта органом судової влади. Тобто це інші дії суддів (суду) при здійсненні правосуддя, коли спір не вирішується по суті, в разі їх незаконних дій або бездіяльності і якщо вина судді встановлена не лише вироком суду, а й іншим відповідним рішенням суду [24].

Із листа ВССУ випливає, що застосування частини 6 статті 1176 ЦК України залежить від того, чи пов'язана зі здійсненням правосуддя інша незаконна дія або бездіяльність суду.

Чи є такими діями надмірний строк розгляду справи?

Необхідно зауважити, що українське законодавство поки що не передбачає права учасників процесу оскаржувати надмірну тривалість провадження у справі та не гарантує права на відшкодування шкоди, завданої внаслідок необгрунтованого затягування розгляду справи в суді.

На необхідність існування в національному праві спеціальних правових інструментів, за допомогою яких заявник міг би оскаржити тривалість провадження, ЄСПЛ звернув увагу у справах «Смірнова проти України» від 8 листопада 2005 року, «Кудла проти Польщі» від 26 жовтня 2000 року.

У справі «Смірнова проти України» від 8 листопада 2005 року ЄСПЛ встановив, що у справі за позовом заявниці про розподіл майна її недавно померлих батьків тривалість провадження була надмірною і не відповідала вимозі «розумного строку». Тому, відповідно, було порушення статті 6 параграфа 1 статті 6 Конвенції.

У цій справі Уряд вважав, що заявниця не вичерпала доступні їй національні засоби захисту, оскільки вона не оскаржувала в касаційному порядку рішення апеляційного суду від 7 вересня 2004 року.

ЄСПЛ зазначив, що у цій справі звернення до процедури касації не могло надати заявниці ані компенсацію за стверджуване порушення її права на розгляд справи протягом розумного строку, ані пришвидшити розгляд справи. У будь-якому випадку це призвело б до подальшого затягування розгляду справи на місяці або навіть на роки. За цих обставин Суд вважає, що заявниця була звільнена від необхідності використати засіб, який вказаний Урядом [25].

У справі «Кудла проти Польщі» від 26 жовтня 2000 року Європейський суд констатував порушення статті 13 Конвенції, оскільки заявник не мав у своєму розпорядженні ефективного національного засобу правового захисту, за допомогою якого він зміг би відстояти своє право на «судовий розгляд упродовж розумного строку» відповідно до параграфа 1 статті 6 Конвенції. Наслідком відсутності зазначених правових механізмів стало також те, що заявник не міг отримати належну компенсацію за шкоду, завдану перевищенням розумних строків розгляду його справи [26].

Європейські країни вже почали формувати механізми захисту прав осіб від надмірної тривалості розгляду справ у національних судах з метою приведення внутрішнього законодавства у відповідність до вимог Конвенції. На виконання рішення Європейського суду у справі «Кудла проти Польщі» у Польській Республіці прийнято Закон «Про порушення права сторони на розгляд справи без необгрунтованої затримки судового розгляду». В Італії також діє так званий Закон Пінто, який передбачає національні засоби правового захисту у разі порушення розумної тривалості судового розгляду [27].

З нашої точки зору, порушення процесуальних строків розгляду справи є такими діями, які не пов'язані зі здійсненням правосуддя, яке має на меті прийняття акта органом судової влади. Дії щодо зволікання розгляду справи необхідно розглядати як інші дії чи бездіяльність суддів (суду) при здійсненні правосуддя, коли спір не вирішується по суті. Тому якщо надмірна тривалість розгляду справи завдала шкоду особі, то особа повинна мати право на відшкодування шкоди. Необхідно підкреслити, що оскарження особою судового рішення, посилення в апеляційній чи касаційній скаргах на надмірну тривалість розгляду справи не компенсує їй завдану шкоду.

Переконана, що після проведення конституційної реформи та судової реформи законодавець зверне увагу на зазначене питання. Проте врегулювання законодавцем питання відшкодування шкоди, завданої надмірним розглядом справ, потребує законодавчого визначення норм навантаження на одного суддю.

У Висновку № 11 (2008) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету міністрів Ради Європи щодо якості судових рішень зазначено, що якість судового рішення залежить не тільки від окремого судді, а й від низки перемінних величин, зовнішніх по відношенню до процесу відправлення правосуддя, зокрема якість законодавства. Консультативна рада європейських суддів вважає за доцільне, щоб національні парламенти оцінювали та стежили за впливом чинного законодавства і законопроектів на систему правосуддя та передбачали належні перехідні і процедурні положення, які дозволятимуть суддям вводити їх у дію, приймаючи суддівські рішення високої якості. Законодавець повинен забезпечити, щоб законодавство було чітке та просте у застосуванні, а також відповідало Конвенції [28].

З огляду на викладене можна констатувати, що на сьогодні законодавець приділяє незначну увагу регулюванню цієї сфери суспільних відносин і необхідності змін та вдосконаленню законодавства з метою належного національного юридичного захисту особи у правовідносинах з відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду.

#### Використані джерела:

- [1] Цивільне право України. Академічний курс. Підручник: у двох томах / За заг. ред. Я.М. Шевченко. — Т. 2. Особлива частина. — К.: Концерн «Видавничий дім «Ін Юре», 2003. — 400 с.
- [2] Конституція України. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>.
- [3] Міжнародний пакт про громадянські та політичні права. [Електронний ресурс] // Режим доступу: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995\\_043](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043).
- [4] Цивільний кодекс України. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
- [5] Закон України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду». [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/266/94-%D0%B2%D1%80>.
- [6] Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар: пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій України, науковців, фахівців. — Т. 11: недовірені зобов'язання / Спасибо-Фатеева І.В., Баранова Л.М., Баулін Ю.В. та ін. / За ред. проф. І.В. Спасибо-Фатеевої. — Х.: Право, 2014. — 416 с.

- [7] Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. [Електронний ресурс] // Режим доступу: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004).
- [8] Луспенник Д. Стаття 5 Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод і право на відшкодування шкоди у судовій практиці. [Електронний ресурс] // Режим доступу: [www.justinian.ua/article.php?id=1439](http://www.justinian.ua/article.php?id=1439).
- [9] Справа «Мироненко і Мартенко проти України», 10.12.2009. [Електронний ресурс] // Режим доступу: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974\\_567](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_567).
- [10] Справа «Шульгін проти України», 08.12.2011. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://ds.cn.court.gov.ua/sud2590/2536/233223/32645>.
- [11] Справа «Нечипорук і Йонкало проти України», 21.04.2011. [Електронний ресурс] // Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974\\_683/print1443084032816225](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_683/print1443084032816225).
- [12] Шевчук С. Судовий захист прав людини: Практика Європейського суду з прав людини у контексті західної правової традиції. — Вид. 2-е, випр. / Шевчук С. — К.: Реферат, 2007. — 848 с.
- [13] Положення про застосування Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду», затверджене наказом Міністерства юстиції, Генеральної прокуратури та Міністерства фінансів України від 04.03.1996 № 6/5/3/41. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0106-96>.
- [14] Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ у справі від 02.04.2014 № 6-162св14. [Електронний ресурс] // Режим доступу <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38111984>.
- [15] Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ у справі від 25.12.2013 № 6-41339св13. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36473875>.
- [16] Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ у справі від 07.10.2015 № 6-11017св15. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52311981>.
- [17] Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ у справі від 01.04.2015 № 6-32818св14. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43555592>.
- [18] Рішення Конституційного Суду України у справі від 09.07.2002 № 15-рп/2002 за конституційним зверненням товариства з обмеженою відповідальністю «Торговий Дім «Кампус Коттон клуб» щодо офіційного тлумачення положення частини 2 статті 124 Конституції України (справа про досудове врегулювання спорів). [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-02>.
- [19] Рішення Конституційного Суду України у справі від 25.12.1997 № 9-зп за конституційним зверненням громадян Проценко Раїси Миколаївни, Ярошенко Поліни Петрівни та інших громадян щодо офіційного тлумачення статей 55, 64, 124 Конституції України (справа за зверненнями жителів міста Жовті Води). [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-97>.
- [20] Постанова Верховного Суду України у справі від 24.12.2016 № 6-2089цс15. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56160775>.
- [21] Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ у справі від 08.07.2015 № 6-9234св15. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/46699661>.
- [22] Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ у справі від 22.07.2015 № 6-11478св15. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/47548356>.
- [23] Положення про Державну казначейську службу України, затверджене Указом Президента України від 13.04.2011 № 460/2011. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/460/2011>.
- [24] Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 13.02.2012 № 6-182/0/4-12. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v-182740-12>.
- [25] Справа «Смірнова проти України», 08.11.2005. [Електронний ресурс] // Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980\\_440](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980_440).
- [26] Справа «Кудла проти Польщі», 26.10.2000. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <https://www.lawmix.ru/abrolaw/8138>.

- [27] Банчук О. Розумний строк розгляду справи у суді: європейські стандарти та українські реалії // Адвокат. — 2005. — № 11 (62). — С. 7—10. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://pravo.org.ua/ua/news/2652>.
- [28] Висновок № 11 (2008) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету міністрів Ради Європи щодо якості судових рішень [Електронний ресурс] // Режим доступу: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/58f4a4dd76aacfd0c2257d87004971a6/\\$FILE/%D0%92%D0%B8%D1%81%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D0%BA%20%E2%84%96%2011%20%282008%29.pdf](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/58f4a4dd76aacfd0c2257d87004971a6/$FILE/%D0%92%D0%B8%D1%81%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D0%BA%20%E2%84%96%2011%20%282008%29.pdf).



---

## ПОХІДНИЙ ПОЗОВ: ПІДСТАВА ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ДИРЕКТОРА ТОВАРИСТВА ЗА ЗАПОДІЯНУ ШКОДУ

---



---

### **РОМАН МАЙДАНИК**

доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

---

Учасники юридичної особи мають два основних інструменти захисту інтересів свого товариства від зловживань членів органів управління — це оспорування правочинів юридичної особи і стягнення з винних членів органів управління збитків на користь товариства.

Притягнення членів органів юридичної особи до майнової відповідальності за позовами власників корпоративних прав отримало в українському праві назву похідного/непрямого позову (derivative suit; indirekte/mittelbare Klage).

Особливість цього способу захисту обумовлена тим, що учасник (акціонер), який ініціював судовий процес, не є безпосереднім вигодонабувачем у спорі, такою особою є саме товариство, проте права (інтереси) учасника захищаються шляхом захисту інтересів самого товариства.

Законом України «Про захист прав інвесторів» від 7 квітня 2015 року № 2013а передбачено право учасника (акціонера), якому сукупно належить не менш ніж 10 % і більше статутного капіталу (простих акцій) товариства, ініціювати спір між товариством та його посадовою особою (включаючи посадових

осіб, повноваження яких припинені) про відшкодування збитків, завданих такою посадовою особою товариству її діями чи бездіяльністю (стаття 28 Господарського процесуального кодексу України).

Зазначеним Законом внесено зміни до статті 89 Господарського кодексу України, згідно з частиною 2 якої посадові особи відповідають за збитки, заподіяні ними господарському товариству. Відшкодування збитків, завданих посадовою особою господарському товариству, її діями (бездіяльністю), здійснюється у разі, коли таких збитків було завдано:

- діями, вчиненими посадовою особою з перевищенням або зловживанням службовими повноваженнями;
- діями посадової особи, вчиненими з порушенням порядку їх попереднього погодження або іншої процедури прийняття рішень щодо вчинення подібних дій, встановленої установчими документами товариства;
- діями посадової особи, вчиненими з дотриманням порядку їх попереднього погодження або іншої процедури прийняття рішень щодо вчинення відповідних дій, встановленої товариством, але для отримання такого погодження та (або) дотримання процедури прийняття рішень посадова особа товариства подала недостовірну інформацію;
- бездіяльністю посадової особи у випадку, коли вона була зобов'язана вчинити певні дії відповідно до покладених на неї обов'язків;
- іншими винними діями посадової особи.

Згідно із Законом України «Про господарські товариства» посадовими особами визнаються голова і члени його виконавчого органу, голова ревізійної комісії, а також голова і члени ради (наглядової ради) у тих товариствах, де її створено.

Для ефективного запровадження в українському праві такої відповідальності доцільне закріплення переліку обов'язків і норм-принципів щодо поведінки посадових осіб органів управління товариством.

Українське право має не лише визначити у спеціальних законах загальні принципи діяльності посадових осіб органів корпоративного управління, а й конкретизувати їх, а також передбачити чіткі вимоги щодо кваліфікації дій членів наглядової ради та виконавчого органу, принаймні в акціонерних товариствах і товариствах з обмеженою відповідальністю, з метою притягнення їх до цивільно-правової відповідальності за заподіяну ними шкоду товариству.

При цьому в українському праві спірним залишається питання про підстави відповідальності директора і членів колегіальних органів управління.

Ключовим питанням, без з'ясування якого неможливе остаточне формування режиму відповідальності директорів і членів колегіальних органів управління, залишається питання про підстави відповідальності.

У межах загальної цивільно-правової доктрини відповідальності для стягнення збитків необхідна наявність доказів: а) винності дій відповідача, б) виникнення у потерпілого збитків і в) наявності причинно-наслідкового зв'язку між діями відповідача та збитками. При цьому, як згідно зі статтею 614 Цивільного кодексу України, що регулює вину як підставу відповідальності за порушення зобов'язання, так і згідно зі статтею 1166 Цивільного кодексу України, яка регулює загальні підстави деліктної відповідальності, вина передбачається, якщо заподіювач шкоди (боржник) не доведе свою невинуватість.

Застосовуваність принципу винної відповідальності і презумпції винності в контексті відповідальності директорів за заподіяні ними збитки товариствам в Україні досі залишається спірним.

Є три основних підходи до розв'язання проблеми встановлення презумпції (не) винуватості в контексті похідних позовів до директорів товариств.

Щодо змісту принципу вини:

- 1) директор вважатиметься винним не лише за умисел та грубу необережність, але й за будь-який прорахунок у прийнятті управлінського рішення, якщо таке рішення заподіяло товариству збитки;
- 2) директор вважатиметься винним, лише якщо буде доведена груба необережність або умисел;
- 3) директор вважатиметься винним лише за наявності умислу на заподіяння шкоди товариству.

Щодо визначення презумпції вини:

- 1) вина директора презюмується, як це і впливає зі статей 614 і 1166 Цивільного кодексу України, якщо він сам у відповідь на позов акціонерів (учасників) не доведе зворотне;

- 2) як відступ від класичного підходу специфіка корпоративних відносин може зумовити введення презумпції невинуватості директора з покладенням жорсткого тягаря доказування на акціонерів (учасників);
- 3) введення презумпції невинуватості може бути зумовлено, а тягар доказування позивачів відповідно полегшено за рахунок встановлення в судовій практиці (або в законі) ряду контрпрезумпцій.

При виборі прийнятної моделі відповідальності директора має враховуватися загальна політико-правова закономірність: чим сильніша відповідальність директорів, тим краща захищеність прав акціонерів (особливо міноритаріїв), і навпаки, чим більша ймовірність притягнення до відповідальності директорів (особливо не за навмисні та явно недобросовісні дії, а за грубі прорахунки та необережність), тим більше обмежується готовність директорів приймати серйозні бізнес-рішення, яким в умовах ринкової економіки іманентно притаманний значний ступінь ризику. Знаходження розумного компромісу є одним із ключових питань вітчизняного корпоративного права.

Розв'язання цієї проблеми вбачається у тому, що добросовісність і розумність управлінських рішень директора, які спричинили для товариства збитки, передбачаються (презюмуються). Однак у разі доведення позивачем укладення договору в умовах явного конфлікту інтересів достатньо, щоб поведінка директора передбачалась винною. У ситуації, коли директор не побажав подолати цю контрпрезумпцію, треба вважати, що за наявності доказів збитків і причинно-наслідкового зв'язку позивач виконав усі умови доказування підстав відповідальності директора.

Так, якщо вчинилися взаємопов'язані правочини, в які залучене майно, що знаходилося у власності самого директора основного товариства і його близького родича (наприклад, матері), добрий господар основного товариства в подібній ситуації повинен проявити поведінку розумно уважної особи. Зокрема, від нього обгрунтовано треба очікувати підвищеного контролю до всіх умов договору, за яким зазначене майно набувалось дочірнім товариством.

Поведінку директора (невжиття ним заходів до отримання інформації від дочірнього товариства, в тому числі про ціну придбання) необхідно кваліфікувати як свідоме невиконання обов'язків генерального директора товариства і свідому зневагу до них, тобто як винну бездіяльність. Відповідно, за таких обставин потрібно вважати, що позивач, який довів факт вчинення правочину директором з конфліктом інтересів, заперечив презумпцію добросовісності і переніс тягар доказування назад на директора: саме директор, який діє з потенційним конфліктом інтересів, має доказувати те, що придбання майна дочірнім товариством вчинене в інтересах цих юридичних осіб, а не для отримання самим директором приватної фінансової чи іншої вигоди [1].

Зазначений вище підхід ґрунтується на конструкції виправданого ділового ризику, згідно з яким директора, іншу посадову особу не можна притягнути до відповідальності за бізнес-помилки.

Конструкція виправданого ділового ризику забезпечується презумпцією добросовісності директора, покладенням на позивача тягаря доказування винуватості директора, визнанням умислу директора як умови відповідальності і застосуванням правила «хорошого керівника» як критерію правомірності бізнес-рішень (ділових рішень).

Якщо будь-які дії або бездіяльність директора компанії заподіяли товариству збитки, директор повинен презюмуватися добросовісним і таким, що не підлягає відповідальності.

Доказувати не лише факт виникнення збитків і наявність причинно-наслідкового зв'язку, але й факт порушення директором стандартів належної поведінки має позивач.

Директор повинен притягуватися до відповідальності за такі рішення, які призводять до їх особистого збагачення за рахунок товариства, а також інші рішення, щодо яких можна стверджувати про умисел на заподіяння товариству збитків на порушення «обов'язку лояльності».

За прості бізнес-помилки, навіть грубі прорахунки, як мінімум, за згаданим правилом відповідальність покладатися на директора не повинна (так зване *business judgement rule*, правило ділового рішення). Суди не є належним місцем для оцінки розумності бізнес-рішень та адекватності прийнятих директором на компанію ризиків.

Більш широкі підстави відповідальності директорів можуть призвести до невинуватих і нерозумних рішень. Відповідальність за бізнес-помилку в судовому порядку скоюватиме підприємницьку активність директорів та їхню здатність взяти на себе відповідальність і приймати серйозні рішення в умовах ризику. Введення юридичної караності бізнес-помилки автоматично створює ризики

розширення практики недобросовісних атак на директора та використання цього інструмента у внутрішньокорпоративних війнах.

Однак основний недолік наведеного вище вузького розуміння підстав відповідальності директорів полягає в тому, що для позивача доказувати свідоме заподіяння директором шкоди товариству, конфлікт інтересів або відверту крадіжку набагато складніше, ніж просту бізнес-помилку, відступлення умов правочину від ринкового рівня або нереалізацію вигідної бізнес-можливості.

Для недопущення уникнення відповідальності директора, який свідомо заподіяв шкоду товариству, треба виходити з того, що якщо факт порушення договору або заподіяння шкоди зафіксовано, то на відповідача переноситься тягар доказування своєї невинуватості (тобто того, що він зробив усе, що від нього треба розумно вимагати за наявних обставин, щоб уникнути такого порушення і заподіяння позивачеві шкоди).

У випадку оспорювання не конкретно встановленого обов'язку на підставі договору, а оціночного характеру обов'язку добросовісної поведінки директора за недобросовісне виконання зобов'язань, позивач і відповідач мають брати участь у доказуванні одного й того самого критерію — відповідності поведінки відповідача оціночним стандартам належної поведінки — позивач пред'являє докази недобросовісності поведінки відповідача, а відповідач їх намагається спростувати. Якщо, на думку суду, позивач надав достатньо вагомні докази, а відповідач їх не зміг спростувати, має фіксуватися факт недобросовісності, і відповідач визнається таким, що порушив зобов'язання добросовісного виконання. Тим самим одночасно фіксуватиметься і його винуватість [2].

Отже, основний підхід до питання про вину директора як підстави його відповідальності перед товариством убачається в тому, що вина директора не повинна презюмуватися, а тягар доказування винного характеру поведінки директора (або членів колегіальних органів управління) має бути покладено на позивача.

Зазначене загальне правило має заперечуватися рядом контрпрезупцій, які переносять тягар доказування невинуватості на директора, як то, наприклад, укладення правочину в умовах конфлікту інтересів, завідоме знання про збитковість правочину для товариства тощо.

Зміст поняття вини щодо відповідальності директорів має встановлюватися через поняття нерозумної і недобросовісної поведінки. При цьому має виключатися відповідальність директора за ті прорахунки, які входять у межі звичайного ділового ризику.

Вина повинна визначатися не через суб'єктивне ставлення директора до схвалюваних ним рішень, а через об'єктивну відповідність цих рішень сформованим звичаями стандартам ділової практики (так званий стандарт хорошого керівника).

#### Використані джерела

- [1] Карапетов А. Основания ответственности директора юрлица: становление судебной практики. [Електронний ресурс] // Режим доступу: [https://zakon.ru/blog/2013/3/12/osnovaniya\\_otvetstvennosti\\_direktora\\_yurлица\\_stanovlenie\\_sudebnoj\\_praktiki](https://zakon.ru/blog/2013/3/12/osnovaniya_otvetstvennosti_direktora_yurлица_stanovlenie_sudebnoj_praktiki).
- [2] Карапетов А.Г. Тезисы Карапетова А. Г. к научному круглому столу «Основания ответственности директора юридического лица». [Електронний ресурс] // Режим доступу: [http://m-logos.ru/img/A.G.%20Karpapetov\\_tezisy\\_25.03.pdf](http://m-logos.ru/img/A.G.%20Karpapetov_tezisy_25.03.pdf).

---

## ПРИПИНЕННЯ ІПОТЕКИ ТА ПОРУКИ ЗА РІШЕННЯМ СУДУ: СТАЛІСТЬ ПРАКТИКИ ТА НОВІ ТЕНДЕНЦІЇ

---



---

**ОЛЕНА ВОЛЯНСЬКА**  
радник LCF

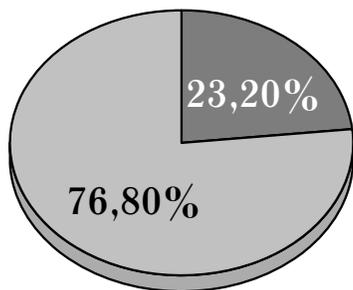
---

Соціально-політична ситуація в державі, наслідки економічних криз суттєво вплинули на ті категорії справ, які на сьогодні найчастіше розглядають суди.

Питому вагу спорів за участю банків демонструє судова статистика.

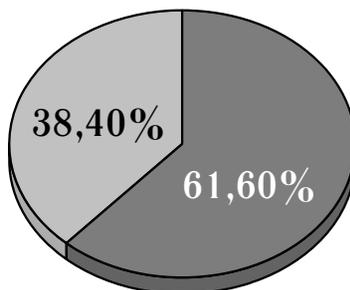
Так, у місцевих господарських судах у 2015 році 23,2 % всіх справ, що виникають з договірних правовідносин, становили спори у сфері банківської діяльності, причому 82,5 % з них — спори у сфері кредитування. При цьому 61,6 % від усіх сум, присуджених до стягнення в договірних спорах, склали банківські спори, а 94,3 % з них — кредитні спори.

**МІСЦЕВІ ГОСПОДАРСЬКІ СУДИ**  
(кількість розглянутих справ),  
2015 рік



■ Банківські спори  
■ Інші договірні спори

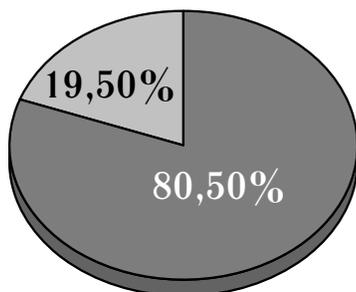
**МІСЦЕВІ ГОСПОДАРСЬКІ СУДИ**  
(суми, присуджені до стягнення),  
2015 рік



■ Банківські спори  
■ Інші договірні спори

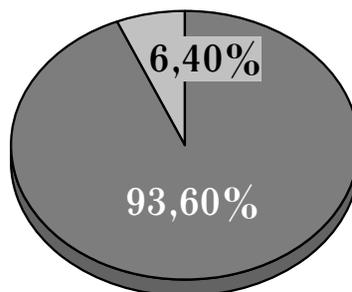
Ще більш показовою в даному аспекті є статистика загальних судів. За 2015 рік 80,5 % усіх розглянутих справ, що виникають із договорів, становили банківські спори. А 93,6 % усіх сум, присуджених до стягнення у договірних спорах, було стягнуто при вирішенні банківських спорів.

**МІСЦЕВІ ЗАГАЛЬНІ СУДИ**  
(кількість розглянутих справ),  
2015 рік



■ Банківські спори  
■ Інші договірні спори

**МІСЦЕВІ ЗАГАЛЬНІ СУДИ**  
(суми, присуджені до стягнення),  
2015 рік



■ Банківські спори  
■ Інші договірні спори

Спори у сфері кредитних правовідносин — це зазвичай битва комплексних стратегій сторін із протилежною метою.

Головною метою більшості позичальників є уникнення повернення кредиту, а якщо це неминуче, то принаймні погашення кредиту зі значним дисконтом та у найдовші строки із можливих.

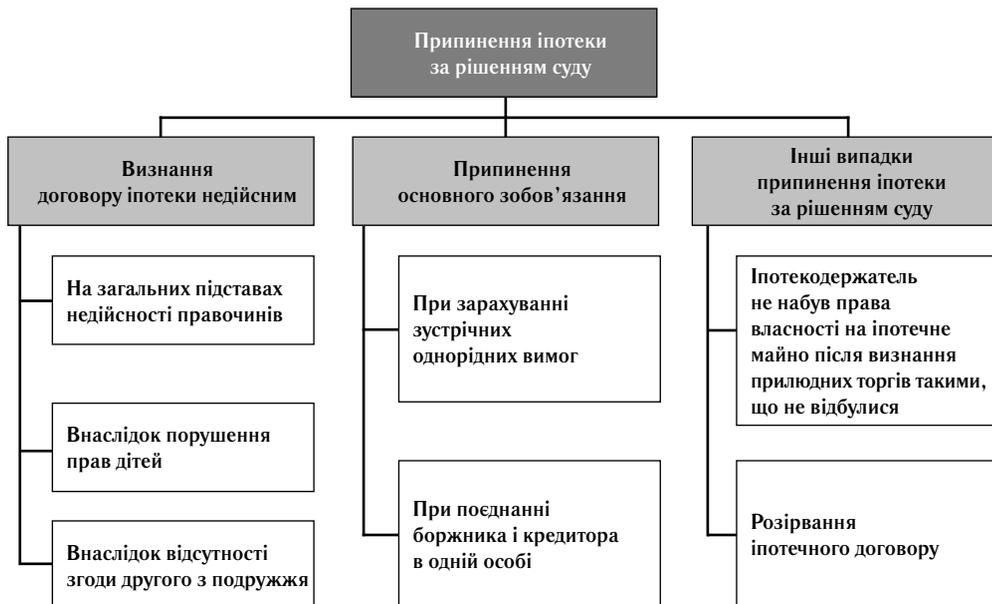
Банки ж намагаються якнайшвидше звернути стягнення на найбільш привабливі активи позичальника і його майнових та фінансових поручителів, у тому числі у позасудовому порядку.

Не дивно, що головною складовою більшості стратегій позичальників залишається припинення поруки чи іпотеки у судовому порядку.

Плинність судової практики Верховного Суду України не дає можливості «розслабитись» юридичним департаментам банків та залученим юристам. Не встигли вони оговтатись від нарешті сформованої правової позиції щодо порядку тлумачення частини 4 статті 559 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) щодо припинення поруки, як Верховний Суд України підготував нові несподіванки.

Як не втратити можливість стягнення з поручителя або за рахунок предметів застави чи іпотеки майнового поручителя, як правильно оформити досягнуті з позичальниками домовленості, щоб у майбутньому останні не спростували укладені договори, що змінювати в практиці кредитних правовідносин, а що розвивати та поліпшувати?

## Припинення іпотеки за рішенням суду



Найпоширенішими є випадки припинення іпотеки в результаті визнання договору іпотеки недійсним або ж у результаті припинення основного забезпеченого нею зобов'язання.

Однак на сьогодні у судовій практиці сформовані й інші специфічні та екзотичні способи припинення іпотеки за рішенням суду.

До таких, наприклад, можна віднести припинення іпотеки у випадку, якщо іпотекодержатель не скористався правом на отримання права власності на іпотечне майно у разі визнання прилюдних торгів такими, що не відбулися, або ж припинення іпотеки на підставі розірвання іпотечного договору.

### Недійсність договору іпотеки

«Для мінімізації ризиків визнання в майбутньому договору іпотеки недійсним банки вже на стадії укладання договору повинні діяти обачно»

До спорів про визнання договорів іпотеки недійсними застосовуються загальні підстави недійсності правочинів, передбачені ЦК України. Однак ця категорія спорів має також свої специфічні підстави визнання договорів іпотеки недійсними.

До таких підстав належить визнання договору іпотеки недійсним унаслідок порушення прав дітей при укладанні такого договору, а також у разі відсутності згоди другого із подружжя на укладення договору іпотеки.

### Порушення прав дітей

Системне тлумачення норм статті 177 Сімейного кодексу України, статті 16 Закону України «Про охорону дитинства» та статті 12 Закону України «Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей» дає змогу дійти висновку про необхідність отримання попереднього дозволу органу опіки і піклування на укладення батьками договору щодо майна, права на яке має дитина.

Верховний Суд України в постанові від 16 березня 2015 року № 6-392цс15 сформував правову позицію, відповідно до якої у разі вчинення правочину стосовно нерухомого майна (договір іпотеки), право власності на яке або право користування яким мають діти, попередня згода органу опіки та піклування є обов'язковою.

Однак уже в постановках від 20 січня 2016 року № 6-2940цс15 та від 27 січня 2016 року № 6-1055цс15 Верховним Судом України уточнено, що підставою для визнання недійсним договору щодо майна, право

на яке має дитина, за позовом його батьків є не сам по собі факт відсутності попереднього дозволу органу опіки і піклування на укладення такого договору, а порушення в результаті його укладення майнових прав дитини.

Крім того, неправдиве повідомлення батьками, які є одночасно законними представниками неповнолітньої, малолітньої особи, про відсутність прав дитини на майно, яке передається в іпотеку, не може бути підставою для визнання іпотеки недійсною за позовом батьків, які зловживали своїм правом законного представника дитини, а може спричинити інші наслідки, передбачені законодавством та які застосовуються органами опіки та піклування (постанова ВСУ від 30 вересня 2015 року № 6-384цс15).

Таким чином, аналіз тенденцій судової практики Верховного Суду України дає змогу дійти висновку про обмеження можливості визнання договору іпотеки недійсним виключно на підставі штучно створених недобросовісними позичальниками порушень майнових прав дітей.

### ***Відсутність згоди другого із подружжя на укладення договору іпотеки***

Правовою підставою визнання договору іпотеки недійсним унаслідок відсутності згоди другого із подружжя на укладення такого договору є стаття 578 ЦК України та стаття 6 Закону України «Про іпотеку», відповідно до яких майно, що є у спільній власності, може бути передане в заставу (іпотеку) лише за згодою всіх співвласників.

При цьому судова практика і в цьому випадку спрямована на обмеження зловживань з боку недобросовісних позичальників. Так, Верховний Суд України сформував правову позицію, відповідно до якої відсутність згоди другого із подружжя на укладення договору іпотеки сама по собі не може бути підставою для визнання договору недійсним (постанови ВСУ від 27 січня 2016 року № 6-1912цс15, від 21 жовтня 2015 року № 6-1568цс15, від 7 жовтня 2015 року № 6-1622цс15).

При цьому укладення одним із подружжя договору щодо розпорядження спільним майном без згоди другого із подружжя може бути підставою для визнання такого договору недійсним лише в тому разі, якщо суд установить, що той із подружжя, хто уклав договір щодо спільного майна, і третя особа — контрагент за таким договором діяли недобросовісно, зокрема, що третя особа знала чи за обставинами справи не могла не знати про те, що майно належить подружжю на праві спільної сумісної власності і що той із подружжя, хто укладає договір, не отримав згоди на це другого із подружжя.

Таким чином, для мінімізації ризиків визнання в майбутньому договору іпотеки недійсним банки вже на стадії укладення договору повинні діяти обачно та перевіряти майнові права на іпотечне майно дітей та інших можливих співвласників. У такому випадку навіть у разі недобросовісності дій позичальників можна буде зберегти дійсність іпотеки.

### **Зміна власника предмета іпотеки**

*«Актуальна судова практика стверджує дійсність іпотеки і в тому випадку, коли відчуження відбулося у момент виключення з Реєстру запису про іпотеку на підставі судового рішення, яке в майбутньому було скасоване»*

Одним із спірних питань до останнього часу залишалося питання щодо дійсності іпотеки у випадку, коли предмет іпотеки був відчужений після зняття обтяження за судовим рішенням про визнання іпотеки недійсною, яке в майбутньому було скасоване.

За приписами статті 23 Закону України «Про іпотеку» у разі переходу права власності на предмет іпотеки від іпотекодавця до іншої особи, у тому числі в порядку спадкування чи правонаступництва, іпотека є дійсною для набувача відповідного нерухомого майна, навіть у тому випадку, якщо до його відома не доведена інформація про обтяження майна іпотекою.

Однак залишалося відкритим питання, чи застосовується зазначена норма і чи зберігається іпотека у випадку, якщо перехід права власності відбувся в момент, коли іпотека була знята за рішенням суду про визнання іпотеки недійсною, а таке рішення суду в майбутньому було скасоване, тобто поновлено дійсність іпотеки.

Так, у постанові від 24 грудня 2014 року № 6-201цс14 Верховний Суд України дійшов висновку, що, установивши, що рішенням суду договір іпотеки було визнано недійсним і на його підставі запис про обтяження майна іпотекою виключено з Реєстру, суд касаційної інстанції дійшов помилкового висновку

про застосування до спірних правовідносин статті 23 Закону, оскільки під час переходу права власності на спірну квартиру до заявника вона предметом іпотеки не була.

Така достатньо спірна правова позиція викликала великий резонанс у суспільстві, адже по суті дала зелене світло недобросовісним майновим поручителям припинити іпотеку за результатами незаконних судових рішень про визнання договору іпотеки недійсним.

Однак судова практика Верховного Суду України кардинально змінилася вже менш ніж за півроку після висвітленої попередньої правової позиції.

Так, у постановках від 13 травня 2015 року № 6-53цс15, № 6-63цс15, від 2 вересня 2015 року № 6-639цс15 Верховний Суд України дійшов висновку, що у разі скасування незаконного судового рішення про визнання іпотеки недійсною, на підставі якого з Державного реєстру іпотек виключено запис про обтяження, дія іпотеки підлягає відновленню з моменту вчинення первинного запису в Державному реєстрі іпотек, який виключено на підставі незаконного рішення суду, оскільки відпала підстава виключення цього запису. Це означає, що іпотека є дійсною з моменту внесення про неї первинного запису до Державного реєстру іпотек.

Тобто на сьогодні судова практика підтверджує поширення дії статті 23 Закону України «Про іпотеку» і в тому випадку, коли відчуження відбулося у момент виключення з Реєстру запису про іпотеку на підставі судового рішення, яке в майбутньому було скасоване.

### **Припинення кредитних зобов'язань як підстава припинення іпотеки**

«Вкладники шукають нові механізми повернення вкладів поза процедурами, передбаченими законодавством про систему гарантування вкладів»

Запровадження в банках тимчасової адміністрації і як наслідок — обмеження можливостей вкладників на отримання грошових коштів стали поштовхом для пошуку нових механізмів повернення вкладів за поточними та депозитними рахунками поза процедурами, передбаченими Законом України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб».

Найпопулярнішим механізмом стала уступка права вимоги вкладниками банку на користь позичальників банку за кредитними договорами, як наслідок — направлення банку заяв про зарахування зустрічних однорідних вимог чи поєднання боржника і кредитора в одній особі. Одночасно такими вкладниками-позичальниками банку направлялись вимоги про припинення кредитних зобов'язань та всіх забезпечень, у тому числі іпотечних договорів.

З огляду на те, що вимога про зарахування зустрічних однорідних вимог є одностороннім правомочинням, у цьому випадку погашення вимог такого вкладника та припинення його ж зобов'язань перед банком здійснювалось поза залежністю від волі банку та Фонду гарантування вкладів.

Самі ж банки, в яких введено тимчасову адміністрацію, не визнають подібні односторонні правомочиння про зарахування зустрічних однорідних вимог чи поєднання боржника і кредитора в одній особі, що призводить до виникнення судових спорів.

Зважаючи на те, що категорія таких спорів є новою, судова практика ще не повністю сформована, однак загальні тенденції можна окреслити вже сьогодні.

### **Застосування статті 606 ЦК України**

Редакція статті 36 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб», якою передбачені наслідки запровадження тимчасової адміністрації до 12 серпня 2015 року передбачала заборону зарахування зустрічних однорідних вимог, але не містила заборони припинення зобов'язань поєднанням боржника і кредитора в одній особі.

Саме тому вкладники та позичальники банку, а швидше — їхні юристи тлумачили відступлення права вимоги від вкладника до позичальника банку, який також має право вимоги до банку, як поєднання боржника і кредитора в одній особі. Внаслідок чого, на думку позичальника, припинялися його зобов'язання перед банком і припинялися всі види забезпечень.

Однак Верховним Судом України було сформовано правову позицію, відповідно до якої у випадку, коли боржник банку придбав право вимоги до банку за договором, відповідні два зобов'язання між банком і його боржником, який придбав згідно з договором право вимоги до банку, не можуть припинятись на підставі статті 606 ЦК України, оскільки зазначена стаття до таких правовідносин не застосовується (постанова ВСУ від 16 вересня 2015 року № 6-4цс15).

Зазначена позиція мотивована тим, що така підстава, як припинення зобов'язання поєднанням кредитора і боржника в одній особі, належить до групи підстав, що не належать до правочинів і не залежать від волі сторін.

При цьому поєднання боржника і кредитора в одній особі застосовується судом до спірних правовідносин у разі, коли до сторони, яка є боржником, переходить зобов'язання іншої особи відповідно до будь-якої підстави, зазначеної в законі, та якщо при цьому один із суб'єктів правовідношення у зв'язку з обставинами, зазначеними в законі, зникає і з двох самостійних суб'єктів залишається (утворюється) один, в якому поєднується боржник і кредитор. Саме в такому разі підстава припинення цивільно-правового зобов'язання не залежатиме від волі сторін.

Із такою позицією Верховного Суду України важко не погодитись, адже якщо припустити можливість поєднання кредитора і боржника в разі відступлення права вимоги та ще й за різними по суті правочинами, то нівелюється різниця між такими підставами, як зарахування зустрічних однорідних вимог і поєднання боржника та кредитора в одній особі.

### **Застосування статей 601, 602 ЦК України**

Таким чином, у разі відступлення права вимоги вкладника на користь позичальника банку припинення зобов'язання позичальника можливе внаслідок зарахування зустрічних однорідних вимог. Проте така можливість залежить від того, коли подібне зарахування відбулося — до чи після введення тимчасової адміністрації в банк.

Так, за приписом статті 36 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» під час тимчасової адміністрації не здійснюється зарахування зустрічних вимог, у тому числі зустрічних однорідних вимог.

Відтак, якщо повідомлення банку про припинення зобов'язань зарахуванням направлено банку після введення тимчасової адміністрації, то таке зарахування неможливе в силу прямої заборони закону.

Однак якщо таке повідомлення направлено до запровадження тимчасової адміністрації, то таке зарахування, як свідчить судова практика, можливе.

Так, у постанові від 17 листопада 2015 року № 910/8058/15-г Вищий господарський суд України дійшов висновку, що доводи касаційної скарги про порушення судами частини 5 статті 36 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб», якою встановлено заборону на здійснення зарахування зустрічних однорідних вимог у зобов'язаннях, стороною яких є неплатоспроможний банк, щодо якого введено тимчасову адміністрацію, є безпідставними, з огляду на встановлені судами обставини звернення із заявою про зарахування зустрічних однорідних вимог до введення тимчасової адміністрації, що свідчить про відсутність будь-яких обмежень на час заліку зустрічних однорідних вимог. Аналогічна позиція відображена також у постанові ВГСУ від 16 грудня 2015 року № 906/607/15.

Однак необхідно враховувати, що банк у будь-якому випадку — повідомлення було направлено до введення тимчасової адміністрації чи після її введення — не визнає зарахування, а тому припинити зобов'язання, в тому числі іпотеку, необхідно буде в судовому порядку.

Крім того, варто зазначити, що іпотека може бути припинена лише внаслідок припинення основного зобов'язання, а не його розірвання, адже розірвання кредитного договору не є підставою для припинення іпотеки, якою може забезпечуватися виконання зобов'язання, що виникло до набуття законної сили рішенням суду про розірвання договору (постанова ВСУ від 9 вересня 2015 року № 6-939ц15).

### **Відмова іпотекодержателя від визнання права власності**

«Відмова іпотекодержателя від визнання права власності у разі визнання прилюдних торгів такими, що не відбулися, не є безумовною підставою припинення іпотеки»

До окремих випадків припинення іпотеки за рішенням суду варто віднести припинення іпотеки у випадках, коли іпотекодержатель не скористався правом на визнання права власності у разі визнання прилюдних торгів такими, що не відбулися.

Так, статтею 49 Закону України «Про іпотеку» передбачено: якщо іпотекодержатель не скористався у разі визнання прилюдних торгів такими, що не відбулися, правом придбати предмет іпотеки за початковою ціною шляхом заліку своїх забезпечених вимог у рахунок ціни майна, за результатами третіх прилюдних торгів іпотека може бути припиненою за рішенням суду.

При цьому у постанові від 7 жовтня 2015 року № 6-222цс15 Верховний Суд України сформував правову позицію, відповідно до якої той факт, що строк договору кредиту не сплинув, не може бути підставою для відмови від погашення повністю або частково заборгованості за рахунок не реалізованого за наслідками торгів предмета іпотеки, оскільки порушує права боржника на законне очікування прийняття предмета іпотеки в рахунок погашення заборгованості та штучно збільшує заборгованість боржника за кредитним договором. Суд у такому випадку дійшов висновку про правомірне припинення іпотеки.

При застосуванні зазначеної норми варто враховувати, що право на припинення іпотеки до 16 жовтня 2011 року виникало за результатами других прилюдних торгів. На сьогодні в результаті змін до статті закону таке право виникає вже після визнання такими, що не відбулися, третіх прилюдних торгів.

Верховний Суд України в постанові від 3 лютого 2016 року № 3-1150гс15 дійшов висновку, що застосовуватись повинна редакція закону, дійсна на момент вчинення дій з реалізації заставленого майна та прилюдних торгів.

Однак необхідно враховувати, що відмова іпотекодержателя від визнання права власності за результатами визнання прилюдних торгів такими, що не відбулися, не є безумовною підставою припинення іпотеки.

Так, системний аналіз положень статей 3, 17 та 49 Закону України «Про іпотеку» свідчить про те, що припинення іпотеки у зв'язку із застосуванням цього Закону є правом суду, рішення якого має прийматися з урахуванням конкретних обставин справи.

При цьому необхідно враховувати строк договору, розмір заборгованості, а також встановлені у справі обставини, а саме: чи продовжується дія кредитного договору після звернення стягнення на предмет іпотеки; чи звернуто на всю суму заборгованості за кредитом стягнення; які наслідки збереження або припинення іпотеки з огляду на інтереси обох сторін договору кредиту та договору іпотеки; підстави відмови іпотекодержателя від отримання предмета іпотеки; чи діють сторони добросовісно тощо.

У справі, яку розглядав Верховний Суд України, вартість предмета іпотеки повністю покривала розмір простроченої заборгованості, тому суд дійшов висновку, що відмова від визнання права власності на предмет іпотеки порушує права боржника на законне очікування прийняття предмета іпотеки в рахунок погашення заборгованості та штучно збільшує заборгованість.

### **Розірвання іпотечного договору в зв'язку з істотною зміною обставин**

«Укладаючи іпотечний договір, сторони приймають на себе певні економічні ризики, у тому числі ризик неможливості виконання зобов'язань банком-позичальником за кредитним договором у разі його ліквідації»

Цікавою є судова практика про припинення іпотеки на підставі розірвання іпотечного договору в зв'язку з істотною зміною обставин.

Так, у справі № 910/19794/14 суд першої інстанції, позицію якого було підтримано судом апеляційної інстанції, розірвав іпотечний договір, яким забезпечувалося виконання зобов'язань за кредитним договором між банком-кредитором та банком-позичальником.

Суд визнав, що прийняття рішень про відкликання ліцензій та здійснення процедури ліквідації банку-позичальника з метою виведення його з ринку є істотною зміною обставин, якими керувалися сторони при укладенні іпотечного договору, а тому такий договір підлягає розірванню у зв'язку з істотною зміною обставин.

Крім того, суд у резолютивній частині свого рішення визначив наслідки розірвання такого договору, а саме — припинення зобов'язань за договором іпотеки.

Однак Вищий господарський суд України зазначені судові рішення скасував, а у позові відмовив. У частині відсутності підстав для розірвання договору у зв'язку з істотною зміною обставин суд касаційної інстанції виходив з того, що, укладаючи іпотечний договір, сторони усвідомлювали правову природу іпотеки, яка полягає у забезпеченні можливості кредитора у разі невиконання боржником зобов'язання, забезпеченого іпотекою, одержати задоволення вимог саме за рахунок предмета іпотеки переважно перед іншими кредиторами цього боржника, та, уклавши договір, прийняли на себе певні економічні ризики, у тому числі ризик неможливості виконання зобов'язань банком за кредитним договором у разі його ліквідації.

Незважаючи на те, що подібні варіанти припинення іпотеки не мають під собою належного правового підґрунтя та навряд чи будуть підтримані судами касаційних інстанцій, вони, з одного боку, значно

затягують процес звернення стягнення, а з іншого — створюють значні труднощі кредиторам у поновленні записів про іпотеку після скасування таких рішень

### Припинення поруки за рішенням суду



«Незважаючи на сформованість судової практики, деякі з аспектів припинення поруки у зв'язку із закінченням строку поруки за останній рік усе ж таки отримали більш широке тлумачення»

Правові позиції Верховного Суду України з питань застосування частини 4 статті 559 ЦК України, якою передбачене припинення поруки у зв'язку із закінченням строку поруки, стали одними з найбільш резонансних та найбільш обговорюваних у кредитних правовідносинах останнім часом.

Тезово їх можна відобразити таким чином:

1. Порука — це строкове зобов'язання. Порука припиняється:

- по закінченні строку, зазначеного в договорі;
- якщо протягом шести місяців з дня настання строку виконання основного зобов'язання кредитор не пред'явить вимоги до поручителя;
- якщо кредитор не пред'явить позову до поручителя протягом одного року з дня укладення договору поруки (якщо термін основного зобов'язання не встановлений або встановлений моментом пред'явлення вимоги).

2. Шість місяців — це не строк позовної давності, а строк існування самого зобов'язання поруки. Після закінчення цього строку припиняється право кредитора на можливість пред'явлення і задоволення вимоги до поручителя. Саме тому кредитор повинен пред'явити вимогу протягом шести місяців. Більше того, належна вимога до поручителя — це виключно позов до поручителя.

3. При порушенні графіка платежів або графіка повернення траншів строк виконання обчислюється для кожного платежу окремо. А тому позов до поручителя має бути подано у рамках шестимісячного строку за кожним платежем чи траншем окремо.

4. Вимога кредитора про дострокове повернення всієї суми кредиту протягом певного часу (наприклад, три дні) — це встановлення кредитором нового строку зобов'язання. До поручителя вимога може бути пред'явлена протягом шести місяців з моменту невиконання боржником зобов'язання в межах нового строку (три дні). Вимога до поручителя, спрямована одночасно з вимогою до боржника або до закінчення нового строку, встановленого для боржника, є передчасною вимогою.

З цих аспектів судову практику сформовано на початку 2015 року і на сьогодні вона є сталою. Подібні позиції висвітлені, наприклад, у постановках Верховного Суду України від 27 січня 2016 року № 6-990цс15, від 23 грудня 2015 року № 6-436цс15, від 2 вересня 2015 року № 6-1085цс15 та № 6-1077цс15, від 6 липня 2015 року № 6-616цс15 тощо.

Незважаючи на сформованість судової практики, деякі з аспектів припинення поруки у зв'язку із закінченням строку поруки за останній рік усе ж таки отримали більш широке тлумачення.

Так, основний акцент змістився до питання особливостей визначення строку поруки при різних формулюваннях у кредитних договорах.

Наприклад, у постанові від 7 жовтня 2015 року № 6-263цс15 Верховний Суд України вказав, що умови договору поруки про його дію до повного виконання зобов'язань за кредитним договором не свідчать про те, що цим договором встановлено строк припинення поруки, тому в цьому разі підлягають застосуванню норми частини 4 статті 559 Кодексу про те, що порука припиняється, якщо

кредитор протягом шести місяців від дня настання строку виконання основного зобов'язання не пред'явить вимоги до поручителя.

Тобто при такому формулюванні в договорі поруки підлягають застосуванню загальні правила: позов до поручителя має бути поданий протягом шести місяців з дня прострочення повернення кожного платежу або з дня пропущення боржником визначеного банком строку для дострокового повернення всієї суми кредиту.

Коли ж договором передбачено припинення поруки, якщо кредитор протягом трьох років від дня настання строку виконання основного зобов'язання не пред'явить вимоги до поручителя, то відповідно до правової позиції Верховного Суду України, викладеної в постанові від 3 лютого 2016 року № 6-18цс16, трирічний строк обчислюється з настання строку виконання основного зобов'язання.

У такому випадку у банку є три роки для пред'явлення позову до поручителя з дня прострочення повернення кожного платежу або з дня пропущення боржником визначеного банком строку для дострокового повернення всієї суми кредиту.

Таке формулювання умови договору є більш вдалим з точки зору захисту інтересів банку, адже по суті в цьому випадку строк звернення до поручителя за часовими рамками відповідатиме строку позовної давності для боржника.

Цікавою є позиція Верховного Суду України, викладена в постанові від 3 лютого 2016 року № 6-1599цс15, в якій суд відзначив, що під час вирішення справи про стягнення заборгованості за кредитним договором з поручителів суд повинен перевірити наявність правових підстав для такого стягнення з урахуванням вимог щодо припинення поруки. При цьому звернення особи до суду з позовом про визнання поруки припиненою на підставі статті 559 ЦК України не є необхідним, проте такі вимоги підлягають розгляду судом у разі наявності відповідного спору.

Таким чином, банком при формуванні стратегії у справах про стягнення заборгованості з поручителя необхідно враховувати, що дія поруки на момент звернення до суду з позовом має бути обов'язковим елементом доказування. Наведене унеможливить у майбутньому зловживання поручителями з метою затягування судового процесу шляхом відправлення справи на новий розгляд для встановлення зазначеного факту.

Варто також зважати на позицію Верховного Суду України, відповідно до якої, якщо є судове рішення про стягнення з поручителя заборгованості за кредитним договором та відмову в задоволенні позову поручителя про визнання недійсним договору поруки, в якому судом розглядалося питання дійсності договору поруки, і це рішення набуло законної сили, то під час вирішення справи про припинення поруки суду необхідно враховувати встановлення таким судовим рішенням зазначених обставин (постанова від 9 лютого 2016 року № 6-2017цс15).

Преюдиційність у такому випадку може бути як на користь банку, так і проти. Саме тому необхідно відповідально ставитися до всіх судових процесів у рамках комплексного стягнення проблемної заборгованості і оцінювати негативні ризики у використанні встановлених фактів у межах однієї справи для другої пов'язаної справи.

### **Збільшення обсягу відповідальності поручителя без його згоди**

«Порука припиняється у зв'язку зі зміною лише тих умов кредитного договору, які призводять або можуть призвести до збільшення обсягу відповідальності поручителя, і в тому випадку, коли згоду на таке збільшення поручитель не дав у самому договорі поруки»

Не менш поширеною на сьогодні підставою для припинення поруки є збільшення обсягу відповідальності поручителя без його згоди.

Порука може бути припинена на зазначеній підставі винятково за сукупності двох умов, а саме: внесення без згоди поручителя змін до основного зобов'язання та збільшення обсягу відповідальності поручителя внаслідок таких змін.

Порука припиняється у зв'язку зі зміною лише тих умов кредитного договору, які призводять або можуть призвести до збільшення обсягу відповідальності поручителя, і в тому випадку, коли згоду на таке збільшення поручитель не надавав.

Як свідчить аналіз судової практики, до збільшення обсягу відповідальності призводять (постанова ВСУ від 21 жовтня 2015 року № 6-1161цс15):

- підвищення розміру процентів;
- відстрочення виконання, що призводить до збільшення періоду, за який нараховуються проценти за користування чужими грошовими коштами; установлення (збільшення розміру) неустойки;
- установлення нових умов щодо порядку зміни процентної ставки в бік збільшення тощо.

У той же час не можна вважати збільшенням обсягу відповідальності поручителя такі випадки (постанова ВСУ від 24 червня 2015 року № 6-701цс15):

- запровадження додаткової комісії, яка не є борговою сумою, оскільки сплачена боржником під час підписання додаткової угоди;
- зміна методу нарахування процентів для позикової заборгованості у національній валюті не призвели до збільшення відповідальності поручителя у зв'язку з отриманням кредиту.

Згода поручителя на збільшення обсягу відповідальності може надаватися не лише у вигляді додаткової угоди до договору поруки, а й у вигляді згоди, наданої в самому договорі поруки.

Так, відповідно до правового висновку, викладеного у постанові Верховного Суду України від 17 січня 2011 року № 3-62г10, якщо умовами договору поруки передбачена можливість зміни розміру процентів та строків їх сплати в порядку, визначеному кредитним договором, у забезпечення якого надано поруку, то підстави для її припинення, передбачені частиною 1 статті 559 ЦК України, відсутні.

Однак банкам необхідно зважати, що формулювання згоди має бути чітке та не допускати подвійного тлумачення. Наприклад, згода на збільшення розміру боргових зобов'язань не дає підстав вважати, що поручитель надав згоду і на збільшення строку дії самого боргового зобов'язання.

---

## ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ ЩОДО ДОГОВОРІВ, УКЛАДЕНИХ ОДНИМ ІЗ ПОДРУЖЖЯ, ЯКИЙ МАЄ СТАТУС ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ — ПІДПРИЄМЦЯ

---



---

### АЛЛА ЛЕСЬКО

секретар дисциплінарної секції Вищої ради юстиції

---

Аналіз судової практики цивільних справ з приводу розгляду і вирішення спорів, що виникають із договорів, укладених одним із подружжя, який має статус фізичної особи — підприємця, надає можливість дійти висновку, що питання визнання або невизнання майна подружжя, який має зазначений статус, спільною сумісною власністю потребують чіткого законодавчого регулювання, оскільки прямої відповіді на нього законодавство не надає.

На наш погляд, слушною є думка Жилінкової І.В., яка зазначає, що нерідко той із подружжя, який здійснює підприємницьку діяльність, використовує для цих цілей спільне майно подружжя. Окрім цього, він вкладає у свою діяльність і роздільне майно, що належить йому особисто. Внаслідок цього майно з різним правовим режимом змішується. Визначити, яке майно є результатом власне дій підприємця, а яке має входити до спільного майна подружжя, вкрай важко [1, с. 89].

Відповідно до пункту 28 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його

недійсним та поділ спільного майна подружжя» майно приватного підприємства чи фізичної особи — підприємця не є об'єктом спільної сумісної власності подружжя. Інший з подружжя має право тільки на частку одержаних доходів від цієї діяльності. При розгляді позову про поділ спільного сумісного майна подружжя майно фізичної особи — підприємця не включається до спільного майна [2].

На думку вчених, така позиція не є безспірною. Судова практика розгляду і вирішення вищезазначених спорів є неоднаковою.

Так, рішенням Конституційного Суду України від 19 вересня 2012 року у справі № 1-8/2012 було дано тлумачення частини 1 статті 61 Сімейного кодексу України (далі — СК України) та зазначено, що її положення треба розуміти таким чином: статутний капітал та майно приватного підприємства, сформовані за рахунок спільної сумісної власності подружжя, є об'єктом їхньої спільної сумісної власності.

На думку Конституційного Суду України, приватне підприємство (або його частина), засноване одним із подружжя, — це окремий об'єкт права спільної сумісної власності подружжя, до якого входять усі види майна, у тому числі вклад до статутного капіталу та майно, виділене з їхньої спільної сумісної власності.

Після ухвалення цього рішення Конституційним Судом України суди почали застосовувати його за аналогією до майна фізичної особи — підприємця, що, на нашу думку, не є правильним, оскільки в цьому рішенні не йшлося про майно фізичної особи — підприємця. Виходячи з його змісту, це рішення доцільно застосовувати тільки до відносин, що виникають з приводу майна приватного підприємства. При цьому, на нашу думку, при розгляді зазначених спорів необхідно враховувати позицію, висловлену Верховним Судом України у справі № 6-79цс13 за позовом Особи\_1 до публічного акціонерного товариства «Банк Кіпру», Особи\_2, приватного підприємства «Вітер Плюс» про визнання недійсними договорів та визнання права власності. Як зазначено в цій постанові, у рішенні Конституційного Суду України йдеться виключно про статутний капітал та майно приватного підприємства, сформовані за рахунок спільної сумісної власності подружжя.

Належність майна до спільної сумісної власності подружжя визначається не тільки фактом придбання його під час шлюбу, але й спільною участю подружжя своїми грошовими коштами або працею в набутті спільного майна. Іншими словами, застосовуючи статтю 60 СК України та визнаючи право спільної сумісної власності подружжя на майно, суд повинен встановити не тільки факт набуття майна під час шлюбу, але й той факт, що джерелом його набуття є спільні сумісні кошти або спільна праця подружжя. Тільки у разі встановлення цих фактів диспозиція статті 60 СК України вважається правильно застосованою.

Таким чином, при вирішенні питання щодо необхідності чи то письмової, чи то передбаченої законом нотаріально посвідченої згоди іншого з подружжя при укладенні договорів щодо відчуження майна (цінного, нерухомого, такого, що потребує державної реєстрації) одним із подружжя, який є фізичною особою — підприємцем, та чи відсутність такої згоди матиме правовим наслідком недійсність укладеного одним із подружжя — приватним підприємцем — правочину суди у переважній більшості цивільних справ керуються роз'ясненнями постанови Пленуму Верховного Суду України від 21 грудня 2007 року № 11 [2].

Проте ця правова позиція зазнає критики як така, що звужує права одного з подружжя.

У наукових колах достатньо переконливо обґрунтовується позиція, що майно фізичної особи — підприємця є спільною сумісною власністю подружжя. Зазначена точка зору, на думку прихильників такої правової позиції, випливає зі змісту статті 57 СК України, яка регулює відносини подружжя з приводу їхньої особистої приватної власності та не відносить майно фізичної особи — підприємця до такого майна. Звертається увага на те, що до об'єктів спільної сумісної власності диспозиція частини 1 статті 61 СК України відносить речі професійних занять подружжя (музичні інструменти, оргтехніка, лікарське обладнання тощо), придбані за час шлюбу для одного з подружжя. Робиться наголос на положення статті 60 СК України, відповідно до якої майно, набуте подружжям за час шлюбу, належить дружині та чоловікові на праві спільної сумісної власності незалежно від того, що один із них не мав з поважної причини (навчання, ведення домашнього господарства, догляд за дітьми, хвороба тощо) самостійного заробітку (доходу).

Закон не визначає складу і особливостей майна, яке використовується в підприємницькій діяльності. Законодавство не визначає такого суб'єкта права власності, як фізична особа — підприємець, та не встановлює, що майно фізичної особи — підприємця є відокремленим від самої фізичної особи.

Зокрема, Порядок державної реєстрації (перереєстрації), зняття з обліку автомобілів, автобусів, а також самохідних машин, сконструйованих на шасі автомобілів, мотоциклів усіх типів, марок і моделей, причепів, напівпричепів, мотоколясок, інших прирівняних до них транспортних засобів та мопедів, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 7 вересня 1998 року № 1388 (у редакції постанови Кабінету Міністрів України від 23 грудня 2009 року № 137) передбачає, що транспортні засоби, що належать фізичним особам — підприємцям, реєструються за ними як за фізичними особами (пункт 6).

Відповідно до статті 128 Господарського кодексу України громадянин-підприємець відповідає за своїми зобов'язаннями всім своїм майном, на яке відповідно до закону може бути звернено стягнення.

Тому, на думку прихильників такої правової позиції, є всі підстави вважати, що майно фізичної особи — підприємця, набуте під час перебування у шлюбі, є спільною сумісною власністю подружжя. Раніше в юридичній літературі вже була висловлена пропозиція доповнити статтю 61 СК України частиною 5 у такій редакції: «Майно, набуте фізичною особою — підприємцем в процесі здійснення підприємницької діяльності, є спільною сумісною власністю подружжя» [3].

Практика Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ при розгляді спорів, що нами досліджуються, переважно ґрунтується на такій правовій позиції.

За змістом нормативних положень глав 7 та 8 СК України власність у сім'ї існує у двох правових режимах: спільна сумісна власність подружжя та особиста приватна власність кожного з подружжя, залежно від якого регулюється питання розпорядження таким майном. Підстави набуття права спільної сумісної власності подружжя (тобто перелік юридичних фактів, які складають підстави виникнення права спільної сумісної власності на майно подружжя) визначені в статті 60 СК України. За змістом цієї норми майно, набуте подружжям за час шлюбу, належить дружині та чоловіку на праві спільної сумісної власності. Порядок здійснення подружжям права спільної сумісної власності та право подружжя на розпорядження спільним сумісним майном регулюється статтями 63, 65 СК України.

Водночас відповідно до статті 59 СК України той із подружжя, який є власником майна, визначає режим володіння та користування ним з урахуванням інтересів сім'ї, насамперед дітей.

Одним із видів розпорядження власністю є право власника використовувати своє майно для здійснення підприємницької діяльності.

Як зазначається у частині 2 статті 52 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України), фізична особа — підприємець, яка перебуває у шлюбі, відповідає за зобов'язаннями, пов'язаними з підприємницькою діяльністю, всім своїм особистим майном і часткою у праві спільної сумісної власності подружжя, яка належатиме їй при поділі цього майна. На підставі цього положення, а також норм статей 57, 61 СК України можна дійти висновку про те, що майно фізичної особи — підприємця не є об'єктом спільної сумісної власності подружжя. Інший з подружжя має право тільки на частку доходів, одержаних від цієї діяльності.

За таких обставин договори, укладені одним із подружжя, який є фізичною особою — підприємцем, з приводу майна, яке належить йому як підприємцю, не потребують згоди другого з подружжя.

Проте, навіть виходячи з цієї позиції, на нашу думку, необхідно враховувати, що в даній категорії цивільних справ підлягає встановленню належності майна саме фізичній особі — підприємцю, тобто повинен бути доведений той факт, що джерелом набуття майна є не спільні сумісні кошти або спільна праця подружжя.

Для встановлення зазначених обставин потрібно перевіряти, чи надавалася іншим із подружжя письмова або нотаріально посвідчена згода при набутті майна, яке в подальшому було відчужене; чи містять правостановлюючі документи вказівку про те, що стороною договору є саме фізична особа — підприємець.

Треба враховувати і те, що придбання майна — це також розпорядження грошовими коштами подружжя. Відповідно до статті 179 ЦК України, річчю вважається предмет матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права та обов'язки. За змістом цієї норми та статті 177 ЦК України об'єктами цивільних прав є в тому числі і грошові кошти. Тобто, виходячи із змісту статті 65 СК України, подружжя має за взаємною згодою вирішувати питання щодо розпорядження грошовими коштами на придбання цінного майна. Як відомо, сумлінні нотаріуси вимагають згоду другого з подружжя не лише у разі відчуження, а й у разі набуття майна одним із подружжя.

Оскільки, на нашу думку, в разі доведення того факту, що набуття майна відбулося за рахунок спільних коштів подружжя, той із подружжя, без згоди якого був укладений договір щодо відчуження або розпорядження цим майном, може звернутися з позовом про визнання такого договору недійсним і в тому випадку, якщо такий правочин був вчинений фізичною особою — підприємцем. Разом із тим визнання недійсним такого договору в деяких випадках може мати для господарської діяльності істотні наслідки.

Враховуючи вищевикладене, вирішення судами зазначеної категорії цивільних справ потребує аналізу, напрацювання правових позицій та подальшого законодавчого закріплення.

#### Використані джерела

- [1] Сімейне право України: Підручник / Баранова Л.М., Борисова В.І., Жилінкова І.В. та ін. За заг. ред. Борисової В.І. та Жилінкової І.В. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — 200 с.
- [2] Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя: постанова пленуму Верховного Суду України від 21.12.2007 № 11 // Вісник Верховного Суду України. — 2008. — № 1. — С. 5—8.
- [3] Лесько А.О. Питання ефективності одноособового розгляду цивільних справ у суді касаційної інстанції // Проблеми цивільного права і процесу: зб. матеріалів наук.-практ. конф., присвяченої пам'яті Пушкіна О.А., м. Харків, 07.06.2014. — Харків, 2014. — С. 473—478.

ДЕНЬ ДРУГИЙ 18.03.2016

## СЕСІЯ ІІІ. АКТУАЛЬНІ ПРАКТИКИ

---

### СЕКЦІЯ 4. «ІНТЕЛЕКТУАЛЬНІ» СПОРИ



#### МОДЕРАТОРИ

---

##### **АНТОНІНА ПАХАРЕНКО-АНДЕРСОН**

генеральний директор  
ППФ «Пахаренко і Партнери»

##### **ОЛЕКСАНДР ПОТИЛЬЧАК**

кандидат юридичних наук,  
суддя Верховного Суду України

---



---

## ВИЧЕРПАННЯ ВИКЛЮЧНИХ ПРАВ НА ТОРГОВЕЛЬНІ МАРКИ В УКРАЇНІ: ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ

---



---

### **ВАЛЕНТИН ПАЛІЙ**

суддя Вищого господарського суду України

---

Спори у сфері інтелектуальної власності особисто я розглядаю більш ніж десять років, ще з суду першої інстанції. Коли я тільки починав розгляд зазначеної категорії спорів, на жаль, практики було небагато, але на сьогодні більшість позицій у розгляді таких спорів є сталими, судові рішення — більш прогнозовані для сторін спору, у тому числі, дякуючи шановним колегам з Верховного Суду України.

Сьогодні у своїй доповіді я зверну увагу на питання, пов'язане з вичерпанням виключних прав власника торговельної марки згідно з чинним законодавством України, а саме — теоретичні та практичні аспекти наведеного питання.

Так, відповідно до статті 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» власник прав на торговельну марку має виключне право дозволяти або забороняти використання торговельної марки без його згоди.

Проте таке виключне право не є безмежним.

Відповідно до частини 6 статті 16 наведеного Закону передбачено, що виключне право власника свідоцтва забороняти іншим особам використовувати без його згоди зареєстрований знак не поширюється у тому числі на використання знака для товару, введеного під цим знаком у цивільний оборот власником свідоцтва чи за його згодою, за умови, що власник свідоцтва не має вагомих підстав забороняти таке використання у зв'язку з подальшим продажем товару, зокрема у разі зміни або погіршення стану товару після введення його в цивільний оборот.

Таким чином, у випадку введення товару, який маркований відповідною торговельною маркою в цивільний обіг власником цієї марки, наступний перепродаж цього товару вже не потребує дозволу власника цієї марки та не може бути ним обмежений або заборонений за умови дотримання особами, які здійснюють подальший перепродаж товару, вимог щодо незмінності якості цього товару.

Таке обмеження отримало назву «вичерпання прав на торговельну марку».

Однак у розгляді питання щодо вичерпання прав на торговельну марку дискусійним стало визначення того, на якому саме етапі права власника свідоцтва (міжнародної реєстрації) є вичерпаними з точки зору українського законодавства: після того, як товари були введені в цивільний обіг незалежно від території, де це відбувається, або лише після того, як вони були введені в цивільний обіг на території України.

Так, звертаючись з позовом до суду про заборону використання позначення за міжнародною реєстрацією, іноземна Компанія — виробник товару зазначала, що в Україні діє національний режим вичерпання прав і, оскільки нею не було введено товар, маркований відповідною торговельною маркою, у цивільний обіг на території України, відповідно, така Компанія має право забороняти використання торговельної марки для товару, який пропонується до продажу та продаж якого здійснюється в Україні.

Заперечуючи проти наведеного позову, відповідач, який пропонує до продажу та здійснює продаж на території України товару, маркованого відповідною торговельною маркою, власником якої є Компанія, стверджує, що такий товар не є контрафактним, його виробником є саме Компанія. Цей товар знаходиться в цивільному обігу на території іншої держави, де його і було придбано та ввезено на територію України (тобто мав місце так званий паралельний імпорт). Посилаючись на те, що в Україні діє міжнародний принцип вичерпання прав, відповідач зазначив, що Компанія як власник міжнародної реєстрації не має права забороняти йому використання знака для товару, введеного Компанією під цим знаком у цивільний оборот у будь-якій іншій країні.

Спірна ситуація потребує чіткого розуміння того, що є різні підходи до вичерпання прав: міжнародний, регіональний та національний.

Відповідно до міжнародного принципу вичерпання прав право власника забороняти використання торговельної марки вичерпується після продажу товару, незалежно від того, в якій із країн товар було введено в цивільний обіг (тобто у випадку введення товару з відповідною торговельною маркою в цивільний обіг у будь-якій країні власником цієї торговельної марки, наступний перепродаж цього товару на території будь-якої іншої країни, де його права також охороняються, вже не може бути ним обмежений або заборонений).

Згідно з регіональним принципом вичерпання прав право власника торговельної марки забороняти її використання вичерпується на території певного регіону після того, як товари були введені в цивільний обіг на території іншого регіону (цей принцип діє в країнах, пов'язаних регіональною угодою, наприклад у Російській Федерації).

Національний принцип вичерпання прав передбачає вичерпання прав для кожної країни окремо (навіть якщо товари вже були введені в обіг на території інших держав, їх імпорт та продаж на території держави, яка слідує національному принципу вичерпання прав, може здійснюватися лише за згодою власника торговельної марки або уповноваженої ним особи).

Вибір конкретного принципу вичерпання прав належить до компетенції законодавця та має бути зафіксований у законі.

Приписи частини 6 статті 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» не пов'язують вичерпання прав власника торговельної марки з введенням ним товару (або за його згодою) в цивільний оборот виключно на території України. Отже, введення власником торговельної марки (або за його згодою) товару під відповідним знаком для товарів і послуг у цивільний оборот може бути здійснене і на території іншої держави (держав), після чого власник не може обмежити

або заборонити наступний перепродаж цього товару на території іншої країни, де його права також охороняються (у тому числі на території України). Зазначене за відсутності територіальних обмежень дає підстави стверджувати про існування в Україні міжнародного підходу до вичерпання прав.

Саме з такої позиції і виходив Вищий господарський суд України у прийнятті постанови від 20 жовтня 2015 року у справі № 904/2029/15, спір у якій якраз і був пов'язаний з питанням вичерпання прав.

Правильність такої позиції підтверджується також тим, що відповідно до проекту Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо правового забезпечення відкритості баз даних та прозорості реєстраційних процедур» (№ 2696 від 21 квітня 2015 року) пропонується внести зміни до частини 6 статті 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», а саме — закріпити національний режим вичерпання прав. Відповідно, якби чинна редакція Закону передбачала саме національний режим вичерпання прав, то не виникало б потреби у внесенні наведених змін.

У той же час необхідно зазначити, що Комітет з питань правової політики та правосуддя поставив під сумнів необхідність внесення таких змін, зазначивши, що стаття 160 Угоди про асоціацію дозволяє Україні встановлювати власний режим вичерпання прав інтелектуальної власності, у тому числі й міжнародний, з урахуванням положень Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності. Проти таких змін висловилися і Громадська рада при Державній службі інтелектуальної власності, зазначаючи, що введення національного режиму вичерпання прав і обмеження паралельного імпорту може призвести до негативних явищ.

Таким чином, незважаючи на те, що окремі фахівці можуть дотримуватися іншої точки зору, у судовій практиці Вищим господарським судом питання щодо вичерпання прав вирішене на користь паралельного імпорту саме з урахуванням міжнародного підходу до вичерпання прав.



---

## РОЗГЛЯД ГОСПОДАРСЬКИМИ СУДАМИ УКРАЇНИ СПОРІВ ЩОДО ЗАХИСТУ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ЗА УЧАСТЮ ОРГАНІЗАЦІЙ КОЛЕКТИВНОГО УПРАВЛІННЯ

---



---

### **МАРИНА ДОМАНСЬКА**

суддя Київського апеляційного господарського суду

---

Статтю 45 Закону України «Про авторське право і суміжні права» (далі — Закон) визначено, що суб'єкти авторського права і суміжних прав можуть управляти своїми правами у тому числі через організацію колективного управління.

Згідно з цим Законом організація колективного управління — це організація, що управляє на колективній основі майновими правами суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав і не має на меті одержання прибутку (стаття 1 Закону).

Відповідні повноваження на колективне управління майновими правами передаються організаціям колективного управління авторами та іншими суб'єктами авторського права і (або) суміжних прав на основі договорів, укладених у письмовій формі (частина 3 статті 48 Закону).

На основі одержаних повноважень організації колективного управління надають будь-яким особам шляхом укладення з ними договорів невиключні права на використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав (частина 5 статті 48 Закону).

Однією з головних функцій таких організацій є збирання, розподіл і виплата зібраної винагороди за використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав суб'єктам авторського права і (або) суміжних прав, правами яких вони управляють, а також іншим суб'єктам прав відповідно до цього Закону (підпункт «в» частини 1 статті 49 Закону), тобто забезпечення отримання суб'єктами авторського права і (або) суміжних прав (правовласниками) справедливої винагороди за використання їхніх прав інтелектуальної власності.

Організації колективного управління повинні від імені суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав та на основі одержаних від них повноважень крім іншого звертатися до суду за захистом прав цих суб'єктів відповідно до статутних повноважень та доручення цих суб'єктів (підпункт «г» частини 1 статті 49 Закону).

Разом із цим така організація, подавши позов до суду, не є позивачем, оскільки вона звертається до суду за захистом прав суб'єктів авторського і (або) суміжних прав, а не своїх прав. Позивачем у таких випадках буде суб'єкт авторського права і (або) суміжних прав, на захист інтересів якого звернулася організація. У разі якщо організація колективного управління звертається на захист прав фізичних осіб, такий спір вирішується в порядку цивільного судочинства (постанова Вищого господарського суду України від 8 лютого 2011 року № 39/257-20/354). Якщо ж вона звертається на захист прав юридичних осіб, то залежно від суб'єктного складу спір розглядається в порядку господарського судочинства. При цьому не допускається об'єднання в одне провадження вимог, які підлягають розгляду за правилами різних видів судочинства (абзаци 4 і 5 пункту 7 постанови Пленуму Верховного Суду України від 4 червня 2010 року № 5 «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав», пункт 4 оглядового листа Вищого господарського суду України від 4 квітня 2012 року № 01-06/417/2012 «Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти інтелектуальної власності (за матеріалами справ, розглянутих у касаційному порядку Вищим господарським судом України)»).

Сплата судового збору при поданні позову про захист авторського права організаціями колективного управління здійснюється на загальних підставах без застосування пільг, передбачених пунктом 7 частини 1 статті 5 Закону України «Про судовий збір». З цього приводу є рішення Конституційного Суду України від 28 листопада 2013 року № 12-рп/2013 у справі № 1-17/2013 за конституційним зверненням асоціації «Дім авторів музики в Україні» щодо офіційного тлумачення положень пункту 7 частини 1 статті 5 Закону України «Про судовий збір» у взаємозв'язку з положеннями пункту «г» частини 1 статті 49 Закону України «Про авторське право і суміжні права».

У пункті 49<sup>1</sup> постанови пленуму Вищого господарського суду України від 17 жовтня 2012 року № 12 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» (у редакції постанови пленуму Вищого господарського суду України від 17 грудня 2013 року № 13) викладено наступну правову позицію. Надавши організаціям колективного управління можливість дозволяти використання об'єктів авторського права, які й не перебувають в їх управлінні (але не вилучені з нього в установленому порядку), законодавець врахував специфіку діяльності суб'єктів господарювання, які здійснюють постійне використання великої кількості різноманітних об'єктів авторського права, завчасне визначення переліку яких (із встановленням правовласників та одержанням необхідного дозволу від кожного з них) є надмірно складним або взагалі неможливим.

Такий підхід водночас забезпечує дотримання прав суб'єктів авторського права (як щодо дозволу на використання творів, так і стосовно отримання винагороди) та дозволяє суб'єктам господарювання здійснювати використання необмеженого переліку творів (зокрема, музичних) без порушення майнових авторських прав, уклавши відповідний договір з однією організацією колективного управління.

Так, відповідно до чинного законодавства України суб'єкти комерційного використання відповідних об'єктів авторського права та суміжних прав (далі — Користувачі) для здійснення правомірного використання таких об'єктів повинні укласти з відповідною організацією колективного управління ліцензійний договір. За умовами таких ліцензійних договорів, як правило, Користувач здійснює публічне виконання оприлюднених музичних творів, фонограм, а також зафіксованих у фонограмах виконань, а організація колективного управління надає Користувачеві дозвіл (невиключну ліцензію) на таке використання. При цьому Користувач зобов'язується виплачувати винагороду (рояліті) відповідно до цього договору та Закону.

На стадії виконання таких договорів між організаціями колективного управління та суб'єктами комерційного використання об'єктів авторського права та суміжних прав (Користувачами) виникають спори щодо сплати винагороди (роялті). При цьому Користувачі не визнають позовів про стягнення з них на користь позивачів — відповідних організацій колективного управління — заборгованості зі сплати роялті за умовами таких договорів, посилаючись у суді на їх неукладеність. Одночасно Користувачі відповідних об'єктів авторського права і суміжних прав звертаються до суду з позовами до відповідних організацій колективного управління, за якими просять на підставі частин 1 та 2 статті 1212 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) стягнути з організацій колективного управління безпідставно отримані ними грошові кошти у відповідній сумі сплаченого позивачами (Користувачами) роялті за аналогічними ліцензійними договорами, які, на думку позивачів, необхідно вважати неукладеними.

Будь-яких обмежень щодо загального переліку або окремих об'єктів використання (музичних творів, фонограм, відеограм та зафіксованих у них виконань), як правило, такі договори не містять.

У таких випадках суди задовольняють позови відповідних організацій колективного управління щодо стягнення з Користувачів заборгованості зі сплати роялті за умовами таких ліцензійних договорів та, відповідно, відмовляють Користувачам у задоволенні їх позовів до організацій колективного управління щодо стягнення безпідставно отриманих організаціями грошових коштів у відповідній сумі сплаченого Користувачами роялті за такими договорами (наприклад, постанови Вищого господарського суду України від 24 червня 2014 року у справі № 909/1120/13, від 15 квітня 2014 року у справі № 910/16792/13, від 13 травня 2014 року у справі № 910/10868/13).

У судових рішеннях по таких господарських справах наголошується на тому, що надання організацією колективного управління дозволу на публічне виконання (демонстрацію) музичних творів, фонограм, відеограм та зафіксованих у них виконань без будь-якого обмеження їх переліку свідчить про узгодження сторонами такої істотної умови Договору, як його предмет, оскільки за відсутності будь-яких винятків (стосовно певних об'єктів та/або суб'єктів прав) це не потребує подальшої конкретизації. Відтак, немає підстав вважати Договір неукладеним.

При цьому суди посилаються на аналогічну правову позицію, викладену в пункті 49<sup>1</sup> постанови пленуму Вищого господарського суду України від 17 жовтня 2012 року № 12 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» (у редакції постанови пленуму Вищого господарського суду України від 17 грудня 2013 року № 13), про яку зазначалося вище.

Необхідно звернути увагу на особливості таких спорів: за позовами Користувачів про стягнення з організацій колективного управління на підставі статті 1212 ЦК України безпідставно отриманих коштів, сплачених як винагорода (роялті) за ліцензійними договорами, коли такі договори містять обмеження щодо загального переліку або окремих об'єктів використання.

Так, наприклад, у постанові Вищого господарського суду України від 30 жовтня 2013 року у справі № 910/7395/13 зазначено таке: у предметі спірного договору сторонами було визначено, що позивач (Користувач) здійснює публічне виконання оприлюднених музичних творів, фонограм, а також зафіксованих у фонограмах виконань (далі разом — Твори), що входять до Каталогу, а відповідач (організація колективного управління) надає Користувачеві на умовах, визначених цим договором, право (невиключну ліцензію) на таке виконання та здійснює збір винагороди (роялті). Позивач (Користувач) довів суду, що Каталог — як невід'ємну частину договору — йому не було передано, тобто у тексті Договору в цілому відсутнє визначення об'єктів авторського права і суміжних прав, щодо яких цей Договір укладався, що є ознакою відсутності погодження сторонами Договору такої його істотної умови, як предмет, а отже, згідно з приписами частини 8 статті 181 Господарського кодексу України, ознакою його неукладеності. Суди, визнавши цей ліцензійний договір неукладеним, задовольнили позовні вимоги та стягнули з відповідної організації колективного управління на користь позивача (Користувача) суму сплаченої ним цій організації колективного управління винагороди як безпідставно набуте майно відповідно до частин 1 та 2 статті 1212 ЦК України.

Враховуючи вищевказану судову практику розгляду зазначених спорів, у яких встановлюється факт укладеності (чи неукладеності) відповідного ліцензійного договору, потрібно звернути увагу на різну оцінку судами таких ліцензійних договорів, які містять обмеження щодо загального переліку або окремих об'єктів використання, і таких ліцензійних договорів, які будь-яких обмежень щодо такого переліку або окремих об'єктів використання не містять.

Крім зазначених вище, треба виділити спори, коли Користувачі звертаються до суду з позовами до організацій колективного управління, за якими просять визнати недійсними аналогічні ліцензійні договори, посилаючись на відсутність у відповідача (організації колективного управління) на дату укладання Договору необхідного обсягу цивільної дієздатності для відчуження права використання необмеженого кола музичних творів, оскільки з управління таких організацій відповідні музичні твори було вилучено правласниками. Як правило, у задоволенні таких позовів суди відмовляють за недоведеністю вказаних доводів позивачів (Користувачів) (наприклад, постанови Вищого господарського суду України від 10 червня 2014 року у справі № 910/19253/13, від 28 квітня 2015 року № 910/21278/14).

Аналізуючи такі справи, потрібно звернути увагу на питання, що виникають при доведенні в суді факту вилучення правласниками своїх творів і об'єктів суміжних прав із дозволів на використання, які надаються організаціями колективного управління.

Так, згідно з частиною 2 статті 49 Закону суб'єкти авторського права і (або) суміжних прав, які не передали організаціям колективного управління повноважень на управління своїми правами, мають право вимагати вилучення своїх творів і об'єктів суміжних прав із дозволів на використання, які надаються організаціями колективного управління шляхом укладання договорів з особами, які використовують ці об'єкти.

Якщо відповідні правласники наділяються такими правами за Законом, у законодавстві обов'язково має бути визначено механізм реалізації такого права, чого на цей момент немає.

Так, відповідні дозволи на використання надаються організаціями колективного управління шляхом укладання договорів з особами, які використовують вказані об'єкти інтелектуальної власності, а тому неможливим є вилучення творів із дозволів на використання шляхом лише наділення повідомлення про таке вилучення (тобто в односторонньому порядку). Тому в законодавстві має бути чітко визначено механізм внесення змін до таких договорів у зазначених випадках чи інший порядок такого вилучення правласниками своїх творів і (або) об'єктів суміжних прав із дозволів на використання, які надаються організаціями колективного управління; має бути встановлено порядок розгляду організаціями колективного управління таких вимог правласників про вилучення; мають бути встановлені строки розгляду таких вимог. Зазначене надасть можливість відповідним суб'єктам авторського права і (або) суміжних прав захищатись від певних зловживань з боку організацій колективного управління, дозволить довести в суді у зазначених випадках факти, що відбулось вилучення певних творів з управління відповідної організації колективного управління.

Відсутність порядку такого вилучення може призводити до порушення прав та інтересів правласників (суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав, які не передали організаціям колективного управління повноважень на управління своїми правами), на що неможливо не звернути уваги, аналізуючи вищевказані спори.

У той же час у чинному законодавстві не визначений механізм реалізації контрольних повноважень організацій колективного управління, тоді як за Законом організації колективного управління мають функцію контролю. Так, відповідно до частини 2 статті 43 Закону України «Про авторське право і суміжні права» контроль за правомірним використанням фонограмм (відеограм) здійснюють уповноважені організації колективного управління.

Організації колективного управління за результатами проведених ними перевірок правомірності використання відповідних об'єктів авторського права у разі фіксації порушень відповідних майнових авторських прав звертаються до господарського суду з позовами в інтересах суб'єктів авторських прав про стягнення компенсації за порушення майнових авторських прав відповідно до пункту «г» частини 1 статті 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права». Стягнення компенсації є альтернативним видом відповідальності. Пунктом «г» частини 2 статті 52 цього Закону передбачено, що суд має право постановити рішення про виплату компенсації, що визначається судом, у розмірі від 10 до 50 000 мінімальних заробітних плат замість відшкодування збитків або стягнення доходу.

У разі звернення організації колективного управління до суду з таким позовом на захист прав відповідних суб'єктів авторського права суд з'ясує обсяг повноважень цієї організації згідно з договорами, укладеними такою організацією та відповідними суб'єктами авторського права. Якщо в організації колективного управління немає повноважень на управління майновими правами суб'єкта авторського права, на захист прав якого подано позов, зокрема щодо конкретного твору, суди відмовляють у задоволенні позову цієї організації.

Для задоволення вимоги про виплату компенсації достатньо наявності доказів вчинення особою дій, які визнаються порушенням авторського права. Кожен окремих факт протиправного використання об'єктів авторського права, в тому числі неодноразове використання одного й того самого об'єкта, становить самостійне порушення і може бути підставою для застосування відповідальності у вигляді стягнення компенсації.

У визначенні розміру такої компенсації господарські суди виходять з конкретних обставин справи і загальних засад цивільного законодавства, встановлених статтею 3 ЦК України, зокрема справедливості, добросовісності та розумності.

Розмір компенсації визначається судом у межах заявлених вимог залежно від характеру порушення, ступеня вини відповідача та інших обставин. Зокрема, враховується: тривалість порушення та його обсяг (одно- або багаторазове використання об'єкта авторського права); передбачуваний розмір збитків потерпілої особи; розмір доходу, отриманого внаслідок правопорушення; кількість потерпілих осіб; наміри відповідача; наявність раніше вчинених відповідачем порушень виключного права даного позивача; можливість відновлення попереднього стану та необхідні для цього зусилля тощо. Відповідні мотиви визначення розміру компенсації мають бути наведені в судовому рішенні (пункт 51 постанови пленуму Вищого господарського суду України від 17 жовтня 2012 року № 12 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності»).

Так, організації колективного управління звертаються до суду з позовами про стягнення з відповідачів компенсації за порушення майнових авторських прав відповідних правовласників, на захист інтересів яких подаються ці позови, посилаючись на те, що повноважний представник організації колективного управління зафіксував неправомірне публічне виконання або публічне сповіщення спірних творів. На підтвердження порушення відповідних майнових авторських прав організації колективного управління подають до суду акти фіксації таких порушень, фіскальні чеки, відеозаписи тощо. Відповідачами у таких справах, як правило, виступають юридичні особи, яким належать публічні заклади чи які здійснюють свою господарську діяльність у публічних закладах (магазинах, кафе, ресторанах, клубах тощо), де представники організації колективного управління зафіксували публічне виконання спірних музичних творів, чи юридичні особи — телерадіокомпанії, коли організації колективного управління зафіксували використання спірних творів шляхом їх публічного сповіщення в ефірі належних таким відповідачам телерадіоканалів, на веб-сайтах, що належать відповідачам, тощо.

Причиною таких спорів є питання щодо наявності чи відсутності з боку відповідачів порушення виключних майнових авторських прав правовласників, на захист яких подані відповідні позови, та наявності чи відсутності підстав для стягнення з відповідачів компенсації за порушення виключних майнових авторських прав згідно зі статтею 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права».

При розгляді таких спорів суди враховують пункт 28 постанови пленуму Вищого господарського суду України від 17 жовтня 2012 року № 12 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності», в якому зазначено, що позивач повинен довести належність йому авторських прав чи права на їх захист, а також факт використання об'єктів даних прав відповідачем; відповідач має довести додержання ним вимог ЦК України і Закону при використанні ним твору та/або об'єкта суміжних прав; в іншому разі юридична особа визнається порушником авторського права та/або суміжних прав, і для неї настають наслідки, передбачені цими законодавчими актами (постанови Вищого господарського суду України від 15 липня 2014 року у справі № 910/13888/13, від 8 липня 2014 року у справі № 910/22079/13, від 19 серпня 2014 року у справі № 910/1730/14, від 18 серпня 2015 року у справі № 910/26401/14, від 23 лютого 2016 року у справах № 910/13003/15 та № 910/13000/15, від 16 лютого 2016 року у справі № 910/12442/15, від 19 січня 2016 року у справі № 910/12446/15).

Так, Вищий господарський суд України у своїх постановках за результатами розгляду касаційних скарг на судові рішення судів першої та апеляційної інстанцій у таких справах, коли відповідач намагається довести додержання ним вимог ЦК України і Закону при використанні спірного твору, звертає увагу на те, що судам необхідно встановлювати весь перелік (ланцюг) договорів, на підставі яких відповідачем одержано відповідну ліцензію на публічне виконання музичних творів на території закладів відповідача, починаючи з договорів з авторами таких музичних творів про передачу майнових авторських прав (якщо такі укладались); встановлювати строк дії ліцензійних договорів (якщо останні укладались) з авторами музичних творів (наприклад, постанова Вищого господарського суду України від 26 серпня 2014 року у справі № 910/23719/13).

У постанові Вищого господарського суду України від 26 січня 2016 року у справі № 910/14738/15 зауважено, що судам треба вирішувати питання доцільності призначення у справі судової експертизи з огляду на наявність схожих музичних творів, що потрібно звертати увагу на те, що акти фіксації фактів комерційного використання спірних музичних творів складаються одноосібно представниками приватної організації колективного управління без залучення будь-яких інших учасників фіксації (представників громадськості, незацікавлених фізичних осіб, представників відповідача тощо); що необхідно досліджувати, чи містять відеозаписи фіксації публічного виконання музичних творів, надані позивачем, інформацію про джерела походження (ідентифікацію місця, обладнання), з яких відбувалось таке виконання, та, відповідно, чи є такі відеозаписи належними доказами у справі.

У постанові Вищого господарського суду України від 12 серпня 2014 року у справі № 910/18287/13 суд касаційної інстанції погодився з висновками суду апеляційної інстанції стосовно того, що за результатами дослідження поданого організацією колективного управління цифрового відеозапису, що його містить наявний у матеріалах справи оптичний диск, не вбачається за можливе достеменно встановити, що саме Товариство (відповідач) здійснювало публічне виконання (відтворення) Творів; даним записом доводиться наявність у приміщенні джерел звуку, в тому числі транслявання програм загального мовлення, що, в свою чергу, не виключає можливості публічного виконання (відтворення) цих творів третіми особами. Наявний цифровий запис не дозволяє достеменно встановити джерела походження акустичного звуку в приміщенні та фіксує лише загальний фон у приміщенні в місці, з якого проводилося знімання відео. Відтак даний відеозапис не можна визнати належним доказом публічного виконання (відтворення) творів відповідачем.

У постанові Вищого господарського суду України від 23 лютого 2015 року у справі № 910/12407/15 зазначено, що факт публічного сповіщення відповідачем спірних музичних творів позивач (організація колективного управління) намагається підтвердити записом використання музичних творів та актом фіксації публічного сповіщення творів. Висновок судів попередніх інстанцій про здійснення відповідачем неправомірного використання зазначених музичних творів є певною мірою передчасним, оскільки суди попередніх інстанцій не надали належної правової оцінки наявним у матеріалах справи доказам, зокрема акту фіксації публічного сповіщення творів, і тому факту, що у цьому акті фіксації відсутня будь-яка інформація про джерело відтворення ефіру радіостанції, частоту та територію, на якій здійснювалося мовлення радіостанції, обладнання, за допомогою якого відтворювався ефір радіостанції, і спосіб ідентифікації музичних творів, що є необхідним для встановлення факту порушення виключних майнових прав суб'єктів авторського права саме з боку відповідача.

У листопаді 2015 року Верховним Судом України було здійснено перегляд судових рішень судів попередніх інстанцій у справах з аналогічних спорів про стягнення з відповідачів компенсації за порушення майнових авторських прав відповідних правовласників, на захист інтересів яких подані відповідні позови організацією колективного управління. Предметом перегляду Верховним Судом України були відповідні постанови Вищого господарського суду України в частині висновків щодо співвідношення розміру компенсації, передбаченої статтею 52 Закону, і кількості суб'єктів та об'єктів авторського права, щодо яких встановлене порушення.

У постанові Верховного Суду України від 11 листопада 2015 року у справі № 3-994гс15, 910/29116/14 надано оцінку неоднаковому застосуванню судом касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права щодо мінімального розміру компенсації та зазначено, що за Законом кожен музичний твір є окремим об'єктом авторського права, який належить конкретному суб'єкту(ам). Кожен окремий факт протиправного використання об'єктів авторського права та/або суміжних прав становить самостійне порушення і може бути підставою для застосування відповідальності у вигляді стягнення компенсації. Кожний суб'єкт авторського права при порушенні цього права, в тому числі на один твір, має право на компенсацію в розмірі не менш ніж 10 мінімальних заробітних плат. За наявності встановленого порушення стягненню підлягає сума в розмірі не менш ніж 10 мінімальних заробітних плат на користь кожного із власників майнових прав на використані твори. Висновок суду касаційної інстанції про правомірність нарахування компенсації, передбаченої статтею 52 Закону, у розмірі 10 мінімальних заробітних плат на користь обох позивачів (суб'єктів авторського права) не ґрунтується на нормах матеріального права. Проте у вказаній постанові зазначено, що судом не встановлено, за допомогою якого саме джерела (пристрою) відбувалося публічне виконання спірних творів, що є необхідним для розмежування поняття публічного виконання та публічного сповіщення і, відповідно, для встановлення

факту порушення виключних майнових прав суб'єктів авторського права саме з боку відповідача. Справу передано на розгляд суду першої інстанції.

Аналогічна правова позиція висловлена у постанові Верховного Суду України від 11 листопада 2015 року у справі № 3-995гс15, 910/29115/14. При цьому у вказаній постанові зазначено: суд дійшов висновку, що порушення авторського права полягало в публічному виконанні музичних творів для фонового озвучення приміщення закладу за допомогою наявного музичного обладнання, проте підставою для такого висновку став акт фіксації використання музичних творів, складений одноосібно представником приватної організації колективного управління. Крім того, вказано на те, що суди не з'ясували обставини щодо спільного володіння авторськими правами на один із трьох використаних музичних творів, тоді як позивач просив стягнути компенсацію за порушення виключних майнових авторських прав на цей музичний твір на користь обох позивачів спільно.

Узагальнюючи вищезазначену судову практику, необхідно звернути увагу на таке. Якщо відповідно до Закону організації колективного управління наділяються контрольними повноваженнями, у законодавстві обов'язково має бути визначений механізм їх реалізації, чого на цей момент немає. Відсутність порядку здійснення такого контролю може призводити до порушення прав та інтересів користувачів об'єктів авторського права та суміжних прав, інших суб'єктів господарювання, щодо яких організаціями колективного управління проводяться відповідні перевірки.

Господарські суди мають великий багаторічний досвід розгляду справ цієї категорії, та саме в господарських судах такі спори розглядаються найбільш оперативно та професійно. При цьому наявність великої кількості господарських справ з таких спорів та існування судових рішень з неоднаковим застосуванням норм матеріального права свідчить про необхідність врегулювання вищезазначених питань у сфері діяльності організацій колективного управління на законодавчому рівні. Удосконалення та гармонізація законодавства у цій сфері сприятиме запобіганню зловживанням відповідними повноваженнями з боку організацій колективного управління та забезпечить дотримання прав як суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав, так і осіб, що використовують відповідні об'єкти авторського права та (або) суміжних прав. Діяльність організацій колективного управління в Україні повинна бути відкритою та прозорою.

#### Використані джерела

- [1] Про авторське право і суміжні права; Закон України від 23.12.1993 № 3792-XII.
- [2] Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав; постанова Пленуму Верховного Суду України від 04.06.2010 № 5. Електронний ресурс // Режим доступу: [www.scourt.gov.ua](http://www.scourt.gov.ua).
- [3] Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності; постанова пленуму Вищого господарського суду України від 17.10.2012 № 12. Електронний ресурс // Режим доступу: [www.arbitr.gov.ua](http://www.arbitr.gov.ua).
- [4] Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти інтелектуальної власності (за матеріалами справ, розглянутих у касаційному порядку Вищим господарським судом України); оглядовий лист Вищого господарського суду України від 04.04.2012 № 01-06/417/2012. Електронний ресурс // Режим доступу: [www.arbitr.gov.ua](http://www.arbitr.gov.ua).
- [5] Практика Верховного Суду України. Електронний ресурс // Режим доступу: [www.reyestr.court.gov.ua](http://www.reyestr.court.gov.ua).
- [6] Практика Вищого господарського суду України. Електронний ресурс // Режим доступу: [www.arbitr.gov.ua](http://www.arbitr.gov.ua).



---

## ЗАХИСТ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ У СУДОВОМУ ПОРЯДКУ: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

---



---

### **АНАТОЛІЙ КОДИНЕЦЬ**

кандидат юридичних наук, доцент кафедри інтелектуальної власності  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

---

Будь-яке суб'єктивне право має реальне значення для його носія лише у випадку наявності необхідних та ефективних засобів, спрямованих на попередження правопорушень, поновлення порушених прав та охоронюваних законом інтересів і відшкодування заподіяних збитків. Тому питання правового захисту відіграють основоположну роль у реалізації суб'єктивного права, що особливо важливо для системи прав інтелектуальної власності, у сфері якої спостерігається значна кількість правопорушень, а спори цієї категорії небезпідставно належать до категорії найскладніших.

Розгляд системи цивільних прав та способів їхнього захисту засвідчує, що захисні можливості особи тісно пов'язані та зумовлюються специфікою порушеного чи оспорюваного суб'єктивного права. Тому якщо для окремих інститутів цивільного права є притаманним застосування всіх чи переважної більшості передбачених законодавством способів захисту порушених прав, то особливості інших обумовлюють можливість використання лише окремих правоохоронних засобів. Так, наприклад, самозахист цивільних прав у формі необхідної оборони застосовується при захисті права на життя та здоров'я, але в цілому не характерний для захисту прав інтелектуальної власності.

Насамперед відзначимо, що судовому захисту підлягають не лише суб'єктивні права, але й відповідні інтереси, які не суперечать загальним засадам цивільного законодавства. Відношення суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів є предметом дискусій. Проте вважається, що відмінність між суб'єктивним цивільним правом та охоронюваним законом інтересом полягає в тому, що суб'єктивне право є не просто можливістю діяти певним чином, а можливістю, що забезпечується кореспондуючим обов'язком її здійснення. У свою чергу, охоронюваний законом інтерес не має такого забезпечення.

Відзначимо, що для захисту прав інтелектуальної власності відмежування суб'єктивних прав від охоронюваних інтересів має важливе практичне значення, оскільки позов про визнання патенту чи свідоцтва недійсним може подати не будь-яка особа, а лише особа, права чи охоронювані законом інтереси якої порушує відповідний патент чи свідоцтво. Враховуючи, що, як правило, права інтелектуальної власності на відповідний об'єкт належать власнику правоохоронного документа, позивачу необхідно обґрунтувати у позовній заяві та довести у судовому порядку, які його охоронювані законом інтереси порушені, у зв'язку із існуванням конфліктного патенту чи свідоцтва. Недоведення зазначених обставин є підставою для відмови у задоволенні позову.

Наразі в Україні є ряд проблем, пов'язаних із судовим захистом прав інтелектуальної власності. До найважливіших треба віднести відсутність необхідного рівня підготовки суддів, що розглядають спори у сфері прав на результати інтелектуальної, творчої діяльності. При цьому якщо в межах системи господарських судів у цілому вже сформувалася відповідна практика розгляду цієї категорії спорів, то в системі судів загальної юрисдикції вона перебуває лише у процесі становлення.

Розгляд та вирішення спорів у сфері інтелектуальної власності нерідко вимагає спеціальних професійних знань і практичних навичок, які часто відсутні у суддів, внаслідок цього значна кількість прийнятих рішень переглядається вищестоящими інстанціями. Не можна не відзначити, що спори у сфері інтелектуальної власності традиційно належать до одних із найскладніших. Значною мірою ці обставини зумовлюються специфікою таких спорів, судова практика щодо яких характеризується достатньою різноманітністю.

Досить часто суддя, який розглядає спір у сфері інтелектуальної власності, змушений разом із вирішенням суто правових питань (про наявність чи відсутність права, факту правопорушення, розміру заподіяної шкоди тощо) також досліджувати технічні аспекти, що належать до предмета доказування (наприклад, питання схожості конфліктних позначень, використання у виробі відповідача всіх ознак, включених до незалежних пунктів формули винаходу, що охороняється патентом позивача, застосування сукупності суттєвих ознак промислового зразка тощо). Сприяти вирішенню таких питань покликана призначена судова експертиза об'єктів інтелектуальної власності.

Проте призначення експертиз при розгляді спорів у сфері інтелектуальної власності також не розв'яже всіх проблем, не має бути панацеєю. Тривалість проведення судової експертизи, відсутність єдиних методологічних засад та подекуди неоднозначність висновків судових експертів при вирішенні питань інтелектуальної власності часто є причиною затягування розгляду спорів у сфері інтелектуальної власності, підставою для перегляду та скасування прийнятих у справі рішень.

У постанові пленуму Вищого господарського суду України від 23 березня 2012 року № 5 «Про деякі питання практики призначення судових експертиз у справах зі спорів, пов'язаних із захистом права інтелектуальної власності» наголошується, що питання про призначення судової експертизи має вирішуватися лише після ґрунтовного вивчення обставин справи і доводів сторін щодо дійсної необхідності такого призначення.

З урахуванням конкретних обставин справи та у разі, коли знань судді достатньо для з'ясування обставин справи, пов'язаної із захистом прав інтелектуальної власності, можливе вирішення суддею (суддями) питань, які виникають у розгляді справи, з позиції споживача без призначення судової експертизи.

Неприпустимо також порушувати перед судовими експертами питання, які випливають із застосування до спірних правовідносин норм законодавства, що регулює захист права інтелектуальної власності і вирішення яких віднесене до компетенції суду, зокрема про правову оцінку дій сторін.

Відзначимо також, що Угодою про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (ТРИПС), яка є частиною національного законодавства України, передбачено, що процедури, які стосуються захисту прав інтелектуальної власності, не повинні бути безпідставно ускладнені або вартість їх здійснення не має бути високою чи супроводжуватися значними матеріальними затратами, містити безпідставні часові обмеження або невиправдані затримки.

Труднощі з'являються також у визначенні підвідомчості справ, що виникають з правовідносин інтелектуальної власності. Особливо гостро це питання постає у сфері розмежування компетенції господарських та адміністративних судів у спорах про визнання недійсними правоохоронних документів на об'єкти інтелектуальної власності. Як співвідповідач у таких спорах разом із власником охоронного документа виступає Державна служба інтелектуальної власності, отже, формально такі спори можуть бути підвідомчі адміністративним судам. Однак необхідно враховувати, що при видачі патенту або свідоцтва Держслужба не виступає як суб'єкт владних повноважень, а лише констатує факт набуття охорони об'єктом інтелектуальної власності, тому ці справи повинні бути предметом розгляду на підставі господарського чи цивільного судочинства. На жаль, щодо цього питання немає чітких законодавчих приписів або роз'яснень на рівні постанови Пленуму Верховного Суду України. У цьому контексті можна відзначити рішення Верховного Суду України від 16 червня 2015 року, в якому було зазначено, що у справі, яка розглядалася, спір стосувався права власності на товарний знак, тобто цивільного права, отже, суди дійшли помилкового висновку про його вирішення у порядку адміністративного судочинства.

Спори щодо визнання недійсними правоохоронних документів є різновидом спорів про право, оскільки в підсумку на підставі судового рішення підтверджуються або визнаються недійсними майнові права інтелектуальної власності щодо результату творчої діяльності, який охороняється патентом чи свідоцтвом.

Крім того, у справах про визнання недійсними правоохоронних документів на об'єкти інтелектуальної власності відповідачем є не лише Державна служба інтелектуальної власності, яка приймає рішення про видачу патенту чи свідоцтва, а й власник відповідного охоронного документа, оскільки прийняте судом рішення щодо визнання його недійсним може позбавити праволодильця прав, що впливають з факту державної реєстрації та охорони результату інтелектуальної, творчої діяльності.

Тому необхідно підтримати позицію науковців та практиків, які наголошують, що спори у сфері інтелектуальної власності, в тому числі спори щодо визнання недійсними правоохоронних документів на об'єкти інтелектуальної власності, не можна віднести до категорії адміністративних спорів. Вони підлягають вирішенню господарськими судами згідно з правилами господарського судочинства або судами загальної юрисдикції, якщо їх стороною є фізична особа, яка не займається підприємницькою діяльністю.

Крім загальних способів захисту, що застосовуються судом чи іншим компетентним органом, передбачених главою 3 Цивільного кодексу України (визнання права, припинення дій, що його порушують, відшкодування збитків тощо), у рамках кожного самостійного інституту можна виокремити спеціальні захисні механізми, які використовуються для поновлення цієї групи прав у випадку їх порушення чи оспорювання. Так, для захисту прав інтелектуальної власності суд може вжити заходів, передбачених статтею 432 ЦК України (вилучення з цивільного обороту товарів, що виготовлені з порушенням права інтелектуальної власності, знарядь та матеріалів, які використовувалися для їх виготовлення, застосування разового грошового стягнення тощо).

Способи захисту окремих видів об'єктів інтелектуальної власності відображені також у спеціальних законах (наприклад, Закон України «Про авторське право та суміжні права», «Про охорону прав на сорти рослин» тощо). Зокрема, Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» до особливих заходів правоохоронного характеру відносить усунення з товару, його упаковки незаконно використаного знака або позначення, схожого з ним настільки, що їх можна сплутати, знищення виготовлених зображень знака або такого позначення.

Для забезпечення захисту прав інтелектуальної власності суд може використовувати будь-які способи захисту, передбачені цивільним законодавством. У чинному ЦК України (стаття 16) закріплюються десять варіантів судового захисту майнових і немайнових прав та інтересів, які підпадають під сферу цивільно-правового регулювання. Їх перелік не є вичерпним, проте треба визнати, що не всі способи мають однакове значення для захисту порушеного або оспорюваного права на результат інтелектуальної діяльності.

Так, патентні права і права на засоби індивідуалізації засвідчуються фактом державної реєстрації, тому поширеним способом їх оскарження буде вимога про визнання недійсним виданого охоронного документа. З іншого боку, для захисту цієї групи прав не є характерним використання такого способу, як примусове виконання обов'язку в натурі, оскільки їх об'єктом є нематеріальні блага, тому вибір способів судового захисту порушеного або оспорюваного права залежить від характеру власне права, від виду та характеру вчиненого правопорушення.

Особливим способом судового захисту, що застосовується у межах системи прав інтелектуальної власності, є застосування разового грошового стягнення замість відшкодування збитків за неправомірне використання об'єкта права інтелектуальної власності. Необхідно наголосити: у формулюванні відповідного положення статті 432 ЦК України, що встановлює цей спосіб захисту, зазначається, що «розмір стягнення визначається відповідно до закону з урахуванням вини особи та інших обставин, що мають істотне значення». Тобто застосування разового грошового стягнення може мати місце лише у випадку, якщо спеціальний закон про охорону певного об'єкта інтелектуальної власності допускає таку можливість.

Як приклад такої норми можна навести положення статті 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права» та статті 55 Закону України «Про охорону прав на сорти рослин». На жаль, щодо захисту інших об'єктів інтелектуальної власності цей спосіб захисту не може бути використаний у силу відсутності спеціальних законодавчих положень. У разі відсутності такого спеціального припису у суб'єкта порушеного права немає підстав посилаючись на застосування передбаченої статтею 8 ЦК України аналогії закону. Відсутність припису в законі про можливість застосування компенсації замість стягнення збитків є підставою для відмови у застосуванні такого способу захисту порушеного права інтелектуальної власності.

Пленум Вищого господарського суду України у постанові № 12 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» від 17 жовтня 2012 року підкреслює ряд умов, які мають враховуватися при застосуванні норм про компенсацію для захисту авторського права і суміжних прав.

Передусім компенсація підлягає виплаті у разі доведення факту порушення майнових прав суб'єкта авторського права та/або суміжних прав, а не розміру заподіяних збитків. Таким чином, для задоволення вимоги про виплату компенсації достатньо наявності доказів вчинення особою дій, які визнаються порушенням авторського права та/або суміжних прав, а розмір збитків суб'єкт такого права не зобов'язаний доводити. Водночас розмір доведених збитків має враховуватися судом у визначенні розміру компенсації. У визначенні розміру компенсації судам необхідно виходити з конкретних обставин справи і загальних засад цивільного законодавства, встановлених статтею 3 ЦК України, зокрема справедливості, добросовісності та розумності.

Крім того, розмір компенсації визначається судом у межах заявлених вимог залежно від характеру порушення, ступеня вини відповідача та інших обставин. Зокрема, враховується: тривалість порушення та його обсяг (одно- або багаторазове використання об'єкта авторського права); передбачуваний розмір збитків потерпілої особи; розмір доходу, отриманого внаслідок правопорушення; кількість потерпілих осіб; наміри відповідача; наявність раніше вчинених відповідачем порушень виключного права даного позивача; можливість відновлення попереднього стану та необхідні для цього зусилля тощо. Відповідні мотиви визначення розміру компенсації мають бути наведені в судовому рішенні.

Разом із тим розмір грошового стягнення, який наразі становить від 10 до 50 000 мінімальних заробітних плат, у сучасних умовах підлягає перегляду, особливо щодо максимальної межі суми компенсації. Визначення розміру грошової компенсації у такому значному діапазоні може бути підставою для зловживань окремими суб'єктами, які ініціюють судові розгляди справ про захист прав інтелектуальної власності лише з метою отримання у перспективі значної суми матеріальної винагороди від відповідача. За цих умов доцільно обмежити максимальний розмір компенсації меншою сумою, яка визначатиметься судом залежно від характеру правопорушення, його наслідків та інших обставин. Відзначимо, що наразі вітчизняна судова практика не лише не призначала суму грошової компенсації у максимальному розмірі, але досить часто обмежує такий розмір, як правило, показником у 100 мінімальних розмірів заробітної плати.

Крім цивільно-правових способів, для захисту прав інтелектуальної власності можуть застосовуватися відповідні кримінально-правові санкції. Кримінальним кодексом України встановлена, зокрема, відповідальність за незаконне відтворення, розповсюдження творів науки, літератури і мистецтва, комп'ютерних програм і баз даних (стаття 176), незаконне використання винаходу, корисної моделі, промислового зразка, топографії інтегральної мікросхеми, сорту рослин, раціоналізаторської пропозиції (стаття 177), незаконне використання знака для товарів і послуг, фірмового найменування, кваліфікованого зазначення походження товару (стаття 229 КК України), незаконне збирання з метою використання або використання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю (стаття 231), за розголошення комерційної або банківської таємниці (стаття 232) тощо.

Особливістю складів злочинів, що передбачені цими статтями, є заподіяння матеріальної шкоди у значному, великому чи особливо великому розмірі. Проте, незважаючи на досить тривалий період чинності положень КК України (починаючи з 2001 року), кількість осіб, які були притягнуті до кримінальної відповідальності за вчинення вищезазначених злочинів, є мінімальною. Цей факт вважаємо не випадковим. Потерпілий унаслідок притягнення до кримінальної відповідальності винного суб'єкта отримує лише моральне задоволення. Штрафи за вчинення злочинів справляються у дохід держави, а для отримання компенсації заподіяних збитків особа має ініціювати судове провадження у порядку цивільного судочинства. Необхідно також визнати, що ступінь суспільної небезпеки від вчинення злочинів у сфері інтелектуальної власності є набагато нижчим від вчинення злочинів, які посягають на життя чи здоров'я особи, її власність, конституційні та політичні права тощо.

Часто аргументом прихильників криміналізації правопорушень у сфері інтелектуальної власності є проведення аналогій з позбавленням права власності (наприклад, контрафакт — це така ж крадіжка), що повинно мати наслідком однакові форми покарання правопорушників. З таким підходом не можемо погодитися, оскільки на відміну від примусового позбавлення права власності (у формі крадіжки, грабежу тощо), коли потерпілий позбавляється матеріального блага (речі) за рахунок вчинення протиправних діянь, у сфері результатів інтелектуальної діяльності суб'єкт у випадку створення контрафактних примірників не обмежується у можливості використання прав інтелектуальної власності. Потерпілий зазвичай лише недоотримує прибуток (упущену вигоду), на яку розраховував у зв'язку з реалізацією своїх майнових повноважень у сфері інтелектуальної, творчої діяльності.

В умовах сучасних інформаційних технологій відбуваються процеси постійного інформаційного обміну між суб'єктами. За цих обставин збереження кримінальної відповідальності за вчинення правопорушень у сфері інтелектуальної власності вважаємо не лише анахронізмом, але і явищем, що суттєво загрожує розвитку інформаційного суспільства в Україні. Захист від правопорушень у межах системи інтелектуальної власності має обмежуватися адміністративно-правовими санкціями та застосуванням компенсаційних заходів цивільно-правового впливу. Лише у тих сферах, де є публічно-правовий інтерес держави та суспільства у збереженні інформації, забезпечення інформаційної безпеки та інформаційної політики держави (наприклад, розголошення інформації, що становить державну таємницю, державна зрада тощо), можуть бути реалізовані кримінально-правові санкції.

Підбиваючи підсумки розгляду окремих проблем захисту прав інтелектуальної власності у судовому порядку, можна констатувати, що в Україні сформовано необхідну законодавчу базу, яка забезпечувала б реалізацію та гарантування додержання прав на результати творчої діяльності. Водночас складність розглядів спорів у сфері інтелектуальної власності, їхня тривалість, відсутність подекуди єдиних судових підходів до вирішення цієї категорії спорів — ці чинники негативно впливають на рівень правової захищеності суб'єктів інтелектуальної власності. Нагальне ефективне розв'язання зазначених проблем правозастосування у сфері інтелектуальної власності є перспективним завданням вітчизняної правової системи.



---

## ЗАХИСТ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В ПОРЯДКУ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

---



---

### **СВГЕНІЙ КОМПАНЕЦЬ**

заступник начальника юридичного відділу ППФ «Пахаренко і Партнери»

---

Законодавство України передбачає можливість захисту прав інтелектуальної власності в порядку цивільного, кримінального, адміністративного судочинства та на підставі норм митного законодавства. Доктринальне розуміння поняття «кримінальне судочинство» передбачає сукупність дій правоохоронних органів, суду для виявлення і припинення правопорушення та притягнення винних осіб до кримінальної відповідальності.

Завданнями кримінального судочинства є охорона прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, які беруть у ньому участь, а також швидке і повне розкриття злочинів. Порядок здійснення кримінального судочинства надзвичайно формалізований та регулюється Конституцією України, Кримінальним кодексом України, Кримінальним процесуальним кодексом України, Законом України «Про судоустрій і статус суддів».

Відповідальність за порушення прав інтелектуальної власності передбачена в статтях Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року № 2341-III — 176 (порушення авторського права

і суміжних прав), 177 (порушення прав на винахід, корисну модель, промисловий зразок, топографію інтегральної мікросхеми, сорт рослин, раціоналізаторську пропозицію), 203<sup>1</sup> (незаконний обіг дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виробництва), 229 (незаконне використання знака для товарів і послуг, фірмового найменування, кваліфікованого зазначення походження товару), які передбачають покарання у вигляді штрафу, виправних робіт та позбавлення волі.

Бланкетна диспозиція цих злочинів, не називаючи їх конкретних ознак, відсилає для встановлення змісту ознак злочину до законів, які регулюють положення щодо набуття, здійснення та захисту конкретних об'єктів права інтелектуальної власності.

На шляху України до Світової організації торгівлі, Європейського співтовариства та в процесі адаптації законодавства України в сфері інтелектуальної власності до вимог міжнародних договорів, зокрема Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (Угода TRIPS), в 2001-му та 2003 роках до санкцій згаданих статей Кримінального кодексу України як додаткове покарання було включене положення щодо конфіскації та знищення відповідної (контрафактної) продукції та знарядь і матеріалів, які спеціально використовувалися для її виготовлення.

Ці норми повністю відповідали мінімальним вимогам, встановленим у статтях 46, 61 Угоди TRIPS, а також положенням статті 237 Угоди про асоціацію України з ЄС.

Зазначені положення посилюють відповідальність за порушення прав інтелектуальної власності та дозволяли фактично виконувати зобов'язання (знищення контрафакту), які взяла на себе Україна перед міжнародним співтовариством.

У 2011 році, виходячи із загальних засад гуманізації кримінальної відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності, парламентом було прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» від 15 листопада 2011 року № 4025-VI, яким, зокрема, із санкції статті 229 Кримінального кодексу України (далі — КК України) виключено покарання у вигляді виправних робіт та позбавлення волі, однак збільшено штраф.

При цьому світова та національна практика показує, що санкція у вигляді низького штрафу дозволяє порушникам, навіть після оплати штрафу в дохід держави, отримувати прибуток від порушення прав інтелектуальної власності. Єдиним стримуючим фактором для потенційних порушників прав інтелектуальної власності є загроза позбавлення волі.

28 лютого 2016 року набув чинності Закон України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо виконання рекомендацій, які містяться у шостій доповіді Європейської комісії про стан виконання Україною Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України, стосовно удосконалення процедури арешту майна та інституту спеціальної конфіскації» № 1019-VIII, яким, зокрема, з санкцій статей 176, 177, 203<sup>1</sup>, 229 КК України виключено додаткове покарання — знищення відповідної продукції та знарядь і матеріалів, які спеціально використовувалися для її виготовлення.

Щодо суті прийнятих змін, необхідно зазначити, що спеціальна конфіскація (примусове безоплатне вилучення за рішенням суду у власність держави грошей, цінностей та іншого майна) передбачена в статтях 203<sup>1</sup> та 229 КК України. Стосовно санкцій статей 176, 177 КК України, то в них відсутні як конфіскація і знищення, так і спеціальна конфіскація.

Відповідно до загального порядку, конфіскована в дохід держави продукція може бути реалізована через систему Державної виконавчої служби України.

Такі законодавчі зміни суперечать положенням міжнародних угод — TRIPS (статті 46, 61), Угоди про асоціацію України з ЄС (стаття 237), які передбачають необхідність конфіскації та знищення (контрафакту, знарядь і матеріалів), що порушує взяті Україною зобов'язання при вступі до СОТ та інтеграції до ЄС.

Крім того, частиною 4 статті 6 Закону України «Про захист прав споживачів» забороняється введення в обіг фальсифікованої продукції, тобто продукції, виготовленої з порушенням технології або з неправомірним використанням торговельної марки, чи копіюванням форми, упаковки, зовнішнього оформлення, а також із неправомірним відтворенням товару іншої особи (пункт 27 статті 1 цього Закону).

На сьогодні перед правовласниками поставлене складне завдання — повернення до санкцій статей положення про знищення контрафакту, матеріалів і обладнання, оскільки їхнє знищення є основною

метою правовласників та головним стимулом для недопущення повторного потрапляння згаданої продукції, в більшості випадків — невідомого походження та якості, до споживачів в Україні.

У частині, що стосується процесуальних механізмів реалізації кримінального судочинства, необхідно відзначити позитивні новели Кримінального процесуального кодексу України № 4651-VI (2012 року; далі — КПК України), а саме:

- приватне обвинувачення, стаття 477 КПК України (крім частин 2, 3 статей 176, 177 КК України) — виключно за заявою особи, права інтелектуальної власності якої порушено;
- право на відмову від приватного обвинувачення, стаття 284 КПК України;
- застосування принципу верховенства права з урахуванням практики ЄСПЛ, стаття 8 КПК України;
- угоди в кримінальному провадженні, статті 468—476 КПК України;
- можливість знищення контрафакту в ході досудового розслідування, стаття 100 КПК України.

Правозастосування вищезазначених норм викриває моменти, які не сприяють швидкому відновленню порушених прав інтелектуальної власності та притягненню винних осіб до відповідальності, а саме:

1. Суперечності при внесенні заяви/повідомлення про злочин до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі — ЄРДР). З одного боку, відповідно до статті 214 КПК України, слідчий зобов'язаний невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань та розпочати розслідування. У той же час на підставі розділу III частини 5 наказу Міністерства внутрішніх справ України від 6 листопада 2015 року № 1377 «Про затвердження Інструкції про порядок ведення єдиного обліку в органах поліції заяв і повідомлень про вчинені кримінальні правопорушення та інші події» орган поліції може не вносити заяву/повідомлення до ЄРДР, а діяти в порядку Закону України «Про звернення громадян» або Кодексу України про адміністративні правопорушення.
2. Наявність значної кількості досудових розслідувань, однак бездіяльність в їх розслідуванні.
3. Неоднозначність підходів до доказової бази, в тому числі щодо оцінювання документів/експертиз, які стосуються підтвердження/спростування ознак контрафактності продукції.
4. Труднощі в кваліфікації вчинених дій щодо ознак повторності та службової особи.
5. Неоднозначний підхід правоохоронних органів та судів до механізму доведення умислу правопорушників та завданої майнової шкоди.
6. Відсутність у КПК України норми щодо можливості направлення матеріалів провадження для складання протоколу в порядку Кодексу України про адміністративні правопорушення. Натомість у статті 6 КПК (1960 року) було передбачено, що у разі наявності обставин, що виключають провадження у кримінальній справі та у діянні особи будуть виявлені ознаки адміністративного правопорушення, орган дізнання, слідчий, прокурор, суд або суддя зобов'язані направити відповідні матеріали органу (посадовій особі), уповноваженому розглядати справу про таке адміністративне правопорушення. Таким чином, на цей час ускладнено процес притягнення до відповідальності осіб, щодо яких кримінальне провадження закрито у зв'язку з відсутністю складу злочину, тобто завдана матеріальна шкода не дозволяє кваліфікувати діяння як кримінальне.
7. Можливість повернення контрафакту порушнику в разі відмови правовласника від приватного обвинувачення.
8. Порушення розумних строків досудового розслідування.
9. Складність виконання вироків/ухвал про знищення.

Судовий розгляд як один із заключних етапів кримінального судочинства також висвітлює як позитивні, так і негативні аспекти правозастосування. Неоднозначний підхід до розрахунку майнової шкоди, завданої порушенням прав інтелектуальної власності, є одним із важливих аспектів, який обумовлює суперечливість вироків та ухвал різних судових інстанцій.

Так, практикам відомо, що Верховним Судом України та Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ не узагальнено практику розгляду справ цієї категорії в порядку кримінального судочинства. Хоча в порядку цивільного судочинства прийнято:

- постанову Пленуму Верховного Суду України від 4 червня 2010 № 5 «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав», однак вона стосується лише сфери авторського/суміжних прав;

— постанову пленуму Вищого господарського суду України від 17 жовтня 2012 року № 12 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності», якою, зокрема, встановлено, що під час розрахунку матеріальної шкоди судам потрібно виходити з того, що на час вчинення правопорушення один контрафактний товар/примірник твору витісняє з ринку один оригінальний товар/ліцензійний примірник твору.

У зв'язку з вищезазначеним для поліпшення правозастосування пропонуються узагальнені рекомендації:

1. Привести санкції статей 176, 177, 203<sup>1</sup>, 229 КК України у відповідність до вимог міжнародного та національного законодавства (Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (TRIPS), Угода про асоціацію України з ЄС, ЦК України) шляхом включення (повернення) положень щодо знищення контрафактної/фальсифікованої продукції та знарядь і матеріалів, які спеціально використовувалися для її виготовлення.
2. Посилити кримінальну відповідальність шляхом внесення до санкції статті 229 КК України покарання у вигляді виправних робіт та позбавлення волі.
3. Узагальнити судову практику кримінального судочинства у сфері захисту прав інтелектуальної власності та надати роз'яснення для забезпечення єдності правозастосування.

ДЕНЬ ДРУГИЙ 18.03.2016

## СЕСІЯ ІІІ. АКТУАЛЬНІ ПРАКТИКИ

---

### СЕКЦІЯ 5. СПРАВИ ПРО БАНКРУТСТВО



#### МОДЕРАТОРИ

---

**СЕРГІЙ БОЯРЧУКОВ**

керуючий партнер  
ЮК «Алексєєв, Боярчук  
та Партнери»

**АНАТОЛІЙ ЄМЕЦЬ**

к.ю.н., суддя Верховного Суду  
України

---



---

## ВИЗНАННЯ НЕДІЙСНИМИ ПРАВОЧИНІВ (ДОГОВОРІВ) ТА СПРОСТУВАННЯ МАЙНОВИХ ДІЙ БОРЖНИКА У БАНКРУТСТВІ

---



---

### **ДЕНИС КИЦЕНКО**

кандидат юридичних наук, партнер МІОФ Integrites

---

#### **Загальна статистика (2014, 2015 роки):**

- зменшення кількості розглянутих господарськими судами справ про банкрутство на 29 % (із виступу голови Вищого господарського суду України Богдана Львова на пленумі ВГСУ від 25 лютого 2016 року);
- збільшення кількості спорів із застосуванням статті 20 Закону про банкрутство на 32 % (201/265);
- збільшення кількості апеляційних оскаржень на 13 %;
- збільшення кількості касаційних оскаржень на 65 %;
- пропорційність суб'єктного складу заявників — кредитор, арбітражний керуючий (60 % / 40 %).

#### **Дані в межах «середньостатистичного спору»:**

- збільшення кількості спорів із застосуванням статті 20 Закону про банкрутство на 35 %;

- зниження кількості апеляційних оскаржень на 12 %;
- збільшення кількості касаційних оскаржень на 17 %.

### Способи визнання договорів недійсними

Класичний	Спеціальний
Статті 203, 215 Цивільного кодексу України <ul style="list-style-type: none"> <li>• постанова пленуму ВГСУ від 29 травня 2013 року № 11 «Про визнання правочинів (господарських договорів) недійсними».</li> <li>• постанова пленуму ВГСУ від 25 лютого 2016 року № 4 «Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних правовідносин»</li> </ul>	Стаття 20 Закону про банкрутство
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Публічний порядок</li> <li>• Дієздатність</li> <li>• Волевиявлення</li> <li>• Реальність</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Наявність відповідних майнових дій</li> <li>• Виконання у строк</li> <li>• Достатність майна для задоволення вимог</li> <li>• Відповідність ціни ринковій</li> </ul>

### Наслідки обрання неналежного способу:

- відхилення всіх доводів і посилань заявительів на підставі визнання спірної угоди недійсною (фіктивна угода, укладення угоди на користь третьої особи за умови існування численних виконавчих проваджень тощо), які не входять до вичерпного переліку підстав, визначених статтею 20 Закону про банкрутство;
- застосування норм Цивільного кодексу України стосовно договору купівлі-продажу майна і визнання договору недійсним є неправильним, оскільки в процедурі банкрутства в частині вимог про визнання договорів недійсними застосовуються приписи статті 20 Закону про банкрутство;
- одночасний розгляд вимог про визнання недійсним договору на підставах порушення цивільного законодавства і на підставах статті 20 Закону про банкрутство не допускається, оскільки для кожної з цих підстав встановлена окрема судова процедура.

Відмова у задоволенні заяв при визнанні договорів недійсними з використанням посилань на Цивільний кодекс України (справа № 916/2242/13 — договір купівлі-продажу нежитлових приміщень в м. Одесі; № 918/1932/14 — правочин, оформлений рішенням загальних зборів товариства).

### Підсудність (Закон про банкрутство):

- господарський суд — визнання недійсними правочинів (договорів), укладених боржником (частина 9 статті 22);
- суд, у провадженні якого перебуває справа про банкрутство, — всі майнові спори з вимогами до боржника (частина 4 статті 10).

Господарський суд у межах провадження у справі про банкрутство — правочини (договори) або майнові дії боржника, які були вчинені боржником після порушення справи про банкрутство або протягом одного року, що передував порушенню (частина 1 статті 20).

### Підсудність (Інформаційний лист ВГСУ № 01-06/606/2013, пункт 9):

- у порядку позовного провадження того господарського суду, у провадженні якого перебуває справа про банкрутство, — розглядаються справи у спорах з майновими вимогами до боржника;
- у межах провадження у справі про банкрутство того господарського суду, у провадженні якого перебуває справа про банкрутство, — розглядаються заяви про визнання недійсними правочинів (договорів) або спростування майнових дій боржника.

### Суб'єктний склад заявників:

- арбітражний керуючий (розпорядник майна, керуючий санацією, ліквідатор);
- конкурсний кредитор (кредитори з вимогами до боржника, які виникли до порушення провадження у справі про банкрутство і виконання яких не забезпечене заставою майна боржника).

Учасники у справі про банкрутство — арбітражний керуючий, конкурсні кредитори, забезпечені кредитори, боржник, власник майна боржника, державний орган з питань банкрутства, ФДМУ, представник органу місцевого самоврядування, представник працівників боржника, уповноважена особа засновників, інші особи.

### Суб'єктний склад заявників

Справа № 904/5722/14 — відмова у задоволенні заяви боржника (ПАТ «Криворізький турбінний завод») — визнання недійсним відчуження майна боржника на електронних торгах — автомобілі, автобуси, тепловоз (ані арбітражний керуючий, ані кредитори не зверталися до господарського суду із заявою).

### Суб'єктний склад заявників (конкурсний кредитор)

Момент	Ресурс	Компетенція
Визнання вимог боржником	Інформація щодо вимог інших кредиторів	Вивчення підстав вимог інших кредиторів та доказів їх обґрунтування
Визнання вимог судом	Матеріали справи	Вивчення результатів інвентаризації майна, фінансової, господарської та інвестиційної діяльності боржника
Обрання членом комітету кредиторів	Повноваження комітету кредиторів	Інформаційна взаємодія з арбітражним керуючим

### Суб'єктний склад заявників (арбітражний керуючий)

Ресурс	Компетенція
Матеріали за вимогами кредиторів	Розгляд, запит додаткових відомостей
Фінансова звітність боржника, форми бухгалтерської звітності боржника	Аналіз фінансової, господарської та інвестиційної діяльності боржника
Основні засоби і нематеріальні активи боржника, виробничі запаси, грошові кошти, цінні папери, необоротні матеріальні активи тощо	Проведення інвентаризації

### Підсудність (дискусійна судова практика)

Задоволення заяви про визнання договору недійсним одночасно на підставі статей 20, 22 Закону про банкрутство та статті 203 Цивільного кодексу України (справа № 904/1012/14):

- статтею 6 Конвенції передбачено, що кожний у випадку спору про його цивільні права та обов'язки має право на справедливий і публічний розгляд справи незалежним і неупередженим судом, створеним відповідно до закону;
- у справах «Waite проти Канади», «Prince Hans-Adam II проти Ліхтенштейну», «Levages Prestations Services проти Франції» також зазначено, що право доступу до правосуддя, закріплене у пункті 1 статті 6 Конвенції, не є абсолютним. Воно може бути певною мірою обмежене державою. Проте такі обмеження не можуть обмежувати право доступу до правосуддя таким чином і такою мірою, що сама його суть виявиться порушеною; зрештою, ці обмеження відповідатимуть пункту 1 статті 6 Конвенції лише за умови, що вони мають законну мету і що є розумна співмірність між використаним способом і поставленою метою;
- згідно з частиною 1 статті 15, пунктом 2 частини 2 статті 16 Цивільного кодексу України кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання. Одним із способів захисту судом цивільних прав та інтересів є, зокрема, визнання правочину недійсним.

### Основні підстави за статтею 20 Закону про банкрутство:

- боржник безоплатно здійснив відчуження майна, прийняв на себе зобов'язання без відповідних майнових дій іншої сторони, відмовився від власних майнових вимог;

- виконав майнові зобов'язання раніше встановленого строку;
- до порушення справи про банкрутство взяв на себе зобов'язання, в результаті чого він став неплатоспроможним або виконання його грошових зобов'язань перед іншими кредиторами повністю або частково стало неможливим;
- здійснив відчуження або придбав майно за цінами відповідно нижчими або вищими від ринкових, за умови, що в момент прийняття зобов'язання або внаслідок його виконання майна боржника було (стало) недостатньо для задоволення вимог кредиторів;
- прийняв на себе заставні зобов'язання для забезпечення виконання грошових вимог.

### **Додаткові аргументи заявників**

Справа № 911/4472/13 — задоволено заяву — відчуження автомобіля, нерухомого майна:

- погіршення фінансових показників боржника;
- відсутність отримання грошових коштів, зменшення активів боржника;
- відсутність доказів вчинення відповідних майнових дій.

Справа № 916/2242/13 — відмова у задоволенні заяви — відчуження нежитлових приміщень:

- здійснено погашення заборгованості лише перед одним з кредиторів;
- спірний актив був єдиним джерелом можливого погашення заборгованості.

Справа № 923/1503/14 — розгляд заяви — відчуження комплексу об'єктів нерухомого майна:

- наявність численних виконавчих проваджень на момент укладення угоди;
- наявності значної відстрочки платежу (момент сплати встановлювався з розрахунком на накопичення зустрічних вимог для проведення їх зарахування);
- зменшення обсягу забезпечення вимог кредиторів активами боржника.

### **Додаткові аргументи опонентів вимог**

Справа № 910/7266/14 — відмовлено у задоволенні заяви — договір застави, договір про відступлення права вимоги:

- відсутність доказів того, що майно, дії щодо якого оскаржуються, включено до ліквідаційної маси.

Справа № 923/1503/14 — розгляд заяви — відчуження комплексу об'єктів нерухомого майна:

- наявність достатньої кількості грошових коштів для розрахунку з кредиторами в момент укладення оспорюваного договору або майнової дії.

Справа № 923/1062/14 — відмовлено у визнанні недійсним — купівля-продаж цінних паперів:

- відсутність належних та достатніх доказів для оцінки договору або майнових дій як таких, що підпадають під підстави статті 20 Закону про банкрутство.

### **Особливість застосування щодо договорів оренди майна**

Узагальнення критеріїв застосування статті 20 Закону про банкрутство до договорів оренди майна недійсними:

- можливість боржника здійснювати повноцінну господарську діяльність після укладення договору оренди;
- можливість орендодавця отримувати вигоду з переданого майна після укладення договору оренди;
- фактом використання орендарем у периметрі комплексу майна об'єктів оренди, не включених до предмета договору;
- відповідність ціни договору аналогічній ринковій (покриття амортизаційних відрахувань, податкових зобов'язань, витрат на охорону, електроенергію, газ тощо);
- частота здійснення орендних платежів відповідно до договору;
- факт недоплати орендних платежів;
- можливість формування висновку про значну шкоду кредиторам.

### **Особливість застосування щодо рішень загальних зборів кредиторів**

Справа № 915/2328/13 — задоволено заяву — зменшення статутного капіталу та повернення внеску:

- майнові дії боржника — це вид юридичних дій, як-то: вчинки, що здійснені боржником або від імені боржника і мають матеріальний вираз у формі документа будь-якого правочину (угоди, договору), розпорядчого документа, акта, пов'язаного з волевиявленням боржника як суб'єкта правовідносин на відчуження майнових активів боржника або відмову від них;
- для вчинення майнової дії не потрібні попередні зобов'язання;
- зменшення статутного капіталу та повернення внесків учасникам, які були виконані на підставі рішення загальних зборів, є майновою дією, яка призвела до неплатоспроможності боржника.

Справа № 918/1932/14 — відмовлено у задоволенні заяви — виплата вартості частки у майні товариства:

- рішення загальних зборів товариства не є правочином, а тому і не може бути оскаржене в порядку статті 20 Закону про банкрутство;
- вказані рішення можуть оскаржувати лише учасники товариства (пункт 19 постанови Пленуму Верховного Суду України № 13 від 24 жовтня 2008 року «Про практику розгляду корпоративних спорів»);
- рішення зборів товариства, відповідно до листа Вищого господарського суду України № 01-06/606/2013 від 28 травня 2013 року, не є «майнові дії, спрямовані на безоплатне відчуження майна».

### **Правові наслідки визнання недійсними та спростування**

Справа № 903/546/15 — відмовлено у визнанні права власності — комплекс нерухомого майна:

- спірне правовідношення в процедурі банкрутства не припиняється, а сторона правочину має право вибору: погашення боргу в першу чергу в процедурі банкрутства або виконання зобов'язання боржником у натурі після припинення провадження у справі про банкрутство;
- право на преференції, надані частиною 3 статті 20 Закону про банкрутство, сторона правочину має лише після виконання обов'язку щодо фактичного повернення відчуженого майна в ліквідаційну масу боржника.

Особа може реалізувати своє право шляхом звернення до суду в межах справи про банкрутство із заявою про застосування правового механізму, передбаченого частиною 3 статті 20 Закону про банкрутство.



---

## АНАЛІЗ СУДОВИХ РІШЕНЬ У СПРАВАХ ПРО БАНКРУТСТВО СТОСОВНО АРБІТРАЖНИХ КЕРУЮЧИХ

---



---

### ЛЕОНІД ТАЛАН

кандидат юридичних наук, арбітражний керуючий

---

Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» у редакції від 22 грудня 2011 року № 4212-VI (далі — Закон) набув чинності 19 січня 2013 року.

Цей Закон має дуже багато новацій, у тому числі й у діяльності однієї з ключових фігур у процедурах банкрутства — арбітражного керуючого (розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора).

Законодавець у цілому розділі Закону окреслив вимоги до арбітражного керуючого, його права та обов'язки, його незалежність у справах про банкрутство. Також Законом визначено порядок отримання права на здійснення діяльності арбітражного керуючого та його дисциплінарну відповідальність за свої дії у справах про банкрутство, порядок страхування відповідальності та відшкодування шкоди, порядок призначення та усунення арбітражного керуючого, порядок припинення діяльності арбітражного керуючого та інші питання діяльності арбітражного керуючого.

Особливе місце в Законі відведене контролю за діяльністю арбітражних керуючих з боку державного органу з питань банкрутства. Достатньо відкрити розділ VIII «Арбітражний керуючий (розпорядник майна, керуючий санацією, ліквідатор)», як ми бачимо, що контролю за діяльністю арбітражних

керуючих, їхній відповідальності, дисциплінарним проступкам та дисциплінарним стягненням, а також діяльності дисциплінарної комісії присвячено п'ять статей (105—109). Водночас у Законі прописано низку норм, які так чи інакше містять вказівки про судовий нагляд за діями арбітражного керуючого у справі про банкрутство (частина 15 статті 28, частини 11 та 12 статті 41).

Керуючись статтею 106 Закону та пунктами 3, 9 Положення про Міністерство юстиції України, затвердженого Указом Президента України від 6 квітня 2011 року № 395, а також постановою Кабінету Міністрів України від 2 липня 2014 року № 228, Міністерство юстиції як державний орган з питань банкрутства своїм наказом від 27 червня 2013 року № 1284/5 затвердив Порядок контролю за діяльністю арбітражних керуючих (розпорядників майна, керуючих санацією, ліквідаторів) (далі — Порядок).

Таким чином, тільки два нормативних документи — Закон і Порядок — регламентують здійснення з боку Міністерства юстиції України (далі — Орган контролю) контролю за діяльністю арбітражних керуючих у справах про банкрутство.

Проаналізувавши ці документи, можна констатувати, що ані Закон, ані Положення про Міністерство юстиції України не містять норми стосовно того, що Державний орган з питань банкрутства розробляє і встановлює порядок здійснення контролю. Отже, саме існування Порядку є проблематичним.

Окрім цього, Порядок розширює вимоги Закону щодо здійснення контролю за діяльністю арбітражних керуючих. Так, наприклад, частиною 2 статті 106 Закону передбачено, що «позапланові виїзні та невиїзні перевірки здійснюються за зверненням громадян чи юридичних осіб, якщо з таких звернень вбачається необхідність проведення додаткового контролю з боку державного органу з питань банкрутства», а Порядок визначає, що підставами для проведення позапланової перевірки є:

- подання арбітражним керуючим письмової заяви до органу контролю про проведення перевірки за його бажанням;
- звернення (скарги) фізичних та юридичних осіб щодо дій арбітражного керуючого з викладенням обставин невиконання або неналежного виконання ним покладених на нього повноважень, з яких убачається необхідність проведення контролю;
- виявлення недостовірності даних, заявлених у документах, поданих арбітражним керуючим для отримання свідоцтва про право на здійснення діяльності арбітражного керуючого (розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора);
- неподання або подання не в повному обсязі в установленний строк арбітражним керуючим документів обов'язкової звітності або виявлення недостовірності даних у документах обов'язкової звітності, поданих арбітражним керуючим;
- перевірка виконання арбітражним керуючим розпоряджень, виданих за результатами проведення планових чи позапланових перевірок органом контролю;
- встановлення Дисциплінарною комісією невідповідності висновків акта перевірки вимогам законодавства, зазначеного в пункті 2.2 цього розділу, та направлення звернення (скарги), що було (а) підставою для проведення відповідної позапланової перевірки, для проведення додаткового контролю;
- рішення Дисциплінарної комісії щодо проведення органами контролю додаткового контролю на підставі заяв та скарг, які надійшли на розгляд Дисциплінарної комісії;
- виявлення Мін'юстом або територіальним органом з питань банкрутства у процесі реалізації повноважень державного органу з питань банкрутства ознак невиконання чи неналежного виконання арбітражним керуючим покладених на нього обов'язків;
- невиконання арбітражним керуючим вимог рішень (ухвал, постанов) господарського суду у справах про банкрутство.

З огляду на наведені підстави щодо здійснення позапланової перевірки мимоволі звертаєшся до частини 1 статті 6 Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності», в якій наведено вичерпний перелік підстав для здійснення позапланових заходів (перевірок). Але і цей перелік доповнено такими пунктами, як:

- встановлення Дисциплінарною комісією невідповідності висновків акта перевірки вимогам законодавства, зазначеного в пункті 2.2 цього розділу, та направлення звернення (скарги), що було (а) підставою для проведення відповідної позапланової перевірки, для проведення додаткового контролю;

- рішення Дисциплінарної комісії щодо проведення органами контролю додаткового контролю на підставі заяв та скарг, які надійшли на розгляд Дисциплінарної комісії;
- виявлення Мін'юстом або територіальним органом з питань банкрутства у процесі реалізації повноважень державного органу з питань банкрутства ознак невиконання чи неналежного виконання арбітражним керуючим покладених на нього обов'язків;
- невиконання арбітражним керуючим вимог рішень (ухвал, постанов) господарського суду у справах про банкрутство.

Тоді виникає питання, для чого це робиться, чому при розробці Порядку державний орган з питань банкрутства перевищив свої повноваження і наділив себе необмеженою владою над арбітражним керуючим?

Більше того, якщо подивитися, на підставі чого здійснюються перевірки, то можна взагалі сказати, що державний орган з питань банкрутства і його територіальні органи з питань банкрутства дуже часто перевищують свої повноваження, навіть ті, які вони задекларували у своєму Порядку.

Наведу власний досвід. Так, в одній із моїх справ, яка закінчилась ще у травні 2010 року, розслідуючи обставини продажу майна товариства з обмеженою відповідальністю за рік до порушення провадження у справі про банкрутство, слідчий у серпні 2015 року доручив державному органу з питань банкрутства провести перевірку арбітражного керуючого щодо здійснення ним повноважень розпорядника майна та ліквідатора у цьому товаристві в період з грудня 2009-го по травень 2010 року.

Замість того, щоб відповісти слідчому, що така перевірка не може бути проведена в силу того, що, по-перше, законодавство про банкрутство не передбачає проведення перевірок щодо постанов слідчого, по-друге, вже вичерпався строк позовної давності щодо проведення перевірок і, по-третє, що відповідно до всіх існуючих нормативних документів така перевірка не може мати жодних правових наслідків, Мін'юст як державний орган з питань банкрутства доручив територіальному органу з питань банкрутства проводити позапланову перевірку, що є прямим порушенням не тільки вищезазначених норм законодавства, а і порушує статтю 19 Конституції України, частина 2 якої встановлює, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачений Конституцією та законами України.

Виходячи з наведеного, можна зробити перший висновок щодо законодавчого забезпечення порядку контролю за діяльністю арбітражних керуючих:

1. Необхідно у Положення про Міністерство юстиції, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 2 липня 2014 року № 228, внести норми, якими надавали б Мін'юсту як державному органу з питань банкрутства повноваження розробляти і встановлювати Порядок контролю за діяльністю арбітражних керуючих.
2. Виключити з Порядку ті підстави здійснення позапланових перевірок, які не передбачені законами України, що встановлено частиною 4 статті 4 Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності».

Друге питання, на яке вважаю необхідно звернути увагу, це аналіз документів, що видають органи контролю за наслідками контролю.

Перш за все наведу окремі норми Порядку.

Так, відповідно до пункту 5.1 Порядку в останній день перевірки орган контролю складає та підписує Довідку в двох примірниках. Згідно з пунктом 5.4 Порядку, Довідка за результатами перевірки складається із вступної, описової та регулятивної частин, а далі Порядок містить такі обов'язкові норми, які стосуються дій органу контролю при складанні Довідки:

5.4.1. У вступній частині міститься інформація про вид перевірки, підставу для її проведення, предмет перевірки, склад комісії, місце проведення перевірки, арбітражного керуючого, який перевірявся.

5.4.2. В описовій частині Довідки міститься інформація щодо дослідження предмета перевірки з обов'язковим посиланням на конкретні структурні елементи нормативно-правових актів та документи, що підлягали дослідженню.

5.4.3. У резолютивній частині Довідки комісією підсумовуються результати перевірки та зазначаються:

- у разі встановлення під час проведення перевірки порушень вимог законодавства — порушення та посилання на структурні елементи нормативно-правового акта, який порушено;

- порушення, які підлягають усуненню, та порушення, усунення яких є неможливим (арбітражним керуючим пропущено строки виконання повноважень, встановлені порушення, які були допущені на попередній стадії процедури банкрутства, тощо);
- дата, до якої комісією приймаються пояснення, зауваження, заперечення до Довідки або інформація про усунення порушень, зазначених у Довідці;
- дата, час та місце підписання акта перевірки (з урахуванням строку підготовки висновку щодо відповідності Довідки та доданих до неї документів законодавству).

А далі найважливіше: оформлення результатів заходів контролю.

Так, відповідно до пункту 6.1 Порядку:

«Арбітражний керуючий має право протягом п'яти робочих днів після складення Довідки надати в письмовій формі свої пояснення, зауваження, заперечення до неї разом з необхідними документами або уснути виявлені під час перевірки порушення та надати інформацію про це комісії».

При цьому орган контролю зобов'язаний протягом двох робочих днів після завершення строку для надання арбітражним керуючим заперечень щодо Довідки опрацювати надані арбітражним керуючим пояснення, зауваження, заперечення (пункт 6.2).

Після опрацювання та аналізу заперечень та зауважень комісія готує акт перевірки діяльності арбітражного керуючого (далі — акт перевірки) (пункт 6.3).

Акт перевірки складається зі вступної, описової та резолютивної частин.

У вступній частині міститься інформація про вид перевірки, підставу для її проведення, предмет перевірки, склад комісії, місце проведення перевірки, арбітражного керуючого, щодо якого здійснюється перевірка, та реквізити Довідки (пункт 6.6.1).

В описовій частині акта перевірки міститься інформація про виявлені під час перевірки порушення, які наводяться відповідно до резолютивної частини Довідки, оцінка пояснень, зауважень, заперечень і документів, наданих арбітражним керуючим, та усунення арбітражним керуючим зазначених у Довідці порушень.

У резолютивній частині акта перевірки комісією з урахуванням Довідки та пояснень, зауважень, заперечень і документів, наданих арбітражним керуючим, або усунених порушень робиться висновок щодо наявності (відсутності) порушень законодавства з питань банкрутства в діяльності арбітражного керуючого (пункт 6.6.3).

У разі виявлення за результатами перевірки порушень у резолютивній частині акта перевірки зазначаються всі порушення з посиланням на конкретні структурні одиниці нормативно-правових актів. Довільне викладення або трактування вимог нормативно-правових актів не допускається. Порушення, усунені арбітражним керуючим до моменту складання акта перевірки, вважаються такими, що не вчинені, та в резолютивній частині акта перевірки не зазначаються.

У резолютивній частині акта перевірки окремо прописуються порушення, щодо яких органом контролю буде винесено розпорядження про усунення порушень, та порушення, щодо яких буде винесено припис про недопущення повторних порушень.

Таким чином, акт перевірки передує розпорядженню або припису. Але головне, що акт перевірки складається тільки на підставі порушень, виявлених при перевірці і які знайшли відображення в довідці, а також на підставі аналізу наданих до довідки зауважень і заперечень арбітражного керуючого.

Тобто нових зауважень, крім тих, що були, в довідці бути не може.

Але, як убачається з окремих актів, які мені довелося аналізувати, в тому числі і власних, має місце перевищення повноважень органу контролю.

По-перше, дуже часто розширюється предмет перевірки, по-друге, має місце той факт, що в довідці визначені одні порушення, а після отримання зауважень та заперечень на довідку в акті з'являються нові порушення, і, по-третє, як у довідці, так і в актах дуже часто містяться зауваження без посилання на норми права, які порушені, або орган контролю посилається на норми, які є узагальнюючими та оцінюючими.

Наведу декілька власних прикладів.

По одному із моїх підприємств представник трудового колективу поскаржився на мене до господарського суду, в провадженні якого була справа про банкрутство. Фактично порушувалися чотири питання. Суд розглянув цю скаргу і відмовив у задоволенні, описавши всі чотири питання. Тоді представник трудового колективу написав скаргу до Мін'юсту. Мене перевірило Дніпропетровське територіальне

управління, якому я надав необхідні документи і, звісно, рішення суду. Але орган контролю, незважаючи на надані до перевірки судові рішення, на зауваження арбітражного керуючого до довідки в акті, по-перше, вносить зауваження, якого не було в довідці, а по-друге, по цьому зауваженню є судові рішення. Звісно, з такими висновками органу контролю погодитися неможливо. Я звертаюсь до адміністративного суду зі скаргою на державний орган, його розпорядження. І що ми маємо, визнання дій органу контролю незаконними, скасування розпорядження як незаконного та акта перевірки. Постанова набула законної сили.

Таких прикладів можна навести багато.

Але вони повторюватимуться, якщо державний орган з питань банкрутства не реагуватиме на такі перевірки і не буде за результатами скасування в судах актів перевірок органу контролю притягувати до відповідальності як керівників територіальних підрозділів, так і тих осіб, які здійснювали перевірку.

Ще одне питання щодо Порядку контролю, на якому необхідно зосередити увагу.

Як зазначалося вище, дуже часто в актах перевірки, якщо перевіряючі не можуть конкретно написати, які норми права порушені арбітражним керуючим, вони звертаються до норм узагальнюючих та оціночних.

Так, невідомо, з чієї подачі в довідках і актах перевірки фігурує норма закону — частина 3 статті 98. Ця норма має таку редакцію:

«Під час реалізації своїх прав та обов'язків арбітражний керуючий (розпорядник майна, керуючий санацією, ліквідатор) зобов'язаний діяти добросовісно, розсудливо, з метою, з якою ці права та обов'язки надано (покладено), обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення (вчинення дії), на підставі, у межах та у спосіб, що передбачені Конституцією та законодавством України про банкрутство».

Як убачається з норми, вона справді є оцінною і, більше того, вона повинна бути доведена в суді при розгляді скарги на дії ліквідатора. І що ми маємо на практиці?

Практично всі судові рішення адміністративних судів, які розглядали скарги на дії органів контролю, при перевірках арбітражних керуючих, де є посилання на частину 3 статті 98, скасовували результати перевірок (актів, розпоряджень, приписів). Це, наприклад, справи № 804/20577/14, № 804/20788/14, № 808/8461/14 тощо.

З цього приводу наведу одне судові рішення, яке є дуже обґрунтованим та якраз і дає відповідь на порушене питання:

«З приводу виявлених під час перевірки порушень суд зазначає наступне.

Кожне з порушень, зазначених у спірному розпорядженні, обґрунтоване як порушення частини 3 статті 98 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом». Зазначена норма закону передбачає, що під час реалізації своїх прав та обов'язків арбітражний керуючий зобов'язаний діяти добросовісно, розсудливо, з метою, з якою ці права та обов'язки надано (покладено), обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення (вчинення дії), на підставі, у межах та у спосіб, що передбачені Конституцією та законодавством України про банкрутство.

Тобто, відповідно до буквального змісту, дана норма є узагальнюючою та містить оціночні категорії, а не конкретизує, які саме дії має вчиняти арбітражний керуючий, а тому — всі порушення, що нею обґрунтовані, фактично є суб'єктивним припущенням перевіряючих, довільним трактуванням вимог нормативно-правових актів, прагненням виявити порушення шляхом їх штучного створення.

Роз'яснення змісту «добросовісно, розсудливо, обґрунтовано» Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» не містить.

Відповідно до частини 7 статті 4 Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності», у разі якщо норма закону чи іншого нормативно-правового акта припускає неоднозначне тлумачення прав і обов'язків суб'єкта господарювання або органу державного нагляду (контролю) та його посадових осіб, рішення приймається на користь суб'єкта господарювання.

Згідно з абзацом 2 підпункту 6.6.3 Порядку контролю за діяльністю арбітражних керуючих при оформленні акта перевірки довільне викладення або трактування вимог нормативно-правових актів не допускається.

Вирішуючи питання щодо правомірності таких висновків відповідача, суд виходив з наступного.

За своєю правовою природою правопорушення — це протиправне, винне, суспільно небезпечне або шкідливе діяння (дія або бездіяльність), яке спричиняє шкоду інтересам суспільства, держави або особи. Тобто правопорушенням є юридичний факт, що має місце за наявності всіх вказаних вище ознак. При цьому протиправність виникає, коли дія порушує норму права. Якщо дії особи не регулюються нормами права, не заборонені законом, не йдеться про правопорушення.

Відповідно до статті 19 Конституції України правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством.

З огляду на вказане суд вважає, що контролюючий орган неправомірно дійшов висновку про наявність порушень у діях позивача (витяги зі справи № 808/8461/14)».

І останнє питання, якого вважаю за доцільне торкнутися, це питання, пов'язане з дисциплінарним стягненням.

Відповідно до частини 1 статті 109 Закону: «Дисциплінарними стягненнями, що накладаються на арбітражного керуючого (розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора), є:

- 1) попередження;
- 2) позбавлення права на здійснення діяльності арбітражного керуючого (розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора).

Частиною 2 цієї статті визначено: «Під час визначення виду дисциплінарного стягнення враховується ступінь вини арбітражного керуючого (розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора), тяжкість вчиненого ним проступку, а також чи застосовувалися раніше до арбітражного керуючого дисциплінарні стягнення».

Як встановлено частиною 3 статті 109 Закону: «Рішення щодо накладення дисциплінарного стягнення приймається протягом двох місяців з дня виявлення проступку, але не пізніше одного року з дня його вчинення».

З системного аналізу наведених норм Закону, а також статті 108 Закону «Дисциплінарна комісія» та Положення про дисциплінарну комісію арбітражних керуючих (розпорядників майна, керуючих санацією, ліквідаторів), затвердженого наказом Мініюсту від 11 січня 2013 року № 81/5 зі змінами і доповненнями (далі — Положення), впливає таке:

1. Ані Закон, ані зазначене Положення не містять понять «ступінь вини арбітражного керуючого», «тяжкість вчиненого проступку».
2. Проступок, який є підставою для дисциплінарного стягнення, може бути вчинений не пізніше одного року до перевірки. Отже, Закон фактично обмежив строк перевірки одним роком, тому, коли підставою перевірки є обставини, які виникли за межами року від початку перевірки, остання має припинитися як така, що не має правових наслідків.

Більше того, в Порядку і в Положенні необхідно чітко визначитися з термінологією і понятійним апаратом. Тоді це дасть змогу, по-перше, уникнути зайвих перевірок, які не можуть мати жодних правових наслідків, по-друге, забезпечити єдиний підхід до визначення, що справді є правопорушенням з боку арбітражного керуючого, а що ні, по-третє, підвищить відповідальність перевіряючих при проведенні перевірки і складанні довідок, актів, приписів і розпоряджень і, по-четверте, знизить кількість дисциплінарних справ, які повинна розглядати дисциплінарна комісія.

Аналогічні висновки можна зробити і з аналізу судових рішень стосовно скасування рішень дисциплінарної комісії (див., наприклад, справи № 804/18364/14, № К800/36137/14, № К800/58758/14 тощо).

Отже, все вищенаведене дає підстави для доопрацювання і внесення суттєвих змін до Закону, Порядку контролю та Положення про дисциплінарну комісію.

---

## КАСАЦІЙНЕ ОСКАРЖЕННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ДОКУМЕНТІВ У СПРАВАХ ПРО БАНКРУТСТВО ЯК ГАРАНТІЯ ЗАХИСТУ ПРАВ УЧАСНИКІВ ПРОВАДЖЕННЯ

---



---

### **НІНА КАМША**

заступник голови Господарського суду Дніпропетровської області

---

У січні 2013 року набула чинності нова редакція Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (далі — Закон про банкрутство), що спрямована на дотримання балансу інтересів між боржником та кредиторами, більш надійний захист прав кредиторів у процедурах банкрутства, обмеження строків судових процедур тощо.

Однією з новацій цієї редакції було запровадження обмежень щодо оскарження судових рішень у процедурі банкрутства. Обґрунтовувалось це тим, що такі обмеження сприятимуть скороченню строків розгляду справ про банкрутство, не дозволять недобросовісним боржникам, кредиторам зловживати процесуальними правами в частині оскарження процесуальних документів.

Так, частиною 3 статті 8 Закону про банкрутство передбачено, що у касаційному порядку можуть бути оскаржені постанови апеляційного господарського суду, прийняті за результатами перегляду таких судових рішень: ухвали про порушення справи про банкрутство, ухвали про визнання недійсними правочинів (договорів) боржника, ухвали за результатами розгляду грошових вимог кредиторів, ухвали про звільнення (усунення, припинення повноважень) арбітражного керуючого, ухвали про перехід до

наступної судової процедури, ухвали про затвердження плану санації, ухвали про припинення провадження у справі про банкрутство, а також постанови про визнання боржника банкрутом та відкриття ліквідаційної процедури.

Варто зазначити, що в ході провадження у справі про банкрутство місцевим судом приймається досить значна кількість ухвал, які врегульовують спірні правовідносини між учасниками провадження, всі вони можуть оскаржуватись в апеляційному порядку.

Такими ухвалами, зокрема, можуть бути: ухвала про повернення заяви ініціюючого кредитора чи боржника про порушення провадження у справі про банкрутство, про відмову у прийнятті заяви, ухвала про відмову у порушенні провадження у справі про банкрутство, ухвала про призначення арбітражного керуючого (розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора), ухвала про затвердження основної та додаткової грошової винагороди арбітражному керуючому, ухвала про відсторонення керівника боржника від посади та покладення обов'язків керівника боржника на розпорядника майна, ухвала про вжиття (скасування) заходів із забезпечення вимог кредиторів, усі ухвали, що стосуються продажу майна боржника у процедурі провадження у справі про банкрутство, ухвали за результатами розгляду скарг на дії арбітражних керуючих тощо. Перелік цих ухвал значний, його можна продовжувати.

Виходячи з правової позиції про виключність переліку постанов апеляційного суду, які допускаються до касаційного розгляду, постанови апеляційного суду з перегляду процесуальних документів з цих важливих питань не зможуть бути оскаржені до касаційного суду, що призведе до необгрунтованого порушення прав учасників провадження у справі про банкрутство. Окремо треба наголосити, що процесуальне законодавство, яке регулює позовне провадження, не обмежує касаційний перегляд судових рішень апеляційного суду.

Разом із тим у статті 8 Закону про банкрутство немає прямої заборони щодо оскарження інших постанов, які приймаються апеляційним судом у справі про банкрутство та можуть бути оскаржені в касаційному порядку. Відтак буквальний зміст цієї норми права, на нашу думку, не містить висновку про виключність переліку постанов апеляційного суду, які можуть оскаржувати до касаційного суду.

Протягом 2015 року Верховним Судом України прийнято декілька постанов, які безпосередньо стосуються застосування частини 3 статті 8 Закону про банкрутство.

Так, постановою Верховного Суду України від 4 листопада 2015 року у справі № 916/2019/13 скасовано постанову Вищого господарського суду України від 14 липня 2015 року, якою суд касаційної інстанції встановив порушення судами Положення про автоматизований відбір кандидатури арбітражного керуючого для виконання повноважень розпорядника майна боржника та вказав на недостатньо мотивоване відхилення судами рішення комітету кредиторів по кандидатурі розпорядника майна державного підприємства, яким є боржник.

Не спростувавши висновків суду касаційної інстанції про порушення нижчестоящими судами законодавства про банкрутство в частині застосування автоматизованого відбору арбітражного керуючого для виконання повноважень розпорядника майна, Верховний Суд України з посиланням на вичерпність переліку постанов апеляційної інстанції, які допускаються до касаційного перегляду, скасував постанову Вищого господарського суду України, залишивши в силі постанову суду апеляційної інстанції.

Постановою Верховного Суду України від 18 листопада 2015 року у справі № 910/15007/14 заличено в силі ухвалу Вищого господарського суду України від 8 липня 2015 року про припинення касаційного провадження за касаційною скаргою на постанову апеляційного суду від 29 квітня 2015 року в частині призначення апеляційним судом розпорядника майна боржника після припинення повноважень попереднього розпорядника майна у справі.

Зверну увагу на те, що цією ж статтею 8 Закону про банкрутство передбачено: ухвала про звільнення арбітражного керуючого (усунення, припинення повноважень) може бути оскаржена в касаційному порядку. Відомо, що ця процедура — припинення повноважень одного арбітражного керуючого і призначення іншого арбітражного керуючого — відбувається за одним процесуальним документом, різниця лише в тому, що саме оскаржується — питання про звільнення чи призначення арбітражного керуючого. Логічного пояснення такої позиції законодавця в цій ситуації знайти важко.

На жаль, ми маємо негативний досвід щодо окремих арбітражних керуючих, які фактично сприяли знищенню деяких підприємств, що призводило як до порушень прав держави, так і до порушень прав боржників та їхніх кредиторів. Усі ми добре розуміємо, що на стадії санації та ліквідації арбітражний керуючий розпоряджається дуже значними активами боржника, тому його призначення може бути

перевірене і касаційною судовою інстанцією з тим, щоб не допустити помилки, яка часто призводить до непоправних наслідків. Більше того, зараз і державний орган з питань банкрутства не подає нам кандидатури арбітражних керуючих по державних підприємствах, що також збільшує ризики призначення на такі підприємства арбітражних керуючих, які мають на меті зовсім не задоволення вимог кредиторів чи відновлення платоспроможності боржників.

Також не підлягає апеляційному оскарженню ухвала про відсторонення керівника боржника на стадії розпорядження майном від посади та покладення обов'язків керівника боржника на розпорядника майна. Варто зазначити, що саме з використанням цього інституту пов'язані так звані неправомірні поглинання, рейдерство тощо. Непоодинокі випадки в судовій практиці, коли лише касаційна інстанція виправляла помилку судів першої та апеляційної інстанцій, переглядаючи такі ухвали, що давало змогу відновити права держави, боржника, його керівника чи засновників. Безперечно, таких процесуальних документів у справах про банкрутство небагато, однак вони вкрай важливі, чутливі для інвесторів і суспільства, тому необхідно, щоб за допомогою апеляційної та касаційної інстанцій сформувалась єдина судова практика, а можливі допущені помилки були виправлені вчасно.

Не підлягають касаційному перегляду також ухвали, прийняті за результатами вирішення спорів, які виникають при проведенні та виконанні результатів аукціонів з продажу майна в процедурі банкрутства. Доречно зазначити, що такі спори розглядаються в межах справи про банкрутство лише з 2013 року, вони нові для суддів першої та апеляційної інстанцій, судова практика досить різна, законодавство — суперечливе, а ми позбавлені права отримати думку суду касаційної інстанції з цих важливих питань. Арбітражні керуючі, організатори аукціонів, покупці майна, кредитори також не можуть захистити свої права в касаційній інстанції через недосконалість статті 8 Закону про банкрутство.

У провадженні судів першої інстанції до цього часу є справи, порушені до 18 січня 2013 року, в яких ми застосовуємо редакцію Закону про банкрутство, що діяла до 18 січня 2013 року. У тій, «старій», редакції немає обмежень, передбачених частиною 3 статті 8 нової редакції, тому всі процесуальні документи у цих справах можуть переглядатися у касаційному порядку. Така двозначна позиція в одній категорії справ не сприяє утвердженню принципу правової визначеності, що негативно сприймається учасниками провадження у справі про банкрутство.

Статтю 8 Конституції України передбачено визнання і дію принципу верховенства права, найвищу юридичну силу норм Конституції, прийняття та відповідність законів України нормам Конституції, пряму дію норм Конституції.

Статтю 55 Конституції України кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових та службових осіб з використанням усіх національних заходів правового захисту.

Статтями 124, 125, 129 Конституції України передбачено поширення юрисдикції судів на всі правовідносини в державі, визначено систему судів, до якої віднесено вищі судові органи спеціалізованих судів, гарантовано кожному забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду, крім випадків, встановлених законом.

У рішенні Конституційного Суду України від 11 грудня 2007 року № 11-рп/2007 розтлумачено положення пункту 8 частини 3 статті 129 Конституції України як таке, що гарантує право касаційного (апеляційного) оскарження судових рішень у всіх випадках, якщо процесуальним законом прямо не передбачено норм, які встановлюють випадки, коли заборонено перевірку в касаційному порядку певних рішень місцевих судів.

Таке ж тлумачення пункту 8 частини 3 статті 129 Конституції України застосовано Конституційним Судом України при прийнятті рішень про право на апеляційне оскарження ухвал суду (рішення від 27 січня 2010 року № 3-рп/2010, від 25 квітня 2012 року № 11-рп/2012, від 22 квітня 2014 року № 4-рп/2014).

Закон про банкрутство є спеціальним законом, який містить як процесуальні, так і матеріальні норми права, що покликані забезпечити верховенство права та право на справедливий суд у здійсненні провадження у справі про банкрутство.

Тому на дію процесуальних норм права у Законі про банкрутство поширюється дія статей 8, 55, 129 Конституції України, які мають найвищу юридичну силу. Також на положення частини 3 статті 8 Закону про банкрутство поширюється правове регулювання Конституції України (тлумачення Конституційним Судом України пункту 8 частини 3 статті 129 Конституції) про право на касаційне оскарження

всіх рішень судів, за винятком тих, коли законом передбачено пряму заборону їх перегляду. Оскільки прямої заборони щодо оскарження інших постанов апеляційного суду, які приймаються у справі про банкрутство, Закон про банкрутство не містить, обмеження, встановлені частиною 3 статті 8 Закону про банкрутство, не відповідають конституційним гарантіям верховенства права в Україні.

Торік, 8 квітня 2015 року, Конституційний Суд України у своєму рішенні з розгляду конституційності окремих положень Кодексу адміністративного судочинства України зазначив, що право на судовий захист включає, зокрема, можливість оскарження судових рішень в апеляційному та касаційному порядку, що є однією з конституційних гарантій реалізації інших прав і свобод, захисту їх від порушень і протиправних посягань, у тому числі від помилкових і неправосудних судових рішень.

Європейський суд з прав людини у своєму рішенні від 15 лютого 2000 року зазначив, що стаття 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод не примушує держав-учасниць створювати апеляційні або касаційні суди, однак якщо такі суди існують, то гарантії, передбачені статтею 6, повинні бути забезпечені, тобто має існувати право на касаційне оскарження.

Судді першої інстанції, арбітражні керуючі та інші правники, котрі переймаються проблемами неплатоспроможності, завжди дуже позитивно сприймають будь-які напрацювання, узагальнення судової практики, постанови пленумів, що приймаються касаційною інстанцією з тих чи інших проблемних питань застосування законодавства про банкрутство. Якщо касаційний суд не переглядатиме наші процесуальні документи через обмеження, закладені у частині 3 статті 8 Закону про банкрутство, то чи отримаємо ми тоді їхню правову позицію щодо тих нагальних, спірних, складних питань, які виникають при розгляді справ про банкрутство?

Зверну увагу Верховного Суду України ще на одну проблему, яка стосується виникнення грошових зобов'язань у боржника після визнання його банкрутом. Відома позиція вищої судової інстанції, викладена в постанові від 18 березня 2014 року у справі № 3-4гс14, згідно з якою заборгованість у боржника, що виникла після визнання його банкрутом, не є поточною, тому не може бути заявлена до справи про банкрутство і не включається до реєстру вимог кредиторів.

Дуже нагальним є питання включення до реєстру вимог податкових органів, зокрема щодо заборгованості з єдиного соціального внеску за період після визнання боржника банкрутом. Так, після визнання боржника банкрутом у трудових відносинах з банкрутом перебувають певні працівники — бухгалтери, охоронці, працівники кадрових служб тощо. Їм нараховується заробітна плата, ліквідатор здає по них звіти до органів фіскальної служби, нараховує єдиний соціальний внесок. Треба мати на увазі, що невключення до реєстру вимог саме по цьому виду заборгованості і непогашення заборгованості призводить до незарахування періодів роботи працівників до страхового стажу. Тому вважаємо, що ця заборгованість необхідно вважати витратами, безпосередньо пов'язаними із здійсненням ліквідаційної процедури, яку необхідно визнавати і включати до реєстру вимог кредиторів. Маємо надію, що Верховний Суд підтримає нашу позицію при розгляді такого роду грошових вимог.

Ще одне питання, яке постало перед нами після прийняття 2 грудня 2015 року Верховним Судом України постанови у справі № 911/4212/14, стосується застосування положень статті 12 Господарського процесуального кодексу України та статті 23 Закону про банкрутство.

Так, спори зі стягнення заборгованості (як конкурсної, так і поточної) з боржників, провадження у справах про банкрутство яких було порушене до 18 січня 2013 року, розглядалися у загальному порядку тим судом, до підвідомчості якого чинним законодавством віднесено відповідну категорію спорів (здебільшого це спори за участю органів Пенсійного фонду України та трудові спори).

На початку 2013 року це питання вирішувалось судами неоднозначно, однак 7 травня 2013 року Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ направив до апеляційних судів областей листа, в якому виклав правову позицію щодо цього, зазначивши, що, вирішуючи питання щодо визначення юрисдикції справи, зокрема за позовами про стягнення заробітної плати, необхідно брати до уваги дату порушення провадження у справі про банкрутство — до 18 січня 2013 року чи після цієї дати.

Тому майже три роки судова практика на місцях формувалася таким чином і в адміністративних, і в трудових спорах.

Після 2 грудня 2015 року лише господарські суди повинні вирішувати в позовному провадженні всі спори (крім податкових) зі стягнення заборгованості з відповідачів, стосовно яких порушено провадження у справі про банкрутство, незалежно від дати порушення провадження у справі про

банкрутство. На жаль, це може призвести до порушень прав окремих кредиторів (особливо у трудових спорах), оскільки не виключено, що провадження у таких справах у місцевих судах може бути закрито.

На завершення зазначу, що ми, судді першої інстанції, розглядаючи окрему конкретну справу, здійснюємо первісне тлумачення норм права, тоді як тлумачення касаційної інстанції передбачає дві мети: визначити правову основу для вирішення конкретної справи і одночасно визначити шлях для судової практики у широкому, необмеженому колі правових спорів, тому позиція касаційної інстанції з усіх питань, що виникають при розгляді справ про банкрутство, має вкрай важливе значення для судів та учасників процесу.

На мою думку, завдяки забезпеченню єдності судової практики ми зможемо реалізувати принцип рівності всіх перед законом і судом, що також позначиться на рівні довіри до суду, завантаженості судів, адже кількість випадків оскаржень судових рішень, безумовно, зменшиться.



---

## ТРАНСКОРДОННІ СПРАВИ ПРО БАНКРУТСТВО: ШЛЯХИ УДОСКОНАЛЕННЯ ВІТЧИЗНЯНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

---



---

### **ОЛЕКСАНДР БІРЮКОВ**

доктор юридичних наук, професор, радник LCF

---

#### **Вступ**

Основною причиною введення у національне законодавство країн світу правил розв'язання колізій національних правових порядків у судових справах про банкрутство є зростаюча активність на регіональних і міжнародних ринках транснаціональних корпорацій і промислово-фінансових груп. Діяльність таких гравців ринку потребує окремої уваги, оскільки проблеми заборгованості великих компаній іноді створюють проблеми для економіки не тільки окремих держав, а й регіонів.

На виконання вимог міжнародних організацій, які наполегливо рекомендували владі України провести необхідні реформи у цій специфічній сфері правового регулювання суспільних відносин, зроблено важливий крок: сьогодні чинний Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (далі — Закон про банкрутство) містить окремий розділ, присвячений так званому транскордонним банкрутствам.

Разом із тим необхідно визнати, що це тільки перший крок. Практично зроблена тільки спроба ввести у національне законодавство про банкрутство окремі специфічні інструменти розв'язання конфліктів у транскордонних справах про банкрутство.

Поверховий аналіз відповідних положень закону в чинній редакції не дає впевненості у тому, що передбачені у законі юридичні механізми стануть ефективними засобами узгодження порушених судових проваджень у справі про банкрутство з кількома провадженнями.

### Міжнародні стандарти у сфері банкрутства

Проблеми транскордонної неспроможності були і залишаються предметом дослідження багатьох міжнародних організацій. Розробка уніфікованих правил розгляду справи про банкрутство з кількома провадженнями почалась ще на початку 1990-х років.

Лідерами у проведенні досліджень у сфері банкрутства були Міжнародний валютний фонд і Світовий банк. Під егідою цих організацій були створені робочі групи, які складались із фахівців у сфері права та економіки, а також представників різних професій — суддів, науковців, викладачів права та економіки, бухгалтерів, державних службовців, працівників національних регуляторних органів, адміністраторів у справах про банкрутство, бізнесменів, функціонерів професійних спілок та інші.

Під егідою МВФ проводилися дослідження у сферах корпоративної неспроможності, банкрутства банківських установ, а також реструктуризації державних боргів, які не повертаються тривалий час. За результатами проведених досліджень у 1999 році було підготовлено документ під назвою «Упорядковані та ефективні процедури банкрутства: ключові елементи», в якому запропоновано конкретні рекомендації зі створення ефективних систем регулювання проблем корпоративної неспроможності.

Комісія Організації Об'єднаних Націй з міжнародного торговельного права та Міжнародна асоціація практиків у сфері неспроможності на початку 90-х років минулого сторіччя об'єднали свої зусилля з метою вивчення необхідності розробки модельного законодавства з питань кооперації юристів у здійсненні проваджень у справах про неспроможність та визнання іноземних судових рішень.

Робоча група фахівців з усього світу, створена Світовим банком, розробила принципи у сфері банкрутства і захисту прав кредиторів, які вперше були оприлюднені у 2001 році. Сьогодні цей документ постійно допрацьовується. Автор цієї статті є членом робочої групи з удосконалення міжнародних стандартів у сфері банкрутства, що діє під егідою Світового банку.

Визнанням успіхом з розробки міжнародних стандартів у транскордонних справах про банкрутство є документи, підготовлені ЮНСІТРАЛ.

Ця організація почала роботу у сфері уніфікації правил у сфері банкрутства ще 1992 року. У середині 1990-х років напрацьовані робочою групою пропозиції стали предметом обговорення на численних публічних заходах. Відзначимо, що у сесії ЮНСІТРАЛ у квітні 1996 року брали участь і представники України.

Типовий Закон ЮНСІТРАЛ про транскордонну неспроможність було схвалено 1997 року. Документ встановлює основні правила здійснення провадження у справі про неспроможність з іноземним елементом.

У преамбулі Типового закону зазначено, що метою цього документа є:

- встановлення ефективних механізмів розгляду справ про транскордонні банкрутства для забезпечення співробітництва між судами та іншими державними органами, які є компетентними розглядати таку категорію справ;
- ефективний захист інтересів кредиторів та інших заінтересованих осіб, включаючи і боржника у транскордонних банкрутствах;
- збереження майна та максимального підвищення вартості активів боржника;
- захист інвестицій та збереження робочих місць підприємств, що перебувають у скрутному фінансовому становищі.

З прийняттям Типового закону робота з розробки узгоджених правил розгляду справ про транскордонні банкрутства у цій міжнародній організації не завершилась — робоча група продовжує допрацьовувати рекомендації, викладені у Типовому законі, а також проводить додаткові дослідження з питань, що не увійшли до тексту Типового закону. Сьогодні це відбувається у формі удосконалення Путівника ЮНСІТРАЛ для законодавчих органів з питань прийняття Типового закону про транскордонну неспроможність.

Сьогодні Типовий закон введений у національне законодавство низки країн, у тому числі Австралії, Великої Британії, Еритреї, Ірландії, Колумбії, Мексики, Нової Зеландії, Південної Африки, Польщі, Республіки Корея, Румунії, Японії, Чорногорії, Сербії тощо.

Що стосується колізійного регулювання приватноправових відносин неспроможності, то необхідно зазначити, що для розв'язання колізій норм у транскордонних справах про банкрутство є колізійна прив'язка, спрямована виключно на вирішення конфліктів у такій категорії справ. Прив'язка *lex copisursus* відсилає до права країни, в якій порушено провадження у справі про банкрутство. Така формула закріплена у Регламенті 2000/1346/ЄС від 29 травня 2000 року про процедури неспроможності, який сьогодні є основним консолідованим нормативним актом прямої дії у сфері транскордонних банкрутств на території Європейського Союзу.

### **Українське законодавство про транскордонну неспроможність**

У результаті проведення останньої правової реформи у зазначеній сфері до чинного законодавства введено окремі положення, спрямовані на розв'язання можливих проблем у разі порушення стосовно боржника кількох судових проваджень про його визнання неспроможним чи банкрутом.

У законі з'явилися нові правові категорії і процедури. Серед таких нововведень:

- а) з'явився новий учасник у справі про банкрутство — керуючий іноземною процедурою банкрутства;
- б) закріплено принцип взаємності для його застосування у такій категорії судових справ;
- в) введено абсолютно нову процедуру визнання іноземної процедури банкрутства;
- г) визначено підстави надання судової допомоги;
- г) встановлено умови здійснення співробітництва судів у відповідних провадженнях.

Таким чином, Україна здійснила спробу введення специфічних механізмів розгляду справ про банкрутство, порушених у кількох юрисдикціях. Зазначимо, що це надзвичайно важливо, оскільки наявність у національному законодавстві визнаних у світі юридичних процедур розв'язання проблем заборгованості допоможуть ефективно використовувати ці складні юридичні механізми у міжнародних судових справах.

### **Напрями удосконалення законодавства про транскордонну неспроможність**

Аналіз норм про транскордонні банкрутства, представлені в Законі про банкрутство, може дати підстави для висновку про те, що вони наразі не повною мірою дають змогу розв'язувати складні конфлікти, що зазвичай виникають у справі про банкрутство з багатьма провадженнями. Це певною мірою підтверджується існуючою статистикою — в експертному середовищі поки що не обговорюються випадки порушення в Україні справ про визнання боржників, які мають бізнес на території кількох країн, неспроможними чи банкрутами.

Зрозуміло, не треба це пояснювати тільки тим, що в Україні не представлений великий іноземний бізнес або економічні труднощі їх оминають. Причина може бути в іншому: ані іноземні компанії, ані судді в підсумку поки що не можуть розраховувати на отримання того результату, на який розраховували розробники норм про транскордонні банкрутства.

Здається, без необхідного удосконалення норм згаданого вище законодавчого акта та внесення змін до низки інших законів, у тому числі й тих, що є спеціальними для інших сфер правового регулювання суспільних відносин, не вдасться суттєво поліпшити стан правового регулювання у цій сфері.

Системний підхід до регулювання всіх аспектів розгляду справ про банкрутство з іноземним елементом вимагає перегляду нововведень з метою визначення того, чи необхідно вносити зміни і доповнення тільки до спеціального у цій сфері закону, чи й до інших законів, що регулюють правові відносини в суміжних сферах. Такими законами передусім можуть бути Цивільний кодекс України, процесуальні закони та закон про міжнародне приватне право.

Можливе внесення змін до Цивільного кодексу України є сенс розглядати у контексті обговорення того, чи це допоможе удосконалити процедуру визнання неспроможною чи банкрутом особи, що має бізнес у більш ніж одній країні.

Іншою сферою регулювання правовідносин зазначеним законом може бути перегляд положень цього закону щодо місцезнаходження юридичної особи. Відомо, що у справах про банкрутство від цього залежить вибір правопорядку для підпорядкування процедури банкрутства праву певної країни.

Зазначимо, що можливе різне трактування категорії місцезнаходження юридичної особи у Цивільному кодексі України та спеціальному законі може ускладнити процес визнання основного чи похідного провадження (основної концепції у транскордонних справах) з метою їх ефективної координації. Фахівцям у сфері банкрутства відомо, що використання у справах про транскордонні банкрутства традиційних підходів приватного права, зокрема і міжнародного приватного права, часто не є найкращим способом вирішення колізій правопорядків. У відповідних законах іноземних країн та окремих міжнародних документах зустрічаються такі правові категорії, як місце ведення бізнесу, місце ділових операцій, розташування підприємства (у теорії приватного права підприємство не є особою, це — майно).

Закон України «Про міжнародне приватне право» містить тільки одну колізійну норму, пов'язану з банкрутством: законом встановлена виключна підсудність у справах про банкрутство з іноземним елементом національним судам України. Однак ця норма в такій редакції може стати на заваді ефективному застосуванню правил розгляду справ про транскордонні банкрутства, передбачених Законом про банкрутство. Йдеться про випадки, коли виключна підсудність у такій категорії справ може не дати можливості коректно застосовувати в судах України правила щодо визнання основного провадження, порушеного за кордоном, що містяться у міжнародних документах.

Також вважаємо, що у процесі проведення реформи законодавства про банкрутство необхідно ввести у спеціальний закон про міжнародне приватне право спеціальну колізійну прив'язку *lex concursus*, яка міститься у Регламенті Ради ЄС 1346/2000 про процедури неспроможності.

Необхідно звернути увагу на явний недолік української системи правового регулювання відносин неспроможності з іноземним елементом: законодавець, вводячи у законодавство нову судову процедуру — визнання іноземного судового провадження, — не здійснив наступних необхідних кроків, а саме: не деталізував цю процедуру у керівному для господарських судів законі — Господарському процесуальному кодексі України. Тут необхідно нагадати, що у процесуальному законодавстві є схожа процедура — процедура визнання та звернення до виконання судових рішень іноземних судів, передбачена Цивільним процесуальним кодексом України.

Згідно із Законом про банкрутство у новій редакції, новим учасником у справах про банкрутство є так званий іноземний представник — керуючий іноземною процедурою банкрутства. Оскільки йдеться про абсолютно нового процесуального суб'єкта, то вважаємо за необхідне цей статус і його процесуальне становище більш повно описати у відповідних нормах процесуального закону. Проста згадка про такого нового учасника у судовому процесі та описове викладення його прав, обов'язків і повноважень у Законі про банкрутство може виявитися недостатнім для ефективного застосування норм відповідного розділу Закону про банкрутство.

Окрема група нових норм у розділі Закону про банкрутство, що стосуються транскордонних банкрутств, опосередковано зачіпає і регулювання діяльності суддів. Йдеться про їхню співпрацю з колегами за кордоном з метою координації дій у порушених провадженнях. Упевнені: такого рівня самостійності вітчизняних суддів у судових справах має бути встановлена спеціальним законом — Законом України «Про судоустрій і статус суддів». Навряд чи чинний нині Закон про банкрутство дозволяє судді входити у прями відносини з представником іноземного суду, брати участь у розробці та підписувати транскордонний протокол, який сьогодні є чи не основним способом оформлення співпраці суддів у транскордонних справах про банкрутство з визначенням подальших дій у судових провадженнях.

Переконані, що введення в чинне законодавство України правил, норм і процедур, яких сьогодні поки що бракує, допоможе українським суддям ефективно розглядати справи про транскордонні банкрутства.

## Висновки

Введення у вітчизняне законодавство правил з транскордонної неспроможності є підтвердженням усвідомлення державою необхідності адекватного реагування на розвиток сучасного бізнесу та забезпечення цивілізованого входження України до європейського та світового економічного простору.

У контексті здійснення правової реформи в країні традиційно необхідно зазначити, що внесення змін до досить специфічних законодавчих актів, серед яких — Закон про банкрутство, є найскладнішим, відбувається без належного врахування досліджень науковців. За останню декаду вітчизняна наука значно збагатилася системними та глибокими науковими працями у сфері порівняльних і транскордонних банкрутств, чим не тільки можна було б пишатись, а й використовувати їх у практичній діяльності на

блага країни. Упевнені: використання численних наукових праць вітчизняних науковців і дослідників допомогло б законодавцю свого часу розробити більше науково обґрунтованих законодавчих пропозицій, а сьогодні заощадило б час при доопрацюванні чинного у цій сфері закону.



ДЕНЬ ДРУГИЙ 18.03.2016

## СЕСІЯ ІІІ. АКТУАЛЬНІ ПРАКТИКИ

---

СЕКЦІЯ 3. СПОРИ, ЩО ВИНИКАЮТЬ  
ІЗ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН



### МОДЕРАТОРИ

---

**ТЕТЯНА ЖАЙВОРОНОК**  
суддя Верховного Суду України

**ЯРОСЛАВ РОМАНЮК**  
к.ю.н., Голова Верховного Суду  
України

**ВОЛОДИМИР ПАВЛЕНКО**  
керівник судового департаменту  
«КПМГ-Україна»

---



---

# УМОВИ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ ГРОШОВИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ АНТИТЕРОРИСТИЧНОЇ ОПЕРАЦІЇ В УКРАЇНІ

---



---

## **АНАТОЛІЙ КОСТРУБА**

доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри цивільного права  
Юридичного інституту Прикарпатського національного університету  
імені Василя Стефаника

---

Виконання грошових зобов'язань має суттєве значення не лише для забезпечення належного товарно-грошового обігу між учасниками цивільних правовідносин. Належне виконання грошових зобов'язань створює умови для дієвого функціонування кредитно-фінансової системи України. Саме тому теоретичні питання забезпечення ефективності правового регулювання цивільних зобов'язань у цілому і грошових зокрема протягом тривалого часу не втрачають актуальності.

Варто зазначити, що характерною рисою досліджень цього напрямку, їх головною ідеєю є забезпечення в грошовому зобов'язанні суб'єктивних цивільних прав і законних інтересів кредитора. Теоретичні питання забезпечення законних інтересів боржника залишаються на задньому плані. Такий підхід є не випадковим, отже, належне виконання зобов'язання є принципом зобов'язального права України [1, с. 183].

У той же час, здається, таке бачення розвитку сучасної цивілістичної думки в Україні навряд чи є виправданим.

По-перше, наведений підхід суперечитиме методологічному принципу цивільного права України — принципу справедливості як міри рівноваги правових цінностей, головною з яких є рівність прав учасників цивільних правовідносин.

По-друге, сьогодні суспільно-політичні випробування Україні вимагають погляду на проблему належного виконання грошових зобов'язань під іншим кутом зору, в контексті забезпечення законних інтересів боржника шляхом можливості зменшення розміру його відповідальності, зміни розміру нарахування інфляційних витрат тощо. Зазначене забезпечить баланс інтересів учасників цивільних правовідносин, які знаходяться в дисипативному стані.

У зв'язку зі збройною агресією Російської Федерації на території Донецької і Луганської областей України органами державної влади України було видано низку нормативно-правових актів, спрямованих на підтримку суб'єктів господарювання, що здійснюють діяльність на території проведення антитерористичної операції, серед яких Закон України «Про тимчасові заходи на період проведення антитерористичної операції».

Подальшим нормативним втіленням його приписів стало прийняття правлінням Національного банку України постанови № 466 від 6 серпня 2014 року «Про призупинення здійснення фінансових операцій», відповідно до пункту 1 якої державним регулятором у сфері банківської діяльності в Україні заборонено здійснення всіх видів фінансових операцій банками і небанківськими установами України, національним оператором поштового зв'язку, які є платіжними організаціями внутрішньодержавних і міжнародних платіжних систем, у населених пунктах, які не контролюються українською владою до відновлення status quo на території сходу України.

Враховуючи природу банківських правочинів як засобу досягнення результату в опосередкованих ними цивільних правовідносинах, що реалізується через систему юридично-технічних дій банківської установи — банківські операції, а також як форми розпорядження залученими (в депозит, на поточні рахунки тощо) коштами клієнтів, шляхом здійснення активних банківських операцій (кредитування, факторингу, лізингу тощо) [2, с. 4], призупинення їх реалізації за відсутності відповідних дієвих механізмів компенсації таких юридичних дій з боку держави створює системні перешкоди в досягненні результативності правового регулювання цивільних відносин.

У цьому контексті треба зазначити, що відповідно до статті 47 Закону України «Про банки і банківську діяльність» до банківських послуг в Україні віднесено, зокрема: 1) операції із залучення у вклади (депозити) коштів та банківських металів від необмеженого кола юридичних і фізичних осіб; 2) операції з відкриття та ведення поточних (кореспондентських) рахунків клієнтів, у тому числі у банківських металах; 3) розміщення залучених у вклади (депозити), у тому числі на поточні рахунки, коштів та банківських металів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик.

Тобто з огляду на характер банківських послуг, що надаються кредитними установами в Україні, з 7 серпня 2014 року створені нормативні перешкоди для належного виконання грошових зобов'язань шляхом призупинення надання банківських і фінансових послуг учасникам цивільних правовідносин, один з яких знаходиться у межах території проведення антитерористичної операції на сході України.

Розпорядженням Кабінету Міністрів України «Про затвердження переліку населених пунктів, на території яких органи державної влади тимчасово не здійснюють свої повноваження, та переліку населених пунктів, що розташовані на лінії зіткнення» від 7 листопада 2014 року № 1085-р визначено 133 населених пункти Донецької області, в тому числі м. Донецьк, і 26 населених пунктів Луганської області, які знаходяться в зоні проведення антитерористичної операції в Україні.

На сьогодні відновлення надання банківських та фінансових послуг учасникам цивільних правовідносин, один з яких знаходиться на території, що не контролюється органами державної влади України, вимагає зміни його місцезнаходження і внесення відповідних відомостей до Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців. Необхідність таких змін перебуває у прямій залежності належного виконання боржником грошового зобов'язання, що передбачено статтею 526 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України). Але в будь-якому разі порушення строку виконання грошового зобов'язання боржником у зв'язку з необхідністю вчинення дій, пов'язаних із зміною його місцезнаходження або місцезнаходження кредитора, не змінює умови настання цивільно-правової відповідальності. Незалежно від часу зміни місцезнаходження кредитора або боржника за межі території проведення антитерористичної операції на сході України (далі — АТО), останній несе цивільно-правову відповідальність відповідно до статті 625 ЦК України за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань.

Треба зазначити, що така логіка статті 625 ЦК України виправдовує себе, оскільки належне виконання грошового зобов'язання в переважній більшості випадків залежить від комплексу активних дій саме боржника. Чинне цивільне законодавство України не містить особливих умов *ad hoc*. Тому відповідно до статті 611 ЦК України цивільно-правова відповідальність боржника за порушення грошового зобов'язання настає також у тому разі, коли неможливість його виконання обумовлена, наприклад, знаходженням кредитора в зоні проведення антитерористичної операції. Отже, прямого припису про «евакуацію бізнесу» (термін «евакуація бізнесу» визначений статтею 15 Закону України «Про створення вільної економічної зони «Крим» та про особливості здійснення економічної діяльності на тимчасово окупованій території України» № 1636-VII від 12 серпня 2014 року) з території проведення АТО чинним законодавством України не встановлено. Таким чином, призупинення здійснення банківських операцій безпосередньо пов'язане також з правомірною бездіяльністю кредитора. Інакше кажучи, порушення грошового зобов'язання боржником обумовлене діями кредитора. При цьому законні інтереси боржника не враховуються.

Необхідно відзначити: практика правозастосування свідчить, що судові органи при розгляді спорів, пов'язаних з порушенням грошових зобов'язань, займають сторону кредитора, не звертаючи уваги на значення його активної поведінки в питанні належності та реальності виконання цивільно-правових зобов'язань.

Так, Господарським судом м. Києва у справі № 910/32300/15 за позовом приватного підприємства з місцезнаходженням у населеному пункті, на території якого органи державної влади тимчасово не здійснюють свої повноваження (м. Донецьк), до державного підприємства, яке знаходиться у м. Києві, було прийнято судовий акт, відповідно до якого стягнуто з державного підприємства суму основного боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час прострочення.

При прийнятті рішення суд виходив із того, що «...відповідно до статті 629 ЦК України договір є обов'язковим для виконання сторонами. Частиною 2 статті 193 Господарського кодексу України визначено, що кожна сторона повинна вжити усіх заходів, необхідних для належного виконання нею зобов'язання... Одностороння відмова від зобов'язання або одностороння зміна його умов не допускається, якщо інше не встановлено договором або законом (стаття 525 Цивільного кодексу України).

Судом встановлено, що позивач виконав свої зобов'язання за договором належним чином, виконав всі передбачені договором підрядні роботи, які прийняті відповідачем по актах приймання виконаних будівельних робіт від 30 грудня 2013 року. Відповідач за виконані роботи не розрахувався, в результаті чого заборгував позивачеві 1 081 103,32 грн. Оскільки відповідач не надав суду жодних доказів належного виконання свого зобов'язання щодо оплати виконаних робіт, суд дійшов висновку, що відповідачем було порушено умови договору підряду № 1015-2013 від 15 жовтня 2013 року та положення статей 525, 526 Цивільного кодексу України, отже, вимоги позивача про стягнення з відповідача 1 081 103,32 грн основної заборгованості підлягають задоволенню. Крім того, підлягають стягненню з відповідача 840 129,14 грн — інфляційних втрат за період з 9 січня 2014 року по 16 грудня 2015 року та 62 822,47 грн — 3 % річних за період з 9 січня 2014 року по 16 грудня 2015 року на підставі статті 625 Цивільного кодексу України» [3].

Як бачимо, суд при прийнятті судового рішення не надав належної правової оцінки наявності обставин, які можуть ускладнити належне і реальне виконання грошових зобов'язань відповідачем на користь приватного підприємства. Такими, на нашу думку, є факт знаходження кредитора на території проведення АТО в той період часу, коли формувалась сума боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції (з 7 серпня 2014 року по 16 грудня 2015 року). Позицію суду можна пояснити усталеною судовою практикою, суть якої визначена домінуванням інтересу кредитора в цивільно-правовому зобов'язанні. У цій площині суд цілком розумно виходив із презумпції допустимості належного виконання грошових зобов'язань боржником, яка нормативно встановлена частиною 1 статті 625 ЦК України.

У той же час пріоритетом проти наведеної презумпції має стати еkleктичне поєднання принципу справедливості і розумності в діях кредитора, задекларованого в статті 3 ЦК України з методологічним принципом рівності учасників цивільних правовідносин у приватному праві України, квінтесенцією чого є формування лемі зустрічної добропорядності в діях кредитора проти активності боржника в грошовому зобов'язанні. За такою формулою побудована конструкція статті 613 ЦК України, частина 4 якої вказує, що боржник за грошовим зобов'язанням не сплачує проценти за час прострочення кредитора. Тобто наведене твердження створює необхідність формування правового припущення, зміст якого

сформується такою тезою: «прострочення кредитора пропорційне ступеню недоведеності його добропорядності зустрічному прагненню боржника до належного виконання зобов'язання». Таким чином, відповідальність боржника за неналежне виконання грошового зобов'язання за договором відповідно до частини 2 статті 625 ЦК України будується на засадах добросовісності кредитора при визначенні моделі його поведінки, яка кореспондується з активними юридичними і фактичними діями боржника, є пропорційною їм.

Враховуючи модель поведінки кредитора в наведеному прикладі судової практики, на нашу думку, необхідно взяти до уваги, що прострочення виконання грошового зобов'язання боржника в період з 7 серпня 2014 року до 16 грудня 2015 року обумовлене правомірною, але недобросовісною бездіяльністю кредитора, яка виражена в невипадковому знаходженні приватного підприємства на території, на якій органи державної влади України тимчасово не здійснюють свої повноваження, що ускладнює належне виконання грошового зобов'язання боржником. Після того, як у межах строку позовної давності сума інфляційних витрат, а також розмір процентів річних від простроченої суми сукупно дорівняли до суми основного боргу, з метою безперешкодного судового захисту прав і отримання належної компенсації від державного підприємства позивач змінив адресу свого місцезнаходження і отримав належне відшкодування. Тобто такі дії стягувача за своєю правовою природою — це прострочення кредитора (стаття 613 ЦК України), оскільки, як нами доведено вище, ним не вчинено дій, доцільність яких впливає з актів цивільного законодавства України, звичаїв ділового обороту, до вчинення яких боржник не міг виконати свого обов'язку. Наявність зазначених обставин не може не впливати на розмір цивільно-правової відповідальності за порушення грошового зобов'язання.

Наведене дає змогу зробити висновок, що цивільно-правова відповідальність боржника, встановлена у статті 625 ЦК України, на сучасному етапі розвитку громадянського суспільства не має абсолютного характеру. Принцип індивідуалізації цивільно-правової відповідальності передбачає її настання не тільки в контексті активної або пасивної поведінки боржника, що призвела до порушення зобов'язання, а також у взаємозбалансованості дій останнього і поведінки кредитора в зобов'язанні (підпункт 6 пункту 1 статті 3 ЦК України), яка має бути не тільки правомірною, але й добросовісною у відношенні до боржника. При *ceteris paribus* (у перекладі з лат. — ...при інших рівних умовах) правомірною недобросовісність підлягає кваліфікації відповідно до статті 613 ЦК України із настанням юридичних наслідків, встановлених у пунктах 2—4 цієї статті.

#### Використані джерела

- [1] Мацегорін О.І. Аксіологія принципів зобов'язального права // Часопис Київського університету права. — 2011. — № 4. — С. 180—185.
- [2] Безклубий І.А. Теоретичні проблеми банківських правочинів: автореф. дис ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Ігор Анатолійович Безклубий. В.о. Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. — К.: Б.в., 2006. — 32 с.
- [3] Справа № 910/32300/15 від 18.02.2016. — Єдиний державний реєстр судових рішень // [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56059015>.

---

## ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ЄДИНОГО ПРАВОВОГО ПІДХОДУ ДО РОЗГЛЯДУ СПРАВ ПРО ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ ЗА ДОГОВОРАМИ СТРАХУВАННЯ НАЗЕМНИХ ТРАНСПОРТНИХ ЗАСОБІВ

---



---

### **ЛЮДМИЛА СТРАТІЄНКО**

кандидат юридичних наук, суддя Вищого господарського суду України

---

З внесенням до процесуальних кодексів України норм про обов'язковість висновків Верховного Суду України щодо застосування норм права, викладених у його постанові, прийнятій за результатами розгляду справи з підстав неоднакового застосування судами касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права, що спричинило ухвалення різних за змістом судових рішень у подібних правовідносинах, для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права та врахування цього висновку, викладеного у постанові Верховного Суду України, іншими судами загальної юрисдикції при застосуванні таких норм права, питання формування найвищим судовим органом держави однакової судової практики при розгляді спорів, що виникають з аналогічних правовідносин, набуло надзвичайної актуальності. Правові позиції, висловлені Верховним Судом України з питань застосування тієї чи іншої норми матеріального права, стають предметом ретельного вивчення та обговорення судами нижчих інстанцій, а їх неоднозначність породжує труднощі в правозастосуванні.

У зв'язку з цим зупинюся на питанні визначення єдиного правового підходу при розгляді справ про відшкодування шкоди на підставі договорів страхування наземних транспортних засобів, зокрема в частині визначення правової природи відносин, що складаються між страховиком, що виплатив страхове відшкодування страховальнику, і особою, відповідальною за завдану шкоду, та окреслю висловлені Верховним Судом України правові позиції з цього питання в їх послідовному розвитку і зміні.

Основними нормативними актами, що регулюють відшкодування шкоди за договорами страхування наземних транспортних засобів, є Цивільний та Господарський кодекси України, а також Закони України «Про страхування» № 85/96-ВР, «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» № 1961-IV.

На практиці при розгляді судами справ зазначеної категорії труднощі виникають у питанні розмежування правовідносин, що виникають на підставі статті 993 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України), статті 27 Закону України «Про страхування» і тих, що врегульовані статтею 38 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» та статті 1191 ЦК України.

За правилами статті 993 ЦК України та статті 27 Закону України «Про страхування» до страховика, який виплатив страхове відшкодування за договором майнового страхування, в межах фактичних витрат переходить право вимоги, яке страховальник або інша особа, яка одержала відшкодування, має до особи, відповідальної за завдані збитки.

Статтею 38 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» врегульовано питання подання регресного позову страховика та МТСБУ з визначенням, в яких випадках страховик після виплати грошей має право подати саме регресний позов до страховальника чи водія забезпеченого транспортного засобу, який є винним у вчиненні дорожньо-транспортної пригоди.

Правильне розмежування цих правовідносин має важливе значення для правильного обчислення перебігу позовної давності, оскільки у першому випадку (при переході права вимоги) він розпочинається з моменту настання страхового випадку, а при регресі — з моменту, коли страховик виплатив страхове відшкодування.

У постановках від 27 березня 2012 року (справа № 3-20гс12), 7 серпня 2012 року (справа № 3-31гс12), 28 серпня 2012 року (справа № 3-37гс12) Судова палата в господарських справах Верховного Суду України відзначила, що за регресними зобов'язаннями перебіг позовної давності починається від дня виконання основного зобов'язання — з дня виплати страхового відшкодування (частина б статті 261 ЦК України), а не з моменту настання страхового випадку.

Обставини цих справ полягають у тому, що після дорожньо-транспортної пригоди, кожний з учасників якої мав відповідний договір страхування, страховик потерпілої сторони виплачує на користь страховальника відшкодування, а в подальшому звертається до суду з позовом до страховика винної сторони (чи власника транспортного засобу) про стягнення відповідної суми на свою користь.

У згаданих постановках з посиланням на статтю 27 Закону України «Про страхування», статтю 38 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів», статті 993, 1191 ЦК України суд дійшов висновку про те, що після виплати страхового відшкодування у страховика потерпілої сторони виникло право зворотної вимоги (регресу) до страховика винної особи як особи, відповідальної за заподіяну шкоду.

У подальшому у справі за № 6-112цс13 при винесенні постанови від 25 грудня 2013 року Судової палати у цивільних та господарських справах Верховного Суду України за схожих обставин дійшли висновку, що відповідно до статті 993 ЦК України та статті 27 Закону України «Про страхування» до страховика, який виплатив страхове відшкодування за договором майнового страхування, у межах фактичних витрат переходить право вимоги, яке страховальник або інша особа, що одержала страхове відшкодування, має до особи, відповідальної за завдані збитки.

За цією нормою страховальник, якому заподіяно майнову шкоду у деліктному правовідношенні, набув право вимоги відшкодування до заподіювача, і строк пред'явлення такої вимоги почав спливати у момент заподіяння шкоди, але у зв'язку з погашенням шкоди коштами страхового відшкодування до страховика переходить право вимоги (право кредитора, яким у деліктному зобов'язанні є потерпілий) до заподіювача із залишком позовної давності, оскільки відповідно до статті 262 ЦК України заміна сторін у зобов'язанні не змінює порядку обчислення та перебігу позовної давності.

У спірному зобов'язанні відбулася заміна кредитора — страхувальник передав страховикові, який виплатив страхове відшкодування за договором майнового страхування, у межах фактичних витрат право вимоги до особи, відповідальної за завдані збитки. При цьому позовна давність у страховому зобов'язанні є загальною (три роки) та починає свій перебіг від дня настання страхового випадку.

За таких обставин, які свідчать про перехід до страховика права вимоги, а не набуття ним такого права, правильним і обґрунтованим є застосування до спірних відносин статей 257, 262, 512, 993 ЦК України, а не частини 6 статті 261, статті 1191 ЦК України, оскільки стаття 1191 ЦК України застосовується до деліктних правовідносин, а стаття 993 ЦК України — до договірних.

Здавалося б, ця правова позиція, висловлена двома палатами Верховного Суду України, є остаточною в питанні визначення правовідносин, що існують між страховиком, який виплатив страхове відшкодування за договором майнового страхування, та особою, відповідальною за заподіяну шкоду, проте в постанові від 25 лютого 2015 року у справі за № 3-9гс15 Судовою палатою у господарських справах Верховного Суду України знову була викладена правова позиція про те, що за аналогічних вищевикладених обставин у позивача (страхувальника, який виплатив страхове відшкодування за договором майнового страхування) виникло право зворотної вимоги (регресу) до особи, відповідальної за завдану шкоду, позовна давність щодо якої починається від дня виплати страхового відшкодування.

Ці розбіжності у правових позиціях призвели до того, що місцеві господарські суди, розглядаючи справи цієї категорії, почали вказувати у своїх рішеннях як правові норми, що регулюють перехід права вимоги, так і зворотної вимоги (регресу).

23 вересня 2015 року у постанові у справі за № 3-303гс15 Судова палата у господарських справах Верховного Суду України зазначила, що вважає за необхідне відійти від правової позиції, викладеної у постанові Верховного Суду України від 25 лютого 2015 року у справі № 3-9гс15, та вказала, що, вирішуючи спір, який виник між двома страховими компаніями щодо відшкодування витрат, понесених у зв'язку із виплатою коштів за договором добровільного майнового страхування, необхідно застосовувати положення статті 993 ЦК України та статті 27 Закону України «Про страхування».

У таких правовідносинах відбувається передача (перехід) права вимоги від страхувальника (вигодонабувача) до страховика. Нового зобов'язання з відшкодування збитків при цьому не виникає, оскільки відбувається заміна кредитора, а саме — потерпілий (страхувальник) передає страховику своє право вимоги до особи, відповідальної за спричинення шкоди.

З урахуванням приписів частини 1 статті 262 ЦК України заміна сторін у зобов'язанні не змінює порядку обчислення та перебігу позовної давності, страхувальник, який зазнав майнової шкоди в деліктному правовідношенні, набуває право вимоги відшкодування до заподіявача і строк пред'явлення такої вимоги починає спливати з моменту заподіяння шкоди. У зв'язку з погашенням шкоди коштами страхового відшкодування до страховика переходить право вимоги (права кредитора, яким у деліктному зобов'язанні є потерпілий) до заподіявача із залишком загальної позовної давності, перебіг якої починається від дня настання страхового випадку.

Перехід права вимоги за наведеними нормами права (стаття 993 ЦК України та стаття 27 Закону України «Про страхування») потрібно відрізняти від зворотної вимоги (регресу), яка регулюється положеннями статті 1191 ЦК України, для застосування якої необхідні дві умови: право регресної вимоги до винної особи має третя особа після виконання нею зобов'язання перед потерпілим; регрес має місце після припинення зобов'язання з відшкодування шкоди. Тобто Верховний Суд України у цьому питанні повернувся до правової позиції, висловленої в його постанові від 23 грудня 2013 року у справі за № 6-112цс13.

Розглядаючи справи зазначеної категорії, судам необхідно враховувати, що страхове відшкодування, яке за договором обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності страховик виплатив третій особі, а не своєму страхувальнику, є одночасно відшкодуванням шкоди третій особі (потерпілому) в деліктному зобов'язанні, адже страховик за договорами обов'язкового страхування відповідальності, на відміну від договорів добровільного страхування наземних транспортних засобів, є одночасно боржником у деліктному зобов'язанні.

Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок, що у правовідносинах страхування наземних транспортних засобів вимога страховика до особи, відповідальної за завдані страхувальнику збитки, здебільшого є суброгаційною і лише у випадках, врегульованих на сьогодні статтею 38 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних

транспортних засобів», у страховика виникає право на стягнення суми виплаченого відшкодування із самого страхувальника чи водія забезпеченого транспортного засобу, який є винним у вчиненні дорожньо-транспортної пригоди.

Як приклад застосування вказаної норми можна навести справу за № 910/14739/15, за результатами розгляду якої Господарський суд м. Києва у рішенні від 21 вересня 2015 року дійшов висновку, що відповідач — страхувальник за договором обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності, водій якого, що перебував за кермом застрахованого автомобіля, був визнаний винним у скоєнні дорожньо-транспортної пригоди, зобов'язаний відшкодувати в порядку регресу позивачу — страховику за цим договором суму страхового відшкодування, сплачену останнім страховій компанії, в якій за договором добровільного страхування було застраховано автомобіль потерпілого і яка відшкодувала потерпілому збитки, оскільки в порушення вимог підпункту «г» підпункту 38.1.1 пункту 38.1 статті 38 Закону страхувальник не повідомив страховика у строки і за умов, визначених у підпункті 33.1.2 пункту 33.1 статті 33 цього Закону про дорожньо-транспортну пригоду.

При цьому суд також зазначив, що позивач отримав право зворотної вимоги до особи, відповідальної за завдану шкоду, після виплати страхового відшкодування (12 березня 2014 року), а не з моменту настання страхового випадку, як наполягав відповідач.

З цими висновками погодилися і суди апеляційної та касаційної інстанцій.

Незважаючи на визначеність практики Верховного Суду України з цього питання, і сьогодні між юристами триває дискусія з приводу співвідношення і розмежування понять «суброгація» та «регрес», які в основному зводяться до того, що Верховний Суд України вдався до доктринального тлумачення терміна «суброгація» замість законодавчого визначення, адже в українському законодавстві термін «суброгація» передбачений лише статтею 269 Кодексу торговельного мореплавства України, згідно з яким суброгація полягає в тому, що у випадку сплати страхової суми до страховика за його згодою переходять усі права на застраховане майно у разі страхування на повну вартість або право на частку застрахованого майна пропорційно співвідношенню страхової суми до страхової вартості у випадку страхування на неповну вартість.

Теоретичні дискусії є позитивним явищем для розвитку юридичної науки і практики, разом із тим нинішня визначеність практики Верховного Суду України щодо правової позиції про характер і суть правовідносин, що виникають за договорами добровільного та обов'язкового страхування наземних транспортних засобів, сприяє встановленню єдності судової практики при вирішенні цих судових спорів, розумній передбачуваності судових рішень, що є важливим чинником зростання довіри суспільства до судової гілки влади.

---

## ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ ПРО СТЯГНЕННЯ СТРАХОВОГО ВІДШКОДУВАННЯ ЗА ЗОБОВ'ЯЗАННЯМИ, ЩО ВИНИКАЮТЬ З ДОГОВОРІВ СТРАХУВАННЯ

---



---

### **ГРИГОРІЙ УСИК**

суддя Апеляційного суду м. Києва

---

Страховання у широкому розумінні цього слова означає захист належних особі майнових інтересів від несприятливих наслідків настання певних обставин.

Визначення страховання як однієї з категорій суспільних відносин наведене у статті 1 Закону України від 7 березня 1996 року № 85/96-ВР «Про страхування» (далі — Закон № 85/96-ВР), відповідно до якої — це вид цивільно-правових відносин щодо захисту майнових інтересів фізичних та юридичних осіб у разі настання певних подій (страхових випадків), визначених договором страхування або чинним законодавством, за рахунок грошових фондів, що формуються шляхом сплати фізичними особами та юридичними особами страхових платежів (страхових внесків, страхових премій) та доходів від розміщення коштів цих фондів.

Відносини у сфері страхування регулюються главою 67 розділу III (статті 979—999) Цивільного кодексу України (далі — ЦК України), параграфом 2 (статті 352—355) Господарського кодексу України, Законом № 85/96-ВР, Законом України від 1 липня 2004 року № 1961-IV «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» (далі — Закон

№ 1961-IV), Законом України від 18 січня 2001 року № 2240-III «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності та витратами, зумовленими похованням», іншими законодавчими та підзаконними актами, а також локальними нормативними актами страховиків (Правилами страхування), які за своєю правовою природою не є правовим актом, однак у разі включення їх у договір страхування є обов'язковими для виконання.

Найпоширенішими в судовій практиці є спори, що виникають з договорів добровільного страхування та з договорів обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів, і саме при розгляді зазначеної категорії спорів у судовій практиці виникає найбільша кількість складних та спірних питань.

Роз'яснення щодо застосування норм матеріального права, що регулюють правовідносини у сфері страхування, викладені у правових висновках Верховного Суду України, аналізі судової практики розгляду цивільних справ, що виникають з договорів страхування, проведеному Верховним Судом України в 2011 році, постанові пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 1 березня 2013 року № 4 «Про деякі питання застосування судами законодавства при вирішенні спорів про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки». Однак мають місце непоодинокі випадки неправильного застосування норм матеріального права при вирішенні спорів про стягнення страхового відшкодування за зобов'язаннями, що виникають з договорів страхування.

Відповідно до статті 18 Закону № 85/96-ВР договір страхування набуває чинності з моменту внесення першого страхового платежу, якщо інше не передбачено договором страхування.

Намагаючись уникнути виконання обов'язку виплати страхового відшкодування, деякі страховики, особливо за договорами про страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів, звертаються з позовами до суду про визнання їх недійсними, посилаючись на те, що відомості про укладення таких договорів відсутні у базі даних страховика та Моторно-транспортного страхового бюро України (МТСБУ) і що страховальник не вніс страховий платіж. Суди інколи задовольняють такі позови, незважаючи на те, що наданий страховальником поліс містить всі істотні умови договору страхування, визначені статтею 982 ЦК України, та на внесення страховальником страхового платежу. Окрім того, поза увагою суддів залишається та обставина, що відповідно до статті 11 Закону № 1961-IV саме на страховика покладається обов'язок надавати інформацію про укладені та достроково припинені договори обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності до централізованої бази даних МТСБУ та що дії щодо внесення першого страхового платежу стосуються виконання договору страхування, тоді як для визнання договору страхування недійсним правове значення має, чи були дотримані сторонами вимоги закону при його укладенні.

Спірні питання викликає застосування на практиці положення пункту 5 частини 1 статті 991 ЦК України (пункту 5 частини 1 статті 26 Закону № 85/96-ВР), відповідно до яких підставою для відмови страховика у здійсненні страхових виплат є несвоєчасне повідомлення страховальником страховика про настання страхового випадку без поважних на це причин або створення страховиком перешкод у визначенні характеру та розміру збитків.

Встановлення обставин настання страхового випадку, а також характеру та розміру заподіяних особою збитків (шкоди) є істотним у правовідносинах страхування та при вирішенні спорів у судовому порядку про стягнення страхової виплати (страхового відшкодування).

Вчинення страховальником чи вигодонабувачем навмисних дій, якщо вони були спрямовані на настання страхового випадку, а також подання ним завідомо неправдивих відомостей про обставини настання страхового випадку чи створення перешкод у визначенні обставин, характеру та розміру збитків є підставою для звільнення страховика від здійснення страхової виплати.

Підпунктом 33.1.4 пункту 33.1 статті 33 Закону № 1961-IV передбачено обов'язок страховальника подати страховику письмове повідомлення про настання страхового випадку невідкладно, але не пізніше трьох робочих днів з дня настання дорожньо-транспортної пригоди. Встановлення законодавцем такого строку та обумовлення його в договорі страхування гарантує дотримання прав страховика щодо перевірки причин і обставин настання події та чи належить вона до страхового випадку, а також для визначення розміру заподіяної особою шкоди.

Неповідомлення страховика у строки і за умов, визначених у пункті 33.1 статті 33 цього Закону, надає страховику право, відповідно до підпункту 38.1.1 пункту 38.1 статті 38 Закону № 1961-IV, подати регресний позов до страховальника або водія забезпеченого транспортного засобу.

Разом із тим сам по собі факт недотримання страхувальником визначеного договором строку повідомлення страховика про настання страхового випадку не повинен бути єдиною підставою для відмови у здійсненні страхової виплати чи задоволення регресних вимог страховика до страхувальника чи водія забезпеченого транспортного засобу після виплати ним страхового відшкодування, а має оцінюватися в сукупності з доводами про поважність причин несвоєчасного повідомлення про настання страхового випадку. Окрім того, цей факт матиме правове значення у випадку, коли буде встановлено, що таке порушення умов договору страхування справді перешкодило страховику встановити обставини страхового випадку та визначити розмір заподіяних збитків.

Досить поширеною є практика, коли у договорах страхування передбачаються інші, ніж визначені пунктами 1—5 частини 1 статті 26 Закону № 85/96-ВР підстави для відмови страховика від здійснення страхової виплати, зокрема у зв'язку з невиконанням страхувальником умов договору про надання у визначений ним строк певного переліку документів (довідок, актів) на підтвердження обставин настання страхового випадку, його причин та наслідків.

Такі умови договорів страхування не суперечать положенням статті 16, частини 2 статті 21 Закону № 85/96-ВР, частини 2 статті 989 ЦК України, що допускають наявність у договорі інших умов та обов'язків страхувальника, ніж прямо визначених у частині 1 статті 989 ЦК України, частини 1 статті 21 Закону № 85/96-ВР.

Однак сам по собі факт порушення страхувальником строку надання таких документів чи ненадання ним якогось із документів не повинні бути безумовною підставою для відмови у здійсненні страховиком страхової виплати, оскільки суду необхідно з'ясувати як причини ненадання страхувальником таких документів у визначений договором строк, так і можливість виконання страховиком обов'язку протягом двох робочих днів, як тільки стане відомо про настання страхового випадку, вжити заходів щодо оформлення всіх необхідних документів для своєчасного здійснення страхової виплати.

На виконання цього обов'язку страховик наділений необхідними повноваженнями для з'ясування причин та обставин настання страхового випадку, в тому числі він вправі самостійно робити необхідні для цього запити до відповідних підприємств, установ та організацій.

Таким чином, при вирішенні спору про відмову страховика у здійсненні страхової виплати необхідно у кожному конкретному випадку перевіряти, чи призвело формальне порушення страхувальником умов договору страхування до неможливості виконання страховиком його обов'язку здійснення страхової виплати, і лише в тому випадку, коли воно позбавляє страховика можливості встановити, чи є ця подія страховим випадком, несвоєчасне повідомлення страховика про його настання може бути підставою для відмови у виплаті страхового відшкодування.

Відповідно до статті 8 Закону № 85/96-ВР страховий випадок — це подія, передбачена договором страхування або законодавством, яка відбулася і з настанням якої виникає обов'язок страховика здійснити виплату страхової суми (страхового відшкодування) страхувальнику, застрахованій особі або іншій третій особі.

Яка саме подія визнається страховим випадком, а яка таким не є, має бути детально зазначено в договорі страхування. Як правило, у договорах страхування не визнаються страховими випадками події, що сталися внаслідок військових дій, а також маневрів або інших військових заходів з моменту оголошення компетентними державними органами надзвичайного стану або воєнного стану на території розташування застрахованого об'єкта, громадянської війни, терористичних актів, народних хвилювань, страйків, тобто дій, що сталися внаслідок настання обставин непереборної сили (форс-мажору).

У зв'язку з проведенням антитерористичної операції на сході України та розташуванням на зазначеній території застрахованого майна на практиці виникають питання, чи є заявлена страхувальником подія страховим випадком, що покладає на страховика обов'язок виплати страхового відшкодування.

При вирішенні цього питання судам необхідно враховувати як умови договору страхування, так і наступні нормативно-правові акти.

Указом Президента України від 14 квітня 2014 року № 405/2014 «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 13 квітня 2014 року «Про невідкладні заходи щодо подолання терористичної загрози і збереження територіальної цілісності України» введено в дію відповідне рішення Ради національної безпеки і оборони України щодо проведення антитерористичної операції на сході України.

Частиною 1 статті 1 Закону України «Про тимчасові заходи на період проведення антитерористичної операції» від 2 вересня 2014 року № 1669-VII визначено, що періодом проведення антитерористичної операції є час між датою набуття чинності Указом Президента України від 14 квітня 2014 року № 405/2014 та датою набуття чинності Указом Президента України про завершення проведення антитерористичної операції або військових дій на території України.

Частиною 2 зазначеної статті встановлено, що територія проведення антитерористичної операції — це територія України, на якій розташовані населені пункти, визначені у затвердженому Кабінетом Міністрів України переліку, де проводилася антитерористична операція.

Розпорядженнями Кабінету Міністрів України від 30 жовтня 2014 року № 1053-р та від 2 грудня 2015 року № 1275-р затверджено переліки населених пунктів, на території яких здійснювалася антитерористична операція.

Відповідно до статті 10 Закону України «Про тимчасові заходи на період проведення антитерористичної операції» протягом терміну дії цього Закону належним документом, що підтверджує настання обставин непереборної сили (форс-мажору), що мали місце на території проведення антитерористичної операції як підстави для звільнення від відповідальності за невиконання (неналежне виконання) зобов'язань, є сертифікат Торгово-промислової палати України.

Деякі труднощі виникають при застосуванні у судовій практиці питання правового регулювання використання страховиком права вимоги до фактичного заподіювача шкоди про повернення коштів, виплачених страхувальнику на підставі договору страхування у разі настання страхового випадку, оскільки передбачена можливість використання такого права як у порядку суброгації, так і в порядку регресу.

Зазначене питання має суттєве значення, оскільки від правильного розуміння поняття суброгації та регресу залежить правильне визначення правовідносин сторін і застосування до них норм матеріально-права.

Суть суброгації полягає в переході до страховика, який виплатив страхове відшкодування за договором майнового страхування, у межах фактичних витрат права вимоги, яке страхувальник (вигодонабувач), що одержав страхове відшкодування, має до особи, відповідальної за збитки (стаття 993 ЦК України, стаття 27 Закону № 85/96-ВР).

Натомість регрес характеризується тим, що правовідношення, за яким відповідальна особа здійснила відшкодування, припинилося, у зв'язку з чим виникло нове правовідношення, пов'язане з регресною вимогою — право відповідальної особи, яка здійснила відшкодування шкоди, заподіяної не її діями, звернутися з вимогою про повернення виплаченого до боржника, з вини якого заподіяно шкоду, тобто регрес передбачає існування двох зобов'язань, одне з яких основне, а інше — регресне, що виникає на підставі та у зв'язку з припиненням основного зобов'язання.

Регрес регулюється загальними нормами цивільного права (стаття 1191 ЦК України), а у відносинах страхування — спеціальним законом (стаття 38 Закону № 1961-IV).

Однак до цього часу в рішеннях місцевих судів м. Києва при задоволенні позовних вимог страховика до винної в заподіянні збитків особи про стягнення виплачених страхувальнику коштів непоодинокими є випадки одночасного посилання як на статтю 993 ЦК України, яка передбачає перехід права вимоги (суброгацію), так і на статтю 1191 ЦК України, яка передбачає право зворотної вимоги (регресу).

Крім того, закон передбачає різні правила визначення моменту початку позовної давності для вимоги страховика в порядку суброгації та зворотної вимоги (регресу).

Відповідно до частини 6 статті 261 ЦК України за регресними зобов'язаннями перебіг позовної давності починається від дня виконання основного зобов'язання, тоді як відповідно до статті 262 цього Кодексу заміна сторін у зобов'язанні не змінює порядку обчислення та перебігу позовної давності, а отже, для суброгації моментом початку позовної давності буде день заподіяння майнової шкоди потерпілому.

Найбільш проблемним питанням на сьогодні є неоднакова практика застосування як місцевими судами, так і Апеляційним судом м. Києва та Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ норм матеріального права при вирішенні спорів про відшкодування збитків за позовом страховика потерпілого чи самого потерпілого у заподіянні збитків особи та особи, відповідальної за заподіяння шкоди, цивільно-правова відповідальність якого застрахована.

Відповідно до пункту 16 постанови пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 1 березня 2013 року № 4 «Про деякі питання застосування судами

законодавства при вирішенні спорів про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки» судам роз'яснено, що відповідно до статті 21 Закону № 1961-IV на території України забороняється експлуатація транспортного засобу без поліса обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності, тобто володільці транспортних засобів, за винятком осіб, звільнених від обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності згідно з пунктом 13.1 статті 13 цього Закону, зобов'язані застрахувати ризик своєї цивільної відповідальності, яка може настати внаслідок завдання шкоди життю, здоров'ю або майну інших осіб при використанні транспортних засобів. У зв'язку з цим при пред'явленні позовних вимог про відшкодування такої шкоди в результаті дорожньо-транспортної пригоди безпосередньо до особи, яка здійснює діяльність, що є джерелом підвищеної небезпеки, суд має право виключно в порядку, передбаченому статтею 33 Цивільного процесуального кодексу України (далі — ЦПК України), залучити до участі у справі страхову організацію (страховика), яка застрахувала цивільну відповідальність володільця транспортного засобу. Непред'явлення вимог до страховика за наявності підстав для стягнення завданої шкоди саме зі страховика є підставою для відмови в позові до заподіювача шкоди у відповідному розмірі.

Разом із тим у правовому висновку, який викладено Верховним Судом України у справі № 6-2587цс5 зазначено таке: за змістом статті 993 ЦК України та статті 27 Закону України «Про страхування» до страховика, який виплатив страхове відшкодування за договором майнового страхування, у межах фактичних затрат переходить право вимоги, яке страхувальник або інша особа, що одержала страхове відшкодування, має до особи, відповідальної за завдані збитки.

Згідно зі статтею 1194 ЦК України особа, яка застрахувала свою цивільну відповідальність, у разі недостатності страхової виплати (страхового відшкодування) для повного відшкодування завданої нею шкоди зобов'язана оплатити потерпілому різницю між фактичним розміром шкоди і страховою виплатою (страховим відшкодуванням).

Статтею 15 ЦПК України передбачено, що кожна особа має право на захист свого цивільного права в разі його порушення, невизнання або оспорювання. Кожна особа має право на захист свого інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства.

Способи захисту цивільних прав та інтересів визначено в частині 2 статті 16 ЦК України.

Зі змісту наведених норм права можна зробити висновок про те, що страховик, який виплатив страхове відшкодування, має право самостійно обирати спосіб захисту свого порушеного права, зокрема право вимоги до винної особи про стягнення коштів у розмірі виплаченого страховиком відшкодування.

У справі № 6-2808цс15 Верховний Суд України зробив правовий висновок, відповідно до якого право потерпілого на відшкодування шкоди її заподіювачем є абсолютним і суд не вправі відмовити в такому позові з тих підстав, що цивільно-правова відповідальність заподіювача шкоди застрахована. У разі задоволення такого позову заподіювач шкоди не позбавлений можливості пред'явити майнові вимоги до страхової компанії, з якою укладено договір обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності.

Неоднаковість застосування норм матеріального права, зазначена у пункті 16 постанови пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 1 березня 2013 року № 4 «Про деякі питання застосування судами законодавства при вирішенні спорів про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки» та правових висновках Верховного Суду України у наведених вище справах призвели до скасування Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ рішень Апеляційного суду м. Києва про стягнення страхового відшкодування у справах, позивачами в яких виступали страховики потерпілих чи потерпілі, а відповідачами — винні у заподіянні збитків особи.

Так, у справі за позовом приватного акціонерного товариства «Страхова компанія «Українська страхова група» до І. про відшкодування шкоди Дарницьким районним судом м. Києва частково були задоволені позовні вимоги страховика потерпілої особи до винної у заподіянні збитків особи. Стягнуто на користь страховика 14 254,00 грн страхового відшкодування. Рішенням Апеляційного суду м. Києва від 18 червня 2015 року рішення суду першої інстанції змінено в частині розміру страхового відшкодування, зменшено його до 14 125,02 грн. Ухвалою Вищого спеціалізованого суду України від 16 грудня 2015 року рішення суду першої інстанції та рішення суду апеляційної інстанції скасовані, а справу передано на новий розгляд до суду першої інстанції. Скасовуючи зазначені судові рішення,

суд касаційної інстанції зазначив, що суди першої та апеляційної інстанцій не врахували роз'яснення, викладені у пункті 16 постанови пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 1 березня 2013 року № 4 «Про деякі питання застосування судами законодавства при вирішенні спорів про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки», та вказав, що, правильно встановивши правовідносини між сторонами, суд першої інстанції всупереч вимогам статті 10 ЦПК України не роз'яснив позивачу наслідки вчинення та невчинення певних процесуальних дій, не з'ясував, чи застрахована цивільно-правова відповідальність І., не вжив заходів до участі у справі співвідповідачем страхової компанії, з якою він, можливо, перебував у договірних відносинах щодо обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності, а апеляційний суд був позбавлений можливості в силу повноважень, наданих йому законом, цей недолік першої інстанції усунути.

З метою однакового застосування судами одних і тих самих норм матеріального права необхідним є приведення положення пункту 16 постанови пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 1 березня 2013 року № 4 «Про деякі питання застосування судами законодавства при вирішенні спорів про відшкодування шкоди, заданої джерелом підвищеної небезпеки» до правових висновків Верховного Суду України у наведених вище справах.

Певні труднощі виникають при розгляді судами спорів щодо здійснення страхових виплат третім особам, на користь яких укладено договір страхування.

Відповідно до частин 1, 2 статті 985 ЦК України страховальник має право укласти із страховиком договір на користь третьої особи, якій страховик зобов'язаний здійснити страхову виплату у разі досягнення нею певного віку або настання іншого страхового випадку. Страховальник має право при укладенні договору страхування призначити фізичну або юридичну особу для одержання страхової виплати (вигодонабувача), а також замінювати її до настання страхового випадку, якщо інше не встановлено договором страхування.

Із змісту зазначеної норми ЦК України, а також статті 3 Закону № 85/96-ВР впливає, що договір страхування надає третій особі право вимагати від страховика здійснити страхову виплату на свою користь, але не покладає на цю особу обов'язки страховальника.

Положеннями частин 1, 2 статті 636 ЦК України передбачено, що договором на користь третьої особи є договір, в якому боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок на користь третьої особи, яка встановлена або не встановлена у договорі. Виконання договору на користь третьої особи може вимагати як особа, яка уклала договір, так і третя особа, на користь якої передбачене виконання, якщо інше не встановлено договором або законом чи не впливає із суті договору.

У судовій практиці поширеними є випадки, коли при страхуванні предмета застави, укладеного на забезпечення виконання кредитного договору, вигодонабувачем за договором страхування є заставодержатель — банк, який є кредитором власника предмета страхування.

Судді не завжди враховують, що право вимоги позивач (потерпілий, страховальник) може мати лише у випадку уповноваження його на це вигодонабувачем. Якщо вигодонабувач не наділив позивача такими повноваженнями, останній не має права на одержання страхового відшкодування і не є належним позивачем, а тому в задоволенні його позовних вимог з наведених підстав необхідно відмовити.

При визначенні розміру страхової виплати (страхового відшкодування) у суддів інколи виникають труднощі у правильному застосуванні Закону № 85/96-ВР та Закону № 1961-IV.

Відповідно до частини 1 статті 6 Закону № 85/96-ВР добровільне страхування — це страхування, яке здійснюється на основі договору між страховальником і страховиком. Загальні умови і порядок здійснення добровільного страхування визначаються правилами страхування, що встановлюються страховиком самостійно відповідно до вимог цього Закону. Конкретні умови страхування визначаються при укладенні договору страхування.

За змістом зазначеної норми Закону, сторони за договором добровільного страхування визначають конкретні умови страхування транспортного засобу та життя, виходячи з Правил страхування, визначених страховиком відповідно до вимог цього Закону, в тому числі і щодо розміру та порядку виплати страхового відшкодування.

Натомість статтею 29 Закону № 1961-IV чітко визначено, що у зв'язку з пошкодженням транспортного засобу відшкодовуються витрати, пов'язані з відновлювальним ремонтом транспортного засобу з урахуванням зносу, розрахованого у порядку, встановленому законодавством.

Як уже зазначалося, встановлення розміру заподіяних особі збитків (шкоди) є однією з істотних обставин при вирішенні спорів у судовому порядку про стягнення страхової виплати (страхового відшкодування).

Незважаючи на те, що ці питання досить детально регламентовані в чинному законодавстві, що регулює правовідносини у сфері страхування, а також у постанові пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 1 березня 2013 року № 4 «Про деякі питання застосування судами законодавства при вирішенні спорів про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки», суди при їх вирішенні часто допускають помилки, зокрема не з'ясовують вартість транспортного засобу та вартість його ремонту з точки зору його економічної обґрунтованості, при цьому не враховують, що розмір страхового відшкодування залежить і від того, чи погоджується власник транспортного засобу на визнання такого транспортного засобу фізично знищеним.

Статтею 1192 ЦК України визначено, що з урахуванням справи суд за вибором потерпілого може зобов'язати особу, яка завдала шкоду майну, відшкодувати її в натурі (передати річ того ж роду і такої ж якості, полагодити пошкоджену річ тощо) або відшкодувати завдані збитки в повному обсязі. Розмір збитків, що підлягають відшкодуванню потерпілому, визначається відповідно до реальної вартості втраченого майна на момент розгляду справи або виконання робіт, необхідних для відновлення пошкодженої речі.

Відповідно до роз'яснень, викладених у пункту 15 постанови пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 1 березня 2013 року № 4 «Про деякі питання застосування судами законодавства при вирішенні спорів про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки», якщо пошкоджений транспортний засіб не може бути відновлено або вартість його відновлювального ремонту з урахуванням зношеності та втрати товарної вартості перевищує його ринкову вартість на момент пошкодження, розмір шкоди визначається за ринковою вартістю транспортного засобу на момент пошкодження.

Порядок відшкодування шкоди, пов'язаної з фізичним знищенням транспортного засобу, врегульовано статтею 30 Закону № 1961-IV.

Зокрема, передбачено, що транспортний засіб вважається фізично знищеним, якщо його ремонт є технічно неможливим чи економічно необґрунтованим та власник транспортного засобу згоден із визнанням його фізично знищеним. Ремонт вважається економічно необґрунтованим, якщо передбачені згідно з проведеною відповідно до законодавства експертизою витрати на ремонт транспортного засобу перевищують вартість транспортного засобу до ДТП.

Відповідно до цього передбачено два випадки виплати страхового відшкодування: коли власник транспортного засобу згоден з визнанням автомобіля фізично знищеним та коли не згоден з таким визнанням.

Якщо власник транспортного засобу не згоден з визнанням транспортного засобу фізично знищеним, йому відшкодовується різниця між вартістю транспортного засобу до та після ДТП, а також витрати з евакуації транспортного засобу з місця ДТП.

Якщо транспортний засіб визнано фізично знищеним, відшкодування шкоди виплачується у розмірі, який відповідає вартості транспортного засобу до ДТП і витрат з евакуації транспортного засобу з місця ДТП. Право на залишки транспортного засобу отримує страховик чи МТСБУ.

У випадку виплати особі повної вартості автомобіля, який визнано фізично знищеним, його залишки належить повернути особі, яка відшкодувала шкоду, попередньо обговоривши це питання в судовому засіданні та зазначивши у резолютивній частині рішення про необхідність передачі запасних частин автомобіля, що не можуть використовуватись, особі, відповідальній за шкоду після повного відшкодування нею збитків, із зазначенням процедури передачі такої особі пошкодженого автомобіля, в тому числі питань, пов'язаних з переоформленням права власності, що надавало б можливість повернення пошкодженого майна в примусовому порядку державним виконавцем.

Однак суди дуже рідко обговорюють такі питання в судовому засіданні та зазначають про це у резолютивній частині рішення.

Рішенням Святошинського районного суду м. Києва від 5 березня 2015 року, залишеним без змін ухвалою Апеляційного суду м. Києва від 25 червня 2015 року, позов К.В.А., К.А.А. до ПрАТ «Страхова компанія «Інкомстрах», Д.Р.А. про стягнення страхового відшкодування задоволено частково. Стягнуто з ПрАТ «Страхова компанія «Інкомстрах» на користь К.В.А. страхове відшкодування у розмірі

50 000,00 грн, витрати за проведення оцінки транспортного засобу та за послуги евакуатора на загальну суму 1 870,00 грн. Стягнуто з Д.Р.А. на користь К.В.А. різницю між фактичним розміром шкоди та страховою виплатою в сумі 51 455,12 грн.

Скасовуючи рішення суду першої інстанції та апеляційного суду і направляючи справу на новий розгляд до суду першої інстанції, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ в ухвалі від 18 листопада 2015 року зазначив, що суди попередніх інстанцій при вирішенні питання про розмір збитків, які підлягають відшкодуванню, не з'ясували вартість транспортного засобу, а також вартість його ремонту з точки зору економічної обґрунтованості, залишили поза увагою, що згідно із звітом про оцінку транспортного засобу вартість матеріального збитку, заподіяного власнику автомобіля марки Mitsubishi, складає 101 455,12 грн, тоді як ринкова вартість цього автомобіля становить 37 570,00 грн, тобто суди не перевірили економічної обґрунтованості відновлювального ремонту автомобіля позивача та не з'ясували, чи погоджується він на визнання транспортного засобу фізично знищеним.

Наведені у доповіді проблемні питання є найбільш типовими, що зустрічаються у судовій практиці місцевих судів м. Києва та Апеляційного суду м. Києва при вирішенні спорів про стягнення страхового відшкодування за зобов'язаннями, що виникають з договорів страхування. Їхнє вирішення значною мірою залежить як від єдності судової практики Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ та Верховного Суду України, так і від повного з'ясування суддями фактичних обставин справи, надання правильної юридичної оцінки зібраним у справі доказам та правильного застосування законодавства, що регулює спірні правовідносини.

---

## ВИЗНАННЯ ДОГОВОРІВ ОРЕНДИ НЕДІЙСНИМИ: ОСТАННІ ТЕНДЕНЦІЇ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

---



---

### **НІНА КУЧЕРУК**

керівник судової практики ЮК Jurimex,  
провідний науковий співробітник Національної школи суддів України

---

На сьогодні спори у сфері орендних відносин належать до однієї з найпоширеніших категорій справ, що розглядаються судами загальної юрисдикції. На перший погляд, орендні відносини достатньою мірою врегульовані положеннями Цивільного, Господарського та Земельного кодексів України, законами України «Про оренду державного та комунального майна», «Про оренду землі» тощо. Значна частина питань у цій сфері вирішується у постановках пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики застосування законодавства про оренду (найм) майна» від 29 травня 2013 року, «Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними» від 29 травня 2013 року № 11, у постановках Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» від 6 листопада 2009 року № 9, «Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ» від 16 квітня 2004 року № 7 тощо.

Однак попри наявність такої законодавчої бази та судової практики у правозастосовчій діяльності виникає чимало питань: з якого моменту договір оренди треба вважати недійсним; чи може визнаватись

недійсним договір, який розірвано; хто може звертатись до суду з позовами про визнання таких договорів недійсними тощо.

Чинне законодавство визначає осіб, які можуть бути позивачами у справах про визнання правочинів недійсними. Зі змісту частини 3 статті 215 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) та постанови Верховного Суду України від 6 червня 2012 року у справі № 6-64ц12 вбачається, що вимога про визнання оспорюваного правочину недійсним може бути заявлена як однією зі сторін правочину, так і іншою заінтересованою стороною, права та законні інтереси якої порушено вчиненням правочину. При цьому на сторони правочину зазначені вимоги поширюються так само, як і на інших заінтересованих осіб, що підтверджується і рішеннями Верховного Суду України.

Так, у постанові від 9 грудня 2015 року у справі № 6-849ц15, в якій позивачем виступала сторона правочину, Верховний Суд України наголосив, що суд повинен установити, чи були порушені, не визнані або оспорені права, свободи чи інтереси позивача, і залежно від установленого вирішити питання про задоволення позовних вимог або відмову в їх задоволенні. Суд вищої інстанції зазначив, що у справі про визнання недійсним договору оренди землі з підстав відсутності у ньому істотних умов суд має установити, чи справді порушуються права орендодавця у зв'язку з відсутністю в договорі оренди таких умов, визначити істотність цих умов, а також з'ясувати, у чому саме полягає порушення його законних прав.

Найскладніше довести (встановити) у таких спорах порушення прав інших заінтересованих осіб, які не є сторонами оспорюваного правочину. Як показує судова практика, у спорах про визнання недійсними договорів оренди суди встановлюють порушення переважних прав орендарів, корпоративних прав учасників господарського товариства тощо. Зокрема, про порушення корпоративних прав учасника з часткою 70 % статутного капіталу господарського товариства йдеться у постанові Верховного Суду України від 1 липня 2015 року у справі № 3-327гс15. У цій справі суд зробив висновок, за яким визнає за можливе оспорення учасником господарського товариства договору оренди, вчиненого цим товариством, якщо відповідні позовні вимоги обґрунтовані порушенням корпоративних прав такого учасника. Верховний Суд України підтримав позицію попередніх судових інстанцій, які вбачали порушення оспорюваним правочиним корпоративних прав позивача щодо управління справами товариства та розподілу прибутку від господарської діяльності товариства.

Тим самим Верховний Суд України змінив усталену судову практику про неможливість визнання недійсним договору, вчиненого господарським товариством, за позовом учасника цього товариства. Цікавим є те, що така практика формувалась на підставі постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2008 року № 13 «Про практику розгляду судами корпоративних спорів», у пункті 51 якої рекомендується відмовляти акціонерам (учасникам) господарського товариства в задоволенні позову про укладення, зміну, розірвання чи визнання недійсними договорів та інших правочинів, вчинених господарським товариством. Водночас наявність цієї постанови не завадила Верховному Суду України змінити свою ж правову позицію.

Іншим прикладом порушення прав заінтересованих осіб може слугувати постанова від 10 червня 2015 року у справі № 6-70ц15, в якій Верховний Суд України визнав обґрунтованим висновок попередніх судових інстанцій про порушення переважного права орендаря на поновлення договору оренди у зв'язку з укладенням орендодавцем договору оренди з іншим орендарем. Важливим є те, що такого висновку суди дійшли за наявності фактів належного виконання орендарем умов договору оренди землі, дотримання ним строків і процедури повідомлення про намір реалізувати своє переважне право на поновлення договору оренди на новий строк, а також відсутності листа-повідомлення від орендодавця про відмову в поновленні договору на новий строк та укладення орендодавцем договору оренди з іншим орендодавцем на таких самих умовах, які запропоновані попереднім орендарем.

Таким чином, у справі про визнання договору оренди недійсним позивач повинен довести, а суд — з'ясувати суть порушення прав позивача незалежно від того, чи є останній стороною правочину або ж іншою заінтересованою особою. Встановити порушення прав інших заінтересованих осіб (не сторін правочину) є проблематичним, що також ускладнюється мінливістю судової практики.

При підготовці позову про визнання правочину недійсним важливим є правильне визначення підстав для його недійсності. Як свідчить судова практика, договори оренди визнаються недійсними за наявності загальних підстав, передбачених статтями 203, 215 ЦК України (відсутність в особі, яка вчиняє договір, необхідного обсягу цивільної дієздатності, невідповідність форми правочину вимогам закону,

спрямованість договору на реальне настання наслідків, що обумовлені ним, тощо) та спеціальних підстав, визначених законодавством у сфері орендних відносин.

Зокрема, досить частими є випадки визнання договорів оренди недійсними з підстав використання землі всупереч її цільовому призначенню та за відсутності в орендодавця прав (повноважень) для передачі майна у платне користування. Так, у постанові від 23 вересня 2015 року у справі № 3-497Г15 Верховний Суд України зазначив, що на землях історико-культурного призначення забороняється діяльність, яка суперечить їх цільовому призначенню. Відведення земельної ділянки для офісно-житлового комплексу з приміщеннями соціально-громадського призначення та підземною автостоянкою є порушенням статей 53, 54 Земельного кодексу України, статті 32 Закону України «Про охорону культурної спадщини».

У постанові від 7 жовтня 2015 року у справі № 3-900Гс15, від 16 вересня 2015 року у справі № 3-460Гс15 Верховний Суд України вказав на те, що міська рада не має законних повноважень щодо розпорядження землями залізничного транспорту, а тому її рішення про надання в оренду таких земельних ділянок приватним особам та укладений на його підставі договір оренди необхідно визнавати недійсними.

До спеціальних підстав визнання договору оренди недійсним також можна віднести укладення договорів без проведення нормативної грошової оцінки землі. Так, у постанові від 1 липня 2015 року у справі № 3-297Гс15 та від 1 липня 2015 року у справі № 3-298Гс15 Верховний Суд України зробив висновок, що оскільки законодавець чітко визначив, що нормативна грошова оцінка земель є основою для визначення розміру орендної плати для земель державної та комунальної власності, то укладення договору оренди без її проведення суперечить чинному законодавству та є підставою для визнання такого правочину недійсним.

При зверненні до суду з відповідним позовом потрібно враховувати вимоги, які висуваються законодавцем до предмета оспорування. За законодавством України, договори оренди обов'язково мають бути вчиненими (укладеними) його сторонами, а за правовою позицією Верховного Суду України — також чинними (не розірваними тощо) на момент розгляду справи.

Як роз'яснено у пункті 8 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» від 6 листопада 2009 року № 9, не є укладеними правочини (договори), в яких відсутні встановлені законодавством умови, необхідні для їх укладення (відсутня згода за всіма істотними умовами договору; не отримано акцепт стороною, що направила оферту; не передано майно, якщо відповідно до законодавства для вчинення правочину потрібна його передача тощо).

Водночас законодавством встановлені певні винятки. Зокрема, за статтею 15 Закону України «Про оренду землі» (у редакції до 5 квітня 2015 року) відсутність істотних умов у договорі оренди землі може бути підставою для визнання його недійсним.

Окрім того, як зазначалося вище, відповідно до позиції Верховного Суду України зазначені договори повинні бути чинними на момент розгляду справи. Такий висновок впливає з постанов Верховного Суду України від 23 грудня 2015 року у справі № 3-1143Гс15 та від 1 липня 2015 року у справі № 3-195Гс15, в яких ідеться про відсутність підстав для визнання недійсним договору оренди, який є розірваним.

Зокрема, у постанові від 23 грудня 2015 року у справі № 3-1143Гс15 Верховний Суд України зазначив, що позовні вимоги прокурора зводяться до визнання недійсним договору оренди нежитлового приміщення, який сторони розірвали, а майно повернули, тобто зобов'язання за спірним договором є припиненими. Ураховуючи встановлені у цій справі обставини, суд дійшов висновку, що визнання договору оренди недійсним є неможливим, оскільки предмет спору припинив існування.

Тобто якщо враховувати зазначені висновки, незаконний договір оренди не завжди може бути визнаний недійсним, навіть за наявності всіх передбачених законом підстав недійсності оспорюваного правочину. Така позиція викликає чимало питань, оскільки, за законодавством України, недійсним визнається правочин з підстав недодержання певних вимог на момент його вчинення. Подальше розірвання договору оренди на факт наявності (відсутності) таких підстав не впливає та чинності правочину у період з його укладення до розірвання не усуває, а відтак, не може перешкоджати визнанню недійсним договору, який суперечить законодавству. Вочевидь, у протилежному випадку такий підхід призведе до «узаконення» протягом певного періоду неправомірних договорів, що у правовій державі неприпустимо.

Окремо необхідно приділити увагу питанню визначення моменту, з якого договір оренди треба вважати недійсним. На законодавчому рівні це питання регулюється частиною 1 статті 236 ЦК України, відповідно до якої нікчемний правочин або правочин, визнаний судом недійсним, є недійсним з моменту його вчинення. Попри те, що законодавець чітко визначає момент недійсності правочинів і не встановлює будь-яких особливостей залежно від їх виду, у судовій практиці сформувалось декілька діаметрально протилежних правових підходів щодо визначення моменту недійсності договорів оренди.

Так, у постанові від 29 вересня 2015 року у справі № 925/2375/14 Вищий господарський суд України дійшов висновку про визнання недійсним договору оренди з моменту його вчинення. При цьому суд касаційної інстанції виходив із того, що приписи частини 1 статті 236 ЦК України щодо моменту недійсності правочину (будь-якого: нікчемного чи оспорюваного) не передбачають можливість іншого різного визначення моменту недійсності правочину, в тому числі залежно від моменту прийняття судового рішення.

Водночас Верховний Суд України у своїй постанові від 1 липня 2015 року у справі № 3-195гс15 дійшов протилежного висновку, відповідно до якого договір оренди недійсним можна визнати лише на майбутнє. Своє рішення суд вищої інстанції мотивує тим, що фактичне користування майном на підставі договору оренди унеможливує у разі його недійсності проведення між сторонами двосторонньої реституції, а тому з огляду на частину 3 статті 207 Господарського кодексу України (далі — ГК України) такий договір повинен визнаватися судом недійсним і припинятися лише на майбутнє, а не з моменту укладення.

Зазначений правовий підхід видається суперечливим та не узгоджується з нормами чинного законодавства. По-перше, єдиною нормою, яка визначає момент недійсності правочину, є частина 2 статті 236 ЦК України, відповідно до якої нікчемний правочин або правочин, визнаний судом недійсним, є недійсним з моменту його вчинення. Інших правил, які встановлювали б цей момент, у тому числі щодо договорів оренди землі, жодний законодавчий акт не містить.

По-друге, частина 3 статті 207 ГК України, на яку посилається Верховний Суд України при обґрунтуванні свого висновку, не визначає момент, з якого настає недійсність правочину, а лише вказує на наслідки його недійсності. Так, відповідно до цієї правової норми виконання господарського зобов'язання, визнаного судом недійсним повністю або в частині, припиняється повністю або в частині з дня набуття рішенням суду законної сили як таке, що вважається недійсним з моменту його виникнення. У разі якщо за змістом зобов'язання воно може бути припинено лише на майбутнє, таке зобов'язання визнається недійсним і припиняється на майбутнє.

Аналогічні частині 3 статті 207 ГК України положення містяться у частині 2 статті 236, відповідно до якої якщо за недійсним правочином права та обов'язки передбачалися лише на майбутнє, то можливість настання їх у майбутньому припиняється. Отже, як стаття 207 ГК України, так і частина 2 статті 236 ЦК України лише визначають правові наслідки, які настають у разі встановлення факту недійсності договору.

По-третє, у постанові Верховного Суду України від 1 липня 2015 року у справі № 3-195гс15 фактично отожднюється поняття «договір» та «зобов'язання», які є різними цивільно-правовими категоріями. Зокрема, відповідно до статей 11, 509 ЦК України договір є лише однією з підстав виникнення відповідного зобов'язання. Натомість, як убачається з вищезазначеної постанови, суд посилається на частину 3 статті 207 ГК України, в якій йдеться про визнання недійсним та припинення на майбутнє зобов'язання, а не договору.

По-четверте, у такій ситуації видаються надуманими мотиви суду щодо неможливості проведення між сторонами двосторонньої реституції у разі фактичного користування майном на підставі договору оренди, оскільки чинне законодавство не ставить визначення моменту недійсності такого договору у залежність від можливості застосування двосторонньої реституції. Більше того, правові наслідки недійсності договорів оренди чітко визначені частиною 2 статті 216 ЦК України, згідно з якою у разі недійсності правочину кожна із сторін зобов'язана повернути другій стороні у натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину, а в разі неможливості такого повернення, зокрема тоді, коли одержане полягає у користуванні майном, — відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент відшкодування.

Підсумовуючи наведене, можна зробити висновки, що на сьогодні у правозастосовчій діяльності сформувались суперечливі підходи щодо визначення моменту недійсності договору оренди, предмета

оспорювання тощо. Наявність вищезазначених підходів на рівні постанов Верховного Суду України може призводити до труднощів у застосуванні відповідних правових норм судами нижчих інстанцій, для яких висновки зазначеного суду є обов'язковими. У свою чергу, у разі невідповідності висновків Верховного Суду України законодавству суди вправі реалізовувати надане їм Законом України «Про забезпечення права на справедливий суд» право відступу від таких висновків з одночасним наведенням відповідних мотивів.



---

## ЗАХИСТ ВКЛАДНИКАМИ СВОЇХ ПРАВ У СУДАХ У ЗВ'ЯЗКУ З НЕВИКОНАННЯМ БАНКАМИ УМОВ ДОГОВОРІВ БАНКІВСЬКОГО ВКЛАДУ

---



---

### **ОЛЕКСІЙ ХАРИТОНОВ**

партнер судової практики ЮФ ILF

---

Для мене велика честь виступати перед таким поважним представництвом, тож висловлюю подяку організаторам за те, що мені надана така можливість.

Почну з того, що розміщення грошових коштів на банківському депозиті було і залишається в Україні одним із найпоширеніших інструментів інвестування як для бізнесу, так і для пересічних громадян. Так, за даними Національного банку України (далі — НБУ), загальний обсяг депозитів в Україні на 1 грудня 2015 року становив суму близько 700 млрд грн.

Варто відзначити, що до початку очистки банківської системи і масового виведення з ринку неплатоспроможних фінансових установ довіра до банківської системи була відносно високою. Тому й не дивно, що така категорія судових справ, як спори вкладників з банками, була не дуже поширеною, адже факти відмови у поверненні заощаджень населенню не мали масового характеру. Криза банківської системи вплинула на відсоток неповернень депозитів, що змусило вкладників шукати захисту своїх прав у судах.

Існуюча судова практика останніх років виявляє певні дискусійні питання у правозастосуванні, які на практиці призводять до розбіжностей у розумінні та застосуванні тих чи інших норм права.

Аналіз судових рішень у відповідних спорах надає можливість виокремити такі групи, в яких є проблемні питання:

- спори щодо відмови видати вклад у зв'язку з обмеженнями НБУ;
- забезпечення позову у депозитних спорах;
- штрафні санкції за несвоєчасне повернення банком депозиту;
- спори з банком, який втратив платоспроможність з приводу повернення депозиту (вкладу);
- захист прав вкладників у Європейському суді з прав людини.

### **I. Спори щодо відмови видати вклад у зв'язку з обмеженнями НБУ**

Останнім часом нерідко траплялись ситуації, коли власники валютних депозитів зверталися до банку з проханням видати їм грошові кошти з рахунку в повному обсязі. Натомість банки відмовлялися повертати всю суму вкладу, посилаючись на введені регулятором обмеження у видачі одній особі на одну добу суми, що у гривневому еквіваленті раніше складала не більш ніж 15 тисяч гривень (пізніше цей показник було підвищено до 20 тисяч гривень на добу, сьогодні він складає суму в 50 тисяч гривень).

Для прикладу можна навести справу № 6-10936св15, у якій вкладник звернувся до суду з позовом до банку про стягнення депозиту, розміщеного у валюті (долари США), оскільки банк відмовив у його видачі, посилаючись на обмеження, встановлені постановою правління НБУ № 245 «Про врегулювання діяльності фінансових установ та проведення валютних операцій».

Рішеннями судів першої та апеляційної інстанцій позов було задоволено і зобов'язано банк видати позивачу готівкою одноразовою операцією через касу належні йому грошові кошти (у повному обсязі), розміщені на депозитному рахунку.

Суд касаційної інстанції в своїй постанові від 3 червня 2015 року в цілому погодився з прийнятими рішеннями, зазначивши, що «неповернення банком грошових коштів з поточного (мультивалютного) рахунку позивача суперечать вимогам чинного законодавства, зокрема статті 41 Конституції України; посилання банку у даній ситуації на постанову правління НБУ № 245 є безпідставним, оскільки нормативно-правові акти НБУ не є актами цивільного законодавства в розумінні статті 4 ЦК України, вони є нормативно-правовими актами органу державного управління, які адресовані обмеженій кількості осіб».

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі — ВССУ) скасував рішення лише в частині зобов'язання банку видати кошти одноразовою операцією, зазначивши, що видача банком коштів позивачу має відбуватися згідно з умовами поточного рахунку, а виконання рішення суду про зобов'язання їх видачі встановлене Законом України «Про виконавче провадження».

Таким чином, добові обмеження на видачу готівки з валютних рахунків, встановлені нормативно-правовими актами НБУ, не є підставою для відмови у видачі валютного вкладу у повному обсязі.

### **II. Проблемні аспекти забезпечення позову у депозитних спорах**

Досить тривалий час на практиці виникали питання щодо можливості накладення арешту на кореспондентський рахунок банку. Як правило, такі заходи найчастіше ініційовані вкладниками банку, коли останній з тих чи інших причин відмовляється повернути депозит, у порядку забезпечення позову. Логіку «обтяжувачів» банківських кореспондентських рахунків зрозуміти нескладно — заблокувати грошові кошти на рахунку боржника. У той же час банк є специфічним суб'єктом зобов'язальних правовідносин, і накладення арешту на його кореспондентські рахунки має певні особливості.

На жаль, чинне законодавство містить лише колізію з цього питання, адже згідно з частиною 3 статті 59 Закону України «Про банки і банківську діяльність» забороняється накладати арешт на кореспондентські рахунки банку.

У той же час положення Інструкції про міжбанківський переказ коштів в Україні в національній валюті від 16 серпня 2006 року № 320 не тільки вказують на можливість арешту грошових коштів банку, що знаходяться на його кореспондентському рахунку в НБУ, але й визначають певні процедурні аспекти його накладення.

Зокрема, в Інструкції прямо зазначається: «Структурний підрозділ Національного банку приймає і виконує документи про арешт коштів банку за його кореспондентським рахунком відповідно до порядку...».

Судова практика також дає підстави вважати, що закон дозволяє вкладнику в порядку забезпечення позову до банку про стягнення депозиту накладати арешт на грошові кошти цього банку, які знаходяться на його кореспондентських рахунках як у НБУ (ухвала Ковпаківського районного суду м. Сум від 14 січня 2015 року у справі № 592/13423/14-ц), так і в іншому банку (ухвала Апеляційного суду Одеської області від 8 червня 2015 року у справі № 523/2978/15-ц).

Така ситуація, вочевидь, призводить до появи ухвал, якими встановлюється заборона ДВС, НБУ, а також ряду інших суб'єктів (за переліком) вчиняти будь-які дії щодо накладення арешту, а також здійснювати стягнення та примусове списання з певних кореспондентських рахунків. Найвідоміша з таких ухвал — ухвала щодо банку «Фінанси та Кредит». Однак це не поодинокий випадок — наприклад, 11 лютого 2016 року таку ухвалу виніс Індустріальний районний суд м. Дніпропетровська та ряд інших районних судів.

Тобто така колізія в законодавстві щодо можливості накладення арешту на кореспондентські рахунки банку є однією з причин формування суперечливої судової практики. Цю колізію норм має вирішити перш за все законодавець.

### III. Штрафні санкції за несвоєчасне повернення банком депозиту

Питання стягнення з банку штрафних санкцій за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань перед вкладником не є новим і судова практика з цього приводу є більш-менш усталеною. Зокрема, вкладник має право стягнути з фінансової установи передбачені статтею 625 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) суми — 3 % річних та інфляційні.

Раніше на практиці виникало питання, який саме момент вважати фактичним поверненням депозиту вкладнику, тобто до якого часу останній може нараховувати передбачені статтею 625 ЦК України штрафні санкції. Адже досить часто, отримавши рішення суду про стягнення з банку депозитних коштів, яке набуло законної сили, вкладник з тих чи інших причин фактично не міг ці гроші отримати (в касі немає готівки, арешт на рахунках, тривалий час примусового виконання рішення тощо).

Вирішувати подібні ситуації стало значно легше після 25 грудня 2013 року, коли Верховний Суд України, переглянувши одну зі справ (№ 6-140цс13), висловив таку правову позицію:

«За змістом статей 526 та 1058 ЦК України, зобов'язання банку з повернення вкладу за договором банківського вкладу (депозиту) вважається виконаним з моменту повернення вкладу вкладнику готівкою або надання іншої реальної можливості отримати вклад та розпорядитися ним на свій розсуд.

У випадку перерахування коштів на поточний банківський рахунок вкладника в цьому ж банку, однак ненадання вкладнику можливості використання цих коштів, зобов'язання банку з повернення вкладу не є виконаним і до банку слід застосувати відповідальність за порушення грошового зобов'язання, передбачену частиною 2 статті 625 ЦК України».

### Неустойка (штраф, пеня)

Проте якщо зі стягненням 3 % річних та інфляційних ситуація зрозуміла, то можливість стягнення з банку неустойки за несвоєчасне повернення депозиту вкладнику тривалий час залишалася дискусійним. Так, 11 листопада 2015 року Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, переглядаючи в касаційному порядку справу № 6-43516св14, дійшов досить несподіваного правового висновку. Частково задовольняючи касаційну скаргу вкладника, скасовуючи рішення та направляючи справу на новий апеляційний розгляд, ВССУ вказав таке.

Аналіз пункту 5 частини 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринку фінансових послуг» та частини 1 статті 1058 ЦК України (договір банківського вкладу) закону свідчить про те, що вкладник за договором депозиту є споживачем фінансових послуг, а банк їх виконавцем та несе відповідальність за неналежність надання цих послуг, передбачену частиною 5 статті 10 Закону України «Про захист прав споживачів» (а саме — у разі коли виконавець не може виконати (прострочує виконання) роботу (надання послуги) згідно з договором, за кожний день (кожну годину...) прострочення споживачеві сплачується пеня у розмірі трьох відсотків вартості роботи (послуги), якщо інше не

передбачено законодавством. У разі коли вартість роботи (послуги) не визначено, виконавець сплачує споживачеві неустойку в розмірі трьох відсотків загальної вартості замовлення.

У той же час такий висновок ВССУ — досить спірний. У визначенні банківського вкладу (частина 1 статті 1058 ЦК України) немає навіть натяку на те, що це є послуга банку вкладнику. Будь-яка послуга у розумінні закону про захист прав споживачів має свою вартість (ціну), тобто договір зі споживачем має бути оплатним, за яким певна послуга має придбаватись (замовлятись). У випадку банківського вкладу саме банк залучає кошти від вкладника на певний строк із сплатою відсотків за користування коштами. Вкладник, навпаки, не придбаває за цим договором жодної послуги банку та не сплачує йому за це жодної копійки.

Визначення у цьому питанні, що саме є вартістю послуги, має ще й практичне значення в тому сенсі, що саме від вартості послуги має нараховуватись пеня, встановлена частиною 5 статті 10 Закону про захист прав споживачів, за прострочення строку поставки товару (виконання послуги). Вартість послуги — це та сума коштів, яку споживач має сплатити продавцю товару (послуги), а не навпаки.

Тому виникають питання: що має сплатити вкладник банку за договором банківського вкладу? Яку саме послугу та за якою ціною він придбає у банку? Ніякої! З чого ж суд порохував 3 % в день? Із суми вкладу?..

За таких обставин висновок ВССУ про те, що вкладник за договором банківського вкладу (депозиту) є споживачем фінансових послуг, є, на мою думку, як мінімум передчасним. Крапку в цьому питанні має поставити Верховний Суд України.

#### **IV. Спори з банком, який втратив платоспроможність щодо повернення депозиту**

Для захисту своїх прав вкладники використовують такі способи.

Перший спосіб — стягнення заборгованості вкладником з неплатоспроможного банку.

Пункт 1 частини 5 статті 36 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» визначає, що під час тимчасової адміністрації не здійснюється, зокрема, задоволення вимог вкладників та інших кредиторів банку.

Незважаючи на наявність у спеціальному законі вищенаведених імперативних положень, у судовій практиці донедавна це питання було неоднозначним. Так, банківська система продовжує очистку, а Фонд гарантування вкладів фізичних осіб продовжує регулярно виводити з ринку неплатоспроможні банки.

Останнім часом усе частіше трапляються ситуації, за яких вкладник проблемного банку звертається до суду з позовом про стягнення депозиту, однак до моменту ухвалення рішення суду в банк вводиться тимчасова адміністрація. Ситуація спірна.

З одного боку, суд має розглянути спірні правовідносини, що виникли між сторонами, і застосувати до них норму законодавства, яка їх регулює на момент їх виникнення.

З іншого — як уже зазначалося вище, після введення в банк тимчасової адміністрації суд не має підстав задовольняти позовні вимоги вкладника, адже це прямо заборонено спеціальним законом.

20 січня 2016 року Верховний Суд України переглянув справу № 6-2001цс15, в якій рішеннями судів попередніх інстанцій позови вкладників були задоволені і стягнуто на їхню користь суми вкладів з банку, в який на момент ухвалення судових рішень було введено тимчасову адміністрацію.

Скасовуючи ухвалені у справі судові рішення і направляючи справу на новий розгляд до суду першої інстанції, ВССУ зазначив про таке.

На момент ухвалення рішення судом першої інстанції (7 квітня 2015 року) у банк вже було введено тимчасову адміністрацію, що унеможливило стягнення коштів у будь-який інший спосіб, аніж це передбачено Законом України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб».

Другий спосіб — встановлення у судовому рішенні зобов'язання банку перерахувати суму депозиту на інший рахунок.

Так, у справі № 3-25гс15 клієнт банку — власник банківського рахунку встиг до моменту введення тимчасової адміністрації в банк надати до виконання платіжні доручення на здійснення переказу грошових коштів.

Рішеннями судів попередніх інстанцій позовні вимоги власника банківського рахунку в частині зобов'язання банку виконати доручення на перерахунок коштів задоволено. Проте Верховний Суд України у своїй постанові від 1 квітня 2015 року, скасовуючи прийняті у справі судові рішення

і направляючи її на новий касаційний розгляд, зазначив таке: «з урахуванням положень статті 1089 ЦК України зобов'язальні правовідносини, що склалися між сторонами на підставі договору банківського рахунку, мають майново-грошовий характер, відтак, у цьому випадку позивач є кредитором за майнвою вимогою щодо розпорядження належними йому коштами, а тому на нього поширюються обмеження під час запровадження тимчасової адміністрації».

Третій спосіб — повернення вкладником депозиту через звернення до суду з позовом до НБУ про відшкодування збитків.

У грудні 2014 року ТОВ «Євротранском» звернулося до суду з позовом до НБУ про визнання неправомірною бездіяльності регулятора за період з 2011-го по 2014 рік щодо невжиття належних заходів щодо забезпечення законних інтересів кредиторів і вкладників «Брокбізнесбанку».

У листопаді 2015 року ТОВ «Євротранском», яке виграло спір з НБУ, звернулося до Господарського суду м. Києва з позовом до регулятора про відшкодування шкоди (у справі винесено рішення, проте текст рішення в реєстрі закритий на підставі пункту 4 статті 7 Закону України «Про доступ до судових рішень» (банківська таємниця, розгляд справи здійснювався в закритому судовому засіданні). У подальшому це підприємство подало апеляційну скаргу, яка призначена до слухання 21 березня 2016 року.

Передбачити напевно, як складатиметься судова практика з цього питання, важко, оскільки на розгляд таких справ перш за все впливає політична ситуація. Вирішення таких справ на користь вкладників може призвести до ланцюгової реакції і збільшення кількості подібних позовів у геометричній прогресії, що сьогодні не вигідно державі. Адже обов'язок відшкодування покладається на державу і створює додаткове навантаження на бюджет. На момент введення тимчасової адміністрації у «Брокбізнесбанку» тільки обсяг вкладів компаній становив 4,6 млрд грн, а негарантованих депозитів громадян — 3 млрд грн.

Четвертий спосіб — пред'явлення позову до власника банку про відшкодування збитків у розмірі депозиту.

Вкладник «Брокбізнесбанку» (колишній народний депутат від БЮТ Микола Ковзель), який також набув прав вимоги до банку за договорами відступлення прав вимоги з кіпрською компанією, звернувся до суду з позовом до компанії «СЕПЕК» (рос. — ВЕТЭК) та кінцевого бенефіціара банку Сергія Курченка про стягнення збитків на загальну суму 4,2 млн дол. США.

Розгляд справи відбувався у закритому судовому засіданні. У процесі розгляду справи суд дослідив усі обставини, допитав свідків (колишнього співвласника банку Олександра Буряка та экс-заступника голови Наглядової ради ТОВ «СЕПЕК» Бориса Тімонькіна), які підтвердили, що головним акціонером банку була група компаній «СЕПЕК», підконтрольна панові Курченку, а сам він фактично був контролером банку і мав можливість безпосередньо впливати на прийняття ключових управлінських рішень.

Своїм рішенням від 21 січня 2016 року Печерський районний суд м. Києва задовольнив позов та стягнув солідарно з пана Курченка і ТОВ «СЕПЕК» шкоду у вигляді неповернутих банківських вкладів, відсотків за ними та 3 % річних на загальну суму 131 412 816 грн.

Таке рішення суду є швидше винятком з правил і його не треба розглядати як усталену судову практику.

## V. Захист прав вкладників в ЄСПЛ: для тих, хто вірить і не поспішає

Можливо, у деякого з учасників назва слайду викликала посмішку... Але, на мою думку, саме Європейський суд з прав людини здатен хоча й через досить тривалий час, але остаточно і повністю захистити права та законні інтереси вкладників. Особливо це стосується вкладників неплатоспроможних банків, адже національний закон визначає для них лише один шлях — отримати компенсацію від Фонду гарантування вкладів фізичних осіб у розмірі до 200 тис. грн і приєднатися до довгої черги інших кредиторів з надією на те, що колись, можливо, його грошові вимоги будуть задоволені за рахунок реалізованих активів банку.

На жаль, статистика задоволення кредиторських вимог неплатоспроможних банків свідчить не на користь їхніх вкладників, тому ліпшою альтернативою, ніж звернення до ЄСПЛ, важко знайти.

На мою думку, прецедентна практика ЄСПЛ свідчить про те, що Страсбург дає правильну оцінку правовідносинам між банком та вкладником і обґрунтовано стає на захист прав вкладника, адже

останній у цих відносинах виявляється менш захищеним. З цього питання є єдине рішення — «Золотас проти Греції» (від 29 січня 2013 року). У ньому суд робить такі важливі висновки:

«Відмовляючись в повному обсязі повернути кошти, що належать клієнту, банк порушує також і положення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, а також Першого протоколу, ратифікованих Україною, — ніхто не може бути позбавлений своєї власності».

За таких обставин висновки ЄСПЛ у згаданій справі в майбутньому можуть набути характеру «пілотних» при розгляді подібних справ.

Крім того, не треба забувати, що відповідно до статті 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, а також прецедентна практика Європейського суду з прав людини є джерелом права і підлягає застосуванню національними судами.

Як практикуючий юрист я твердо переконаний, що подальша імплементація не тільки європейського законодавства, але й прецедентної практики Європейського суду з прав людини у національну судову практику є запорукою створення ефективного механізму захисту прав вкладників.

---

## СПОРИ З ФОНДОМ ГАРАНТУВАННЯ ВКЛАДІВ ФІЗИЧНИХ ОСІБ: ОСТАННІ ТЕНДЕНЦІЇ

---



---

### **АНДРІЙ САВЧУК**

партнер, керівник судової практики ЮК Moris Group

---

Ось уже два роки спори з Фондом гарантування вкладів фізичних осіб тримають у напруженні не тільки практикуючих у цій сфері юристів, але, думаю, всіх без винятку, хто має правовідносини з неплатоспроможними банками, яких на сьогодні вже понад 70.

Цей і не дивно, адже судової практики у цій сфері практично не було, тож наразі проходить процес активного формування та становлення.

І зважаючи на те, як юристи активно намагаються придумувати різноманітні схеми у цій сфері, мені видається, що процес формування практики буде не таким швидким.

Тему доповіді я свідомо трактуватиму широко і не зупинятимуся тільки на спорах, де фонд виступає як суб'єкт владних повноважень. Також зачіпатиму цікаві спори за участю банків, де запроваджена тимчасова адміністрація чи ліквідація.

Розпочну з питання, що виникає одразу при зверненні до суду, а саме — визначення підвідомчості справ, учасником яких є Фонд гарантування вкладів фізичних осіб (далі — Фонд).

Відповідно до статті 37 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» Фонд безпосередньо або уповноважена особа Фонду у разі делегування їй повноважень має право заявляти від імені банку позови майнового та немайнового характеру до суду.

За фабулою досліджуваної справи уповноважена особа Фонду звернулася з позовом про стягнення заборгованості за кредитним договором. Судом першої інстанції позовні вимоги про стягнення заборгованості було задоволено, проте вже в апеляційному суді рішення було скасоване, провадження у цивільній справі закрито та було роз'яснено уповноваженій особі Фонду право на звернення із зазначеним позовом до суду в порядку адміністративного судочинства.

Скасовуючи рішення суду першої інстанції та закриваючи провадження у справі, апеляційний суд, з висновками якого погодився і суд касаційної інстанції, керувався тим, що відповідно до положень Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» після введення в банку тимчасової адміністрації, а також під час ліквідації банку уповноважена особа Фонду реалізує свої повноваження, передбачені, зокрема, статтею 38 цього Закону, і діє як суб'єкт публічного права. У зазначеній справі уповноважена особа Фонду, звернувшись до суду з вимогою про стягнення заборгованості за кредитним договором на користь банку, діяла в межах та на виконання повноважень, прямо передбачених Законом, як суб'єкт владних повноважень у порядку виконання владних управлінських функцій.

Не погоджуючись з рішенням апеляційного та Вищого спеціалізованого судів, уповноважена особа звернулася до Верховного Суду України з мотивів неоднакового застосування норм матеріального та процесуального права.

Верховний Суд у своїй постанові від 7 жовтня 2015 року № 6-1521ЦС15 дійшов висновку, що уповноважена особа звернулася в інтересах банку до суду з вимогою про стягнення заборгованості за кредитним договором з позичальника та поручителів. Ці правовідносини виникли на підставі цивільно-правової угоди і уповноважена особа Фонду виступає в зазначеному спорі від імені сторони такого правочину, не здійснюючи при цьому владних повноважень. Тому суди дійшли помилкового висновку про те, що спір належить до юрисдикції адміністративних судів.

Відтак, попередні рішення апеляційної та касаційної інстанцій було скасовано, а справу направлено на новий розгляд у порядку цивільного судочинства.

Дуже багато спорів щодо припинення зобов'язань боржників перед банками, які виводяться з ринку. Вважаю за доцільне розглянути деякі з них.

Однією з підстав припинення зобов'язань є поєднання в одній особі боржника та кредитора. Однією з найрезонансніших судових справ стосовно такої підстави припинення зобов'язань є така справа.

Боржник банку за кредитним договором, який також набув права вимоги за депозитом, звернувся до суду з позовом про визнання своїх зобов'язань перед банком припиненими у зв'язку з поєднанням боржника і кредитора в одній особі.

Суди трьох інстанцій, застосувавши статтю 606 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України), позовні вимоги позивача задовольнили. Склалася ситуація, коли фактичне зарахування зустрічних вимог було визначено як поєднання боржника та кредитора в одній особі.

Остаточну крапку в цій дискусії було поставлено Верховним Судом України у постанові від 16 вересня 2015 року № 6-43ц15.

За приписами статті 606 ЦК України, зобов'язання припиняється поєднанням боржника і кредитора в одній особі. Зазначена підстава припинення цивільно-правового зобов'язання належить до групи підстав, що не належать до правочинів і не залежать від волі сторін. За лексичним (етимологічним) значенням слів, викладеним у Великому тлумачному словнику сучасної української мови, «поєднання, поєднувати» — це збирати разом; складаючи, зливаючи, створювати одне ціле.

Отже, поєднання (збіг) боржника і кредитора в одній особі наявне в разі, коли до сторони, яка є боржником, переходить відповідно до будь-якої зазначеної в законі підстави зобов'язання іншої особи, за яким ця особа є кредитором щодо боржника, і навпаки. Поєднання боржника і кредитора в одній особі може відбуватись для юридичних осіб — при реорганізації шляхом злиття або приєднання юридичних осіб, пов'язаних між собою взаємним зобов'язанням; для фізичних осіб — при спадковому правонаступництві в разі переходу майна кредитора до боржника і навпаки.

Верховний Суд такі рішення скасував і зазначив, що стаття 606 ЦК України застосовується лише у разі, коли до сторони, яка є боржником, переходить зобов'язання іншої особи та якщо при цьому один

із суб'єктів правовідношення зникає і з двох самостійних суб'єктів залишається (утворюється) один, в якому поєднується боржник і кредитор.

У зв'язку з тим, що банк і боржник продовжують існувати як окремі особи, застосування статті 606 до цих правовідносин помилкове.

Наступною підставою припинення зобов'язань, яка розповсюджена у досліджуваній категорії спорів та про яку піде мова далі, є зарахування зустрічних вимог (взаємозалік).

Відомо, що згідно зі статтею 601 ЦК України зобов'язання припиняється зарахуванням зустрічних однорідних вимог.

При цьому в статті 611 ЦК України зазначено, що у разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом, зокрема сплата неустойки.

Отже, напрашується висновок: вимоги про сплату неустойки (це штраф і пеня) та передбачених у статті 625 ЦК України індексу інфляції та трьох процентів річних хоча й мають грошовий характер, але за своєю правовою природою не є основним зобов'язанням, а є заходом відповідальності за порушення зобов'язань, відтак ці вимоги не можуть бути зараховані як зустрічні в порядку статті 601 ЦК України.

Аналогічні висновки можна знайти в деяких рішеннях та постанові пленуму Вищого господарського суду України від 17 грудня 2013 року № 14 «Про деякі питання практики застосування законодавства про відповідальність за порушення грошових зобов'язань».

Значний обсяг судових спорів із Фондом займає практика припинення поруки. Справедливо було б відзначити наявність тенденції до зловживання правом на судовий захист з боку поручителів. Дуже часто поручителі при стягненні банком з них коштів намагаються всіляко цьому перешкодити, заявляючи по кілька разів позови про визнання договорів поруки недійсними, переважно з надуманих підстав.

Як приклад наведу фактуру наступної справи.

Позивач просив суд визнати договір поруки припиненим, оскільки банк пропустив шестимісячний строк пред'явлення вимоги до поручителя.

Суд касаційної інстанції, залишаючи в силі рішення про відмову в задоволенні позову, виходив з того, що рішенням суду в іншій справі відмовлено в задоволенні позову про визнання недійсним договору поруки та встановлено обставини дійсності договору поруки.

Для вирішення цієї справи необхідно звернутися до норм Конституції України, а саме — до статті 129, яка встановлює обов'язковість рішення суду, яке набуло законної сили.

Верховний Суд України довів цю справу до логічного завершення та у своїй постанові від 3 лютого 2016 року № 6-2017цс15 зазначив таке: якщо вже є судові рішення про відмову у визнанні недійсним договору поруки, в якому судом розглядалося питання дійсності договору поруки, і це рішення набуло законної сили, то під час вирішення іншої справи про припинення поруки суду необхідно враховувати встановлення таким судовим рішенням указаних обставин.

Цілком очікуваним було збільшення кількості позовів про стягнення заборгованості з банківських установ, зокрема і банків з тимчасовою адміністрацією, з боку клієнтів. Певний час у цьому надважливому питанні не було єдиної судової практики, до того ж із самого початку вона пішла хибним (на думку Верховного Суду України) шляхом.

Для розуміння ситуації потрібно навести випадки з практики.

У лютому 2015 року фізичні особи звернулися до суду з позовами до банку про стягнення коштів за договором вкладу.

У березні 2015 року в банку запроваджено тимчасову адміністрацію.

Рішенням судів першої, апеляційної та касаційної інстанцій позов задоволено та стягнуто з банку кошти на користь фізичних осіб.

Під час перегляду справи Верховним Судом (постанова від 20 січня 2016 року № 6-2001цс15) було зроблено важливий висновок, який полягає у такому.

У справі, про перегляд якої подано заяву, суд першої інстанції, з висновками якого погодились суди апеляційної та касаційної інстанцій, ухвалюючи рішення про задоволення позову, виходив з того, що ПАТ «Дельта Банк» порушило зобов'язання за договорами банківського вкладу, а тому кошти за депозитними договорами, укладеними між банком та позивачами, і відсотки за ними підлягають стягненню з банку на користь позивачів.

Разом із тим у наданих для порівняння судових рішеннях, зокрема ухвалах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 3 грудня 2014 року, 1 квітня

2015 року в справі № 6-48186св14 та 1 квітня 2015 року в справі № 6-775св15 суди керувалися тим, що на момент винесення рішення про стягнення коштів за договором банківського вкладу в банківській установі запроваджено тимчасову адміністрацію, під час дії якої вимоги вкладників та інших кредиторів банку не задовольняються. При цьому кошти за вкладками, строк дії яких закінчився, та за договорами банківського рахунку виплачуються в межах граничної суми відшкодування (200 тисяч гривень) Фондом гарантування вкладів фізичних осіб (далі — Фонд) у визначений законом спосіб та за певною процедурою.

Отже, є неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права — Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб».

Згідно з пунктом 16 статті 2 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» тимчасова адміністрація — це процедура виведення банку з ринку, що запроваджується Фондом стосовно неплатоспроможного банку в порядку, встановленому цим Законом.

Відповідно до пункту 6 статті 2 цього Закону ліквідація банку — це процедура припинення банку як юридичної особи відповідно до законодавства. Отже, у спорах, пов'язаних з виконанням банком, в якому введена тимчасова адміністрація та/або запроваджена процедура ліквідації, своїх зобов'язань перед його кредиторами, норми Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» є спеціальними, і цей Закон є пріоритетним стосовно інших законодавчих актів України у таких право-відносинах.

Окремо скажу, що були спроби обійти норму про заборону стягнення коштів шляхом заявлення вимоги зобов'язати вчинити дію.

ВГСУ дійшов висновку, що вимоги позивача до відповідача не є майновими, а позивач не є кредитором банку у розумінні чинного законодавства, а є клієнтом банку та власником грошових коштів, розміщених на рахунку позивача, який обслуговує Банк.

Крім того, ВГСУ вважав, що оскільки подання платіжних доручень банку відбулося до запровадження тимчасової адміністрації, банк повинен виконати свій обов'язок за договором банківського рахунку та дотриматися вимог законодавства.

Така позиція касаційної інстанції не знайшла підтримки у Верховному Суді, який, скасовуючи попередні рішення, зазначив, що між сторонами склалася зобов'язальні правовідносини, які мають майново-грошовий характер, а отже, у такому разі позивач виступає кредитором за майновою вимогою з розпорядження належними йому коштами, на якого поширюються обмеження, встановлені Законом України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб».

Нарешті зроблю короткий огляд проблематики, пов'язаної із визнанням правочинів нікчемними уповноваженими особами Фонду.

Відомо, що:

- з дня призначення уповноваженої особи Фонду призупиняються всі повноваження органів управління банку;
- правочини, вчинені органами управління та керівниками банку після призначення уповноваженої особи Фонду, є нікчемними.

Фабула справи.

У лютому 2014 року в Банку запроваджено тимчасову адміністрацію та призначено уповноважену особу.

У березні 2014 року між Банком в особі директора філії та фізичною особою було укладено договір банківського вкладу.

Суд апеляційної інстанції та Вищий спеціалізований суд не знайшли підстав нікчемності договору, а виходили з того, що договір є укладеним та виконаним.

Верховний Суд зробив однозначний висновок про те, що в таких ситуаціях правочини суперечать статті 36 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб», а отже, є нікчемними.

В іншій справі Верховний Суд зробив висновок про те, що керівники відокремлених структурних підрозділів (філій) є також керівниками банку, а тому відповідно до частини 3 статті 36 Закону правочини, вчинені ними після призначення уповноваженої особи Фонду, є нікчемними (постанова ВСУ від 20 січня 2016 року № 6-3133ЦС15 та постанова ВСУ від 17 лютого 2016 року № 6-1601цс15).

Окремий пласт займають спори щодо визнання уповноваженою особою нікчемними правочинів, які були укладені протягом року до запровадження тимчасової адміністрації.

Дуже часто уповноважена особа, визнаючи той чи інший правочин нікчемним, посилається не на конкретний пункт статті 38 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб», а загалом на статтю 38 даного Закону.

З цього приводу є усталена практика Вищого адміністративного суду України, яка свідчить:

- тільки рішення уповноваженої особи про нікчемність недостатньо, і якщо відповідач не доведе в суді наявності правомірних підстав для визнання правочину нікчемним, дії уповноваженої особи визнаються судом неправомірними;
- якщо уповноваженою особою не визначено конкретної підстави нікчемності правочину, що передбачені у статтю 38 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб», дії уповноваженої особи визнаються судом неправомірними (ухвали Вищого адміністративного суду України від 11 лютого 2016 року № К/800/25005/15; від 4 лютого 2016 року № 826/1177/15; від 4 лютого 2016 року № 808/1714/15).

З другою позицією Вищого адміністративного суду України особисто я не можу погодитися. На мій погляд, навіть якщо уповноважена особа не зазначає у своєму рішенні конкретний пункт статті 38 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб», а посилається на цю статтю загалом, то суд не мав би формально визнавати такі дії неправомірними, а мав би все ж таки перевірити, чи не підпадає спірний правочин під кожен із пунктів, передбачених у статті 38 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб».

