

ОРГАНІЗАТОРИ



ЮРИДИЧЕСКАЯ
ПРАКТИКА
ГАЗЕТА УКРАЇНСЬКИХ ЮРИСТІВ



III МІЖНАРОДНИЙ СУДОВО-ПРАВОВИЙ ФОРУМ • 2015

СУДОВА РЕФОРМА В УКРАЇНІ: ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ВЕКТОР



ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРАКТИКА

ГАЗЕТА УКРАИНСКИХ ЮРИСТОВ

III СУДОВО-ПРАВОВИЙ ФОРУМ

«СУДОВА РЕФОРМА В УКРАЇНІ: ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ВЕКТОР»

м. КИЇВ

19–20 БЕРЕЗНЯ 2015 РОКУ

© ПрАТ «Юридична практика», 2015

Упорядник:	Гвоздецький А.О.
Верстка:	Дмитрук О.М.
Літературний редактор:	Тавлуй І.С.
Коректор:	Тавлуй І.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



Публікацію профінансовано
Європейським Союзом



Видавництво ЮРИДИЧНА ПРАКТИКА ©

ЗМІСТ

ДЕНЬ ПЕРШИЙ 19.03.2015

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУД У СВІТЛІ ЄВРОІНТЕГРАЦІЙНИХ ПРОЦЕСІВ 7	7
(Ярослав Романюк)	
СЕСІЯ I. УГОДА ПРО АСОЦІАЦІЮ З ЄС: ЧОГО ВАРТО ОЧІКУВАТИ УКРАЇНІ?	15
ЕФЕКТИВНІСТЬ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ У СВІТЛІ УГОДИ ПРО АСОЦІАЦІЮ МІЖ УКРАЇНОЮ ТА ЕС (Оксана Іванченко)	17
УГОДА ПРО АСОЦІАЦІЮ ТА ПРОБЛЕМИ АДАПТАЦІЇ УКРАЇНСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА ДО ЄВРОПЕЙСЬКИХ СТАНДАРТІВ (Наталія Кузнецова)	21
ПРЕЮДИЦІЙНИЙ ЗАПИТ ЯК ЕФЕКТИВНИЙ ІНСТРУМЕНТ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЄДНОСТІ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ СУДОМ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ: ПРИКЛАД ДЛЯ УКРАЇНИ (Михайло Микієвич)	25
СЕСІЯ II. ЄВРОІНТЕГРАЦІЯ КРІЗЬ ПРИЗМУ МІЖНАРОДНОГО ДОСВІДУ	31
ЄВРОПЕЇЗАЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА У ЛИТВІ (Армантас Абрамавічюс)	33
УМОВИ ПРИЄДНАННЯ ДО ЄС ВІДПОВІДНО ДО УГОДИ ПРО АСОЦІАЦІЮ МІЖ ПОЛЬЩЕЮ ТА ЄС 1991 РОКУ ЩОДО СУДОВОЇ ПІЛКИ, ПРОКУРАТУРИ ТА ПРАВОВИХ ПОСЛУГ (Лукаш Г'ЄБІЯК)	37
ВИКЛИКИ ДЛЯ СИСТЕМИ ЮСТИЦІЇ В КОНТЕКСТІ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ ІНТЕГРАЦІЇ (Ірмантас Ярукайтис)	41
СУДОВА СИСТЕМА УКРАЇНИ: МЕТОДОЛОГІЯ СУЧАСНОГО РЕФОРМУВАННЯ (Євген Кубко)	43
ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ РОЗМЕЖУВАННЯ КОМПЕТЕНЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНОГО І ВЕРХОВНОГО СУДІВ УКРАЇНИ (Юрій Баулін)	47
ACQUIS COMMUNAUTAIRE ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ: ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ В ПРАВО УКРАЇНИ (Роман Майданик)	53
СЕСІЯ III. СУДОВА РЕФОРМА УКРАЇНИ — ВИКЛИК НОВОГО ЧАСУ	61
РЕФОРМА СУДОЧИНСТВА ТА СУДОУСТРОЮ: ПАРЛАМЕНТСЬКІ РЕАЛІЇ (Сергій Алексєєв)	63
СУДОВА РЕФОРМА: НАСТУПНІ КРОКИ (Олексій Філатов)	73
ПИТАННЯ ВЗАЄМОДІЇ МІЖ СУДАМИ РІЗНИХ ЮРИСДИКЦІЙ: НАПРАЦЮВАННЯ ЄДИНОЇ ПРАКТИКИ (Богдан Львов)	79
СУДОВА РЕФОРМА: ПОГЛЯД АДВОКАТА, КРИТЕРІЇ ЕФЕКТИВНОСТІ СУДОВОЇ СИСТЕМИ (Анна Огренчук)	83
СПЕЦІАЛІЗАЦІЯ СУДІВ — НЕОБХІДНИЙ ЕЛЕМЕНТ СУДОВОЇ РЕФОРМИ (Олександр Мамуня, Павло Белоусов)	89
СТРАТЕГІЧНЕ БАЧЕННЯ НАСТУПНИХ КРОКІВ СУДОВОЇ РЕФОРМИ (Лідія Москвич)	93
СЕСІЯ IV. РЕФОРМУВАННЯ СУМІЖНИХ ІНСТИТУТІВ — ГАРАНТІЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕФЕКТИВНОГО ПРАВОСУДДЯ	99
РЕФОРМУВАННЯ СУДДІВСЬКОЇ ОСВІТИ: СТАН ТА ЗАВДАННЯ (Микола Оніщук)	101
ДІЯЛЬНІСТЬ ПРОКУРАТУРИ У СВІТЛІ НОВОЇ РЕДАКЦІЇ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ПРОКУРАТУРУ» (Віталій Касько)	105
БАГАТОВЕКТОРНІСТЬ СУДОВОЇ РЕФОРМИ ЯК ЗАПОРУКА ЇЇ ЕФЕКТИВНОСТІ (Олексій Кот)	109
ШЛЯХИ ПІДВИЩЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ СУДОЧИНСТВА (Володимир Кравчук)	113

ДЕНЬ ДРУГИЙ 20.03.2015

АДАПТАЦІЯ ФІНСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА ДО ЗАКОНОДАВСТВА ЄС (Нііло Яаскінен)	119
СЕСІЯ І. СЕКЦІЯ 1. КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС	125
РОЗМЕЖУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ТА ЦИВІЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЕКОНОМІЧНІ ЗЛОЧИНИ (Армантас Абрамавічюс)	127
КАСАЦІЙНИЙ ПЕРЕГЛЯД СУДОВИХ РІШЕНЬ У КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕННЯХ ЯК ГАРАНТІЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОТРИМАННЯ ПРАВ ГРОМАДЯН (Валентин Зубар)	129
СПЕЦІАЛЬНЕ СУДОВЕ ПРОВАДЖЕННЯ: ЕФЕКТИВНІСТЬ І РИЗИКИ (Віталій Сердюк)	137
ЯК ПОВЕРНУТИ МАЙНО ПІСЛЯ ОБШУКУ? ПОГЛЯД, ПРАКТИКА (Денис Овчаров)	141
СЕСІЯ І. СЕКЦІЯ 2. АДМІНІСТРАТИВНИЙ ПРОЦЕС	145
РОЗПОДІЛ ОБОВ'ЯЗКУ ДОКАЗУВАННЯ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРОЦЕСІ (Ірмантас Ярукайтис)	147
ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПІВ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА ЧЕРЕЗ ПРИЗМУ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ АДМІНІСТРАТИВНИМИ СУДАМИ (Раїса Ханова) ...	149
ПРИНЦИП ОФІЦІЙНОГО З'ЯСУВАННЯ ВСІХ ОБСТАВИН У СПРАВІ: ВІД ЗАХИСТУ ПРИВАТНОЇ ОСОБИ ДО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО НІГІЛІЗМУ (Олександр Шемяткін) ..	157
ТРАНСФОРМАЦІЯ ПОДАТКОВОГО СУДОЧИНСТВА. ПЕРСПЕКТИВИ ТА ВИКЛИКИ 2015 РОКУ (Валентин Гвоздй)	161
ЗАСТОСУВАННЯ АДМІНІСТРАТИВНИМИ СУДАМИ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ОЧИЩЕННЯ ВЛАДИ» (Михайло Смокович)	165
ПОДАТКОВИЙ КОМПРОМІС ЯК ДЗЕРКАЛО ПРОБЛЕМ СУДОЧИНСТВА (Арсен Мілютін)	169
СЕСІЯ І. СЕКЦІЯ 3. ЦИВІЛЬНИЙ І ГОСПОДАРСЬКИЙ ПРОЦЕСИ	173
ТЕНДЕНЦІ ЩОДО СУДОВОЇ ПРАКТИКИ У КРЕДИТНИХ СПОРАХ (Лукаш П'ЕБІЯК)	175
НОВЕЛИ КРЕДИТНИХ СПОРІВ: АНАЛІЗ АКТУАЛЬНОЇ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ (Олексій Харитонов)	179
СПОРИ ЗА УЧАСТЮ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ У ГОСПОДАРСЬКИХ СУДАХ. ЗАСТОСУВАННЯ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ У ЦЬЙ КАТЕГОРІЇ СПОРІВ (Тетяна Ігнатенко)	189
ЗАГАЛЬНИЙ І СПЕЦІАЛЬНІ СТРОКИ ПОЗОВНОЇ ДАВНОСТІ, ЇХ ЗАСТОСУВАННЯ У СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ ТА ПОДАТКОВІ НАСЛІДКИ ЇХ СПЛИВУ (Дмитро Жуков)	193
СЕСІЯ ІІ. СЕКЦІЯ 1. КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС	197
АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ В СУДІ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЇ (Віктор Ковтун)	199
КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО ЛЮДИНИ НА ПОВАГУ ДО ГІДНОСТІ ТА КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС (Ігор Головань)	219
КРИМІНАЛЬНІ РИЗИКИ У СФЕРІ ПІДПРИЄМНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ (Катерина Гупало)	225
ЗАХОДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ. ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ (Іван Дядечко)	229
ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ЗАСТОСУВАННЯ ЕКСТРАДИЦІЇ (Олександр Яковенко)	237
СЕСІЯ ІІ. СЕКЦІЯ 2. МІЖНАРОДНИЙ АРБІТРАЖ	241
НОВІ ТЕНДЕНЦІЇ ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ В МІЖНАРОДНОМУ ІНВЕСТИЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ (Керол Велу)	243
ПРО ДЕЯКІ ПИТАННЯ ВЗАЄМОДІЇ СУДІВ З МІЖНАРОДНИМ КОМЕРЦІЙНИМ АРБІТРАЖЕМ (Микола Селівон)	249
НАПРЯМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ У СФЕРІ СПРИЯННЯ ТА КОНТРОЛЮ ЗА МІЖНАРОДНИМ КОМЕРЦІЙНИМ АРБІТРАЖЕМ (Юрій Притика)	259
РОЗМЕЖУВАННЯ МІЖ РЕГУЛЯТОРНОЮ ДІЯЛЬНІСТЮ ДЕРЖАВИ ТА ПОРУШЕННЯМ ДВОСТОРОННІХ УГОД ПРО ЗАХИСТ ІНВЕСТИЦІЙ (Юлія Черних)	267
ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ МІЖНАРОДНОГО ІНВЕСТИЦІЙНОГО ПОЗОВУ У ЗВ'ЯЗКУ З ДІЯМИ НАЦІОНАЛЬНИХ СУДІВ (Сергій Войтович)	271
СЕСІЯ ІІ. СЕКЦІЯ 3. ЦИВІЛЬНИЙ І ГОСПОДАРСЬКИЙ ПРОЦЕСИ	277
ПРОБЛЕМИ СУДОВОГО ЗАХИСТУ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ ПОЗИЧАЛЬНИКА ЯК СТОРОНИ КРЕДИТНОГО ДОГОВОРУ, УКЛАДЕНОГО В ІНОЗЕМНІЙ ВАЛЮТІ (Алла Олійник)	279
ЗЛОВЖИВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИМИ ПРАВАМИ У ГОСПОДАРСЬКОМУ ПРОЦЕСІ (Ніна Кучерук)	285

ДЕНЬ ПЕРШИЙ 19.03.2015



III СУДОВО-ПРАВОВИЙ ФОРУМ

**«СУДОВА РЕФОРМА В УКРАЇНІ:
ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ВЕКТОР»**

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУД У СВІТЛІ ЄВРОІНТЕГРАЦІЙНИХ ПРОЦЕСІВ



ЯРОСЛАВ РОМАНЮК

кандидат юридичних наук, Голова Верховного Суду України

Вступаючи близько 20 років тому до Ради Європи, Україна взяла на себе зобов'язання здійснювати реформування свого національного законодавства загалом і реформування судової системи зокрема шляхом приведення у відповідність до європейських стандартів. Правду кажучи, до реформування українській судовій системі не звикати. Відколи Україна існує як незалежна держава, відтоді судова система постійно піддається реформам різної глибини.

Постає питання: а чому так? Чому попередні реформи не досягли глобальних цілей, а мали, скажімо так, «тимчасовий, ситуативний» успіх? Відповісти на нього треба принаймні для того, щоб з'ясувати причини власних помилок і не повторювати їх у майбутньому.

Так сталося, напевно, тому, що не було стратегічного, далекосяжного бачення перспектив, розуміння того, що саме ми будемо, якою саме має бути оптимальна для України модель судової системи. Не було достатньо продумано поступальних, послідовних кроків для розвитку стратегії. Проблеми в судовій системі України розв'язувалися ситуативно, по мірі їх виникнення, правду кажучи, часто з волі політичних сил, які час од часу змінювалися на політичному Олімпі.

Якщо поглянути на історію реформ, то ми не можемо не помітити, що кожна судово-правова реформа була наслідком чергових президентських виборів. На перший погляд, не є винятком і нинішня ситуація, адже черговий етап судово-правової реформи започатковано після президентських виборів.

Однак хочеться вірити, що саме нинішній етап стане винятком з того правила, яке було започатковано багато років тому. Передусім тому, що до виконання стратегічних завдань цієї реформи залучено надзвичайно широке коло представників і влади, і громадянського суспільства.

Президентом України затверджено склад Ради з питань судової реформи, перед якою, власне, й поставлено завдання напрацювати пропозиції з питань реформування судової системи України, підготувати і подати законопроекти, які його стосуються. До роботи в Раді запрошено суддів, представників органів судової влади, суддівського самоврядування, органів законодавчої та виконавчої влади, а також представників громадянського суспільства, наукової спільноти; якнайширше представлені в Раді адвокати.

Рада вже продемонструвала свою ефективність. За досить короткий проміжок часу було підготовлено пропозиції до прийнятого 12 лютого 2015 року Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд». Окремі його положення вже діють, решта набудуть чинності буквально за кілька днів. Закон містить неоднозначні положення, та в будь-якому разі він має і низку важливих позитивних моментів, на які я зверну увагу.

Насамперед позитив треба відзначити в тому, що стосується повноважень Верховного Суду України, якому передаються повноваження щодо самостійного вирішення питання про допуск справ до розгляду. Тепер Верховний Суд України матиме можливість переглядати справи у зв'язку з неоднаковим застосуванням касаційними судами однієї і тієї самої норми не лише матеріального права, а й процесуального, принаймні тих норм, які стосуються питань розмежування юрисдикцій та які впливають на подальший рух справи.

Зрештою, Верховний Суд України як найвища судова інстанція своєї держави матиме можливість діяти, як повноцінна судова установа: вдаватися до ревізії не лише рішення суду касаційної інстанції, а й до перевірки рішень судів першої та апеляційної інстанцій. Найвищий у державі суд нарешті отримає право ставити остаточну крапку в судовій справі.

Разом із тим не можемо не звернути увагу на те, що передбачені Законом повноваження Верховного Суду України спрямовані лише на виправлення тих судових помилок, які судова система вже допустила. Тому, мені видається, на цьому зупинятися не варто. Усе ж таки пріоритетом найвищої судової установи в державі має стати недопущення судових помилок у майбутньому. Нам треба наперед спрямовувати судову практику в правильне русло й передбачати превентивні заходи, щоб запобігати випадкам неоднакового застосування однієї і тієї самої норми права, а не виправляти помилки, які судова система вже допустила. Це важливе питання майбутнього.

Закон містить і низку інших позитивних моментів. Насамперед прозорий на конкурсних умовах добір претендентів на посаду судді і добір претендентів для роботи в органах судової влади. Інший позитивний момент, давно очікуваний судовою системою, — це диференціація видів дисциплінарних стягнень щодо суддів.

Не можемо не сказати, що судді з певним нерозумінням і пересторогою ставляться до запровадження Законом так званого кваліфікаційного оцінювання суддів. Турбує не власне факт перевірки професійного рівня. Суддів непокоїть істинна мета такого оцінювання. Вони переймаються питанням, чи відповідає ця процедура європейським стандартам, яким ми взяли на себе зобов'язання слідувати. Хочеться вірити, що в найближчому майбутньому ми отримаємо відповідь на це запитання з уст Європейської комісії «За демократію через право», так званої Венеціанської комісії, куди сьогодні група представників органів державної влади України відбуває для участі в засіданні щодо експертної оцінки Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд».

Висновки Венеціанської комісії — це майбутнє. Але життя не зупиняється. Рада з питань судової реформи продовжує свою роботу, й наступним її етапом має стати напрацювання законопроекту щодо внесення змін до вітчизняних процесуальних кодексів.

На цьому етапі необхідно буде розв'язати надзвичайно важливу й задавнену проблему судової системи — це її переобтяженість. Необхідно буде запровадити низку спрощених процедур для судового розгляду, розвантажити суди шляхом уведення в правову систему механізмів досудового, позасудового врегулювання спорів у тих справах, які за своєю суттю не містять спору як такого. Потрібно вирішити питання про запровадження процедури досудового примирення, так званої медіації, яка більш чи менш ефективно, але функціонує в багатьох країнах світу, запровадити процедури запобігання можливим зловживанням учасниками судового процесу своїми процесуальними правами.

Надзвичайно важливо й те, що судова реформа не може бути успішною без реформування суміжних інститутів — насамперед адвокатури, прокуратури, виконання судових рішень. Я не є дуже хорошим фахівцем у питаннях галузевих особливостей і проблем цих інститутів, тому зосереджуся на кількох загальних моментах.

Що стосується реформування адвокатури, звертаю вашу увагу на рішення Європейського суду з прав людини у справі «Артіко проти Італії». Це рішення може слугувати своєрідним «наріжним каменем» у реформуванні адвокатури, адже в ньому Європейський суд з прав людини висловився, що завдання Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод — не теоретичний, а реальний і практичний захист прав людини. Цей захист мають здійснювати професійні адвокати, професійні фахівці у галузі права.

Справді, така новація вельми неоднозначно сприймається у нашому суспільстві. Показово, що коли Рада з питань судової реформи намагалася запровадити таку новацію, то одразу ж з'явилася справа в окружному адміністративному суді, в якій порушувалося питання про дискримінацію певних категорій правників у зв'язку із запровадженням адвокатської монополії на судове представництво.

Однак вважаю, що ці побоювання й перестороги зайві. Як засвідчує європейський досвід, право на представництво інтересів громадян у суді саме ліцензованими адвокатами запроваджено в Угорщині, Італії, Литві, Естонії, Англії, Польщі та Франції. У рішеннях Європейського суду з прав людини «Ж.Л. та С.Л. проти Франції», а також «Табор проти Польщі» суд піддав глибокому аналізу можливість виключного представництва інтересів особи в касаційному суді професійним адвокатом і визнав його прийнятним.

Саме ці суди є судами права, а не факту, і, на мою думку, Україні вже час вдатися до такого кроку й надати право підготовки касаційних скарг та заяв про перегляд рішень Верховним Судом України винятково професійним адвокатам. Але це має бути лише першим кроком. Потрібно буде рухатися далі, передбачаючи категорії справ, певні критерії, за наявності яких представництво в судах і нижчого рівня мають здійснювати професійні адвокати.

Це, з одного боку, забезпечуватиме надійний і більш ефективний захист прав громадян, а з іншого — підвищить якість судочинства в наших судах. Такі критерії давно напрацьовані Європейським судом з прав людини у низці судових рішень і можуть бути використані.

Що стосується реформування органів прокуратури, то передусім потрібно перейматися питанням про те, які завдання має виконувати прокуратура не тільки в кримінальному процесі, а й в інших — цивільному, адміністративному, господарському. Відповідь на нього міститься в рішенні Європейського суду з прав людини у справі «Менчинська проти Росії». У цьому рішенні суд вказав, що завдання органів прокуратури — представництво інтересів соціально вразливих верств населення. Під такими маються на увазі неповнолітні діти, інваліди та недієздатні особи.

В Україні ми теж маємо проблеми із забезпеченням належного захисту інтересів громадян таких категорій. Варто згадати хоча б рішення Європейського суду з прав людини в справі «Наталія Михайленко проти України», в якому яскраво проявилася неспроможність і небажання органів опіки і піклування в Україні захищати права та інтереси недієздатних осіб. Громадянка Михайленко кілька років безуспішно намагалася самостійно поновити власну дієздатність, у тому числі й в українських судах, але процес почав рухатися тільки після прийняття позитивного для неї рішення Європейським судом з прав людини. Тому в Україні

прокуратура має взяти на себе функцію захисту громадян, незахищених соціально і вразливих у правовому становищі.

Інша категорія справ, де прокуратура може ефективно проявити себе, — представництво в суді інтересів багаточисельних груп громадян, якщо порушено їхні споріднені права. В Україні така потреба є, адже час од часу в нашій державі виникають спалахи однотипних категорій справ. Яскравий приклад 2011 року — кілька мільйонів адміністративних справ у судах, порушених за позовами дітей війни.

У багатьох державах світу існують процедури вирішення так званих масових, групових позовів в інтересах визначеного персонально або й невизначеного кола осіб. Масовий позов — гнучкий правовий інститут і може бути адаптований Україною до власних потреб. Зарубіжний досвід, який уже мають країни романо-германської системи права в застосуванні цього інституту, є більшою мірою позитивним.

Вважаю, що в Україні прокуратура повинна стати тим органом, який ініціює перед судами масові, групові позови. Це може бути одним із її завдань у майбутньому.

Ще одним завданням прокуратури має залишитися представництво інтересів держави в суді. Справді, в Україні є достатньо державних органів, чийм покликанням і завданням є таке представництво. Але будьмо відверті: практика останніх років засвідчує, що ці державні органи далеко не завжди ретельно підходять до таких справ і переконливо захищають державні інтереси. Тому ця функція прокуратури, як на мене, повинна бути збереженою.

Не можу оминати увагою і реформування системи виконання судових рішень, адже не так давно ново-призначений заступник міністра юстиції озвучив, скажу відверто, жакливі цифри: рівень виконання судових рішень в Україні становить приблизно 6—8 %. Але я зверну увагу ще й на іншу цифру.

Недавно мені випала нагода зустрітися та поспілкуватися з представником Європейського суду з прав людини. Мене цікавило те, які порушення Конвенції переважають у тих заявах громадян щодо України, які Європейський суд з прав людини визнав прийнятними і прийняв до свого провадження (а їх на сьогодні в суді накопичилася рекордна кількість — близько 16 тисяч). Так от, представник Європейського суду з прав людини відповів, що з тих 16 понад 10 тисяч — це заяви щодо України, які визнані прийнятними судом через невиконання ухвалених українськими судами судових рішень.

Упевнений, що проблему необхідно розв'язувати, й займатися нею треба негайно. Саме це має бути пріоритетним напрямом діяльності Міністерства юстиції України, оскільки виконання судових рішень лежить саме в його площині відповідальності.

Висловлюються різні думки з цього приводу. Лунають і пропозиції про передачу процедури виконання судових рішень до сфери повноважень судової системи, як це було за радянських часів. Моя особиста думка з цього приводу негативна. Вважаю, що це буде помилкою, насамперед тому, що причини, які призводять до такого низького рівня виконання судових рішень в Україні, — багатовекторні і комплексні. Проблема настільки глибока і за давня, що розв'язати її силами однієї лише судової системи неможливо. Для цього потрібно впроваджувати комплексну програму, до якої залучати не тільки судову владу, а й законодавчий орган та органи виконавчої влади.

Пропонується й інша цікава новація — запровадження інституту так званих приватних виконавців. Усіляко підтримую цю ініціативу. Але все ж висловлю застереження. Нам потрібно зважено підійти до впровадження цього інституту. Останніми роками ми активно налагоджували міжнародну співпрацю з верховними судами різних країн. Голови верховних судів країн пострадянського, постсоціалістичного простору звертали увагу на те, що не треба повторювати тих помилок, яких припустилися їхні країни, запровадивши цю процедуру.

Деякі такі країни після початку діяльності приватних виконавців неочікувано для себе зіштовхнулися з таким явищем: приватні виконавці виконували тільки ті рішення, які й без них раніше виконувалися державними виконавцями, але виконавчий збір осідав у приватних кишенях. Натомість ті «проблемні» рішення, які й раніше не виконувалися, залишилися в провадженні державних виконавців і не були виконані. Ефект від такого формального реформування виконавчої служби — мізерний, і себе відверто не виправдовує.

Із дня на день ми очікуємо Указу Президента, яким буде затверджено склад комісії з напрацювання змін до Конституції України. Саме в цьому Основному Законі повинен бути закладений фундамент побудови

ефективної судової системи в Україні. Має бути вирішена низка питань, які на законодавчому рівні, без внесення змін до Конституції, вирішити просто неможливо.

Передусім це стосується ключової постаті в судовій системі — судді. Думаю, для всіх очевидно, що і віковий, і фаховий ценз для претендентів на суддівську посаду в Україні необхідно піднімати. Принаймні віковий — до 30 років, а фаховий — до 5 років роботи в галузі права. Надто молодий вік судді, відсутність достатнього життєвого та професійного досвіду призводять і до помилкових рішень, і до необдуманих кроків у поведінці, свідками чого ми стаємо останнім часом.

Внесенням змін до Конституції необхідно також розв'язати ще одну болючу й за давню проблему — усунення механізмів політичного впливу на судову систему і суддів. Цей вплив — загроза розвитку держави, загроза реформам не менша, а рівносильна загрозі корупційних проявів. Як їх уникнути? На це потрібна сильна політична воля.

Необхідно відмовитися від процедури так званого першого призначення судді на посаду з п'ятирічним «випробувальним» терміном і призначати суддів на посаду одразу безстроково. Потрібно повністю відсторонити політичний орган — Верховну Раду України — від процедури обрання та звільнення суддів, згоди на затримання та арешт суддів. Політичний орган, відповідно до міжнародних стандартів, не повинен брати участі в цих процесах.

Хто в такому разі повинен займатися вирішенням цих питань? В ідеалі і згідно з найкращими міжнародними традиціями — незалежний орган судової влади. В Україні такий орган є. Це — Вища рада юстиції. Хочеться вірити, що в нашого політикуму стане політичної волі на те, щоб добровільно позбавитися можливості політично впливати на суддів і передати Вищій раді юстиції всі повноваження щодо суддів, які нині має парламент. Перший крок уже зроблено — погоджено внесення змін до Конституції України в частині віднесення питань щодо затримання та арешту суддів до повноважень Вищої ради юстиції.

Що стосується призначення суддів, то, на моє та моїх колег переконання, єдиним органом, відповідальним за добір суддівських кадрів, їх призначення на посади, має бути Вища рада юстиції. Якщо ж на сьогодні політики не готові вдатися до таких радикальних змін, то є компроміс: в інших європейських країнах зі змішаною формою державного правління, якою і є Україна, призначення судді на посаду вперше віднесено до повноважень глави держави як суто церемоніальна функція, без права перевіряти кандидата чи відмовляти в призначенні тому, хто рекомендований Вищою радою юстиції, або призначати того, кого Вища рада юстиції не рекомендує.

Прийнятий Закон України «Про забезпечення права на справедливий суд» демонструє певну політичну волю в цьому питанні. Цей Закон передбачає роль Президента України у призначенні суддів саме як церемоніальну.

Однак необхідно звернути увагу: проблему щодо формування суддівського корпусу не буде розв'язано, якщо Україна в повному обсязі не виконає рішення Європейського суду з прав людини в справі «Олександр Волков проти України». Так, Олександра Волкова за цим рішенням суду поновлено на посаді судді Верховного Суду України. Але це ще не все.

У зазначеному рішенні Європейський суд з прав людини висловив низку зауважень щодо побудови судової системи України, зокрема і щодо формування складу Вищої ради юстиції. Тож Україна просто змушена привести порядок формування складу цього органу у відповідність до міжнародних стандартів шляхом внесення змін до Конституції України. Стандарти визначають, що членство у Вищій раді юстиції повинні мати переважно судді, обрані самими суддями у демократичний спосіб, а професійні політики, представники законодавчої та виконавчої влади не повинні входити навіть у меншість.

Ще одне питання, яке доведеться вирішувати конституційними змінами, — це пошуки оптимальної моделі побудови судової системи України. Фундамент існуючої системи було закладено у червні 1996 року шляхом прийняття Конституції України, де передбачено функціонування чотирирівневої судової системи зі спеціалізацією судів.

Давайте шукати відповідь на питання: якою, за європейськими стандартами, повинна бути оптимальна модель судової системи? Відповідь на це непросте питання міститься в рішенні Європейського суду з прав людини в справі «Гінчо проти Португалії»: немає взірцевої моделі. Кожна держава самостійно вирішує,

якою бути її судовій системі, і вимагається, по суті, єдине, але головне — система повинна бути такою, щоб забезпечувала своїм громадянам реалізацію права на справедливий суд у межах розумних строків.

Разом із тим європейський досвід показує, що в унітарних країнах Європи функціонує триланкова судова система. Чотириланкова — характерна тільки для федеративних країн. Більше того, Австрія, хоча і федерація, але має триланкову судову систему.

Україна — унітарна держава з нехарактерною для таких держав чотириланковою судовою системою. Але проблема навіть не в цьому. А в тому, що суди найвищої ланки, верховні суди в європейських державах, здійснюють функцію касаційного перегляду. Навіть в Іспанії, Німеччині, де функціонують чотириланкові судові системи, верховні суди також виконують цю функцію. Натомість модель судової системи в Україні — унікальна у своєму роді. Вона не використовується в жодній іншій європейській країні, нашого досвіду також поки ніхто не наслідує.

Одним із основних недоліків української моделі судової системи є те, що Верховний Суд України — четверта ланка судів і здійснює не що інше, як невдало приховану «повторну» касацію. Усунути цей недолік без переходу до системи судів у трьох рівнях нам аж ніяк не вдасться.

Виникає також питання, як бути зі спеціалізованими юрисдикціями, зі спеціалізованими судами. На моє переконання, спеціалізовані суди підлягають ліквідації, але мені відомі й контраргументи опонентів у цьому питанні: сьогодні йтиметься про те, що окремі суди спеціалізованих юрисдикцій виправдали себе часом, у будь-якому разі господарська юрисдикція забезпечує якісний розгляд справ у межах розумних строків.

Як приклад наведу Судову палату у господарських справах Верховного Суду України, яка також ефективно працює, забезпечує якісне правосуддя в межах розумних строків. І роблять це судді палати в рамках одного суду. Тому погодьтеся: щоб забезпечувати якісне правосуддя, не обов'язково мати автономну вертикаль спеціалізованих судів.

Тим більше, якщо подивитися на справи господарської юрисдикції, то вони становлять лише 3,5 % від усієї кількості справ, які судова система України розглядає (понад 4 млн справ щорічно). Та й із тієї кількості добра половина, а то й 60 % господарських справ — це справи, що виникають із договірних правовідносин. Що ж таке спеціальне, особливе з'являється в однакових за характером правовідносин справах? Адже змінюється лише суб'єктний склад! Наприклад, спір за договором кредиту розглядає загальний суд, якщо договір уклала з банком фізична особа — громадянин. Але якщо договір уклав той же громадянин як підприємець, йому вже доведеться йти в господарський суд. Напевно, судова спеціалізація має відбуватися не за таким принципом, не лише за суб'єктним складом, а за характером правовідносин, спір у яких належить розглянути.

Що стосується адміністративних судів, то мета їхнього утворення й функціонування — посилений судовий захист пересічного громадянина від громіздкої бюрократичної державної машини. Захист громадянина від держави. Але про що свідчать статистичні дані? З року в рік загальні місцеві суди розглядають справи адміністративної юрисдикції значно більше, ніж спеціалізовані адміністративні. У 2012 році таких було більше аж утричі.

Натомість половина справ, які розглядаються спеціалізованими адміністративними судами, — податкові спори, і більшість із них (60, а то й добрих 70 %) — це спори за позовами не громадян, а суб'єктів владних повноважень про стягнення податків, зборів тощо. Відбувається підміна понять, адже суд у такому випадку змушений виконувати не властиву йому фіскальну функцію, що є завданням фіскальних органів.

Усі ці проблеми також доведеться обговорювати під час роботи з підготовки пропозицій змін до Конституції. Загалом в основу, як на мене, треба покласти комплексне розуміння специфіки нашої держави: якою є за площею й територіальним устроєм Україна, яку густоту населення має і як ця густота розподіляється. У такому випадку прийде усвідомлення, як зробити суди найбільш наближеними до пересічного громадянина.

Нині суди спеціалізованих юрисдикцій аж ніяк не можна назвати доступними в плані територіальної наближеності до суб'єктів спору: окружні адміністративні та місцеві господарські суди знаходяться тільки в обласних центрах; апеляційні й того далі — один на дві, три, а то й п'ять областей. Вони значно віддалені від пересічного громадянина, власне споживача судових послуг. Загальні суди — найбільш наближені, є у кожному районі.

Тому й розв'язання цієї проблеми має бути спрямоване на те, щоб наблизити тих, хто надає ці судові послуги, до тих, хто потребує їх отримання. Іншими словами — необхідно поступово переходити до спеціалізації суддів у межах одного суду, відмовившись від спеціалізації судів як окремих установ. Так нині функціонує Верховний Суд України.

Звісно, питання дискусійне. Сподіваюся, що сьогоднішній форум, обмін думками, дискусії допоможуть розв'язати цю проблему в майбутньому. Проте ефективно вирішити і це, й інші питання ми зможемо тільки тоді, коли всі загалом — і розробники пропозицій, і учасники процесів реформування — відмовимося від необхідності відстоювання чи то особистих, чи то корпоративних інтересів. Ми мусимо побороти небажання відійти від сталого, звичного, налагодженого способу життя і налагоджених комунікацій. Повинні мислити масштабно, враховувати державні та суспільні інтереси. Необхідно діяти з користю не для комфортного життя суддів у судах, не для політиків, а для простого пересічного громадянина. Саме людина завдяки судовій реформі повинна одержати простий, зрозумілий, доступний суд, який забезпечує ефективне і справедливе правосуддя згідно з найкращими європейськими зразками. Переконаний, що цього ж бажають і всі присутні в залі.

ДЕНЬ ПЕРШИЙ 19.03.2015

СЕСІЯ І

УГОДА ПРО АСОЦІАЦІЮ З ЄС: ЧОГО ВАРТО ОЧІКУВАТИ УКРАЇНІ?



МОДЕРАТОРИ

ЯРОСЛАВ РОМАНЮК

кандидат юридичних наук,
Голова Верховного Суду України

НАТАЛІЯ КУЗНЕЦОВА

доктор юридичних наук, професор,
академік Національної академії правових наук України

ЕФЕКТИВНІСТЬ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ У СВІТЛІ УГОДИ ПРО АСОЦІАЦІЮ МІЖ УКРАЇНОЮ ТА ЕС



ОКСАНА ІВАНЧЕНКО

заступник міністра юстиції України — керівник апарату

Зауважу, що незалежний, чесний і справедливий суд є основою для побудови демократичної політичної системи та конкурентної ринкової економіки.

Підтвердженням прагнення України рухатися в цьому напрямі є підписання та ратифікація Україною Угоди про асоціацію з ЄС.

Щодо Угоди про асоціацію

У статті 14 Угоди передбачено, що співпраця буде спрямована на зміцнення судової влади, підвищення її ефективності, гарантування її незалежності та неупередженості і боротьбу з корупцією. Співпраця у сфері

юстиції, свободи та безпеки відбуватиметься на основі принципу поваги до прав людини та основоположних свобод.

Також статтею 8 Угоди визначено, що Сторони співпрацюють з метою зміцнення миру і міжнародного правосуддя шляхом ратифікації та імплементації Римського статуту Міжнародного кримінального суду 1998 року і його відповідних інструментів.

Щодо порядку денного асоціації між Україною та ЄС

Угода про асоціацію передбачає побудову в Україні насамперед культури справедливого правосуддя, основою якого є людина та її права. Практичні ж пріоритети України та ЄС у досягненні зазначеної мети Угоди окреслені в Порядку денному асоціації Україна — ЄС (ПДА).

Прим.: ПДА перелік політичних пріоритетів та завдань України щодо виконання Угоди про асоціацію, який схвалюється Прем'єр-міністром України і головою Європейської комісії у рамках Ради з питань співробітництва між Україною та ЄС (після підписання Угоди — Рада асоціації Україна — ЄС) і оновлюється на постійній основі.

ПДА слугує також певним орієнтиром та передбачає необхідність комплексного реформування судової системи, правоохоронних органів і вдосконалення системи кримінальної юстиції у співпраці з експертами Ради Європи, Венеціанської комісії, ОБСЄ та ЄС й із залученням представників громадянського суспільства.

Щодо допомоги ЄС

На сьогодні Україна вже відчуває достатньо значну підтримку ЄС не лише у напрямі реформування судоустрою, а й щодо реформування системи правосуддя в цілому.

З метою підтримки діяльності у сфері судової реформи реалізуються Проект Європейського Союзу «Підтримка реформ у сфері юстиції в Україні», команда експертів якого бере активну участь у реформуванні української судової системи, зокрема у розробці Стратегії реформування судоустрою та судочинства, інших суміжних правових інститутів на 2015—2020 роки та відповідного Плану дій у рамках Ради з питань судової реформи, утвореної Президентом України.

Довідково: на етапі підготовки технічного завдання знаходяться проекти Twinning «Посилення спроможності Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ щодо наближення національного законодавства до стандартів ЄС» та «Посилення інституційної спроможності Верховного Суду України у сфері захисту прав людини на національному рівні».

Реципієнтами допомоги проекту є більшість органів у сфері юстиції, а метою — розробка та запровадження загальної концепції реформ сектора юстиції шляхом координації роботи органів у цій сфері.

Щодо судової реформи в Україні

Реформування судової системи з метою забезпечення доступу до правосуддя та ефективного судового захисту відповідно до європейських стандартів визначено одним із ключових завдань Програми діяльності Кабінету Міністрів України, Коаліційної угоди, а також Стратегії сталого розвитку «Україна-2020».

Основні європейські стандарти у сфері правосуддя формують органи Ради Європи, членом якої Україна є з 1995 року. Наразі українська правова система успішно змінюється та наближається до цих стандартів.

Щодо Закону

Підтвердженням цього є прийняття 12 лютого 2015 року Верховною Радою України Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд», якими запроваджується комплексне реформування та вдосконалення судової системи і здійснення правосуддя. Проект цього Закону був підготовлений також і з урахуванням положень Коаліційної угоди.

Цим Законом викладається в новій редакції Закон України «Про судоустрій і статус суддів» та вносяться зміни до процесуальних кодексів у частині відновлення статусу та ролі Верховного Суду України як найвищого судового органу, а також до інших законодавчих актів, що спрямовані, зокрема, на:

- вдосконалення питань добору, кар'єри і відповідальності суддів на основі прозорих та об'єктивних критеріїв;
- запровадження механізму кваліфікаційного оцінювання суддів та перевірки доброчесності суддів;
- забезпечення гарантованого права на доступ до правосуддя, у тому числі безпосереднього доступу до Верховного Суду України, та посилення його ролі у питаннях забезпечення єдності судової практики;
- зміцнення незалежності суддів та посилення ефективності судочинства;
- забезпечення безперебійного функціонування Вищої кваліфікаційної комісії суддів України та Вищої ради юстиції.

Зауважу, що значну частину рекомендацій органів Ради Європи щодо реформування судової системи України було враховано повністю або частково, іншу ж частину може бути втілено лише через конституційні зміни.

Зміни до Конституції України

Наступний етап судової реформи полягає у внесенні відповідних змін до Конституції України, про які неодноразово наголошувала Венеціанська комісія, а саме:

- визначити систему (ланковість) судів загальної юрисдикції;
- підвищити вимоги для призначення на посаду судді, зокрема щодо віку і досвіду кандидатів;
- скасувати випробувальний п'ятирічний строк призначення на посаду судді вперше;
- позбавити Верховну Раду України участі у процесах обрання та звільнення суддів, а також наданні згоди на затримання та арешт суддів;
- встановити порядок, відповідно до якого Вища рада юстиції є єдиним незалежним органом у системі судоустрою, відповідальним за вирішення всіх питань щодо добору, кар'єри та відповідальності суддів, у тому числі в питанні надання згоди на затримання та арешт судді;
- встановити, що склад та порядок формування Вищої ради юстиції забезпечує більшість у її складі суддів, обраних самими суддями.

Разом із тим вкрай нагальною є необхідність щодо реформування процесуального законодавства, результатом якого має стати розвантаження судової системи від надмірної кількості судових справ, зокрема за рахунок зміни порядку розгляду малозначних і типових справ, встановлення процесуальних фільтрів допуску справ до судів вищих інстанцій.

(Робота над зазначеним також проводиться в рамках діяльності Ради з питань судової реформи та має бути завершена до прийняття змін до Конституції України).

Щодо Стратегії реформи судоустрою та інших інститутів

З метою підготовки пропозицій щодо проведення судової реформи, спрямованої на досягнення європейських стандартів, забезпечення захисту прав і свобод людини і громадянина, налагодження ефективного механізму взаємодії державних органів та інститутів громадянського суспільства в процесі здійснення такої реформи Президентом України утворено Раду з питань судової реформи (Указ від 16 жовтня 2014 року № 812). Раді доручено підготувати проект стратегії реформування судоустрою та судочинства, інших суміжних правових інститутів, що стане дорожньою картою судової реформи.

17 березня 2015 року проект зазначеної Стратегії був схвалений Радою з питань судової реформи для подальшого її внесення на розгляд Президенту України.

Стратегія передбачає, зокрема, напрями реформування системи судоустрою та судочинства, а також суміжних правових інститутів:

- 1) забезпечення незалежності, безсторонності та неупередженості суддів;
- 2) оптимізація суддівського самоврядування;
- 3) підвищення прозорості діяльності суддів та рівня їх відповідальності;
- 4) посилення гарантій належного здійснення адвокатської діяльності та доступності безоплатної правової допомоги;
- 5) реорганізація системи виконання судових рішень;

б) реформи системи органів прокуратури.

План дій для реалізації положень Стратегії являє собою дорожню карту на період до 2020 року.

У всіх гілок влади на сьогодні є чітке розуміння того, що запорукою успішного процесу реформ, зокрема системи судочинства, є комплексний підхід до цього процесу. Лише одночасне проведення реформування судової системи і суміжних інститутів здатне докорінно змінити підхід до системи правосуддя як основного гаранта верховенства права та забезпечити належний рівень боротьби з корупцією у цій сфері.

УГОДА ПРО АСОЦІАЦІЮ ТА ПРОБЛЕМИ АДАПТАЦІЇ УКРАЇНСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА ДО ЄВРОПЕЙСЬКИХ СТАНДАРТІВ



НАТАЛІЯ КУЗНЕЦОВА

доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України

Підписання Україною Угоди про асоціацію з ЄС без будь-яких перебільшень можна назвати знаковою подією для нашої держави як у загально-гуманітарному, так і політичному аспекті.

Водночас з професійної точки зору сьогодні для нас вкрай важливим є саме юридичний аспект.

Зазначимо, що Угода між Україною та ЄС є не тільки великим за обсягом, а й доволі складним за своїм змістом документом, відтак потребує глибокого і системного аналізу.

Враховуючи ці застереження, зупинімося на найбільш загальних проблемах, які тісно пов'язані з юриспруденцією.

ЄС являє собою інтегроване наднаціональне утворення, яке формує спільну для країн-учасниць політику, основні правові принципи, механізми безпеки тощо, при цьому не позбавляючи їх можливості здійснювати

власну політику, мати власне законодавство, встановлювати і реалізовувати міжнародні зв'язки з іншими державами.

Водночас на основі установчих документів ЄС, договорів ЄС, інших актів ЄС встановлюється «простір» для взаємоузгоджених, спільних дій. Саме в цьому сегменті діють загальні для всіх країн-учасниць правила та принципи.

Підписуючи Угоду про асоціацію з ЄС, Україна задекларувала намір не тільки «наблизитися» до цього сегмента, але й конкретними діями підтвердити прийняття для себе як потенційного учасника ЄС цих правил і загальних принципів.

Таким чином, основним завданням для України в юридичній сфері стає адаптація українського законодавства до законодавства ЄС у тих сферах, напрямках та в обсязі, які передбачені Угодою про асоціацію.

Відтак, важливим напрямом для українських юристів буде глибоке вивчення Угоди, осмислення як інституційної структури Європейського Союзу, так і механізму реалізації рішень його органів, а також багато інших питань і проблем, які допоки залишаються для нас *terra incognita*.

Не зупиняючись на термінологічних особливостях процесу зближення законодавства України та ЄС (можна називати це адаптацією, апроксимацією, гармонізацією), спрямуємо увагу на його зміст.

Перш за все особливе значення в європейському правопорядку в цілому і в праві ЄС зокрема приділяється загальним принципам права, які відіграють важливу роль в європейському правозастосуванні і подекуди розглядаються як важливе джерело європейського права.

Якщо ми звернемося безпосередньо до тексту Угоди про асоціацію між Україною та ЄС, то побачимо, що однією з основоположних статей є стаття 14 «Верховенство права та повага до прав людини і основоположних свобод», яка передбачає, що в «рамках співробітництва у сфері юстиції, свободи та безпеки Сторони надають особливого значення утвердженню верховенства права та укріпленню інституцій усіх рівнів у сфері управління загалом та правоохоронних і судових органів зокрема.

Співробітництво буде спрямоване на зміцнення судової влади, підвищення її ефективності, гарантування її незалежності та неупередженості та боротьбу з корупцією. Співробітництво у сфері юстиції, свободи та безпеки буде відбуватися на основі принципу поваги до прав людини та основоположних свобод».

Для українського законодавства і в цілому для української правової доктрини принцип верховенства права не є новим. У приватному праві він тісно пов'язаний і певною мірою реалізується через засади добросовісності, розумності та справедливості. Як самостійний чинник у правозастосуванні він діє у разі виявлення прогалин правового регулювання. Водночас цей принцип має бути збалансований у правозастосовчій практиці принципом неухильного дотримання приписів закону. Ми маємо глибоко проаналізувати зміст та межі застосування загальних принципів права, що діють в європейській правовій системі, зокрема в ЄС. Безумовно, надзвичайно важливого значення у такому контексті набуває практика Європейського суду з прав людини (Страсбург). Невипадково у наведеній статті 14 Угоди особлива увага приділяється зміцненню судової влади, підвищенню її ефективності, гарантуванню її незалежності та неупередженості і боротьбі з корупцією.

Реформування судової системи за різним ступенем активності в Україні проводиться, починаючи з 1992 року.

Разом із тим доволі радикальні зміни, що періодично вносилися до системи судоустрою та судочинства, не були послідовними, не тільки не підвищували ефективність судової влади, а навпаки, дестабілізували її структуру, відтак — зводили нанівець зовні обнадійливі новели.

Перш за все це можна пояснити відсутністю стратегічного бачення місця і ролі судової влади в організації суспільства та механізмів її збалансованого (разом з іншими регуляторами) впливу на розвиток демократичних процесів у державі.

Хочеться вірити, що розпочата судова реформа врахує всі недоліки, які були допущені на попередніх етапах, і відкриє нові можливості для зміцнення судової влади, очищення її від корупційних нашарувань, забезпечення кожному українському громадянину права на справедливий суд.

Водночас ці складні процеси повинні проходити системно, оскільки їхній успіх залежить не тільки (а може, й не стільки!) від змін у самій судовій системі — реформа має охопити всі гілки влади. Насамперед

цей висновок підтверджується створенням Конституційної комісії, покликаної розробити зміни до основного закону держави.

Останнім часом у нашій пресі активізувалися атаки практично на весь суддівський корпус у зв'язку із люстраційними процесами.

На жаль, глибокий аналіз і серйозні практичні зауваження з боку Європейської комісії за демократію через право (Венеціанська комісія) не сприймаються розробниками люстраційного закону, і це можна певною мірою розглядати як нерозуміння наслідків підписання Угоди про асоціацію. Навряд чи можна пояснити порушення фундаментальних засад проведення люстрації, заснованих на європейському досвіді, на які неодноразово звертає увагу Венеціанська комісія, «особливостями української національної люстрації», як це намагаються зробити представники громадської ради з питань люстрації.

Якісне правосуддя може бути результатом послідовних і системних змін не тільки у самій судовій системі, але й в усіх державних інституціях.

Нова редакція закону про судоустрій — це тільки перший крок у такому реформуванні, попереду підготовка змін до Конституції, які мають збалансувати дію всіх владних механізмів: законотворчих, виконавчих та судових. Угода про асоціацію зобов'язує Україну проводити будь-які реформи на основі принципу поваги до прав людини та основоположних свобод.

Європейський суд при застосуванні Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод спирається на загальні правові принципи:

- правова визначеність;
- пропорційність;
- рівність;
- право бути вислуханим;
- субсидіарність тощо.

Україна є учасником Європейської конвенції, яка з моменту її ратифікації стала невід'ємною складовою українського законодавства, як і юриспруденція Європейського суду із застосування Конвенції.

Наша правозастосовча практика сприйняла ці важливі документи як джерело українського права. Ця тенденція має розширюватися і поглиблюватися.

Попереду у нас тривалий і складний шлях до Європи, до права, до себе...

Не будемо забувати мудрий вислів: «*Justitia regnorum fundamentum!*». Правосуддя — основа держави.

ПРЕЮДИЦІЙНИЙ ЗАПИТ ЯК ЕФЕКТИВНИЙ ІНСТРУМЕНТ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЄДНОСТІ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ СУДОМ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ: ПРИКЛАД ДЛЯ УКРАЇНИ



МИХАЙЛО МИКІЄВИЧ

доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри європейського права
Львівського національного університету імені Івана Франка

Як у міжнародному, так і в національному праві все чіткіше простежується тенденція до посилення ролі і значення судової правотворчості в процесі тлумачення норм права. Виконуючи вимоги Угоди про асоціацію з ЄС щодо гармонізації законодавства України з правом Європейського Союзу, в умовах проведення судово-правової реформи в Україні підлягатиме переосмисленню значення і роль рішень та функцій Верховного Суду України. Поштовхом для проведення цього дослідження та підготовки доповіді стала позиція Голови Верховного Суду України Я. Романюка, висловлена ним, зокрема, в інтерв'ю головному редакторові журналу «Право України» [1], в якому він звертає особливу увагу на преюдиційний запит як цікаву новачку для нашої судової системи.

Преюдиційна процедура належить до одного із ключових механізмів гармонізації національних правових систем держав — членів Європейського Союзу з європейським правом. Саме тому дослідження особливостей преюдиційної процедури як особливого механізму забезпечення ефективної співпраці між Судом ЄС і національними судами держав-членів є актуальним з огляду на прагнення нашої держави стати членом Європейського Союзу.

Багато дослідників розглядають різні правові та політичні аспекти преюдиційної процедури [2]. Серед вітчизняних досліджень питання застосування преюдиційної процедури в праві ЄС розглядалися, зокрема, у навчальному посібнику А. Вирозумської «Процедура судового захисту в праві ЄС» [3] та статті О. Андрійчука «Процедура преюдиційного запиту за статтею 234 договору про ЄС як квінтесенція права Європейської Унії» [4]. Проте варто зазначити, що є недостатньо публікацій, присвячених аналізу ролі і значення процедури преюдиційного розгляду Судом ЄС.

Преюдиційні запити вправі подаватися щодо тлумачення норм права у різноманітних сферах — цивільні справи, щодо тлумачення норм соціального, митного права тощо.

У науковій літературі зустрічаються різні, часто суперечливі оцінки ролі значення преюдиційної процедури. Так, у фундаментальному дослідженні Т.К. Хартлі дається майже негатива оцінка преюдиційної процедури. Вона розглядається як результат недостатньої авторитетності повноважень Суду ЄС. На його думку, поява преюдиційної процедури викликана тією обставиною, що, на відміну від вищої судової установи в державах з федеральною формою устрою, Суд ЄС не має права переглядати рішення держав — членів ЄС. Інакше кажучи, будь-яка ієрархічна система судової влади відсутня. Відповідно, преюдиційна процедура кваліфікується як вихід із становища.

Абсолютно іншу оцінку дає французький дослідник Дені Симон. На його думку, в преюдиційній процедурі знаходить свій конкретний вияв і закріплення одне з найважливіших положень, що визначають саму суть і спрямованість інтеграційних процесів, — забезпечення співпраці Суду ЄС і національних судових установ держав-членів. Автор виходить з презумпції, що пряма ієрархічна система судових органів ЄС і держав-членів не відповідала б духу і засадам інтеграції. Справді, встановлення прямої ієрархічної системи означало б не просто передачу тих або інших повноважень державами — членами ЄС самому інтеграційному об'єднанню, але практично втрату найважливішої суверенної прерогативи, якою є незалежна судова влада. У цих умовах преюдиційна процедура — засіб забезпечення співпраці і взаємодії Суду ЄС і національних судових установ, не приносячи в жертву незалежну національну судову владу [5].

Метою преюдиційного розгляду є забезпечення взаємодії права Європейського Союзу з правовими системами держав-членів як передумови для забезпечення ефективного функціонування організаційно-правового механізму європейської інтеграції. Також одним із важливих завдань є забезпечення безперешкодного звернення фізичних та юридичних осіб держав-членів за захистом своїх прав. У рамках процедури преюдиційного розгляду приймаються рішення, які здійснюють істотний вплив на функціонування спільного ринку [6]. Процедура преюдиційного розгляду спирається на німецький та італійський досвід, що передбачає право будь-якого суду отримати від конституційного суду рішення з питань конституційного права, що виникає у ході процесу [7].

Її сутність, природа і призначення вимагають дослідження з огляду на те, що, як свідчить статистика, саме в рамках преюдиційного розгляду проявляється нормотворча діяльність Суду Європейського Союзу. Виступаючи найвищим органом, якому надано право тлумачити право ЄС, Суд, таким чином, забезпечує функціонування єдиного правопорядку в рамках ЄС.

Згідно зі статтею 267 Договору про Європейський Союз при винесенні преюдиційної постанови на вимогу національного суду держави-члена, що зіштовхнувся зі складним питанням застосування права ЄС, Суд не має права вирішувати питання, що впливають з фактичних обставин справи. Натомість він зобов'язаний на підставі цих обставин вивести загальне правило абстрактного характеру щодо правильного тлумачення права ЄС, на підставі якого національний суд повинен вирішити спір.

Предметом тлумачення є норми первинного та вторинного права, тлумачення рішень актів інститутів, органів чи установ Союзу (частина 1 статті 267 ДЄС).

Відповідно до статті 267 Договору про Європейський Союз, Суд наділяється компетенцією приймати рішення у преюдиційному порядку з питань:

- а) тлумачення договорів;
- б) дійсності та тлумачення актів, що приймаються інститутами, органами чи установами Союзу.

Запит не може мати абстрактний характер або, тим більше, ставитися у формі або у зв'язку з подіями, що не мають прямого відношення до первинного позову. Будь-яке звернення в преюдиційному порядку до Суду ЄС, якщо воно не пов'язане з конкретною справою і має абстрактний характер, Суд ЄС відхилитиме, відмовляючи в ухваленні такого запиту [8].

Умови прийняття позову також передбачають наявність його істотного значення для вирішення спору щодо основного позову в національній судовій установі. Якщо запитувана національним судовим органом відповідь є порівняно зрозумілою і не потребує особливого тлумачення або якщо Суд уже давав відповідь на зазначене питання, а сам запит є засобом відтягнути або затягнути розгляд справи чи призвести до анулювання як нелегітимного нормативно-правового акта, особливо у тому випадку, якщо термін позовної давності у позовах про анулювання закінчився, то такого роду запит, що направляється національним судовим органом, Суд ЄС відхилитиме.

Міжнародні суди, такі як Міжнародний Суд ООН чи Європейський суд з прав людини, не мають права звертатися до Суду ЄС з питань преюдиційної процедури, навіть якщо це може виявитися корисним у певних випадках. Суди чи трибунали, які не розташовані на території країн — членів ЄС, не підпадають під юрисдикцію статті 234 Договору про Європейське Співтовариство (стаття 267 Договору про Європейський Союз. — Прим. авт.). Проте такі суди чи трибунали в деяких випадках можуть звертатися за преюдиційним рішенням; це право мусить бути надане міжнародною угодою, яка укладається між Співтовариством та країною, що не є членом ЄС. Прикладом цього є Угода між Співтовариством та країнами Європейської асоціації вільної торгівлі (EFTA). Ця Угода уповноважує суди і трибунали країн, що входять до складу Асоціації, направляти запити про преюдиційні рішення до Суду ЄС стосовно тлумачення права Європейської Економічної Зони [9]. Запит повинен стосуватися питання, яке не було предметом розгляду і рішення щодо якого не приймалося Судом ЄС. Практикою сформовано і підстави відмови у порушенні процедури преюдиційного розгляду, а саме: сформульоване питання не стосується права Співтовариства [10]; сформульоване у надто загальному вигляді [11]; отримана відповідь на питання не допоможе при вирішенні справи; сформульоване питання викладене нечітко і не містить достатньої інформації для його розуміння, насправді немає судового процесу і сторони лише зловживали правом.

Отже, питання, яке розглядається в преюдиційному порядку, повинно бути нерозривно пов'язаним із головним позовом, що розглядається національним судовим органом, а таке рішення — мати істотно важливе значення для винесення рішення національним судовим органом. Більше того, подекуди Суд може формулювати по-іншому поставлені йому питання національним судовим органом. Таким чином, національний судовий орган зв'язаний не оцінкою фактичних обставин справи Суду ЄС, а лише його рішенням про визнання легітимності або нелегітимності даного нормативно-правового акта [12].

Як приклад правильно сформованого і такого, на яке отримано однозначну відповідь, запиту можна навести питання, поставлене у справі *Oberlandesgericht Dusseldorf* [13].

Недотримання обов'язку направляти запит до Суду ЄС загрожує уніфікованості застосування права ЄС, тому небезпечно залишати такі випадки без контролю. Але на практиці Комісія рідко виносила на розгляд Суду справи про невиконання національними судами своїх зобов'язань. В останні роки сформувалися нові тенденції в цій сфері, наприклад у справах 224/01 *Gerhard Köbler v. Austria* та 453/00 *Kuhne & Heitz NV v. Productschap voor Pluimvee en Eieren*. З них видно, що «обов'язок подавати до Суду запит повинен сприйматися не виключно «технічно», але у своєму більш широкому значенні як загальний обов'язок ефективно застосовувати право ЄС» [14].

Так, наприклад, у справах 36/61 *De Geus*, 93/78 *Mattheus v Doego* і 14/86 *Pretore di Salò* Суд ЄС постановив, що національні суди можуть звертатися із запитом на будь-якій стадії судового розгляду і стосовно будь-якої справи. У справах 36/80 і 76/80 *Irish Creamery Milk Suppliers* Суд зазначив, що оптимальним часом для звернення буде та стадія, коли всі факти справи встановлені і всі питання стосовно національного права вирішені.

Згідно з рішенням Суду ЄС у справі 69/85 *Wünsche*, рішення Суду ЄС стосовно статті 267 ДЄС є не консультативним, а обов'язковим для національних судів. Рішення Суду ЄС має розглядатися у кожній державі-члені відповідно до того, як їхня власна правова система ставиться до офіційних судових рішень. Наприклад, національні суди Об'єднаного Королівства згідно з договірними зобов'язаннями повинні застосовувати до фактів справи отримане від Суду ЄС судові рішення, навіть якщо цей суд є Палатою Лордів [15].

Приймаючи рішення у справі, Суд може самостійно формулювати критерії та вимоги, яким має відповідати національне законодавство, щоб не бути таким, що суперечить принципам права ЄС. Як приклад, критерії об'єктивного виправдання дискримінації у справі *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz* [16].

Волтер Кернз, аналізуючи правові наслідки преюдиційних тлумачень, підкреслює, що питання дії рішення у часі також потребує роз'яснення. Він наводить приклад рішення Суду у справі 52/76 *Benedetti v. Mugani* (1977) ECR 166, в якому зазначається, що «тлумачення права Співтовариства роз'яснює і визначає значення й обсяг відповідної норми, як її необхідно розуміти і застосовувати з моменту прийняття цієї норми. Причому рішення, що тлумачить норму права ЄС, застосовується навіть до правових відносин, що виникають до надання відповідного преюдиційного тлумачення. Однак Суд пом'якшує це очевидне відхилення від загального принципу незастосування зворотної сили, додаючи, що наслідки, які сталися через набрання нормою зворотної сили, можуть бути зменшені з міркувань правової визначеності та через серйозні наслідки, які таке рішення могло б мати для правових домовленостей, сумлінно укладених до того, як було надано преюдиційне тлумачення» [17].

Очевидно, що для того, аби питання розглядалося в преюдиційному порядку, необхідно декілька передумов. По-перше, щоб воно виникло в ході процесу, що має місце в національному судовому органі держави-члена. По-друге, щоб таке рішення було справді необхідним для національної судової установи з метою винесення ухвали по суті даного головного позову. Це означає, що в цьому випадку не має місце пред'явлення прямого позову, йдеться про справи непрямої юрисдикції. Проте тлумачення або рішення про дійсність акта Європейського Союзу є необхідним для вирішення основного спору, що розглядається національним судовим органом. По-третє, цікавим є той факт, що процедура звернення до Суду ЄС в порядку преюдиційного розгляду передбачає її ініціювання самим національним судом. Отже, як бачимо, у разі наявності сумнівів у національних судів про тлумачення права ЄС Суду ЄС належить виключне право розтлумачити норму і разом із тим у ході такого тлумачення запропонувати вирішення питання відповідно до завдань, які стоять перед організацією.

Таким чином, сформулювавши межі звернень національних судів стосовно питань, що можуть бути предметами тлумачення, Суд ЄС усе ж дотримується позиції, відповідно до якої «...національний суд, який є органом, що володіє всіма фактами справи, знаходиться у найкращому становищі, щоб оцінити необхідність попередньої процедури, беручи до уваги особливості справи, щоб мати можливість винести рішення» [18].

Так само, як Суд не володіє компетенцією надавати преюдиційні висновки стосовно національного права, так само він не має юрисдикції, відповідно до статті 234 Договору про ЄС, тлумачити та приймати рішення про дійсність угод між окремими особами, оскільки вони не є актами інституцій Співтовариства [19].

Також Суд не здійснює тлумачення норм міжнародного права. У випадку так званих змішаних угод Суд, безсумнівно, має право тлумачити ті положення, які перебувають у межах права Співтовариства. Напевно, можна було припустити, що тлумачна компетенція Суду не повинна поширюватися на положення, за якими держави-члени зобов'язуються виконувати положення у сфері, що не охоплюватиметься договорами.

Передбачалося і реформування преюдиційної процедури з метою її спрощення та пришвидшення, що дало б змогу приймати більше рішень у напрямі розвитку права ЄС. Зміст реформи має полягати у концентруванні Суду на досягненні двох цілей: Суд ЄС повинен заслуховувати найбільш важливі справи, які розвивають право Європейського Союзу, а національні суди прийматимуть рішення з менш важливих питань, відповідно без необхідності додаткової допомоги і втручання Суду ЄС. Важливою складовою за таких умов є підвищення рівня юридичної освіти, в тому числі й усередині Суду ЄС [20]. Однак за таких умов втрачається функція Суду ЄС як єдиного органу, який вправі тлумачити право Європейського Союзу з огляду на досягнення цілей, що ставить перед собою Європейський Союз.

Суд ЄС не виносить рішень по суті, фактично визначаючи напрями застосування права ЄС. Саме в такий спосіб та із застосуванням процедури преюдиційного розгляду Суду вдається заповнити існуючі прогалини у праві, створити норми, які у подальшому підлягатимуть застосуванню всіма суб'єктами права Європейського Союзу. Адже рішення є беззастережними джерелами права, що підлягають неухильному дотриманню.

Враховуючи викладене, необхідно зазначити, що завдання преюдиційної процедури були дещо ширшими, ніж звичайна судова співпраця. Суд неодноразово визнавав важливість преюдиційних звернень національних судів: «розвиток правопорядку Співтовариств значною мірою є результатом співробітництва між Судом Європейських Співтовариств та національними судовими органами та трибуналами за допомогою преюдиційних постанов».

Перш за все за допомогою цієї процедури Суд забезпечує єдність у тлумаченні і застосуванні права Європейського Союзу, що, у свою чергу, має вирішальне значення в гарантуванні реального верховенства права.

Преюдиційна процедура відіграє важливу роль у захисті прав та реалізації інтересів суб'єктів права ЄС. Оскільки саме вона забезпечує більшу досконалість засобів судового захисту. Власне, за допомогою преюдиційної процедури суб'єкти європейського права можуть бути захищеними у тих сферах, в яких вони не наділені правом на пряме звернення до Суду ЄС. Відповідно, у цих сферах реалізується нормотворча функція Суду ЄС.

Провадження з преюдиційного запиту має ключове значення для однакового тлумачення права Спільноти та здійснення контролю за актами вторинного права ЄС. Преюдиційна процедура відіграє дуже важливу роль у розвитку європейської інтеграції та європейського права. Завдяки цій процедурі Суд ЄС підтвердив незалежний характер правової системи Співтовариств, сформулював основні принципи права ЄС і його кваліфікаційні характеристики.

Таким чином, проводячи паралелі між Судом ЄС і Верховним Судом України, можна рекомендувати застосування преюдиційного запиту, звичайно, у відповідній модифікації та з урахуванням національних особливостей Верховним Судом України з метою здійснення ним однієї із важливих функцій забезпечення єдності судової практики.

Використані джерела:

- [1] Реформування судової влади в Україні. Інтерв'ю Голови Верховного Суду України Ярослава Романюка — головному редакторові журналу «Право України» Олександру Святоцькому // Право України. — 2014. — № 11. — С. 65.
- [2] Arnall A. The European Union and its Court of Justice / Anthony Arnall. — Oxford: Oxford University Press, 2003.
- [3] Вирозумська А. Процедура судового захисту в праві ЄС. Навчальний посібник / А. Вирозумська — К.: ІМВ КНУ імені Тараса Шевченка. — 2005. — 145 с.
- [4] Андрійчук О. Процедура преюдиційного запиту за статтею 234 Договору про ЄС як квінтесенція права Європейської Унії / Олесь Андрійчук // Юридичний журнал. — 2005. — № 8 (38). — С. 21—26.
- [5] Европейское право. Право Европейского Союза и правовое обеспечение защиты прав человека: учебник для вузов / [рук. авт. колл. и отв. ред. д.ю.н., проф. Л.М. Энтин]. — М., НОРМА. — С. 189—199.
- [6] Weatherill S. Law and Integration in the European Union / S. Weatherill. — Oxford, 1996. — P. 107.
- [7] Шишкін В.І. Судові системи країн світу: навч. посіб.: [у 3 кн.]. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — Кн. 1. — С. 65.
- [8] Case C-186/90, Durighello v. INPS [1991] ECR-5773.
- [9] Arnall A. The European Union and its Court of Justice / Anthony Arnall. — Oxford: Oxford University Press, 2003. — P. 44.
- [10] Case Independence of the Judiciary (105/79), 27 June 1979, [1979] ECR 2257; Deuial of Orieice (68/80), 12 March 1980, [1980] ECR 771; Case C-144-95, URSSAF [1996] ECR — 2909; Case c-291/96, Grado and Bashir [1991] I-5531.
- [11] Case 14/86, Pretore de Salo [1987] ECR 2545; Case C — 168/95, Arcaro [1996] ECR I-4705.
- [12] Case First EEA Agreement Opinion (1/910, 14 Dec.1991, [1991] ECR I-6079).

- [13] У питанні йшлося про те, чи стаття 6 Першої директиви має тлумачитися як така, що спрямована на попередження встановлювати обмеження в національному законодавстві.
- [14] Вирозумська А. Процедура судового захисту в праві ЄС. Навчальний посібник. / А. Вирозумська — К.: ІМВ КНУ імені Тараса Шевченка. — 2005. — С. 119.
- [15] Foster (Nigel) Foster on EU law. — Oxford: Oxford. University Press, 2006. — P. 200.
- [16] Case C-170/84, Bilka-Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz. [1986] E.C.R. 1607.
- [17] Кернз В. Вступ до права Європейського Союзу : [навч. посіб.; пер. з англ. В.С. Ісаковича] / Волтер Кернз. — К.: Знання, КОО. — 2002. — С. 165.
- [18] Case C-343/90 [1992] ECR I-4673.
- [19] Case C-28/95, Leur-Bloem [1997] ECR I-1461; Case C-13/95, Giloy [1997] ECR I-4291.
- [20] Shaw J. Law of the European Union / Jo Shaw. — 3 rd ed. — N. Y.: Palgrave, 2000. — P. 246—248. — 591 p.

ДЕНЬ ПЕРШИЙ 19.03.2015

СЕСІЯ II

ЄВРОІНТЕГРАЦІЯ КРІЗЬ ПРИЗМУ МІЖНАРОДНОГО ДОСВІДУ



МОДЕРАТОРИ

АННА ОГРЕНЧУК

керуючий партнер LCF

ВІРГІЛІУС ВАЛАНЧЮС

доктор юридичних наук, професор, керівник проекту ЄС «Підтримка реформ у сфері юстиції в Україні»

ЄВРОПЕЇЗАЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА У ЛИТВИ



АРМАНАС АБРАМАВІЧЮС

доктор юридичних наук, професор, суддя Верховного суду Литви

Потрібно виділити два головних аспекти європеїзації литовського законодавства:

- 1) вплив європейських міжнародних актів і законодавства Європейського Союзу на національне законодавство. Вищезазначений вплив сам по собі означає застосування Кримінального кодексу Республіки Литва з урахуванням вимог, передбачених міжнародними документами;
- 2) вплив європейських міжнародних актів і законодавства Європейського Союзу на судову практику в кримінальному процесі.

Вищенаведені аспекти — взаємопов'язані. У звіті також зазначено, що норми Кримінального кодексу приведені у відповідність до актів Європейського Союзу. Це положення також підтверджує, що якщо межі європейського та національного законодавства збігаються, національний суд зобов'язаний тлумачити норму

кримінального права відповідно до європейського законодавства. Також було відзначено, що, за Конституцією Республіки Литва, у разі суперечності норми європейського законодавства мають перевагу над литовськими законами.

Щодо аналізу інститутів загального та спеціального законодавства, то, на мою думку, необхідно детальніше зупинитися на кримінальній відповідальності юридичних осіб. Інститут кримінальної відповідальності юридичних осіб виник як наслідок початку процесу імплементації документів Європейської ради та актів Європейського Союзу до Кримінального кодексу Литви в 2002 році. На сьогодні впровадження і необхідність цього інституту, як і раніше, залишається предметом широкого обговорення серед членів правової спільноти. Опоненти заперечують, що кримінальна відповідальність юридичних осіб суперечить принципам індивідуальної відповідальності, а також відповідальності за навмисно вчинені протиправні дії. Вони наполягають на тому, що достатньо цивільної та адміністративної відповідальності. На мій погляд, кримінальна відповідальність юридичних осіб є доцільною, особливо у випадках скоєння економічних, фінансових та екологічних злочинів, за винятком злочинів проти фізичної особи. У цей момент під дію Кримінального кодексу потрапляє понад 100 порушень, за які на юридичних осіб покладається кримінальна відповідальність.

Що ж до тенденцій введення інституту кримінальної відповідальності юридичних осіб, зазначу таке. Після введення цього інституту минуло не менш ніж сім років до того моменту, як він почав частіше застосовуватися в суді; дійшло навіть до того, що деякі юридичні особи зазнавали кримінального переслідування в суді навіть за відсутності законних підстав. Верховний Суд Литви розглядав справи і розробляв судову практику щодо судового переслідування юридичних осіб і таким чином були сформульовані критерії, що обмежують сферу застосування кримінальної відповідальності юридичних осіб. У Кримінальному кодексі перераховані такі умови, за яких кримінальна відповідальність юридичних осіб є обґрунтованою:

- 1) злочин вчинено фізичною особою;
- 2) злочин вчинено з метою отримання вигоди юридичною особою;
- 3) фізична особа є директором, володіє повнотою виконавчої влади або діє як законний представник юридичної особи.

Тлумачення Верховного Суду Литви полягає в такому: для того, щоб переслідувати юридичну особу в судовому порядку, її провина має бути доведена. Провина є наслідком, але не дорівнює провині фізичної особи. У цьому випадку потрібно довести, що власник юридичної особи або рада директорів, або більшість акціонерів розуміли, приймали і заохочували нелегітимні дії юридичної особи. Якщо доведено, що фізична особа вчинила злочин самостійно і на власний розсуд, вчинення злочину не є виною юридичної особи, і вона не може нести за нього відповідальність.

Проаналізувавши вплив європейських міжнародних документів та права Європейського Союзу про кримінальну відповідальність за злочини, пов'язані з корупцією, відзначу, що з 2011 року Кримінальний кодекс розглядає визначення хабарництва набагато ширше і включив до нього поняття пропозиції, дачі, вимагання чи одержання будь-якої цінності як у грошовій, так і в негрошовій формі як засобу впливу на дії особи, що виконує державні або правові обов'язки. З одного боку, це здається кроком уперед, оскільки незаконні дії посадової особи можуть бути пов'язані з бажанням отримати або фінансову, або будь-яку іншу вигоду (наприклад, нагороди, просування по службі).

З іншого боку, таке розширення поняття «хабарництво» в Кримінальному кодексі може розмити межі між визначеннями хабарництва та зловживання службовим становищем. Також важливо, щоб таке широке застосування концепції хабарництва не змінило суті поняття злочинів, пов'язаних із корупцією.

У питанні відповідальності судді за винесення незаконного рішення підкреслю, що згідно з Кримінальним кодексом Литви суддя може піддаватися судовому переслідуванню тільки у виняткових випадках. Кримінальний кодекс передбачає відповідальність за зловживання службовим становищем і, згідно з цією статтею, суддя може підпадати під судове переслідування тільки в тому випадку, коли усвідомлено і навмисно приймає завідомо незаконне рішення. В інших випадках рішення судді може бути оскаржене в судах вищих інстанцій і скасоване. У деяких виняткових випадках може також наступати дисциплінарна відповідальність за винесення явно незаконного рішення.

Що стосується проблем, які виникли в ході імплементації законодавства Європейського Союзу, то однією з найбільших є те, що внесення змін до національного кримінального законодавства (наприклад, Кримінального кодексу), згідно із законодавством Європейського Союзу, полягає в дослівному перенесенні тексту, а не в семантичній інтерпретації, що призводить до виникнення розмитих і нечітких норм.

Крім того, застосування законодавства Європейського Союзу іноді призводить до необґрунтовано широких умов настання відповідальності за вчинення кримінальних правопорушень через те, що певна поведінка може бути визнана злочинною, навіть якщо подібне діяння насилу виправдовує настання кримінальної відповідальності. Крім того, оновлене законодавство Європейського Союзу передбачає спеціальні види штрафів за вчинення деяких злочинів.

УМОВИ ПРИЄДНАННЯ ДО ЄС ВІДПОВІДНО ДО УГОДИ ПРО АСОЦІАЦІЮ МІЖ ПОЛЬЩЕЮ ТА ЄС 1991 РОКУ ЩОДО СУДОВОЇ ГІЛКИ, ПРОКУРАТУРИ ТА ПРАВОВИХ ПОСЛУГ



ЛУКАШ П'ЄБІЯК

суддя Варшавського окружного комерційного суду, Міністерство юстиції Польщі

Підписання 21 березня 2014 року Угоди про асоціацію Україна — ЄС дало новий поштовх для реформування українського законодавства та судової влади з метою прийняття і дотримання європейських стандартів й *acquis communautaire*. Легко помітити, що українці усвідомлюють, особливо за такої складної політичної і військової ситуації в країні, що без глибинних державних реформ — у тому числі судової влади — їхнє майбутнє буде не райдужним. На мою думку, український уряд має почати вживати реальних заходів, аби довести міжнародній, зокрема європейській, спільноті, що є справжня політична воля до поліпшення функціонування системи та здійснення необхідних кроків, бо відсутність прогресу у цих питаннях покладе край їхнім сподіванням стати членом ЄС. Прогнози — позитивні, адже для реформування країни, особливо у випадку проведення глибинних реформ, необхідних Україні, потрібно знати, що робити, але ще важливіше прийняти

рішення, навіть якщо воно може бути політично небезпечним, оскільки зачіпає інтереси багатьох впливових людей. На мою думку, українські політики усвідомлюють це, і є шанс, що процес розпочнеться.

Що ж стосується досвіду Польщі на етапі переходу від комунізму до демократії та членства в ЄС, то маю зазначити, що ЄС — це не оазис щастя, і нашим обов'язком є виявлення загроз з метою їх усунення, а також відверте інформування країн, які знаходяться на шляху вступу до ЄС, про існуючі загрози. Між нашими країнами є багато спільного, наші народи та мови — слов'янські, дуже схожі між собою, ми маємо міцні історичні зв'язки, адже впродовж багатьох років були єдиною державою, тому, на мою думку, досвід Польщі може стати особливо корисним як приклад, до якого можуть звертатися українські політики в процесі реформування судової влади. Навіть розміри країн є порівнюваними, а цей фактор також важливо враховувати, оскільки досвід ЄС свідчить про те, що процес реформування великої країни відрізняється та є більш складним, аніж процес реформування невеликої країни.

Порівняння польської (1991 року) та української (2014 року) Угод про асоціацію дає зрозуміти, що остання набагато більше деталізована. Звичайно, головною причиною цього є розвиток *acquis communautaire* та глибинні інституційні зміни в ЄС після Лісабонської угоди. Я вважаю такий стан речей на користь Україні, оскільки гармонізувати законодавство набагато легше, якщо маєш у своєму розпорядженні детальну схему. Більш передбачуваним є і кінцевий результат. Набагато досконаліші частини, що стосуються судової влади та надання юридичних послуг — насправді, у польській Угоді про асоціацію лише торкаються цих питань, тоді як в українській Угоді 2014 року (навіть зважаючи на обмеженість повноважень ЄС у судовій сфері) вони прописані досить детально: є також іще більше прикладів успішних реформ у цій сфері, які може наслідувати український уряд.

Є кілька шляхів гармонізації законодавства, процес якої не є і, мабуть, ніколи не буде закінчений, адже ЄС постійно реформується, приймаючи нові законодавчі документи. Парламенти країн, діяльність яких щодалі, то більше залежать від рішень установ ЄС, можуть робити це в менш чи більш бюрократичний спосіб. Приклад Польщі — негативний, бо, згідно зі звітом Гранта Томпсона, у 2014 році Польща стала бюрократичним лідером у галузі законотворчості з огляду на те, що було прийнято 25 634 сторінки нового законодавства (Франція — 22 575, Італія 15 249), тоді як у Чеській Республіці — 4 306, у в Словаччині — 3 407. Це доводить, що можна розробити ліпші процеси законотворчості для уникнення законодавчої інфляції, яка створює додаткові ризики та витрати, особливо у сфері бізнесу. Варто вчитися у тих правових систем, де законотворчі процеси, у тому числі гармонізація із законодавством ЄС, є більш досконалими і дають у результаті менші за обсягом (кількістю сторінок) законодавчі акти.

Приклад Польщі, пов'язаний із перекладом законодавства ЄС, потрібно враховувати як попередження Україні. Було надзвичайно складно перекласти польською настільки багато документів, аби на момент вступу вже мати всі їхні переклади. Польща зробила це, проте якість перекладів подекуди була дуже низькою, що ускладнило розуміння таких некоректно перекладених законів для судів і судової влади. Аби уникнути цього, Україна повинна зосередитися на підготовці та залученні вправних перекладачів (зі спеціальними знаннями та розумінням юридичного дискурсу), бо *acquis* є більш детальним, аніж раніше, отже, перед Україною постає завдання бути навіть більш вимогливою, ніж Польща.

Щодо надання юридичних послуг і свободи надання послуг у ЄС, польський закон від 5 липня 2002 року про надання правової допомоги Республіці Польща з боку іноземних юристів є хорошим і зрозумілим прикладом величезної різниці в підходах ЄС до іноземних юристів з інших країн ЄС та ззовні. Відповідно до цього закону, якщо вони приймуть рішення переїхати до Польщі та практикувати там, після владнання деяких технічних питань до них ставляться так само, як і до польських юристів. Вони також можуть представляти своїх іноземних клієнтів у польському суді *ad hoc* (не виконуючи ці умови). Інші юристи мають дуже обмежені повноваження. Цей закон було прийнято в рамках процесу гармонізації — зараз перед Україною постає завдання створити аналогічні положення, щоб дозволити юристам з країн ЄС практикувати тут (після вступу), а також дозволити українським юристам практикувати в ЄС у результаті виконання принципу свободи надання послуг в ЄС.

Є величезна кількість міжнародних рекомендацій і належних практик у сфері судочинства, і якщо слідувати ним, вони можуть допомогти з досягненням поставленої мети — незалежної та ефективної судової

влади в Україні. Деякі з них навіть були створені в Україні, як то «Київські рекомендації щодо незалежності судової влади в Східній Європі, на Південному Кавказі та в Центральній Азії» від 23—25 червня 2010 року. Хоча більшість із них не є обов'язковими («м'яке право»), вони враховуються в процесі гармонізації і без їх впровадження в українське законодавство може виникнути проблема із завершенням етапу переговорів про прийняття та вступу до ЄС. Деякі з них також зачіпають питання умов праці та винагороди суддів. Зменшення й без того низької винагороди суддів, хоча і з огляду на кризу, через яку всі зазнають певних труднощів, може стати «запрошенням до корупції» і величезною перешкодою на шляху до ЄС.

Наразі в Україні точиться серйозна дискусія з приводу люстрації. Законодавство ЄС та вищезгадані рекомендації цього не забороняють. Кожна країна сама приймає рішення щодо того, проводити її чи ні, але якщо прийнято позитивне рішення, люстрація повинна відбуватися в прозорій манері і з дотриманням принципів законності та права на захист. Якщо ні, особливо, коли рішення щодо звільнень приймаються свавільно, без належного обґрунтування та застосування індивідуалізованого підходу, це також може стати перешкодою на шляху до ЄС. Приклад Сербії, де в 2009 році люстрація відбулася у свавільній манері без дотримання права на захист, спровокував великий міжнародний скандал та став для уряду проблемою у веденні переговорів про прийняття до ЄС. Нарешті, в 2012 році, цю реформу зупинили, а суддям повернули посади.

Є проблема несправедливості в країнах ЄС щодо дотримання міжнародних стандартів. Країни ЄС увійшли до Європейської Спільноти (тепер ЄС) у різний час із різними *acquis*. Деякі мінімальні вимоги у сфері юстиції, які зараз є обов'язковими для країн, що ведуть переговори про прийняття до ЄС, раніше не існували. Наприклад, ні в Німеччині, ні в Австрії, ні в Чеській Республіці немає судових рад, хоча наразі це вважається однією з вимог при проведенні переговорів щодо вступу до ЄС. У результаті між державами-членами є великі розбіжності, що створює багато проблем, які неможливо розв'язати, оскільки немає процедури, за якою від держави-члена ЄС можна було б вимагати дотримання міжнародних стандартів, що не існували на час її вступу. Така ситуація призвела до виникнення MEDEL (*Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés* — Європейські судді за демократію та свободи), меморандуму європейських установ: «Незалежність судової влади — нагальна потреба для визначення мінімальних стандартів і загальних правил», Гданьськ, 13—14 березня 2013 року.

Незважаючи на поширену думку, що для посткомуністичних країн ліпше бути в ЄС, аніж поза його межами, є певні загрози і труднощі в судовій сфері, які необхідно взяти до уваги. Найбільшою є ускладнення правових систем держав-членів через впровадження нової, єдиної у своєму роді правової системи (європейського законодавства), яка відрізняється від традиційних, добре знаних національної та міжнародної систем. Також виникає проблема пріоритетності та питання суверенності — який закон має більшу силу: Конституція держави чи європейське законодавство (особливо міжнародні угоди). Суд справедливості Європейського Союзу та прийняті ним рішення також відрізняються від будь-якого національного суду в системі континентального права (до якої належать Польща та Україна). Найважливішим питанням є таке: йдеться все ще про суд чи про законотворця? Урешті-решт, в ЄС є політика безумовного визнання, що збільшує кількість рішень, винесених в інших державах-членах (без застереження щодо громадського порядку). Усі ці надзвичайно чутливі та спірні питання повинні ретельно обговорюватися під час переговорів, необхідно також внести певні зміни до Конституції України для виконання цих зобов'язань; політично це завжди дуже складно, адже вимагає багато часу, тому підготовку потрібно розпочати якнайшвидше.

Щодо позитивних сторін, необхідно вказати, що членство в ЄС дає кожній країні можливість розвиватися разом із Євросоюзом. Кожна держава-член має одного уповноваженого та багато службовців нижчого рангу в Європейській комісії, де обирається певна кількість членів Європейського парламенту, одного суддю в Суді справедливості Європейського Союзу, який бере участь у переговорах між національними урядами та установами Європейського Союзу. Членство в ЄС та гармонізація законодавства призводить до спрощеної співпраці в судовій сфері, особливо зважаючи на наявність важливих спільних органів у сфері юстиції, наприклад Європейська мережа підготовки суддів (EJTN) та Європейська мережа рад судової влади (ENCJ), а також звичайні інструменти, як-то Європейський портал електронного правосуддя та Європейський судовий атлас із цивільних справ.

ВИКЛИКИ ДЛЯ СИСТЕМИ ЮСТИЦІЇ В КОНТЕКСТІ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ ІНТЕГРАЦІЇ



ІРМАНТАС ЯРУКАІТІС

доктор юридичних наук, професор, суддя Верховного адміністративного суду Литви

На мій погляд, Форум і жваві дискусії між суддями та іншими фахівцями у галузі права були дуже цікавими та корисними для подальшого розвитку сфери юстиції в Україні, особливо, беручи до уваги триваючий процес ратифікації Угоди про асоціацію між Україною та ЄС, її вступ у силу і передбачену гармонізацію українського законодавства із законодавством Європейського Союзу.

У рамках предметних виступів, що прозвучали в ході Форуму, можна зробити такі рекомендації щодо розвитку української правової системи.

Проблеми сфери юстиції в контексті процесу європейської інтеграції такі.

Набуття чинності Угодою про асоціацію Україна — ЄС та її основні умови мають далекосяжні правові й інституційні наслідки. Рекомендується ретельно вивчити зміст Угоди про асоціацію та розглянути перспективи

(необхідність) прямого застосування як положень Угоди про асоціацію, так і рішень Ради асоціації, створеної українськими судами на основі Угоди.

Поступове зближення українського законодавства із законодавством Європейського Союзу, передбачене Угодою про асоціацію, а також кінцева політична мета — вступ України до Європейського Союзу — потребуватиме проведення широких реформ як правового, так і інституційного характеру. Стосовно можливих інституційних реформ, досвід Литви показує, що є сенс створити окрему експертну установу, яка перевірятиме всі українські законопроекти на предмет відповідності європейському законодавству (і, можливо, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод). Коли почнуться переговори щодо вступу України в ЄС, така установа може бути корисною для надання юридичної консультації українській переговорній групі з питань, пов'язаних з ЄС. Не менш важливим у контексті вступу до ЄС є нарощування потенціалу секторальних інституцій (галузевих міністерств та інших урядових установ). Тому рекомендується оцінити необхідність створення окремих структурних підрозділів, відповідальних за координацію питань, пов'язаних з європейською інтеграцією. Значний інституційний потенціал особливо важливий, враховуючи широку сферу застосування європейського законодавства та його глибинний вплив на національну правову систему.

Досвід держав — членів Євросоюзу свідчить про те, що прийняття держави до Європейського Союзу може потребувати відповідних конституційних реформ, особливо це стосується передачі державних повноважень на наднаціональний рівень, співвідношення європейського та національного законодавства, взаємодії між парламентом і урядом з питань, пов'язаних з євроінтеграцією тощо. Через це рекомендується вже тепер почати дослідження і публічні обговорення щодо теми, а також написання поправок до Конституції, якщо це необхідно.

Досвід інших держав, що знаходяться в процесі вступу, показує, що поступова гармонізація українського законодавства з європейським призведе до ситуації, в якій українським судам доведеться мати справу з українськими законами, імплементувати законодавство ЄС задовго до того, як Україна стане членом Євросоюзу. З метою забезпечення належного тлумачення і застосування таких національних законів вирішальним стане хороше знання законодавства Євросоюзу. У зв'язку з цим рекомендується створити необхідні інструменти (тренувальні програми тощо) для проведення суддівських тренінгів у сфері європейського права (як за загальними інституційними питаннями європейського законодавства, так і в матеріальних складових, які передбачають майбутнє зближення правових стандартів у рамках Угоди про асоціації).

Досвід інших держав, що знаходяться в процесі вступу, показує, що специфіка права Європейського Союзу і переважання телеологічного методу тлумачення, яке використовує Суд Європейського Союзу, призведе до поступових змін у самосприйнятті судів щодо їхньої ролі в суспільстві у цілому і розуміння законодавства зокрема. Такі зміни пов'язані з відмовою від прямого позитивістського підходу до законодавства та буквального методу тлумачення законів. Побудова таких якостей має велике значення, враховуючи те, що після вступу до ЄС національні суди при розгляді справ будуть зобов'язані безпосередньо застосовувати європейське законодавство.

СУДОВА СИСТЕМА УКРАЇНИ: МЕТОДОЛОГІЯ СУЧАСНОГО РЕФОРМУВАННЯ



СВГЕН КУБКО

доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, старший партнер, президент ЮФ «Салком» (Міжнародна асоціація «Сквайр Паттон Боггс — Салком»)

Тема мого виступу пов'язана з методологією реформування судової системи. Але не треба боятися цього загадкового слова «методологія». Фактично йдеться про теорію, що звернута до практики реформування, а це, у свою чергу, передбачає висвітлення двох аспектів. По-перше (перший аспект), розуміння того, на що спрямоване реформування, тобто, що є об'єктом реформування і що є метою реформування. Йдеться про розуміння власне об'єкта, який ми хочемо реформувати. По-друге (другий аспект), це визначення відповідно до розуміння об'єкта реформування форм, методів, строків реформування, а також оцінки наслідків такого реформування.

Якщо абстрагуватися від політичних, соціальних та психологічних впливів і спробувати подивитися на сучасну судову систему об'єктивно, без зайвих емоцій, то можна визначити декілька методологічних чинників.

Часовий детермінізм

Визначаючи методологію реформування судової системи, перш за все, необхідно визначити її часовий детермінізм або, як кажуть наші західні колеги, зробити *timing analysis*. Загально кажучи, треба зрозуміти й усвідомити на теоретичному і практичному рівнях, що реформування судової системи — це досить тривалий процес. Ілюзією буде вважатися те, що його можна завершити за два-три роки чи за більш короткий період. Досвід багатьох країн світу, особливо країн з розвинутою демократією, показує, що судові реформи відбувалися досить тривалий час. Наприклад, у Великій Британії реформа, яка триває, бере свій початок з 90-х років минулого сторіччя. Деякі французькі науковці кажуть, що їхня судова реформа (останній її етап) взагалі почалася з п'ятої Республіки, з Конституції 1958 року. Реформа в Італії триває понад 20—30 років. Якщо подивитися на посткомуністичні країни, то ми бачимо, що судова реформа також відбувається досить тривалий проміжок часу.

Розглядаючи сучасний стан реформування в Україні, а саме: ті закони, які ми сьогодні обговорюємо — Закон України «Про забезпечення права на справедливий суд» та інші, треба мати на увазі, що це тільки початок реформування, хоча й дуже важливий. Він розв'язує проблеми, які мають невідкладний характер з точки зору сучасного стану суспільства і соціальних очікувань. А разом із тим, розв'язуючи нагальні проблеми сьогодення, ми повинні мати на увазі загальний напрям реформування судової системи, загальне бачення етапів, строків та головних параметрів, до яких має наближатися судова система України в майбутньому.

Системність реформування

Виходячи із зазначеного методологічного підходу часового детермінізму реформ, потрібно розглянути такий важливий принцип методології, як системність реформування. Причому треба мати на увазі такі питання. Судова система сама по собі є досить складною соціальною структурою. Але це не проста сукупність судових органів. Найважливішим елементом цієї системи є системоутворюючі зв'язки, які існують всередині самої системи, а також зв'язки, які є між системою і оточуючим судову систему політико-правовим середовищем. Таким чином, розглядаючи системність реформування, потрібно мати на увазі як внутрішні зв'язки всередині судової системи, так і її зовнішні зв'язки. Саме ці зв'язки утворюють якісний стан системи, перетворюють сукупність органів саме на системні утворення, які можуть демонструвати ефективність судочинства.

Реформування внутрішніх зв'язків у судовій системі України

Саме внутрішні зв'язки судової системи знаходяться на поверхні явища і є достатньо очевидними. Розглядаючи законодавчі акти, які вже сьогодні прийняті, можна констатувати, що в цьому напрямі вже дещо зроблено. Проведена робота, безумовно, спрямована на подолання корупції та відновлення довіри до судової системи, що є сьогодні найбільш важливим елементом утворення ефективного правосуддя і забезпечення права на справедливий суд для громадян. Це стосується і вдосконалення діяльності судових органів, і професійного ставлення суддів до виконання судової функції, і контролю суспільства за судовою діяльністю, і відповідальності суддів тощо. Це відомі кроки, які вже сьогодні мають давати певний результат.

Нарівні з цим є інші напрями реформування, які не можуть бути ігноровані вже найближчим часом. Мається на увазі розв'язання таких проблем, як надмірна завантаженість суддів судовими справами. (Які судові реформи не відбувалися б, але якщо суддя в день, в місяць розглядає надмірно велику кількість справ, то про ефективність судової діяльності при будь-якому реформуванні можна лише мріяти). Ця проблема існує в багатьох країнах, і кожна з них розв'язує її за допомогою певного інструментарію.

Не розв'язаною залишається проблема ланковості судової системи. Фактично, до відновлення статусу Верховного Суду як вищої судової інстанції, функції якого були обмежені, у нас була триланкова судова система. Це не є хорошим прикладом, але нинішня чотириланкова судова система, як на мене, є досить громіздкою і вимагає реформування. Проте більш важливим є вдосконалення власне судової діяльності. Саме це зможе не лише розвантажити суддів, але й підвищити загальну ефективність судової системи. (Перш за все, це стосується запровадження таких сучасних засобів розгляду, наприклад господарських спорів, як медіація, третейські суди тощо).

Також необхідно вдосконалити технологію судової діяльності.

У цьому відношенні може бути багато напрямів, але я зверну увагу на такі речі.

Перш за все, треба встановити процедури визнання юрисдикції судового органу, аби одні і ті ж спірні правовідносини не розглядалися судами декілька разів. На мою думку, необхідно на законодавчому рівні визначити, що суд, приймаючи до розгляду справу, повинен мотивовано визначити свою юрисдикцію у відповідній постанові. Після набуття нею законної сили жодний інший орган не може розглядати цю справу, і свою юрисдикцію суд у подальшому не може змінювати.

Друге питання пов'язане з остаточністю судових рішень. Мені здається дещо не виправданим передбачення сучасним законодавством можливість вищої судової інстанції — Верховного Суду України — після розгляду справи направляти її на новий розгляд. Маючи відповідні (досить великі) повноваження, Верховний Суд має ставити останню крапку у вирішенні будь-якої судової справи.

Так само потрібно підходити і до можливості розгляду судових справ за нововиявленими обставинами. Мається на увазі реалізація принципу стабільності юридичних зв'язків — *res judicata*. Ми знаємо, що є багато судових рішень Європейського суду з прав людини, які досить негативно ставляться до такої практики судів.

З точки зору реформування нашої судової системи необхідно мати на увазі економію судової функції, хоча, звичайно, це не повинно призводити до порушення відповідних і, в тому числі, процесуальних прав громадян. У цьому відношенні треба сказати і про структуру, і про функції самого судового органу, які безпосередньо пов'язані за технологією судової діяльності. Сьогодні у нас будь-який судовий орган фактично складається з двох частин: апарату судового органу (апарату суду) і власне суддівського корпусу. До апарату суду входить канцелярія, помічники, секретарі та ін.

Як на мене, в майбутньому треба подумати про можливість утворення третього структурного підрозділу будь-якого судового органу, а саме: секретаріату як структури, яка безпосередньо задіяна в забезпеченні здійснення правосуддя. Така практика є, наприклад, в Європейському суді з прав людини. Ми знаємо, що там секретаріат практично готує проекти судових рішень, суд і суддя може, звичайно, відмовитися від аргументації, що міститься в цих проектах, але він це повинен аргументовано пояснити. І, таким чином, це був би механізм, який запобігав би можливим елементам корупції при розподілі справ та при вирішенні конкретних спорів, а також давав би змогу розвантажити суддів, оскільки секретаріат, готуючи проект рішення, проводить підготовчу технічну роботу і надає аргументацію. І якщо з цією аргументацією погоджується суддя, то прийняття рішень пришвидшується. Якщо суддя не згоден з аргументами секретаріату, він пояснює мотиви своєї незгоди. Така діяльність секретаріату є закритою для сторін, але дає можливість контролювати професійний рівень суддів. У секретаріаті повинні працювати юристи, котрі мають вищу юридичну освіту і які бажають у майбутньому стати суддями. Їхня діяльність (на відміну від сучасних помічників суддів) повинна мати певну правову основу і бути юридично відповідальною.

Зовнішні зв'язки судової системи

Зовнішні зв'язки, які впливають на судову систему, мають важливе значення з точки зору реформування. Важливим методологічним принципом у цьому відношенні є синхронізація реформ, які відбуваються в судовій системі, з тими реформами, які відбуваються в усій системі правосуддя. Мається на увазі реформування прокуратури і адвокатури, а також у системі інших правоохоронних органів, наприклад органів внутрішніх справ, служби безпеки, допоміжних органів, таких як судові експертизи, виконавча служба тощо. Саме синхронізація реформування є найважливішим методологічним принципом, який має застосовуватися в будь-яких реформаторських діях.

Крім того, синхронізація повинна відбуватися і з точки зору всієї правової системи України, оскільки судова система — це один із владних елементів держави.

Більше того, можна з упевненістю сказати, що судова реформа не відбудеться, якщо вона не буде синхронізована, наприклад, з діяльністю законодавчого органу, з діяльністю виконавчої влади у цілому. Наприклад, будь-які серйозні реформаторські дії повинні супроводжуватися змінами в процесуальному законодавстві. Це відбувається, але, як на мене, не як спрямована реформаторська дія, а як звичайна необхідність застосування тих чи інших законодавчих актів. Нарівні із синхронізацією процесуального

законодавства необхідні також і зміни у матеріальному праві, оскільки це те середовище, в якому здійснюється судочинство. Законодавство в цьому відношенні має сьогодні завдання докорінно змінити саму правовому ідеологію, яка до останнього часу розвивалася в рамках, м'яко кажучи, правової ідеології країн СНД, в яких головну роль відігравало законодавство Російської Федерації. У цьому залі — багато фахівців, і давайте відверто скажемо, що багато правових інститутів запозичувалося, інколи механічно, із законодавства Російської Федерації. Можна хоча б пригадати так звані модельні кодекси країн СНД, різного роду професійні громадські утворення в рамках СНД. Фактично це відбувалося під «протекторатом» російської правової думки. Я зовсім не проти російської правової думки, але я не хочу, щоб вона була домінуючою. Вона має бути однією з підойм вітчизняного законодавства, але не єдиною ідеологічною основою. Цей процес, звичайно, дуже складний і вимагатиме певного часу. Уже сьогодні такі правові системи, як *acquis communautaire*, утворюють ідеологічне правове підґрунтя майбутньої законотворчості.

Міжнародні впливи на судову систему України

Фактично до зовнішніх зв'язків судової системи потрібно також віднести і необхідність якщо не синхронізації, то врахування міжнародних юридичних тенденцій, які проявляються в діяльності різного роду міжнародних юрисдикційних органів, у двосторонніх і багатосторонніх міжнародних договорах.

Міжнародні договори безпосередньо впливають на судову діяльність. Особливо — на зміст цієї судової діяльності, тобто на прийняття відповідних судових рішень. Тим більше, що судова система вже практично функціонує в умовах Угоди про асоціацію з Європейським Союзом і, відповідно, держава взяла на себе дуже важливі зобов'язання. Ми як юристи повинні розуміти, що і в майбутньому судово-правова система функціонуватиме з урахуванням європейських юридичних інститутів.

Міжнародне оточення — це досить складний механізм впливу на судову систему, який має як ідеологічні, політичні, так і суто майнові параметри. Наприклад, якщо ми візьмемо міжнародний арбітраж, відповідні конвенції про виконання міжнародних арбітражних рішень, то побачимо вплив на судову систему в Україні і суттєві матеріальні збитки, якщо ці рішення не відповідатимуть міжнародним конвенціям. Приклад: рішення міжнародних інвестиційних арбітражів. Тому я із задоволенням констатую, що за ініціативою керівництва Верховного Суду України одна із секцій нашого Судового форуму присвячена саме міжнародному арбітражу.

Сучасні методологічні напрями реформування

Сьогодні з точки зору методології необхідно вирішити питання комплексності подальшого реформування. Ми раніше говорили про системність. Комплексність означає реальне розв'язання конкретних проблем реформування. Виникає питання: чи розв'язувати проблеми реформування одночасно в усіх напрямках, чи робити це по блоках у певній послідовності. Моє глибоке переконання, що багатовекторність реформування не дасть позитивних наслідків, якщо не будуть продумані «блокові» питання, які необхідно послідовно вирішувати як з точки зору зовнішніх, так і внутрішніх зв'язків. Фактично йдеться про проблемно-функціональний підхід до реформування судової системи. Виникають об'єктивні проблеми: нагальна соціальна потреба не може бути задоволена існуючою судовою системою, вимагає структурних і функціональних змін. Виникає об'єктивне протиріччя. Це протиріччя і є соціальною проблемою. Розв'язання комплексу таких об'єктивних проблем має бути послідовним у часі, спрямованим на кінцевий результат (на задоволення відповідної потреби), і здійснюватися під суспільним контролем. Завдання ці складні, але в наш час простих рішень не буває.

Перед нами досить тривалий і складний шлях реформування, але я впевнений у тому, що судова система України займе гідне місце в системі європейської юриспруденції.

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ РОЗМЕЖУВАННЯ КОМПЕТЕНЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНОГО І ВЕРХОВНОГО СУДІВ УКРАЇНИ



ЮРІЙ БАУЛІН

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

Зупинюся на двох аспектах проблеми розмежування компетенції Конституційного Суду України та Верховного Суду України: по-перше, щодо правової можливості оцінки Верховним Судом України рішень Конституційного Суду України з питань визнання конституційності чи неконституційності правових актів органів державної влади і, по-друге, щодо розмежування повноважень Конституційного Суду України та Верховного Суду України в аспекті розв'язання проблеми неоднозначного та неоднакового застосування правових норм.

У зв'язку з першим аспектом наведу недавню практику колегії суддів Судової палати в адміністративних справах Верховного Суду України у справах за позовами суддів Конституційного Суду України. Так, 2 грудня 2014 року колегія суддів Судової палати прийняла постанову у справі щодо дострокового припинення повноважень та звільнення з посади судді Конституційного Суду України за порушення присяги, в якій

фактично здійснила перевірку і дала правову оцінку конституційності кількох рішень, прийнятих Конституційним Судом України.

При цьому колегія суддів Судової палати дійшла висновку, що рішення від 25 січня 2012 року за поданням Пенсійного фонду України щодо тлумачення окремих положень Бюджетного кодексу України та рішення у справі щодо місцевих виборів від 29 травня 2013 року Конституційний Суд України прийняв у межах його виключної компетенції, встановленої статтею 150 Конституції України, а от рішення № 20-рп від 30 вересня 2010 року про додержання процедури внесення змін до Конституції України — ухвалено з виходом за межі своїх конституційних повноважень. У постанові Верховного Суду України, зокрема, зазначено, що «Конституційний Суд України рішенням у справі про додержання процедури внесення змін до Конституції України не забезпечив верховенства Конституції України, фактично змінив її, порушив засадничий конституційний принцип народовладдя, змінив конституційний лад України, порушив конституційний принцип розподілу влад та легітимність діючих інститутів державної влади, внаслідок чого їх діяльність стала базуватися на нормах, змінених Конституційним Судом України, а не Верховною Радою України як уповноваженим на це органом». Такий висновок є майже ідентичним формулюванням, які містить текст відомої постанови Верховної Ради України від 24 лютого 2014 року «Про реагування на факти порушення суддями Конституційного Суду України присяги судді» від 24 лютого 2014 року № 775-VII.

Крім того, зазначаючи, що Конституційний Суд України у мотивувальній частині рішення вказав, що «визнання неконституційним Закону № 2222 у зв'язку з порушенням процедури його розгляду та ухвалення означає відновлення дії попередньої редакції норм Конституції України, які були змінені, доповнені та виключені цим Законом», а у резолютивній частині поклав на органи державної влади обов'язок щодо невідкладного виконання цього рішення, колегія суддів Судової палати визнала, що «цей висновок Конституційного Суду України, як слідує із зазначеної постанови Верховної Ради України, суперечить закріпленому законом порядку внесення змін до Конституції України, згідно з яким положення закону про внесення змін до Конституції України після набуття ним чинності стають невід'ємною складовою Основного Закону — окремими його положеннями, а сам закон вичерпує свою функцію. Конституція України не уповноважує Конституційний Суд України визнавати нечинність конституційної норми, незважаючи на те, в якій юридичній формі вона була закріплена».

Сама по собі постанова колегії суддів Судової палати як процесуальний документ, ухвалений відповідно до заяви Верховної Ради України про перегляд певної постанови Вищого адміністративного суду України, особливих процесуальних заперечень не викликає.

Проте юридична аргументація, наведена в її мотивувальній частині, викликає заперечення як за змістом, так і за формою.

По-перше, колегія суддів принципово проігнорувала захисну роль юридичної процесуальної форми. Я підтримую думку фахівця з конституційного права В. Речицького, що у конституційному праві, яке обслуговує демократичні процеси, єдиною ефективною гарантією державного врядування була і залишається юридична процесуальна форма. Тому для відповіді на запит депутатів Верховної Ради України щодо легітимності її власних законодавчих актів, у тому числі пов'язаних із внесенням змін до Конституції України, Конституційний Суд України для чесною і справедливою відповіді має в своїх руках надійний засіб вимірювання, а саме — конституційну процедуру.

По-друге, постановою колегії суддів Судової палати в адміністративних справах Верховного Суду України було надано правову оцінку рішенням Конституційного Суду України та визначено межі його повноважень. Однак нагадаю, що відповідно до статті 147 Основного Закону України Конституційний Суд України є єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні. Конституційний Суд України за своєю правовою природою є такою правовою інституцією, яка відокремлена від судів загальної юрисдикції. Він наділений особливими повноваженнями, зокрема правом визнавати закони та інші правові акти органів законодавчої та виконавчої влади неконституційними, наслідком чого є втрата ними чинності.

Надані Основним Законом України особливі повноваження та статус Конституційного Суду України дають підстави говорити про здійснення ним фактично ролі арбітра в системі стримувань і противаг, який забезпечує функціонування органів державної влади в межах, визначених Конституцією України.

Як зазначалося в заяві Європейської комісії «За демократію через право» (Венеційської комісії), «у країнах, де було створено конституційні суди, вони виступають критично важливим інститутом, котрий забезпечує функціонування різних державних органів у конституційних межах. Конституційним судам належить ключова роль у забезпеченні дотримання основоположних принципів демократії, захисту прав людини та верховенства права, котрі також виступають і основоположними стандартами Ради Європи, членом якої є Україна».

Відповідно до частини 2 статті 150 Конституції України, рішення Конституційного Суду України є обов'язковими до виконання на території України, остаточними і не можуть бути оскаржені. Обов'язковість, остаточність і неоскаржуваність актів Конституційного Суду України вказують на беззаперечність рішень та висновків Конституційного Суду України, неможливість їх зміни чи скасування в частині або в цілому. З огляду на це акти Конституційного Суду України не можуть бути предметом контролю інших органів державної влади, в тому числі й тих, діяльність яких підлягає конституційному контролю відповідно до Основного Закону України. Будь-яка незгода з актами, ухваленими Конституційним Судом України, не надає права жодному державному органу ставити під сумнів їхній зміст або надавати правову оцінку їхній відповідності Основному Закону України. Недотримання цього принципу призводить до порушення закладених Конституцією України основних засад поділу державної влади, верховенства права та Конституції, наслідком чого є руйнація правової системи.

Наведена практика колегії суддів Судової палати Верховного Суду України, безумовно, не відповідає європейським інтеграційним прагненням України. Вона вже стала предметом обговорення в експертному середовищі; у майбутньому буде оцінена і Страсбурзьким судом з прав людини. У межах конституційної реформи, що започаткована, можна було б продумати і національні засоби вирішення проблемних питань, що виникають, коли палати Верховного Суду України виступають як своєрідна апеляційна інстанція по відношенню до вищих спеціалізованих судів як судів першої інстанції.

Другий аспект мого виступу стосується розмежування повноважень Конституційного та Верховного Судів України щодо тлумачення законів України.

Відповідно до статті 150 Конституції України, до повноважень Конституційного Суду України належить офіційне тлумачення Конституції та законів України. Закон «Про Конституційний Суд України» визначає, що, зокрема, у справах щодо офіційного тлумачення Конституції України та законів України підставою для конституційного звернення є наявність неоднозначного застосування положень Конституції України або законів України судами України, іншими органами державної влади, якщо суб'єкт права на конституційне звернення вважає, що це може призвести або призвело до порушення його конституційних прав і свобод. При цьому у конституційному зверненні зазначаються статті (окремі положення) Конституції України або Закону України, тлумачення яких має бути дано Конституційним Судом України, та обґрунтовується необхідність в їх офіційному тлумаченні.

Це обумовлює необхідність визначення предмета тлумачення в контексті вимог конституційного звернення. Конституційний Суд України в своїх останніх ухвалях акцентував увагу на тому, що суб'єкт права на конституційне звернення повинен навести конкретні положення Конституції або законів України, тлумачення яких має бути дано Конституційним Судом України, вказавши, що в них є незрозумілим та потребує роз'яснення, обґрунтувавши необхідність їх офіційної інтерпретації Конституційним Судом України неоднозначним застосуванням зазначених положень, зокрема судами України, що, як вважає суб'єкт права на конституційне звернення, призвело або могло призвести до порушення конституційних прав чи свобод.

У той же час неспроможність суб'єкта права на конституційне звернення визначити, сформулювати або конкретизувати предмет тлумачення може вказувати на наявність інших проблем, у тому числі пов'язаних із правозастосуванням тих чи інших положень закону. Конституційний Суд України неодноразово зазначав, що офіційне тлумачення і застосування правових норм є різними видами юридичної діяльності. Офіційним тлумаченням вважається діяльність компетентного органу державної влади щодо з'ясування і роз'яснення правових положень, матеріалізованих у нормі права. Правозастосовна ж діяльність полягає в індивідуалізації правових норм щодо конкретних суб'єктів і конкретних випадків, тобто в установленні фактичних обставин справи і підборі правових норм, які відповідають цим обставинам. Пошук та аналіз таких норм з метою

їхнього застосування до конкретного випадку є складовою правозастосування. Тому надання консультацій чи роз'яснень з цього приводу не належить до повноважень Конституційного Суду України.

Таким чином, правильне визначення предмета тлумачення допомагає розмежувати офіційне тлумачення та правозастосовну діяльність, тобто повноваження Конституційного Суду України та Верховного Суду України.

12 лютого цього року Верховною Радою України ухвалено Закон України «Про забезпечення права на справедливий суд», яким, зокрема, внесено зміни до ряду процесуальних кодексів України.

Згідно із змінами до процесуального законодавства України, Верховний Суд України наділений повноваженням переглядати справи з підстав неоднакового застосування судами (судом) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права, що спричинило ухвалення різних за змістом судових рішень у подібних правовідносинах, та з підстав неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм процесуального права — при оскарженні судового рішення, яке перешкоджає подальшому провадженню у справі або яке прийнято з порушенням правил підвідомчості чи підсудності справ.

Отже, завданням Верховного Суду України є усунення неоднакового застосування правових норм, а завданням Конституційного Суду України — усунення неоднозначного застосування положень Конституції та законів України. Вказане зумовлює необхідність з'ясувати суть та різницю понять «неоднакове застосування норми права» та «неоднозначне застосування положень законів України».

Аналізуючи поняття «неоднакове застосування норми права», можна дійти висновку, що воно означає різне її застосування, яке може мати місце як за подібних фактичних, так і за різних обставин. Зокрема, мова може йти про застосування норми лише до окремих суб'єктів, за наявності певних умов, у разі дотримання певних вимог тощо. Крім того, причиною неоднакового застосування норм права може бути помилкове їх застосування судами. Неоднакове застосування норми може мати місце навіть тоді, коли положення закону викладені чітко та зрозуміло. Наслідком неоднакового застосування норми є ухвалення різних за змістом судових рішень.

Переглядаючи справу, Верховний Суд України, в першу чергу, оцінює фактичні обставини справи, встановлює, чи правильно застосовано спірну норму, аналізує висновки судів касаційної інстанції тощо. У такому разі Верховний Суд України вирішує справу конкретної особи та вказує судам й іншим суб'єктам, як саме необхідно застосовувати норму матеріального чи процесуального права за певних фактичних обставин.

Конституційний Суд України в своїх ухвалях неодноразово визначав суть поняття «неоднозначне застосування».

Так, він зазначив, що «під неоднозначним застосуванням судами України положень Конституції чи законів України потрібно розуміти різне застосування одних і тих же положень за однакових юридично значимих обставин у судових рішеннях, які набули законної сили». Неоднозначне застосування положень закону має місце тоді, коли певні його положення через недосконалість або багатозначність визначення є незрозумілими, нечіткими, мають декілька значень і тому, навіть за наявності однакових юридично значимих обставин, можуть викликати різне їх сприйняття та розуміння суб'єктом їх застосування. У зв'язку з цим неоднозначне застосування цих положень закону призводить до протилежних правових рішень, а отже, і до порушення рівності перед законом та судом.

По суті, різне розуміння певних конкретних положень закону означає різне тлумачення змісту і суті цих положень та вказує на необхідність встановлення їх справжнього, істинного змісту, тобто на практичну необхідність офіційного тлумачення, яке згідно з Конституцією України повноважний давати винятково Конституційний Суд України.

Рішення Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення окремих положень закону містить узагальнену позицію щодо інтерпретації цих положень, яка є обов'язковою для всіх суб'єктів відповідних правовідносин.

Таким чином, Конституційний Суд України, на відміну від Верховного Суду України, роз'яснює або в цілому зміст закону, або окремих його положень, втілених у певні терміни, словосполучення тощо, і не вказує, яким чином та за яких обставин вони підлягають застосуванню.

Завершити свій виступ хочу тим, що повноваження Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення законів України не є характерним для європейської традиції, тому в процесі конституційної реформи було б доцільно вилучити його із повноважень Конституційного Суду України, а натомість передбачити розгляд ним конституційної скарги, запитів судів щодо конституційності законів тощо. А питання казуального

тлумачення законів було б доцільно передати до компетенції Верховного Суду України як найвищої судової інстанції в системі судів України.

У той же час взаємодія Конституційного Суду України та Верховного Суду України навіть у межах їхньої компетенції за чинними законами здатна забезпечити однакове вирішення конкретних судових справ із гарантуванням дотримання принципу правової визначеності, а отже, і конституційних принципів рівності та верховенства права.

ACQUIS COMMUNAUTAIRE ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ: ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ В ПРАВО УКРАЇНИ



РОМАН МАЙДАНИК

доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України, завідувач кафедри цивільного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Угода про асоціацію між Україною та Європейським Союзом (ЄС) 2014 року (далі — Угода про асоціацію) є глобальним викликом для всієї Європи та історичним шансом для переходу України з її нормативістсько-авторитарними звичаями до європейської традиції права.

Реалізація Угоди про асоціацію передбачає імплементацію її положень на макро- та мікрорівнях, які визначають стратегічні і тактичні завдання та механізми імплементації зазначеної Угоди та європейської інтеграції України в цілому.

Поняття *acquis communautaire* ЄС

Систему права ЄС характеризують базові правові цінності, які визначають методологію нормотворення і правозастосування. Однією з базових цінностей права ЄС є категорія «спільне надбання» (*acquis communautaire/acquis*), розуміння якого відображене в багатьох актах права ЄС та національного законодавства європейських країн.

Закон України «Про загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» розглядає *acquis communautaire* (*acquis*) як правову систему Європейського Союзу, яка включає акти законодавства Європейського Союзу (але не обмежується ними), прийняті в рамках Європейського співтовариства, Спільної зовнішньої політики та політики безпеки і співпраці у сфері юстиції та внутрішніх справ (стаття 1 Закону).

Базовим елементом *acquis communautaire* є принципи, спільні для конституційних традицій країн — членів Євросоюзу.

Зазначені принципи закріплено в установчих документах ЄС. Відповідно до статті 6 Договору про ЄС, Євросоюз засновано на принципах свободи, демократії, поваги прав людини та її основних свобод, верховенства права і принципах, спільних для всіх країн-членів; на принципі захисту фундаментальних прав людини, гарантованих Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, тією мірою, в якій вони є спільними для конституційних традицій країн — членів Євросоюзу.

Загальні принципи права розглядаються як своєрідне джерело права країн — членів ЄС.

Acquis ЄС є зводом загальних прав та обов'язків, які пов'язують усі держави-члени разом у рамках Європейського Союзу. *Acquis* постійно розвивається і включає в себе: зміст, принципи та політичні цілі договорів; законодавство, прийняте на виконання договорів і прецедентного права суду; заяви та резолюції, прийняті ЄС; заходи, що відносяться до спільної зовнішньої політики та політики безпеки; заходи, що стосуються правосуддя та внутрішніх справ; міжнародні угоди, укладені ЄС, та угоди, укладені державами-членами між собою у сфері діяльності ЄС [1].

Важливість *acquis* Співтовариства як впливового і перетворюючого інструмента правової політики ЄС визнається цілком виправданим [2].

Експорт *acquis* передбачає встановлення та розвиток співпраці, діалогу й моніторингу (посилений в деяких випадках фінансовою і технічною допомогою) з таких питань, як торгівля, конкуренція, стандарти, транспорт, навколишнє середовище, юстиція та внутрішні справи, права людини та демократія [3].

Експорт *acquis* здійснюється за допомогою таких механізмів: а) однорідність; б) обов'язкові і м'які форми гармонізації зобов'язань; в) положення про наближення (апроксимацію); г) режим взаємного визнання [4].

Є й інші підходи до диференціації методів експорту *acquis*. Так, у літературі називають такі методи експорту *acquis* із сусідніми країнами: (зв'язування) гармонізація (спрямована на країни в контексті вступу), однорідність та/або взаємне визнання, наближення/сумісність і новий підхід — наближення/конвергенція (спрямована на інтеграцію без вступу з країнами Східного партнерства і, меншою мірою, Росією та, можливо, іншими країнами Євро-Середземноморського партнерства) [5].

Україна потребує набуття знань і навичок тлумачення *acquis* ЄС. Для цього важливо залучати та ефективно використовувати європейські скринінгові проекти (тренінги) з питань моніторингу, тлумачення і застосування права ЄС для суддів, адвокатів та експертів-науковців.

За результатами таких тренінгів необхідно підготувати вітчизняних експертів-тренерів з питань імплементації і тлумачення права ЄС, Угоди про асоціацію в окремих відповідних сегментах юстиції — правосудді, адвокатурі, прокуратурі, виконавчому провадженні.

Acquis communautaire і система джерел права України

Імплементація в законодавство України відповідних положень *acquis communautaire* ЄС передбачає моніторинг базових правових цінностей, практики їхнього застосування, викладених в актуальних рішеннях і регламентах ЄС (рішення Європарламенту і Ради).

Імплементація Україною *acquis* ЄС передбачає істотні зміни у розумінні системи джерел права України, зокрема визнання джерелом права як активів «формального» («суворого») права, так і активів

«м'якого» права (acts of soft law), використання механізмів застосування актів «первинного» і «вторинного» законодавства.

Однак такі акти судового тлумачення фактично застосовуються за правилами застосування судового прецеденту.

У цьому зв'язку для судової системи України важливе значення має європейська практика поширення режиму судового прецеденту на акти «м'якого» права у сфері правосуддя. Зокрема, йдеться про преюдиційні запити і консультативні висновки, які за своєю правовою природою є актами рекомендаційного характеру.

Європейська методологія правозастосування і способи формування однакової судової практики в Україні

Імплементация Україною *acquis* вимагає формування європейського юридичного мислення українських юристів з урахуванням визнаної в ЄС методології тлумачення норм і праворозуміння в цілому. Важливим є підвищення ролі юристів у державних органах з питань, пов'язаних із правами людини і дотриманням принципу верховенства права.

Стабільна реалізація положень Угоди про асоціацію передбачає імплементацию європейської методології правозастосування, заснованої на базових правилах розгляду справ судом відповідно до принципів верховенства права і законності з дотриманням визнаних тестів (критеріїв) вирішення відповідних категорій спорів.

Складовою верховенства права і законності виступають правила, згідно з яким рішення суду має бути належно мотивованим. Додаткова актуальність питань мотивування рішень судів зумовлена тим, що Законом України «Про забезпечення справедливого суду» неналежне мотивування визнається однією з підстав притягнення судді до дисциплінарної відповідальності.

На сьогодні категорія «мотивоване рішення суду» має оціночний характер і не містить нормативного визначення. Поняття та правила мотивування рішення суду залишаються переважно сферою правозастосовної практики і доктрини права. Правила мотивування рішення суду визначаються сформованою судовою практикою, знаходять відображення в постановах пленумів, інших роз'ясненнях вищих судів.

Посилання на норму права має розглядатися як мотивування правового висновку, якщо аналіз фактичних обставин справи допускає можливість обґрунтування кількох різних тлумачень норми матеріального чи процесуального права, що має істотне значення для вирішення справи по суті.

Розширене мотивування необхідне у випадках подолання прецедентного рішення суду.

Рішення суду є мотивованим, якщо загальний правовий висновок суду ґрунтується на тлумаченні норми права, яка підлягає застосуванню при кваліфікації відповідних обставин справи, що мають істотне значення.

Важливим є правильне використання при мотивуванні рішення суду офіційних роз'яснень вищих судів щодо застосування відповідної норми матеріального і процесуального права, що має бути відображено в мотивувальній частині рішення суду.

Офіційне тлумачення норми права не є догмою і може бути подолано за допомогою визначених способів (правил) у випадках, коли обставини справи свідчать про істотно інший характер відносин, ніж ті, що знайшли відображення в офіційному тлумаченні відповідної норми права.

На нашу думку, офіційне тлумачення норми матеріального і процесуального права може бути подолане за допомогою двох основних правил:

- 1) неоднакового застосування норми права у схожих правовідносинах за предметом, суб'єктом складом і підставою позову;
- 2) «еволюційного тлумачення», що передбачає залежність тлумачення певної норми права від часового (темпорального) періоду проведення такого тлумачення та його зміну внаслідок невідповідності офіційного тлумачення фактичним обставинам у конкретний історичний період часу.

Як приклад застосування правила «еволюційного тлумачення» може бути наведено судову практику щодо зміни тлумачення норм закону про укладення зовнішньоекономічного договору за двома підписами з боку української сторони, переважне право купівлі акцій закритого акціонерного товариства, про виділення частки в частковій сумісній власності тощо.

Сьогодні право України перебуває на перехідному етапі формування національної доктрини судового прецеденту з урахуванням загальноприйнятої у праві ЄС концепції квазіпрецеденту, заснованої на ідеї субсидіарного цього джерела права, що доповнює закон.

На сьогодні концепція квазіпрецеденту в праві України юридично відображена в окремих повноваженнях вищих судових органів. Одна з особливостей концепції квазіпрецеденту в Україні полягає в одночасному застосуванні маловідомих країнам ЄС різновидів судового квазіпрецеденту, а саме — «нормативних» рішень Верховного Суду України і постанов пленумів та роз'яснень вищих судів України.

Подібне розуміння квазіпрецеденту не характерне для країн ЄС, які, як правило, визнають квазіпрецедентом рішення вищого суду з конкретного спору в апеляційному або касаційному провадженні.

Для права України актуальним є впровадження європейського досвіду превентивного формування однакової судової практики, зокрема за допомогою механізмів консультативного висновку у Франції і Молдові, та преюдиційного запиту відповідно до Протоколу № 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Застосовувані нині способи формування однакової судової практики в Україні являють собою ревізію судових рішень, тобто судовий контроль за уже ухваленими судовими рішеннями. Основна перевага преюдиційного запиту та консультативного висновку полягає в їхній спрямованості на превентивне формування судової практики. Їхнє застосування дає можливість не допускати можливих судових помилок стосовно ще не ухвалених судових рішень під час розгляду конкретних справ судами першої інстанції.

Механізм консультативного запиту передбачено Протоколом № 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, який підписано Україною 20 червня 2014 року.

Підстави та порядок прийняття консультативних висновків законодавчо передбачені в праві Молдови та Франції.

У праві України доцільно законодавчо передбачити норму, згідно з якою рішення компетентного суду з питань консультативного висновку та преюдиційного запиту, які подано з підстав та в порядку, встановленому законом, є офіційним тлумаченням норм матеріального та процесуального права України.

Доцільно передбачити і те, що стосовно консультативного висновку та преюдиційного запиту рішення ухвалюються компетентним судом — Верховним Судом України та Європейським судом з прав людини відповідно, у зв'язку із судовим розглядом справ, які перебувають у провадженні судів першої інстанції. Зазначені рішення суду не мають статусу юридичного прецеденту, але фактично розглядаються як офіційне каузальне тлумачення та враховуються судами при ухваленні рішень щодо застосування однієї і тієї самої норми матеріального та процесуального права.

Для судової системи України актуальною є імплементація європейського досвіду вирішення міжюрисдикційних спорів.

У праві ЄС зазначена категорія спорів належить до компетенції окремих державних органів (суд з конфліктів у Франції) або вищих судових органів (Великий Сенат у Німеччині).

В Україні подібну категорію спорів доцільно віднести до компетенції Верховного Суду України, що, очевидно, потребує певного уточнення компетенції Конституційного Суду України.

Імплементація європейських стандартів принципу визначеності права та стабільності законодавства в Україні

Важливим елементом принципу верховенства права є правило визначеності права і передбачуваності закону. Українське право потерпає від нестабільності, що проявляється в значній частоті змін до законодавства та судової практики.

Нестабільність законодавства України не відповідає передбаченим Угодою про асоціацію зобов'язанням України утримуватися від внесення змін горизонтального законодавства та законодавства з питань торгівлі в секторах, визначених зазначеною Угодою, окрім як з метою поступового приведення законодавства у відповідність до *acquis* ЄС та дотримання такого приведення.

Стабільність законодавства підвищить роль судової практики, необхідність розширювального тлумачення, застосування аналогії в праві для відповідності офіційного тлумачення закону на конкретний момент

прийняття такого тлумачення (каузального — при розгляді конкретних спорів та офіційного — що міститься в рекомендаційних роз'ясненнях вищих судів).

Європейські стандарти та лібералізація започаткування підприємницької діяльності і торгівлі послугами в Україні

В Україні системно не реалізований, але має бути реалізований, принцип «відкритого» вікна.

Тенденція до мінімізації переліку законодавчо передбачених ліцензованих видів підприємницької діяльності має бути підкріплена ефективними механізмами, що забезпечують спрощення та відкритість процедури отримання різних дозволів у господарській діяльності (особливо в містобудуванні) за допомогою застосування електронної форми документації, зменшення процедур, які передбачають санкції за принципом «вилки» («від — до»), отримання дозволів, іншої документації на розсуд уповноваженого державного службовця.

Європейська концепція *bona fides* (добра совість) та імплементація розширювального тлумачення договорів *bona fide* в Україні

Україна повинна імплементувати розширювальне тлумачення концепції *bona fides* і розуміння договору *bona fide* (доброї совісті) як договору, зокрема, про надання послуг, який має відповідати законам, правилам та вимогам законодавства сторони, в якій виконуватиметься контракт (стаття 86 Угоди про асоціацію).

Такий підхід є новим для України в частині розуміння *bona fides* і договорів *bona fide*.

В Україні зазначені конструкції зазвичай розуміються у вузькому розумінні як загальний принцип і вибачальна обставина незнання відсутності прав на майно в контрагента.

У європейському праві реалізована концепція *bona fides* (доброї совісті) як система загальної та спеціальної доброї совісті (добросовісності). Загальна (універсальна) добросовісність передбачає загальний обов'язок добросовісної поведінки учасниками цивільних відносин відповідно до положень про чесність і належну поведінку.

Спеціальна добросовісність реалізована в спеціальних механізмах добросовісності в речовому праві (добросовісність власника і наслідки недобросовісного володіння), корпоративному праві (добросовісність представників і органів господарських товариств та інших корпоративних юридичних осіб), зобов'язальному праві (добросовісність при виникненні, виконанні та припиненні зобов'язання).

Спір про добросовісність має розглядатися на основі правила зважування інтересів, виявлення балансу протилежних інтересів контрагентів або суперечливих приватного та публічного інтересу.

Наявність істотного дисбалансу прав і обов'язків, що погіршує становище сторони спірних правовідносин, суперечить принципу добросовісності, а умови спірного договору або іншого правового акта є несправедливими, що може бути підставою для визнання спірного правового акта недійсним або таким, що суперечить закону, у разі невідповідності оспорюваного правового акта умовам його дійсності.

У цьому зв'язку заслуговує на увагу судова практика визнання недійсним договору споживчого кредитування, сторона-позичальник (банк) якого не повідомив письмово споживачу (позичальникові) інформацію про умови кредитування, у тому числі про орієнтовну сукупну вартість кредиту, а в самому кредитному договорі не було детального розпису орієнтовної сукупної вартості кредиту, чим було порушено Закон України «Про захист прав споживачів», постанову правління Національного банку України № 168.

Умови зазначеного договору суд кваліфікував як несправедливі в цілому, які суперечать принципу добросовісності, що є наслідком істотного дисбалансу договірних прав та обов'язків на погіршення становища споживача, є підставою для визнання такого договору недійсним (постанова Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 жовтня 2014 року у справі № 6 26251св14) [6].

Несправедливість і недобросовісність здійснення прав має визначені межі. Недобросовісність має правові наслідки, якщо це прямо встановлено законом. Не можуть виникати наслідки несправедливості і недобросовісності, які суперечать конституційним правам, публічному правопорядку та іншим імперативним нормам.

Зокрема, правовим наслідком недобросовісності сторони договору не може бути спонукання до укладення основного договору та визнання права власності, якщо такий правовий наслідок прямо не встановлений законом.

У цьому контексті заслуговує на увагу судова практика вирішення спорів щодо правових наслідків порушення зобов'язання з попереднього договору, зокрема спонукання до укладення основного договору, передбаченого попереднім договором, та визнання права власності у зв'язку з невиконанням зобов'язання з попереднього договору.

Так, справді, невиконання попереднього договору майбутнім покупцем створює несправедливість і свідчить про недобросовісність такої сторони договору.

Однак захист порушених прав суд має здійснювати лише допустимими способами захисту, встановленими законом або договором.

За відсутності в законі такого правового наслідку невиконання попереднього договору, спонукання до укладення основного договору (наприклад, купівлі-продажу нерухомості) і визнання права власності на нерухомість суперечитиме принципу непорушності права власності і недопустимості примусового позбавлення права власності у спосіб, не передбачений законом.

Інтелектуальна власність: спрощення комерційного використання інноваційних продуктів і продуктів творчої діяльності (стаття 157 Угоди про асоціацію)

Одна із серйозних проблем у цій сфері полягає в неліквідності більшості охоронюваних результатів інтелектуальної власності та неможливості внаслідок цього введення такого роду об'єктів у цивільний комерційний оборот. У цьому зв'язку актуальною є імплементація європейських механізмів застосування стартап (start-up) компаній, інших форм комерціалізації права інтелектуальної власності.

Створення належного й ефективного рівня охорони та захисту прав інтелектуальної власності повинно мати на меті досягнення балансу інтересів між патентовласниками та споживачами результатів інтелектуальної діяльності в Україні.

Передбачене Угодою про асоціацію право встановлення власного режиму вичерпання прав інтелектуальної власності (стаття 160 Угоди про асоціацію) залишає у виключній компетенції України розв'язання проблеми «паралельного імпорту» в Україні.

Правовий режим «паралельного імпорту» в Україні час од часу змінюється в законодавстві, не сформовано однакової судової практики щодо різних об'єктів права інтелектуальної власності. У будь-якому випадку встановлений законодавством режим «паралельного імпорту» має відстоювати національні інтереси України, а не іноземних суб'єктів господарювання.

Європейські стандарти охорони прав інтелектуальної власності та неефективність охорони зазначених прав в Україні

Передбачена Угодою про асоціацію між Україною та ЄС співпраця у сфері колективного управління авторськими та суміжними правами (стаття 168) передбачає формування ефективної системи колективного управління зазначеними правами і в Україні.

В Україні — низький рівень ефективності та неналежна прозорість організацій колективного управління майновими авторськими та суміжними права інтелектуальної власності при виконанні своїх завдань.

Українські організації колективного управління нерідко не виплачують або не в повному обсязі виплачують гонорари авторам. Колективне управління цими правами не прозоре, що сприяє зловживанням з боку організацій колективного управління авторськими та суміжними правами.

Для України надзвичайно важливо імплементувати прийняті в Європі ефективні заходи захисту прав інтелектуальної власності.

Україна має потребу в організаційно-правових механізмах, які усувають складність і тривалість процедури відновлення порушеного права інтелектуальної власності, практику вибіркової виплати справедливої компенсації. При цьому такі заходи мають бути добросовісними та справедливими і не повинні бути надмірно складними або дорогими чи викликати необґрунтовані терміни або невиправдані затримки.

Неналежний вплив на державні органи інститутів громадянського суспільства в Україні

Україна зобов'язалася йти шляхом формування ефективної системи інститутів громадянського суспільства (стаття 299 Угоди про асоціацію).

Європейська практика формування інститутів громадянського суспільства характерна не стільки значною кількістю громадських організацій та їх членів, скільки значним впливом на державних чиновників діяльності таких недержавних інститутів.

У цьому зв'язку пріоритетним напрямом є посилення «ваги» повноважень професійних асоціацій, інших інститутів громадянського суспільства у питаннях здійснення частини публічної компетенції державних органів та органів місцевого самоврядування (йдеться про ліцензування, розробку та моніторинг дотримання професійних стандартів тощо).

Для цього, зокрема, необхідне делегування повноважень держави саморегульованим, іншим недержавним організаціям (наприклад, національним професійним асоціаціям — медиків, аудиторів тощо). Важливе значення має розширення сфери застосування і якості стандартів професійної етики як механізмів формування ефективних інститутів громадянського суспільства.

Передбачене Угодою про асоціацію макроекономічне співробітництво (стаття 343) і відсутність ефективної концепції підприємницького права в Україні

На сучасному етапі підприємницькі відносини в Україні регулюються із застосуванням нерідко суперечливих між собою механізмів економічного аналізу права, співробітництва та адміністративного втручання держави в підприємництво. Згадані концепції підприємницького права є переважно несумісними, їх одночасне застосування не сприяє прозорості, ускладнює досягнення балансу між суперечливими інтересами учасників відносин у сфері підприємництва.

Найбільш прийнятна реалізація в праві України концепції співробітництва (партнерства) і пошуку балансу між суперечливими інтересами контрагентів, між публічним і приватним інтересом як результат зважування таких суперечливих інтересів для цілей виявлення компромісу між зазначеними інтересами. Такий компроміс повинен ґрунтуватися на ідеї соціальної, а не тільки економічної ефективності, отже, може в окремих випадках припускати зменшення прибутку або навіть його неотримання.

Рамкові умови імплементації в право України загальних положень приватного та підприємницького права ЄС

Одна з основних умов вступу України до ЄС полягає у досягненні відповідності правової системи України *acquis communautaire*, що припускає проведення заходів, необхідних для ефективного нормотворення та правозастосування.

Одним із важливих заходів такого роду є підготовка рамкових умов імплементації в право України загальних положень приватного та підприємницького права ЄС.

Концептуально рамкові умови повинні відображати ідеологію подібних наукових моделей у сфері європейського приватного та підприємницького права (зокрема, DCFR, енциклопедія європейського права).

Важливе значення мають положення Закону України «Про загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу», яким передбачено забезпечити розробку глосарію термінів *acquis communautaire* для адекватності їхнього розуміння та уніфікованого застосування в процесі адаптації.

У цьому зв'язку структурно рамкові умови імплементації Угоди про асоціацію повинні відображати тематику та методологію основних сфер приватного і підприємницького права, що включають:

- а) європейську концепцію гармонізації та інструменти регулювання;
- б) загальне цивільне право, в тому числі методичні основи;
- в) підприємницьке право;
- г) сімейне право;
- г) міжнародне приватне право.

У свою чергу, рамкові умови загального приватного (цивільного) права становлять:

- а) загальні положення;
- б) особисті немайнові права;
- в) речове право;
- г) право інтелектуальної власності;
- г) зобов'язальне право;
- д) спадкове право;
- е) список і науково-практичний коментар юридичних термінів.

Зазначені рамкові умови покликані сприяти формулюванню концептуальних положень приватного та підприємницького права України, які відповідають *acquis communautaire*.

Використані джерела

- [1] <europa.eu/scadplus/glossary/community_acquis_en.htm>, accessed 27 February 2015.
- [2] Див.: Amichai Magen 'Transformative Engagement Through Law: The Acquis Communautaire as an Instrument of EU External Influence in European' *Journal of Law Reform*. Volume 9 Number 3, 2007, pp. 361-393, at p. 392; Karnauch V. Approximation of law as a general topic of the AAs of the three countries in comparison with the PCAs.
- [3] A. Matta op.cit. (fn. 6), p. 34.
- [4] Див.: R. Petrov 'Exporting the Acquis Communautaire into the Legal Systems of Third Countries' in *European Foreign Affairs Review* 13, 2008. pp. 33-52, at p. 37; Karnauch V. Approximation of law as a general topic of the AAs of the three countries in comparison with the PCAs.
- [5] Див.: A. Matta op. cit. (fn. 6), p. 44; Karnauch V. Approximation of law as a general topic of the AAs of the three countries in comparison with the PCAs.
- [6] Постановление ВССУ от 22 октября 2014 года по делу № 6-26251св14 // Высший спецсуд Украины признал кредитный договор в инвалюте недействительным // [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://ua-reporter.com/povosti/161155>.

ДЕНЬ ПЕРШИЙ 19.03.2015

СЕСІЯ ІІІ

СУДОВА РЕФОРМА УКРАЇНИ — ВИКЛИК НОВОГО ЧАСУ



МОДЕРАТОРИ

РОМАН МАЙДАНИК

доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України, завідувач кафедри цивільного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ВАЛЕНТИН БАРБАРА

кандидат юридичних наук,
заступник Голови Верховного Суду України —
секретар Судової палати у господарських справах

РЕФОРМА СУДОЧИНСТВА ТА СУДОУСТРОЮ: ПАРЛАМЕНТСЬКІ РЕАЛІЇ



СЕРГІЙ АЛЕКСЄЄВ

народний депутат України, член депутатської групи Партії «УДАР» депутатської фракції партії «Блок Петра Порошенка», заступник голови Комітету Верховної Ради України з питань правової політики та правосуддя

12 лютого 2015 року Верховною Радою України прийнято Закон України «Про забезпечення права на справедливий суд», який надалі був підписаний без зауважень Президентом України. Утім, цей документ є лише черговим кроком у реформуванні судової системи України. Сучасна судова реформа — це тривалий і фундаментальний процес, в якому доцільно виділити три важливих етапи.

Перший етап розпочав Закон України «Про відновлення довіри до судової влади в Україні» від 8 квітня 2014 року, який сприяв подоланню системної корупції в судах.

Другим етапом є прийняття Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд», який повертає Верховному Суду України реальні повноваження, дозволяє розблокувати роботу Вищої ради юстиції (яка не працювала майже рік) та Вищої кваліфікаційної комісії суддів шляхом вдосконалення порядку

формування таких органів. Окрім того, Законом змінено порядок добору на посаду судді, що також сприятиме зниженню рівня корупції в судовій системі.

Третім визначальним етапом є внесення змін до Конституції України, адже проводити судову реформу без конституційної все одно, що ставити віз попереду коня — рухатися вперед у такому разі неможливо. Окрім посилення незалежності судової гілки влади в процесі її реформування, потрібно забезпечити дієве суддівське самоврядування, мінімізувати рівень корупції.

Найголовнішим у контексті судової реформи є нівелювання політичного впливу на судову систему. Конституція прописана так, що і Президент України, і Верховна Рада України мають політичний вплив на суддів, тому нагальним кроком для приведення нашої судової системи у відповідність до європейської є внесення таких змін до Конституції України:

- розмежувати повноваження Вищої ради юстиції та Вищої кваліфікаційної комісії суддів (зміни до статті 131) шляхом передачі Вищій раді юстиції повноважень із застосування дисциплінарної відповідальності щодо всіх суддів та їхнього звільнення, а Вищій кваліфікаційній комісії суддів повноважень щодо добору суддів на посаду, призначення та атестації суддів, підвищення їхньої кваліфікації;
- виключити підставу звільнення судді за порушення присяги (зміни до статті 126). У той же час необхідно ввести такі підстави для звільнення: аморальний вчинок, некомпетентність, кримінальне правопорушення;
- змінити п'ятирічний строк, на який суддя призначається вперше (зміни до статті 128). Доцільним є встановлення дворічного строку для першого призначення;
- передати повноваження з утворення та ліквідації судів від Президента до парламенту (зміни до статті 106).

З березня 2015 року Указом Президента України утворено Конституційну комісію як спеціальний допоміжний орган при Президентові України та затверджено положення про таку комісію. Запропоновано Голові Верховної Ради України очолити Конституційну комісію, а депутатським фракціям (депутатським групам) у Верховній Раді України, Кабінету Міністрів України, Верховному Суду України, вищим спеціалізованим судам, Раді суддів України, асоціаціям органів місцевого самоврядування, Національній академії наук України, Національній академії правових наук України, юридичним вищим навчальним закладам та науковим установам, правничим громадським об'єднанням, відповідним міжнародним організаціям подати до 12 березня 2015 року пропозиції щодо кандидатур до складу Конституційної комісії. (Редакційна правка: на момент публікації цієї статті її автора також включено до складу Конституційної комісії відповідно до Указу Президента України «Питання Конституційної Комісії» № 190/2015 від 31 березня 2015 року).

У рамках судової реформи на квітень-травень 2015 року заплановане внесення змін до законів України щодо адвокатури, прокуратури, ефективності виконання судових рішень та безоплатного надання правової допомоги. Завершення конституційної реформи планується до осені 2015 року.

Зосередити увагу необхідно, насамперед, на нововведеннях згідно із Законом України «Про забезпечення права на справедливий суд».

Законом внесено зміни до п'ятих процесуальних кодексів, Закону України «Про Вищу раду юстиції», Закону України «Про доступ до судових рішень», Закону України «Про судоустрій і статус суддів» (викладається у новій редакції), Закону України «Про судовий збір» та Регламенту Верховної Ради України.

Важливою новацією у процесуальних кодексах є зміни у процедурі перегляду рішень судів касаційної інстанції. Такі зміни відображено у статтях 297⁴—297¹⁰ Кодексу України про адміністративні правопорушення, статтях 111¹⁵—111²⁶ Господарського процесуального кодексу України, статтях 355—360⁵ Цивільного процесуального кодексу України, статтях 236—244 Кодексу адміністративного судочинства України та статтях 449—457 Кримінального процесуального кодексу України. До цього касаційний суд вирішував питання про допуск заяви про перегляд свого ж рішення до Верховного Суду України (ВСУ), а перегляд рішень з підстав неоднакового застосування норм процесуального права взагалі не допускався. Таким чином, порушувався принцип неупередженості та об'єктивності у прийнятті судових рішень.

На сьогодні прогалину усунуто: надано право звертатися безпосередньо до ВСУ із заявою про перегляд рішення суду касаційної інстанції, а також суттєво розширено перелік підстав для подання такої заяви. До вже

наявних підстав перегляду додано дві нових: неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм процесуального права — при оскарженні судового рішення, яке перешкоджає подальшому провадженню у справі або яке прийнято з порушенням правил підсудності чи встановленої законом компетенції судів щодо розгляду справ відповідної юрисдикції; а також невідповідність судового рішення суду касаційної інстанції викладеному у постанові ВСУ висновку щодо застосування у подібних правовідносинах норм матеріального права.

У той же час в адміністративному процесі додано ще одну підставу порушення норм матеріального чи процесуального права, що призвело до ухвалення Вищим адміністративним судом України незаконного судового рішення з питань, передбачених статтею 171¹ Кодексу адміністративного судочинства України (особливості провадження у справах щодо оскарження актів, дій чи бездіяльності Верховної Ради України, Президента України, Вищої ради юстиції та Вищої кваліфікаційної комісії суддів України).

Змінами до Закону України «Про Вищу раду юстиції» (статті 6¹—13) деталізовано порядок добору кандидатів для призначення членами Вищої ради юстиції та чітко регламентовано порядок проведення з цих питань з'їзду суддів України, з'їзду адвокатів України, з'їзду представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ, всеукраїнської конференції працівників прокуратури.

Якщо детальніше зупинитися на основних змінах до нової редакції Закону України «Про судоустрій і статус суддів», то треба відзначити суттєві удосконалення у правовому регулюванні судової системи загалом та статусу Верховного Суду України зокрема.

Так, у статті 7 вводиться норма про гарантування кожному судового захисту саме «у розумні строки», адже систематичне та часто безпідставне зволікання судами у розгляді справ завдає чималої шкоди сторонам процесу, зумовлює додаткові витрати на суддів з бюджету.

Введено норму (стаття 11), що судові рішення, судові засідання та інформація щодо справ, які розглядаються судом, є відкритими, крім випадків, установлених законом. Будь-яка особа (до цього було обмежене формулювання «кожен, хто не є стороною у справі») має право на вільний доступ до судового рішення в порядку, встановленому законом. Впроваджено невідкладне оприлюднення на офіційному веб-сайті судової влади інформації про суд, справу, процесуальні дії. Надано право присутнім у залі судового засідання проводити фотозйомку, відео- та аудіозапис з використанням портативних відео- та аудіотехнічних засобів без отримання окремого дозволу суду, але з урахуванням обмежень, установлених законом.

Для усунення практики вирішення справ у «кабінетах» суддів введено норму, що «судові засідання проводяться винятково в спеціально обладнаному для цього приміщенні суду залі засідань, яке придатне для розміщення сторін та інших учасників судового процесу і дає змогу реалізувати надані їм процесуальні права і виконувати процесуальні обов'язки, передбачені законом».

На захист державної мови судочинства у статті 12 вилучено норму про використання в судах регіональних мов або мов меншин. Суди використовують державну (українську) мову в процесі судочинства, в той же час гарантують право громадян на використання ними в судовому процесі рідної мови або мови, якою вони володіють.

Відповідно до статті 13, вводиться обов'язковість не тільки судових рішень інших держав, а також і рішень міжнародних арбітражів, рішень міжнародних судових установ та аналогічних рішень інших міжнародних організацій щодо вирішення спорів, за умов, визначених законом, а також відповідно до міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Ця норма надає змогу у майбутньому застосовувати, зокрема, і рішення Міжнародного кримінального суду.

Врегульовуючи проблематику розподілу справ у судах, введено норму у статті 15, що визначення судді або колегії суддів для розгляду конкретної справи здійснюється автоматизованою системою документообігу суду за принципом випадковості та в хронологічному порядку надходження справ (до цього діяв тільки принцип вірогідності). Результати автоматизованого розподілу справи та повторного розподілу справи тепер оформляються окремим протоколом, який підписується уповноваженими особами апарату суду та додається до матеріалів справи.

Стосовно діяльності судів у статті 19 вводиться норма, що «суди загальної юрисдикції утворюються, у тому числі, шляхом реорганізації та ліквідовуються Президентом України на підставі пропозиції Державної

судової адміністрації України». До цього на підставі пропозиції голови відповідного вищого спеціалізованого суду введено нову підставу для утворення чи ліквідації суду — «оптимізація видатків державного бюджету». У поняття «утворення суду» включено створення нового суду або реорганізацію (злиття, поділ) судів. Введено норму, що кількість суддів у суді загальної юрисдикції визначає Державна судова адміністрація України за погодженням з Радою суддів України (до цього за поданням міністра юстиції України).

Для більш якісної організації роботи судів у статті 20 строк обрання суддів на адміністративні посади збільшено до двох років (до цього — один рік). З переліку адміністративних посад вилучено посади секретарів палат апеляційних та вищих спеціалізованих судів. Вилучено також таку підставу припинення повноважень на адміністративній посаді, як досягнення суддею 64-річного віку.

Згідно зі статтею 21, створюється новий вид місцевих загальних судів — міжрайонні — та вводиться норма у статті 26, що всі апеляційні суди утворюються відповідно до указу Президента України в апеляційних округах (до цього тільки апеляційні господарські та апеляційні адміністративні суди).

З метою забезпечення прозорості та відкритості роботи судів у статті 24 вводиться обов'язок голови місцевого суду (у статті 29 — обов'язок голови апеляційного суду, у статті 34 — обов'язок голови вищого спеціалізованого суду) повідомляти не тільки Вищу кваліфікаційну комісію суддів України, а також і Державну судову адміністрацію України та через веб-портал судової влади про наявність вакантних посад суддів у суді у триденний (до цього — десятиденний) строк з дня їх утворення.

Введено додаткові вимоги для обрання суддею апеляційного суду. Зокрема, підтвердити за результатами кваліфікаційного оцінювання здатність здійснювати правосуддя в апеляційному суді; замість досвіду роботи суддею не менш ніж п'ять років тепер може враховуватися наявність у претендента наукового ступеня, отриманого до призначення на посаду судді, та стажу наукової діяльності у галузі права або науково-педагогічної діяльності у галузі права у вищому навчальному закладі або вищих навчальних закладах, що здійснюють підготовку фахівців освітнього ступеня «магістр», до призначення на посаду судді не менш ніж десять років (стаття 26).

У статті 31 аналогічно введено додаткові вимоги для обрання суддею вищого спеціалізованого суду. Зокрема, підтвердити за результатами кваліфікаційного оцінювання здатність здійснювати правосуддя у вищому спеціалізованому суді; замість досвіду роботи суддею не менш ніж десять років тепер може враховуватися наявність у претендента наукового ступеня, отриманого до призначення на посаду судді, та стажу наукової діяльності у галузі права або науково-педагогічної діяльності у галузі права у вищому навчальному закладі або вищих навчальних закладах, що здійснюють підготовку фахівців освітнього ступеня «магістр», до призначення на посаду судді не менш ніж десять років.

Постанови пленуму, згідно зі статтею 36, мають бути опубліковані і на веб-сайті суду (до цього тільки в офіційному друкованому органі вищого спеціалізованого суду).

Відповідно до статті 48, суддю зобов'язано (до цього мав право) звертатися з повідомленням про втручання в його діяльність як судді щодо здійснення правосуддя до органів суддівського самоврядування та правоохоронних органів (до цього тільки до Ради суддів України).

Встановлено строк відсторонення судді від посади Вищою кваліфікаційною комісією суддів України не більш ніж два місяці. Суддя на час відсторонення від посади позбавляється права на отримання доплат до посадового окладу судді. Проведення стосовно судді оперативно-розшукових заходів чи слідчих дій, що можуть проводитися лише з дозволу суду, здійснюється тільки на підставі судового рішення, ухваленого за клопотанням Генерального прокурора України або його заступників, керівника регіональної прокуратури або його заступників. Введено норму про те, що не може здійснюватися прийняття рішення про проведення стосовно судді оперативно-розшукових заходів чи слідчих дій, застосування запобіжних заходів тим судом, в якому обвинувачений обіймає чи обіймав посаду судді (стаття 49).

У статті 53 введено дві підстави переведення судді до іншого суду без його згоди: у разі реорганізації, ліквідації або припинення роботи суду та в порядку дисциплінарного стягнення.

Запроваджено обмеження, що суддя, перебуваючи на посаді, не може бути кандидатом на виборні посади в органах державної влади (крім судової) та органах місцевого самоврядування, а також брати участь у передвиборчій агітації. Вдосконалено норму, що у разі призначення судді членом Вищої ради юстиції, Вищої

кваліфікаційної комісії суддів України він відряджається для роботи в цих органах на постійній основі. За суддями — членами цих органів зберігаються гарантії матеріального, соціального та побутового забезпечення, передбачені законодавством для суддів. Суддю за його заявою може бути відряджено для роботи у Національній школі суддів України із збереженням розміру суддівської винагороди за основним місцем роботи та встановлених законом доплат (до цього тільки збереженням заробітку). Введено норму, що суддя повинен дотримуватися вимог щодо несумісності, визначених законодавством у сфері запобігання корупції (стаття 54).

Згідно зі статтею 55, додано перелік обов'язків судді: систематично розвивати професійні навички (уміння), підтримувати свою кваліфікацію на належному рівні, необхідному для виконання повноважень у суді, де він обіймає посаду; звертатися з повідомленням про втручання в його діяльність як судді щодо здійснення правосуддя до органів суддівського самоврядування та правоохоронних органів упродовж п'яти днів після того, як йому стало відомо про таке втручання. Вилучено норму про можливість нагородження судді до звільнення з посади державними або будь-якими іншими нагородами, відзнаками, грамотами, пов'язаними зі здійсненням ним правосуддя. У той же час введено єдиний виняток: суддя може бути нагороджений державними нагородами лише за проявлену ним особисту мужність і героїзм в умовах, пов'язаних із ризиком для життя.

У статті 56 текст присяги доповнено, зокрема суддя присягатиме Українському народові, а до участі в церемонії присяги судді запрошуються Голова Верховного Суду України, голова Ради суддів України, голова Вищої ради юстиції та голова Вищої кваліфікаційної комісії суддів України.

Відповідно до статті 57, вилучено норму про «комісію з питань суддівської етики». Натомість введено норму, що з метою встановлення відповідності рівня життя судді наявному у нього та членів його сім'ї майну і одержаним ними доходам стосовно судді проводиться моніторинг способу життя відповідно до закону. Інформація, отримана за результатами моніторингу, включається у суддівське досьє (до цього — особова справа судді).

Законом у статті 65 встановлено додаткові підстави, коли особа не може претендувати на посаду судді: якщо до такої особи, згідно із законом, застосовується заборона обіймати відповідну посаду; таку особу було раніше звільнено з посади судді за порушення присяги, порушення вимог щодо несумісності або у зв'язку із набуттям законної сили обвинувальним вироком, крім випадків визнання в судовому порядку протиправним рішення про звільнення з цих підстав або скасування обвинувального вироку суду.

Важливим елементом прийнятих змін виступає ґрунтовне посилення статусу Верховного Суду України в новій редакції Закону України «Про судоустрій і статус суддів», насамперед у статті 13, адже «висновки щодо застосування норм права, викладені у постановях ВСУ, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права». У той же час висновки щодо застосування норм права, викладені у постановях ВСУ, враховуються іншими судами загальної юрисдикції при застосуванні таких норм права. Суд має право відступити від правової позиції, викладеної у висновках ВСУ, лише з одночасним наведенням відповідних мотивів.

Визначальну роль ВСУ окреслено у статті 38 нормою, що ВСУ забезпечує єдність судової практики у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом. До цього формулювання було більш обмеженим: «забезпечення однакового застосування судами (судом) касаційної інстанції норм матеріального права».

Розширення повноважень ВСУ також полягає у можливості повноцінно здійснювати правосуддя, а не лише переглядати справи з підстав неоднакового застосування судами (судом) касаційної інстанції однієї і тієї ж норми матеріального права у подібних правовідносинах; здійснювати аналіз судової статистики, узагальнення судової практики; надавати висновки щодо проектів законодавчих актів, які стосуються судоустрою, судочинства, статусу суддів, виконання судових рішень та інших питань, пов'язаних із функціонуванням судової системи України; забезпечувати однакове застосування норм права судами різних спеціалізацій у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом.

У статті 39 вилучено посаду першого заступника Голови ВСУ. Введено додаткові вимоги для обрання суддею ВСУ: підтвердити за результатами кваліфікаційного оцінювання здатність здійснювати правосуддя у ВСУ; замість досвіду роботи суддею не менш ніж 15 років тепер може враховуватися наявність у претендента

наукового ступеня, отриманого до призначення на посаду судді, та стажу наукової діяльності у галузі права або науково-педагогічної діяльності у галузі права у вищому навчальному закладі або вищих навчальних закладах, що здійснюють підготовку фахівців освітнього ступеня «магістр», до призначення на посаду судді не менш ніж 15 років.

Голові ВСУ додано повноважень згідно зі статтею 41: представляти не лише суд, але й систему судів загальної юрисдикції; вносити на розгляд Пленуму подання щодо призначення секретарів палат. Введено обов'язок повідомляти не тільки Вищу кваліфікаційну комісію суддів України, а також і через веб-портал судової влади про наявність вакантних посад суддів у ВСУ у триденний (до цього десятиденний) строк з дня їх утворення.

У разі відсутності Голови ВСУ його повноваження здійснюватиме один із заступників Голови ВСУ за його визначенням (до цього перший заступник). У разі відсутності заступників адміністративні повноваження Голови ВСУ здійснює суддя, який має більший стаж роботи на посаді судді ВСУ (до цього один із заступників Голови ВСУ за його визначенням). Таким чином, належно врегульовано здійснення повноважень голови у випадку відсутності Голови ВСУ та всіх його заступників. У той же час введено обмеження на обрання Головою ВСУ не більш ніж на один строк (стаття 42).

У статті 45 повноваження судових палат ВСУ змінено зі «здійснюють судочинство у справах» на консти-туційне «здійснюють правосуддя». Додано повноваження здійснювати узагальнення судової практики. Вилучено норму, що секретарем судової палати може бути тільки заступник Голови ВСУ. Вилучено посаду заступника секретаря судової палати. Секретар судової палати ВСУ обиратиметься на посаду строком на п'ять років за поданням Голови ВСУ та звільнитиметься з посади Пленумом ВСУ більшістю голосів від загального складу Пленуму шляхом таємного голосування. Введено обмеження на обрання судді ВСУ секретарем судової палати не більш ніж на один строк. У разі відсутності секретаря судової палати його обов'язки виконує суддя палати, який має найбільший стаж роботи на посаді судді ВСУ.

Згідно зі статтею 46, до повноважень Пленуму ВСУ додано обрання з числа суддів ВСУ за поданням Голови ВСУ та увільнення від виконання обов'язків секретарів судових палат. Вилучено повноваження заслуховувати заступників Голови ВСУ про їхню діяльність (залишено тільки Голову ВСУ). Розширено повноваження стосовно надання висновків щодо проектів законодавчих актів, а саме тих, які стосуються судоустрою, судочинства, статусу суддів, виконання судових рішень та інших питань, пов'язаних із функціонуванням судової системи України (до цього лише щодо проектів, які стосуються діяльності ВСУ). Додано повноваження затверджувати Положення про Науково-консультативну раду при ВСУ та її склад, а також склад редакційної колегії офіційного друкованого органу ВСУ.

Зменшено строк повідомлення учасників засідання Пленуму про його день та час: не пізніше як за п'ять робочих днів (до цього десять днів) до засідання. Вилучено норму, що засідання Пленуму може вести голова організаційного комітету, створеного для проведення Пленуму ВСУ з питання висловлення недовіри Голові ВСУ, або його заступник. Введено норму, що постанови Пленуму ВСУ також розміщуються на веб-сайті Верховного Суду України (а не тільки публікуються в офіційному друкованому органі).

У статті 47 обмежено повноваження науково-консультативної ради при ВСУ, вона створюватиметься винятково для підготовки наукових висновків з питань діяльності ВСУ, підготовка яких потребує наукового забезпечення (до цього для попереднього розгляду проектів постанов Пленуму ВСУ стосовно надання висновків щодо проектів законодавчих актів та з інших питань діяльності ВСУ, підготовка яких потребує наукового забезпечення). Введено норму, що офіційний друкований орган ВСУ може видаватися в електронному вигляді.

Суттєву увагу при проведенні судової реформи потрібно приділити питанню перепідготовки суддів. Подану автором статті поправку в подальшому було сформовано в перехідних положеннях Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд» (Закон): введено норму про те, що у випадку непідтвердження за результатами первинного кваліфікаційного оцінювання можливості здійснення суддею правосуддя у відповідному суді, він відстороняється від здійснення правосуддя та направляється для перепідготовки до Національної школи суддів України із подальшим проведенням повторного кваліфікаційного оцінювання.

Судді дається додатковий шанс залишитися працювати відповідно до обраного фаху. Але непідтвердження можливості здійснення правосуддя у відповідному суді за результатами повторного кваліфікаційного

оцінювання є підставою для висновку Вищої кваліфікаційної комісії суддів про направлення рекомендації до Вищої ради юстиції для вирішення питання щодо внесення подання про звільнення судді з посади з підстав порушення присяги.

Для забезпечення формування кадрового потенціалу судової системи продовжує діяти Національна школа суддів, в якій здійснюється підготовка кандидатів на посаду судді, підготовка суддів і працівників апаратів судів. Напряму «перепідготовка суддів» на сьогодні немає, тож доцільним є внесення необхідних положень до актів, що регулюють діяльність Національної школи суддів, визначити строки перепідготовки та розробити відповідні навчальні програми.

Перехідними положеннями також передбачено проведення первинного кваліфікаційного оцінювання всіх діючих суддів з метою визначення їхньої здатності здійснювати правосуддя в тих судах, в яких вони працюють. Проведення оцінювання має забезпечити Вища кваліфікаційна комісія суддів, яка на своєму першому засіданні після набуття Законом чинності зобов'язана затвердити персональний склад кваліфікаційної і дисциплінарної палат (не менш ніж четверо членів у кожній).

Першочергово процедуру оцінювання, відповідно до графіка, встановленого Вищою кваліфікаційною комісією суддів України, проходитимуть судді, що подали заяву на обрання суддею безстроково, судді Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів упродовж шести місяців, а судді апеляційних судів упродовж двох років з дня набуття чинності Законом. Первинне кваліфікаційне оцінювання суддів місцевих судів, які склали присягу судді до набуття чинності Законом та відправляють правосуддя, проводиться у терміни, визначені Вищою кваліфікаційною комісією суддів України.

Судова система України особлива, суддів в Україні близько 10 тисяч, а тому процес оновлення суддівських кадрів триватиме кілька років.

У той же час нову редакцію Закону України «Про судоустрій і статус суддів» не оминув ряд проблемних моментів. Так, необхідно зауважити, що суттєве збільшення кількості заяв про перегляд, які надходитимуть до ВСУ, перешкоджатиме своєчасно розв'язувати одну з основних проблем судової системи — розгляд судової справи в розумні строки — і, як наслідок, збільшить кількість заяв у Європейському суді з прав людини. Згідно зі статтею 39, склад ВСУ залишиться без змін у кількості 48 суддів.

Крім того, у статті 147 передбачається встановлення для державного службовця, який працює у судах та посада якого віднесена до шостої категорії посад державних службовців, посадового окладу в розмірі 30 відсотків посадового окладу судді місцевого суду. Посадові оклади працівників апарату суду, посади яких віднесені до кожної наступної категорії посад державних службовців, устанавлюються з коефіцієнтом 1,3 пропорційно посадовим окладам працівників апарату суду, посади яких віднесені до попередньої категорії посад державних службовців.

З урахуванням того, що посадовий оклад судді місцевого суду має становити 15 мінімальних заробітних плат, посадові оклади службовців у судах становитимуть від чотирьох з половиною мінімальних зарплат для шостої до приблизно десяти для третьої та приблизно тринадцяти для другої категорії. Таким чином, для державних службовців, які працюють у судах, пропонується встановити посадові оклади, які втрое-вчетверо перевищують існуючі розміри посадових окладів державних службовців, які працюють в інших органах державної влади, що не може вважатися виправданим і справедливим. Згідно ж із попередньою редакцією Закону України «Про судоустрій і статус суддів» умови оплати праці, матеріально-побутового, медичного, санаторно-курортного і транспортного забезпечення працівників апарату суду визначалися на засадах, що встановлені для відповідної категорії працівників апаратів центральних та місцевих органів виконавчої влади.

На перший погляд видається цілком справедливою норма про включення до Єдиного державного реєстру судових рішень (Реєстр) усіх без винятку судових рішень судів загальної юрисдикції (зміни до статті 3 Закону України «Про доступ до судових рішень»). У той же час ця новація є дещо суперечливою, адже мета такого закону — забезпечення відкритості діяльності судів загальної юрисдикції, прогнозованості судових рішень та сприяння однаковому застосуванню законодавства (згідно з преамбулою Закону України «Про доступ до судових рішень»), а не надання будь-яким особам можливості відстежувати через Реєстр усі процесуальні рішення, прийняті судом під час розгляду конкретної справи. Доцільним було б для захисту інформації про

життя громадян впровадити перелік судових рішень, які не підлягатимуть внесенню до Реєстру (у справах щодо усиновлення, лікарської таємниці тощо).

З огляду на це включення до зазначеного Реєстру всіх без винятку судових рішень (навіть тих, якими справа не вирішується по суті) є не зовсім доречним. Доступ до електронного Реєстру в мережі Інтернет уже є ускладненим через технічні проблеми, а надалі фактично буде перевантажений величезною кількістю однакових за змістом «протокольних» рішень (наприклад, ухвалами про задоволення чи відмову у задоволенні того чи іншого клопотання учасників процесу), які загалом не впливають на кінцевий результат вирішення тієї чи іншої справи судом.

У ситуації, що склалася в Україні, нагальним також убачається створення військових колегій. Ця ініціатива автором статті подавалася у вигляді поправки до законопроекту «Про забезпечення права на справедливий суд», але не була врахована. Військові суди в Україні вже існували у мирний час, проте у 2010 році ліквідувалися, що було однією з вимог Венеціанської комісії. Проте нині, зважаючи на те, що в країні фактично відбуваються військові дії, потрібно повернути спеціалізацію військових суддів у судову систему. Необхідно хоча б на базі судів загальної юрисдикції створити військові колегії при судових палатах з кримінальних справ, адже військові злочини мають свою специфіку і їх повинні розглядати фахівці. У нас залишилося дуже багато фахівців колишніх військових судів, тому сформувати колегії буде неважко, а оскільки вони діятимуть не як окремі суди, а у складі існуючих, це не створить значного навантаження на бюджет.

Підсумовуючи викладене, варто наголосити, що нова редакція Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та внесені зміни до Закону України «Про Вищу раду юстиції» отримали загалом позитивну оцінку експертів у Спільному висновку Венеціанської комісії та Директорату з прав людини Генерального директорату з прав людини та верховенства права Ради Європи. (Редакційна правка: ця інформація отримана на момент публікації статті). Такий висновок складено 23 березня 2015 року за результатами засідання Європейської комісії за демократію через право, на якому, зокрема, обговорювалися питання законодавства України щодо люстрації, а також законодавчі зміни щодо судової реформи.

Зокрема, експертами було зазначено, що у цілому Закон видається послідовним, добре складеним і, здається, у багатьох пунктах слідує попереднім рекомендаціям Венеціанської комісії. Зміцнення ролі Верховного Суду України як гаранта єдності судової практики, підкреслення формального характеру ролі Президента України в призначенні суддів на випробувальний термін, введення переліку підстав для відповідальності за «порушення присяги» для того, щоб виключити занадто широкий спектр свободи розсуду дисциплінарних органів, введення шкали санкцій з дисциплінарної відповідальності, що дозволяють застосування санкцій пропорційним способом, і докладні положення щодо кваліфікаційного іспиту суддів перед їхнім безстроковим призначенням або підвищенням кар'єрними сходами є прикладами поліпшень у зміненому Законі.

Однак, на думку експертів, залишаються деякі важливі питання, які мають бути вирішені як на конституційному, так і на законодавчому рівні:

- у рамках більш всеосяжної політики можна було б передбачити більш поблажливі положення про використання в судах іншої мови, окрім української;
- повноваження Президента України приймати рішення про переведення суддів без конкурсу в разі реорганізації або ліквідації судів повинні обмежуватися суддями з районів, які не знаходяться під контролем уряду;
- незважаючи на бажання влади усунути некомпетентних і корумпованих представників судової влади з посад, якщо це має відбутися, то справедливим і пропорційним чином, не завдаючи шкоди незалежності судової влади. Таким чином, кваліфікаційне оцінювання, передбачене в статті 6 Перехідних положень, потрібно детальніше розглядати в більш самостійному правовому положенні, а також передбачити відповідні гарантії. Правові наслідки непроходження оцінювання необхідно привести у відповідність до європейських стандартів. Це положення також треба узгодити з процедурою люстрації.

На думку Венеціанської комісії та Директорату, найсерйозніші проблеми, що стосуються незалежності судової влади в Україні, знаходяться в конституційних положеннях, а не в Законі «Про судоустрій і статус суддів». Для проведення ефективної судової реформи в Україні, яка відповідатиме європейським стандартам, необхідно внести зміни до Конституції, зокрема:

- потрібно виключити роль Верховної Ради України в призначенні суддів на посади безстроково та їх звільненні;
 - склад Вищої ради юстиції треба змінити таким чином, щоб гарантувати, що значну її частину або більшість складатимуть судді, обрані своїми колегами;
 - компетенцію Верховної Ради України в знятті імунітету з суддів необхідно виключити (наразі приймаються відповідні зміни до Конституції);
 - повноваження Президента України щодо утворення й ліквідації судів треба видалити з Конституції.
- Це, швидше, потрібно розглядати як законодавче питання.

Також експерти вітають утворення Конституційної комісії згідно з Указом Президента та підтверджують свою готовність і надалі надавати українській владі допомогу, яка може знадобитися в удосконаленні законодавства та Конституції щодо положень, які стосуються судової системи й статусу суддів.

СУДОВА РЕФОРМА: НАСТУПНІ КРОКИ



ОЛЕКСІЙ ФІЛАТОВ

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

Перш за все, дякую організаторам цього заходу за запрошення і за честь виступати перед такою поважною професійною аудиторією. Завжди приємно скористатися нагодою обговорити з колегами і професійною спільнотою суддів, практикуючих юристів та адвокатів ці нагальні й найактуальніші питання у сфері правосуддя, які нині стоять перед Україною.

Завтра у Венеції відбудуватиметься засідання Європейської комісії за демократію через право, одним із питань порядку денного якого буде проведення судової реформи в Україні, зокрема надання висновків Венеційської комісії щодо Закону «Про забезпечення права на справедливий суд». Як ви знаєте, цим Законом нинішнього року було започатковано судову реформу на виконання стратегії, яку розробила Рада з питань судової реформи.

Рада з питань судової реформи — це орган, створений при Президентові у жовтні минулого року, який об'єднує дуже широке коло правників з різних секторів юридичної спільноти (суддів, адвокатів, науковців та експертів, представників органів суддівського самоврядування тощо). Мета цього органу — не тільки розробити пакет законопроектів, який дозволить здійснити необхідні кроки на шляху судової реформи, але, перш за все, врахувати якнайбільшу кількість думок, позицій різних представників правничої спільноти й знайти консенсус для того, щоб визначити єдино правильний шлях реформування судової системи в Україні.

У рамках тієї стратегії, яку розробила Рада з питань судової реформи, був внесений до парламенту і прийнятий законопроект «Про забезпечення права на справедливий суд», яким внесено зміни до десятка законодавчих актів. Закон набув чинності 28 березня цього року, але деякі положення набули чинності вже наступного дня за днем опублікування. І цей Закон є першим, але досить суттєвим кроком у межах тих заходів, які плануються здійснити в рамках реформи.

Залишається актуальним питання змін до Конституції. Найскладніші проблеми лежать саме в цій площині. І тут за логікою, звичайно, необхідно було б (якби це було можливим) поставити питання про внесення змін до Конституції на перший план, тобто спочатку внести зміни до Основного Закону, вирішити принципові питання, які стосуються системи правосуддя, а потім переходити до змін законодавчих актів. Але коли це питання обговорювалося у жовтні минулого року, одним із найголовніших його аспектів було, чи можемо ми дозволити собі витратити той час, який необхідний для проведення складного не тільки правового, але й політичного процесу внесення змін до Конституції, і не робити ніяких інших кроків для розв'язання нагальних проблем протягом цього часу, який оцінювався тоді, як приблизно 10—12 місяців. І тепер оцінюється приблизно так само. Якщо ми працюватимемо ефективно, ми вийдемо на зміни до Конституції десь у вересні цього року.

І відповідь, яку ми собі дали, — ми не можемо дозволити собі витрачати час. Є досить велика кількість питань і проблем, які можуть бути вирішені без змін до Конституції, і саме для розв'язання цих проблем був розроблений і прийнятий Закон «Про забезпечення права на справедливий суд». Безумовно, зміни до Конституції залишаються актуальними, і цей процес є паралельним етапом проведення реформи.

Які основні досягнення ми можемо виділити в прийнятому Законі «Про забезпечення права на справедливий суд»? По-перше, одне з головних завдань, яке вирішувалося в цьому Законі, — це забезпечення незалежності, безсторонності, неупередженості суддів. І головне, що було зроблено, — вдосконалено порядок призначення судді на посаду, забезпечено максимальну, як на мене, прозорість і публічність цих процедур.

По-друге, змінено порядок призначення та переведення суддів до інших судів. І перша, і друга процедури здійснюються виключно на конкурсних засадах, а головну роль у них відіграють Вища кваліфікаційна комісія суддів та Вища рада юстиції. Усі інші державні органи, які мають до цього відношення — Верховна Рада України та Президент України, — виконують лише церемоніальні функції і не мають змоги відступити від рішень, що приймаються Вищою кваліфікаційною комісією суддів та Вищою радою юстиції.

По-третє, визначено детальний перелік підстав звільнення суддів з посад та притягнення їх до дисциплінарної відповідальності, таким чином, щоб, з одного боку, система дисциплінарної відповідальності була адекватною та забезпечувала відповідність покарання вчиненому правопорушенню, а з іншого — не могла використовуватися як інструмент політичного впливу чи політичної розправи над суддями.

Удосконалено також механізми запобігання втручанню в діяльність суддів. Одним із нововведень є обов'язок судді повідомляти про будь-які спроби втручання в його діяльність чи прийняття рішення у відповідній справі. До речі, порушення цього обов'язку є підставою для дисциплінарної відповідальності судді.

Що необхідно зробити в цьому аспекті з урахуванням запланованих змін до Конституції України? По-перше, запровадити призначення судді безстроково, без будь-яких початкових чи випробувальних термінів. По-друге, реформувати Вищу раду юстиції та виконати ті рекомендації, які неодноразово надавала Венеціанська комісія щодо принципу формування цього органу з числа суддів, які мають складати більшість і обиратися самими суддями, а не призначатися державними органами.

Другий великий блок у Законі — це професійний рівень суддів. Законом запроваджено механізм, відповідно до якого кар'єра судді залежить виключно від його професійного зростання; суддя зобов'язаний підтримувати та постійно підвищувати свій професійний рівень. Запроваджено також процедуру кваліфікаційного оцінювання суддів на підставі визначених Законом критеріїв.

Для певної частини суддівського корпусу ця процедура може видаватися обтяжливою. Проте це рішення приймалося свідомо, і ми всі розуміємо, що певне специфічне ставлення, яке існує нині в українському суспільстві до суддівського корпусу, має як суб'єктивні, так і об'єктивні чинники. На жаль, є багато фактів, які свідчать про те, що не всі представники суддівського корпусу відповідають тим стандартам, які очікує суспільство від суддів.

Завдання, яке зараз стоїть, у тому числі й для відновлення довіри до суддівського корпусу, до системи і до правосуддя в українському суспільстві в цілому, — це відокремити тих суддів, які чесно, професійно, сумлінно виконують свої обов'язки, від тих суддів, які знаходяться в судовій системі, переслідуючи інші цілі. Іншого адекватного механізму, який забезпечував би досягнення цієї мети, незважаючи на дуже тривалі обговорення цього питання як у професійному колі, так і в широкій публічній площині, запропоновано не було. Були різні ідеї, починаючи з того, що всіх суддів необхідно звільнити, як пропонували деякі політичні діячі, але в даному випадку я просто за браком часу не буду дуже довго викладати про історію цього питання.

На думку членів Ради з питань судової реформи, був знайдений оптимальний механізм, який дозволяє не застосовувати до суддів невинувато «огульні» підходи, і не робити так, щоб від діяльності лише деяких представників судової влади страждав увесь суддівський корпус, але все ж таки запровадити таку процедуру, яка дозволить суддям підтвердити свою відповідність встановленим законом критеріям і очікуванням українського суспільства, а також європейським стандартам та практиці. З іншого боку, цей механізм не дозволяє судовій системі залишитися в тому незадовільному для суспільства стані, в якому вона сьогодні знаходиться.

Що ж необхідно зробити додатково у межах конституційного процесу в питаннях невідповідності професійного рівня суддів? По-перше, потрібно збільшити віковий ценз для суддів. Є пропозиція, щоб суддя чи кандидат на посаду судді, який може претендувати на цю посаду, був не молодший 30 років. Ця пропозиція є слушною. Також потрібно переглянути вимоги до професійного стажу кандидатів у бік збільшення, а саме: не менш ніж п'ять років професійного стажу, з яких не менш ніж три роки кандидат має пропрацювати на посаді помічника судді або адвоката.

Третій великий блок — це відповідальність суддів. Законом удосконалено порядок здійснення дисциплінарного провадження щодо судді. Зокрема, Закон унеможливує участь особи, яка здійснює перевірку щодо суддів, у прийнятті рішення про притягнення до відповідальності. Окрім того, закріплено принцип змагальності при розгляді дисциплінарної справи, диференційовано види дисциплінарних стягнень, встановлено вичерпний перелік підстав для притягнення до дисциплінарної відповідальності.

Також була ідея, яку, на жаль, нам не вдалося втілити в цьому Законі, — запровадження механізму, який дозволив би уникнути зловживання права на дисциплінарну скаргу. Пропонувалося, щоб таким правом були наділені лише адвокати або прокурори, тобто суб'єкти, які також можуть нести дисциплінарну відповідальність у разі зловживання такою скаргою.

Що ми зараз бачимо у діяльності Вищої кваліфікаційної комісії суддів, яка розглядає такі скарги? З урахуванням повторних скарг їх накопичилося близько 13 тисяч. Велика частина цих скарг, як свідчить практика, являє собою повторення апеляційної чи касаційної скарги, коли особа не згодна зі змістом рішення, але не має своїм предметом саме дисциплінарний проступок судді. Велика кількість цих скарг спрямована на те, щоб створити судді певний дискомфорт при розгляді справи, яка перебуває в процесі розгляду і рішення щодо якої ще не винесено.

Є й інші недоліки, які свідчать про те, що мають місце досить розповсюджені зловживання правом на дисциплінарну скаргу. Над цим питанням ще потрібно працювати таким чином, щоб ті скарги, які за своєю суттю не є дисциплінарними скаргами, відсікалися. Ті скарги, де суб'єкт оскарження використовує скаргу як інструмент тиску на суддю, також не розглядалися ВКС України. Наразі ж у Законі залишене право громадянина подавати таку скаргу самостійно. Думаю, що ми повернемося до цього питання пізніше.

У межах Конституції потрібно також змінити норму про надання згоди на вжиття запобіжних заходів при притягненні судді до відповідальності у вигляді затримання або арешту. Звичайно, що будь-який політичний елемент із цього процесу має бути виключений, тому така згода не має надаватися Верховною Радою, яка є політичним органом. Вирішення цього питання має бути передано до компетенції Вищої ради юстиції.

Законом «Про забезпечення права на справедливий суд» запроваджені досить суттєві нормативні зміни щодо Вищої ради юстиції та Вищої кваліфікаційної комісії. По-перше, зроблено максимально прозорим процес формування цих органів. Інформація щодо кандидатів на посади членів цих органів має публікуватися завчасно, таким чином, щоб будь-які особи, які мають відношення до виборів чи призначення цих осіб, володіли повним обсягом інформації щодо відповідності того чи іншого кандидата не тільки технічним вимогам законодавства щодо наявності стажу, віку тощо, але й щодо відповідності цих осіб вимогам, які ставить антикорупційне законодавство, відповідності цих осіб високим морально-етичним критеріям. Запроваджено також принцип несумісності посад членів ВККС України та ВРЮ з будь-якою іншою діяльністю таким чином, щоб будь-який конфлікт інтересів у діяльності цих органів був унеможливлений.

У рамках конституційного процесу стоїть питання про об'єднання цих органів в один, який відповідав би за всі питання: формування суддівського корпусу, в тому числі призначення та звільнення суддів з посад, нагляд за діяльністю суддів і вирішення питань дисциплінарної відповідальності.

Не менш важливим питанням є структура судової системи. Законом запроваджена можливість оптимізації структури, створення міжрайонних судів, укрупнення апеляційних округів, але наріжним каменем у цьому питанні є співвідношення ролі Верховного Суду і вищих спеціалізованих судів. Це одне з найскладніших питань, яке стоятиме в межах конституційної реформи в частині реформи судоустрою. І я зараз не буду адвокатувати ту чи іншу точку зору. Шлях вирішення цього питання має враховувати як стратегічні завдання, які стоять перед судовою системою, в тому числі з огляду на рекомендації європейських експертів, так і поточну ситуацію в судовій системі, практичні аспекти реалізації цих нововведень.

Справді, у багатьох країнах Європи є триланкова судова система, і це нормальна, перевірена часом, історією, практикою правозастосування система для унітарної держави. Але при цьому є певні особливості поточного стану правосуддя в Україні, порівняно з тим станом правосуддя, який існує в європейських державах. Наведу лише один приклад для ілюстрації своєї думки — в Сполученому Королівстві Великобританії та Північній Ірландії діє триланкова судова система. Верховний Суд є найвищим у цій системі. Він вирішує найбільш принципові, прецедентні з урахуванням особливостей правової системи цієї країни справи, задаючи кожному своїм рішенням напрям подальшого розвитку судової практики. Саме таку роль мав би виконувати Верховний Суд України. Проте при цьому Верховний Суд Сполученого Королівства розглянув за 2013 рік, наприклад, 83 справи!

У нас суди касаційної інстанції розглянули у 2013 році близько 200 тисяч справ. Виникає питання: чи можемо ми перейти до триланкової судової системи сьогодні? Чи буде такий суд, який розглядає 200 тисяч справ, відповідати завданню Верховного Суду України — такому, яке стоїть перед верховними судами чи судами касаційної інстанції європейських країн? На мою думку, перехід на триланкову систему — це правильне стратегічне завдання. Але, власне, цей перехід може бути здійснений лише тоді, коли кількість справ, що надходять до суду касаційної інстанції, буде дозволяти Верховному Суду виконувати ті завдання, які в європейській практиці, відповідно до європейських стандартів, стоять перед Верховним Судом, а саме: вирішувати прецедентні справи, задавати напрями розвитку практики, вирішувати найважливіші для формування цієї практики питання. Таким чином, Верховний Суд зможе виконувати притаманну йому природну функцію. Безперечно, що саме в цьому напрямі нам і потрібно рухатися.

До речі, дуже багато кроків уже зроблено в Законі, який був прийнятий та вже набув чинності. Змінами як до Закону «Про судоустрій і статус суддів», так і до процесуальних кодексів Верховному Суду було передано питання щодо самостійного вирішення питання допуску справи до провадження, щодо перегляду рішення відповідного суду касаційної інстанції з правом надавати оцінку й рішенням суду першої та апеляційної інстанцій.

Запроваджено також обов'язковість висновків Верховного Суду для всіх без винятку суб'єктів владних повноважень. Запроваджено принцип необхідності врахування правових висновків Верховного Суду судом будь-якої інстанції при винесенні рішення. Якщо суддя має намір відступити від правового висновку Верховного Суду, він має обов'язок окремо обґрунтувати мотиви такого відступлення з посиланням на специфіку цієї конкретної справи.

Також запроваджено механізм погодження правових позицій між палатами Верховного Суду. На жаль, непоодинокими є випадки, коли різні палати Верховного Суду застосовують одні й ті самі норми права по-різному. Це не сприяє формуванню єдиної судової практики. Механізм, який передбачено Законом, дозволить уникати таких ситуацій.

Інший і, напевно, останній блок, який вирішується в Законі «Про забезпечення права на справедливий суд», але над яким нам необхідно буде продовжити роботу, це — фінансування судової системи. Що зроблено? Одне з найголовніших досягнень, незважаючи на дуже складний політичний процес, який супроводжував цю роботу, — збереження спеціального фонду державного бюджету і принципу його формування за рахунок надходження від судового збору, а також принципу використання цих надходжень виключно на потреби судової гілки влади. Додатково необхідно вирішити питання про поступове збільшення суддівської винагороди, посилення ролі органів суддівського самоврядування в бюджетному процесі, зокрема врахування позиції Ради суддів при вирішенні питання щодо фінансування судів, формування відповідних бюджетних призначень, а також підвищення розміру ставок судового збору в майнових спорах, що дозволить забезпечити підвищення рівня фінансування судової системи, з одночасним обов'язковим збереженням доступності правосуддя для малозабезпечених громадян.

Коротко зупинюся також на деяких наступних блоках роботи з проведення реформи. Наприклад, зміни до процесуального законодавства. Основні питання, які розглядатимуться в межах цього блоку, — це ефективність судового процесу, починаючи з питання чіткого розмежування юрисдикції судів різних спеціалізацій (адміністративних, господарських і загальних), ефективні механізми запобігання зловживанню процесуальними правами, дотримання стадійності судового процесу й розумних строків судового розгляду, розширення та підсилення ролі альтернативних способів вирішення спорів, питання групових (або «класових») позовів й інші питання, які дадуть змогу зменшити навантаження на судову систему. Крім того, окремим великим блоком є запровадження системи електронного правосуддя.

Також окремо необхідно вирішити низку питань щодо усталення принципу правової визначеності, остаточності судових рішень, і в цьому блоці необхідно, серед іншого, удосконалити процедуру перегляду судових рішень за нововиявленими обставинами, розумно обмеживши, напевно, використання цього інституту для того, щоб сторони спору на певному етапі могли чітко розуміти, що справа є остаточно вирішеною.

Те саме стосується й удосконалення інституту передачі справи на новий розгляд касаційною інстанцією. Ми маємо нарешті якщо не покласти край, то принаймні вжити заходів для того, щоб стали унікальними випадки, коли справа по декілька «кіл» розглядається роками у судах різних інстанцій.

Також стоїть питання про вдосконалення інституту об'єднання проваджень у справах, які стосуються пов'язаних вимог або пов'язаних обставин. Тут ми повертаємося до класових або групових позовів, питання однакового застосування норм права на підставі тих новацій, які були вже запроваджені Законом і потребують додаткового розвитку. І не менш важливим є питання гармонізації та уніфікації норм процесуального права в цивільному, господарському та адміністративному процесах, гармонізації цих норм відповідно до стандартів країн — членів Європейського Союзу.

Удосконалення законодавства щодо виконавчої служби, адвокатури, прокуратури, безоплатної правової допомоги також є наступними етапами роботи в рамках судової реформи.

На завершення скажу таке. У контексті судової реформи є дуже багато питань і дуже багато думок щодо їх вирішення у той чи інший спосіб. Це нормально, коли в юридичній, як і в будь-якій професійній спільноті, є різні думки щодо розв'язання проблем будь-якого ступеня принциповості — від засадничих до технічних. Звичайно, головна мета, яка стоїть перед нами в процесі судової реформи, почути та максимально врахувати ці думки і досягти консенсусу як у правничій спільноті, так і в суспільстві щодо пріоритетів, засобів та порядку проведення реформи.

І хоча коло членів Ради з питань судової реформи є визначеним, це зовсім не означає, що винятково її члени мають вирішувати всі ці питання. Мета Ради — максимально врахувати думки представників правничої спільноти. Тому я запрошую всіх колег, хто відчуває у собі сили й має бажання зробити внесок у реформування судової гілки влади, ділитися своїми ідеями, напрацюваннями та пропозиціями. Робочі групи при Раді

з питань судової реформи не є закритими, і я сподіваюся та буду вдячний за вашу активну участь і внесок у здійснення справжньої судової реформи — складний, але важливий і найактуальніший для нашої країни сьогодні процес.

ПИТАННЯ ВЗАЄМОДІЇ МІЖ СУДАМИ РІЗНИХ ЮРИСДИКЦІЙ: НАПРАЦЮВАННЯ ЄДИНОЇ ПРАКТИКИ



БОГДАН ЛЬВОВ

голова Вищого господарського суду України

Кожна держава, незалежно від форм правління і державного устрою, ставить за мету побудову єдиної судової системи, яка гарантувала б єдність судової практики і стабільність розвитку суспільства.

У вересні минулого року Президент України Петро Порошенко представив «Стратегію реформ-2020». Серед передбачених Стратегією реформ пріоритетними та першочерговими названо антикорупційну і судову реформи.

Слова не мають розходитися з ділом, і вже за кілька днів набуває чинності нова редакція Закону України «Про судоустрій і статус суддів» згідно із Законом України «Про забезпечення права на справедливий суд», ініційованим Президентом України наприкінці минулого року і підтриманим парламентом 12 лютого цього року.

Оновлений Закон є лише першим кроком на шляху реалізації в Україні повномасштабної судової реформи. Отже, Україна визнає пріоритетним продовження судової реформи, спрямованої на утвердження принципів

верховенства права і гарантування права кожного на незалежний і справедливий суд — основоположних загальноєвропейських стандартів дотримання демократичних засад організації влади.

Як зазначала Європейська комісія «За демократію через право» (Венеціанська комісія), концепція верховенства права разом із концепціями демократії та прав людини утворюють три стовпи Ради Європи. Європейські експерти, окреслюючи головні аспекти поняття «верховенство права», називають серед них доступ до правосуддя та принцип правової визначеності, який вважається найважливішим для забезпечення довіри до судової системи та до верховенства права. Наявність конфліктуючих рішень судів може суперечити принципу правової визначеності. Тому за європейськими стандартами вимагається, аби суди, особливо верховні (це також стосується вищих спеціалізованих судів), створювали такі механізми, які дозволяли б уникати конфліктів та забезпечили б послідовність своєї практики (пункти 1, 44, 50 Доповіді Венеціанської комісії щодо верховенства права від 4 квітня 2011 року № 512/2009).

У зв'язку з цим приємно відзначити, що в Законі України «Про забезпечення права на справедливий суд» приділено окрему увагу механізмам забезпечення єдності судової практики та єдності судової системи в цілому, а також збережено такі важливі конституційні засади побудови судової системи, як принципи територіальності, спеціалізації та інстанційності, самостійності та доступності суду.

На нашу думку, одним із основних позитивів нового Закону є те, що, незважаючи на окремі думки і заклики, його автори та законодавці все ж утрималися від спокуси піти шляхом показових кардинальних структурних змін через ліквідацію чи то системи господарських судів, чи то вищих спеціалізованих судів.

Питання про найбільш оптимальну судову систему, справді, вкрай важливе як для ефективності функціонування судової системи, так і для держави в цілому. Проте тут немає єдиного зразка, на який могла б орієнтуватися Україна, адже в більшості європейських держав ці питання вирішуються по-різному.

Принципово, що європейські вимоги зосереджені не на побудові судових систем, а на результатах їх функціонування. Як роз'яснював Європейський суд з прав людини, 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 проведення оцінки є те, чи було досягнуто результату, передбаченого Конвенцією. Для цього існуючі у внутрішньому законодавстві засоби мають бути ефективними (пункт 30 рішення Європейського суду з прав людини у справі «Колоцца проти Італії» від 12 лютого 1985 року). Тож у держав є власний вибір стосовно того, в який спосіб досягти результативності, ефективності системи правосуддя і яких найбільш доцільних та оптимальних заходів для цього вжити.

У формуванні судової системи України враховано міжнародні стандарти здійснення правосуддя незалежним і безстороннім судом, забезпечення доступу до правосуддя та гарантій судового захисту, а також міжнародний досвід з децентралізації судової влади шляхом створення окремих спеціалізованих судів з різних судових юрисдикцій, у тому числі й на рівні вищих судових інстанцій.

В основу інстанційного розмежування національних судів покладено функціональність, тобто суд кожної інстанції виконує свою особливу функцію. При цьому Верховний Суд України посідає особливе місце в судовій системі як найвищий судовий орган.

У зв'язку з цим приємно відзначити про спільність позицій членів Ради з питань судової реформи, якими готувалися пропозиції до проекту Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд», стосовно необхідності посилення ролі Верховного Суду України, розширення його повноважень як найвищого судового органу в системі судів загальної юрисдикції. Відтепер усі питання допуску справ до провадження Верховного Суду України вирішуватиме саме Верховний Суд України, адже він є найвищим судовим органом і повинен самостійно визначати, які справи йому варто розглядати.

Особливий статус Верховного Суду України проявляється у виконанні особливої функції, яку не виконує жоден інший суд будь-якої інстанції, — забезпечення єдності судової системи. Його головним завданням є забезпечення однакового застосування судами норм законодавства. Процесуальні форми реалізації цієї функції визначаються законом і спрямовуються на забезпечення єдності судової практики та єдності національної судової системи в цілому.

Це особливо актуально в умовах нестабільності законодавства, що притаманно Україні, а також глобальних процесів ускладнення законодавчого врегулювання суспільних правовідносин.

Щодо ускладнення правового регулювання варто зазначити, що невблаганний розвиток відносин, розширення законодавчої бази, яка регламентує ці правовідносини, об'єктивно є причиною запровадження і поглиблення спеціалізації судів і суддів. Ми живемо в такий час, коли суддя не може бути глибоко кваліфікованим фахівцем абсолютно з усіх питань, віднесених до компетенції суду.

Тому на практиці саме спеціалізація гарантує підвищення якості та ефективності діяльності судів, надає додаткові гарантії справедливого правосуддя, оскільки дає змогу суддям зосередитися на певній категорії справ, сприяє поглибленню їхніх знань з окремих галузей законодавства та практики його застосування, підвищенню їх професіоналізму.

Доцільність існування спеціалізованих судів, покликаних вирішувати окремі категорії спорів, підтверджує і міжнародний досвід, який свідчить про значну розмаїтість і вузьку специфіку спеціалізованих судів залежно від важливості тієї чи іншої групи питань для цієї держави в конкретний період. Тому в Європі значно більше країн, що мають велику кількість спеціалізованих судів.

Спеціалізація судів в основному існує у сфері застосування адміністративного, господарського (комерційного, торгового, фінансового, патентного), сімейного, трудового права та у сфері розгляду окремих категорій кримінальних справ (наприклад, злочини, вчинені неповнолітніми, посадовцями, дрібні кримінальні злочини) тощо.

Визначаючи критерії, на які повинна орієнтуватися держава у виділенні категорії справ в окрему юрисдикцію, необхідно зважати на те, що критерії для класифікації судів у контексті спеціалізації можуть бути різними залежно від наявних у суспільстві потреб, історичних тенденцій розвитку судових органів, необхідності посиленого захисту тих чи інших правовідносин тощо.

Наявність спеціалізованих судів в Україні також зумовлена об'єктивною необхідністю.

Як суддя господарської юрисдикції скажу, що створення господарських судів стало логічним наслідком розвитку економічних відносин і необхідності оперативного захисту прав та законних інтересів суб'єктів господарювання шляхом вирішення спорів, що виникають у такій специфічній сфері, як здійснення господарської діяльності, із забезпеченням простоти й ефективності такого вирішення.

Окрім особливої сфери правовідносин, на захист яких спрямована діяльність господарських судів, провадженню у господарських справах притаманні певні процесуальні особливості, завдяки яким створюються оптимальні умови для розв'язання конфліктних господарських ситуацій. Такі особливості забезпечують оперативність, економність та гнучкість процедури розгляду справ.

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

Оперативність судового розгляду досягається і тим, що в господарському процесі доказування ґрунтується насамперед на документальному підтвердженні обставин справи, що є елементом документальної дисципліни в господарських правовідносинах. Це також спонукає підприємців до впорядкування та вдосконалення документального регулювання своїх відносин і, відповідно, сприяє зміцненню законності та прозорості ведення бізнесу, створенню сприятливого інвестиційного клімату.

Свою предметну сферу вирішення справ та необхідний для цього особливий процесуальний інструментарій мають адміністративні суди, розглядаючи спори у публічно-правовій сфері і захищаючи особу та її права перед більш сильним суб'єктом правовідносин — державою. Відповідно, вітчизняним процесуальним законодавством визначено специфіку адміністративного судочинства, особливі процесуальні механізми вирішення справ, процесу доказування.

В Україні до створення адміністративних судів не було у завершеному вигляді правового захисту фізичних осіб у відносинах з адміністративними органами.

Чимало науковців вважають, що принцип спеціалізації повинен сприйматися й стосовно загальних судів, що розглядають цивільні та кримінальні справи, а не лише стосовно адміністративних і господарських. Тобто загальні суди також варто вважати спеціалізованими (Роман Куйбіда. Організація і розвиток сучасної судової системи України, 2007). Проте в Україні розділяти працюючу систему загальних судів на дві самостійні судові системи — цивільні й кримінальні суди — принаймні нині неможливо та недоцільно.

Поділ загальної юрисдикції на окремі види спеціалізованих юрисдикцій, залежно від особливостей предмета судових спорів та обумовленого цими особливостями виду судочинства, має на меті поліпшити якість та оперативність вирішення спорів.

Водночас розгалуженість судових юрисдикцій вимагає від держави і судів запровадження механізмів забезпечення єдності судової практики, прогнозованості правозастосування, що є невід'ємною складовою принципів верховенства права і правової визначеності.

З цією метою, як відомо, пленуми вищих спеціалізованих судів доклали чимало зусиль для прийняття Регламенту спільних засідань пленумів вищих спеціалізованих судів. Планується, що такі спільні засідання пленумів проводитимуться з метою забезпечення однакового застосування судами відповідних юрисдикцій норм матеріального та процесуального права, єдності судової практики з окремих категорій справ, розмежування підвідомчості справ між судами різних юрисдикцій, а також прийняття спільного рішення про звернення до Верховного Суду України про направлення конституційного подання щодо конституційності законів та інших правових актів, щодо офіційного тлумачення Конституції і законів України, вирішення інших питань.

Проводиться постійна робота з узгодження правових позицій, що наводяться в постановках пленумів вищих спеціалізованих судів.

Проте переконаний, що ключову роль у забезпеченні єдності судової практики, безперечно, має відігравати Верховний Суд України. З набуттям чинності Законом України «Про забезпечення права на справедливий суд» його повноваження суттєво розширено.

Так, є певна необхідність у вирішенні питань підвідомчості розгляду судами справ. В Україні поки що немає якогось спеціального органу з вирішення юрисдикційних конфліктів на кшталт Трибуналу з конфліктів (як у Франції) чи Сенату вищих судів (як у Німеччині), який мав би право поставити остаточну крапку в питаннях розмежування юрисдикцій. До того ж створення в нашій державі такого спеціального суду з «колізій» не варто вважати доцільним.

На відповідну компетенцію Верховного Суду України в нашій державі, де створено і функціонують три різних юрисдикцій, очолювані трьома вищими спеціалізованими судами, свого часу прямо вказувала Венеціанська комісія у Висновку до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» 2010 року (пункт 28).

Також об'єктивно мають право на існування та обговорення пропозиції, пов'язані із запровадженням інститутів преюдиційного запиту, консультативних висновків. Однак, визначаючи конкретні законодавчі механізми їх запровадження та реалізації, варто зважати на конституційну компетенцію, насамперед, парламенту як нормотворчого органу та Конституційного Суду України як єдиного органу, повноважного надавати офіційне тлумачення норм права. Тому справедливими є застереження науковців і практиків щодо преюдиційного запиту та умов його ефективної роботи: необхідності чіткого визначення підстав для такого запиту, його об'єкта і предмета, суб'єктів і порядку ініціювання, процесуальних наслідків для конкретної судової справи, форми і статусу висновку.

Сьогодні цікаво, як складеться практика реалізації вищими судами права звернення до Європейського суду з прав людини з клопотанням про надання консультативних висновків, звичайно, після імплементації до нашого законодавства положень на розвиток підписаного Україною у червні минулого року Протоколу № 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Вищим господарським судом України підтримано позицію Міністерства юстиції України щодо визначення Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів суб'єктами такого звернення. Цей підхід зміцнить взаємодію між Європейським судом з прав людини та вищими судовими органами України, створить додаткові гарантії забезпечення права кожного на розгляд його справи незалежним і безстороннім судом.

І, нарешті, незалежно від імплементації у діяльність судів нових механізмів забезпечення єдності судової практики і гарантування принципу правової визначеності, варто також одночасно аналізувати та вдосконалювати наявні в чинному процесуальному законодавстві механізми реагування судів, насамперед місцевих та апеляційних, на випадки виявлення неоднозначного розуміння норм права, процесуального реагування на ознаки їх неконституційності для того, щоб забезпечити, з одного боку, законність і справедливість рішень судів, а з іншого — розгляд справ у розумні строки, як це вимагається статтею 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, і, як наслідок, довіру суспільства до судових рішень і судів.

СУДОВА РЕФОРМА: ПОГЛЯД АДВОКАТА, КРИТЕРІЇ ЕФЕКТИВНОСТІ СУДОВОЇ СИСТЕМИ



АННА ОГРЕНЧУК

керуючий партнер LCF

Сьогодні всі говорять про судову реформу, навіть стало вважатися моветоном оминати цю тему в професійній і непрофесійній розмові.

Однак проблемою залишається те, що не всі можуть відповісти на запитання, якою має бути судова система, щоб задовольнити суспільство? Справедливою? Незалежною? Так, звісно. Але чи у всіх збігаються думки щодо змісту цих категорій? На жаль, кожен вкладає в них свій зміст.

Я ж намагатимуся розглянути судову систему з більш об'єктивного боку, а саме: з точки зору її впливу на економіку держави в цілому, на основі чого визначити критерії її ефективності.

Вплив судової системи на економіку держави є надзвичайно суттєвим, адже якісна судова система забезпечує:

- розвиток фінансових та кредитних ринків;
- розвиток конкуренції через своєчасне виконання контрактів та через стимулювання укладання договорів з контрагентами без підтвердження репутації;
- збільшення залучених інвестицій;
- застосування інноваційних технологій.

Саме тому світові лідери в процесі конкуренції за інвестиції і, звісно, краще життя громадян дійшли висновку, що ефективна економіка неможлива без ефективної системи правосуддя.

На мою думку, саме через призму економічної суті впливу судів на суспільство має відбуватися їхнє реформування, інакше така судова реформа не має майбутнього.

Якою ж має бути судова система, щоб відповідати та впливати на ефективність економіки? З точки зору системи, яка підтримує нормальне функціонування ринків, експерти виділяють три фактори:

- швидкість винесення судового рішення;
- доступність послуг правосуддя;
- передбачуваність судових рішень.

Ці параметри є достатньо об'єктивними, адже можуть бути кількісно виміряні та співставлені. Справедливість і незалежність є більш суб'єктивними, а тому підлягають окремому застосуванню та аналізу. При цьому варто пам'ятати, що головне не тільки забезпечити реалізацію даних факторів, але й віднайти баланс між ними.

Швидкість винесення судового рішення

Акцент на швидкості винесення судових рішень пояснюється тим, що, окрім власного значення, цей параметр також є ключовим для забезпечення доступності та передбачуваності судового рішення. Варто пам'ятати, що несвоєчасне правосуддя рівнозначне відсутності правосуддя взагалі, а тривалість судочинства — зворотно-пропорційна індексу довіри осіб до системи правосуддя.

Середня тривалість розгляду в цивільних справах у країнах Європи у першій інстанції складає 238 днів. Проте показники можуть значно коливатися залежно від специфіки тієї чи іншої держави. Найбільший показник в Італії: тривалість розгляду справ у судах першої інстанції становить 564 дні, а загальна тривалість судочинства — аж 2 866 днів (майже вісім років). Найменші показники в країнах скандинавського права.

Україна демонструє доволі непогані показники за критерієм швидкості винесення судового рішення та на сьогодні займає далеко не останнє місце в світі. Так, згідно з рейтингом Світового Банку DoingBusiness (<http://www.doingbusiness.org/rankings>), у розрізі забезпечення виконання контрактів Україна перебуває на 43 місці у світі, що є вищим показником порівняно навіть з деякими європейськими країнами. Проте за основу були взяті лише дані щодо середнього строку розгляду комерційних спорів і тільки в судах господарської юрисдикції, а тому ці показники не можуть розглядатися як такі, що характерні для всіх видів судочинства.

Що ж впливає на оперативність судового розгляду? Досить цікавою є концепція, відповідно до якої судова система розглядається як економічна категорія, на яку впливають попит та пропозиція. Попит на правосуддя вимірюється кількістю справ, що надходять до судів протягом року, а пропозиція — кількістю розглянутих справ за аналогічний період.

Виходячи з цієї концепції, саме неможливість системи задовольнити попит на правосуддя (неможливість вирішити всі судові справи, що надійшли, протягом певного періоду) призводить до перевантаження, затримок і, як наслідок, неефективності правосуддя.

Тобто врівноваження попиту та пропозиції на послуги правосуддя забезпечує оперативність судового розгляду.

Відповідно до такого підходу, всі фактори, що впливають на швидкість винесення судових рішень, можуть бути поділені на дві основні категорії за принципом їхнього впливу — або на попит, або на пропозицію.

Пропозиція на послуги правосуддя обумовлюється такими чинниками:

1. Фінансові і людські ресурси та їх склад.
2. Ефективність процесу:

- спеціалізація завдань;
- методика управління навантаженням у справах (caseload management);
- інформаційно-комунікаційні технології.

3. Управління судами: розподіл обов'язків та підзвітності у різних справах.

Попит на послуги правосуддя обумовлюється такими чинниками:

1. Зовнішні фактори:

- культурні особливості;
- структурні соціально-економічні фактори;
- зміни підприємницького циклу;
- кількість та якість законодавчих норм.

2. Внутрішні фактори:

- витрати та їх розподіл між сторонами;
- заохочення юристів;
- альтернативні способи вирішення спорів;
- юридична однозначність та передбачуваність.

Розгляньмо основні фактори, що впливають на пропозицію послуг правосуддя.

Безпосередній вплив на здатність системи забезпечувати послуги з правосуддя створює обсяг фінансових ресурсів на правосуддя.

Проте ключовим аспектом нарівні з розміром фінансування є також розподіл ресурсів за статтями бюджету (наприклад, заробітна плата, комп'ютеризація, витрати юстиції, операційні витрати, інвестиції в нерухомість і навчання). Так, Італія, Швейцарія, Чехія, Словачія виділяють на судову систему приблизно 0,2 відсотка від ВВП. Однак, незважаючи на однаковий обсяг фінансування судової системи, показники оперативності в цих країнах різняться. Середній строк розгляду справи у Швейцарії та Чехії в середньому становить 130 днів, у Словачії — в 2,7 разу довше, а в Італії — в 4 рази довше.

Дослідження підтверджують, що найкращі результати в тих судових системах, де більший відсоток фінансування йде на забезпечення інформаційних технологій. Проте основною статтею фінансування у будь-якому випадку залишається суддівська винагорода.

Електронні комунікації і технології для обміну інформацією, автоматизація судових процесів підвищує доступність та прозорість судових послуг. Більшість судів у розвинутих країн мають електронні форми, веб-сайти та електронні реєстри.

Наступним фактором, який впливає на пропозицію на послуги правосуддя, є методика управління навантаженням у справах (caseload management), яка являє собою сукупність набору методів управління навантаженням, що сприяє більш прогнозованому функціонуванню судів і позитивно впливає на ефективність системи загалом.

Під управлінням навантаженням варто розуміти набір дій, які суд може вжити, щоб стежити за ходом справ і контролювати ефективне управління ними. Інструменти caseload включають: судовий нагляд за ходом справ й оперативне втручання у визначення проблем; створення, контроль і забезпечення своєчасності завершення різних етапів у судовому процесі; раннє виявлення потенційно проблемних випадків; попередній аналіз справ для визначення правильного напрямку для вирішення спору; попередній аналіз справ на предмет можливості альтернативного вирішення спору.

Не менш важливим для пропозиції послуг юстиції є порядок організації «виробничого процесу». Спеціалізація завдань розглядається у двох аспектах: «вертикальна» та «горизонтальна».

Одним із прикладів вертикальної спеціалізації є створення дворівневої судової системи першої інстанції, де на нижчому рівні судів першої інстанції розглядаються менш важливі справи, а на вищому — більш складні.

Горизонтальна спеціалізація, навпаки, передбачає існування судів, підрозділів або окремих суддів, які спеціалізуються на конкретних справах. Крім того, цей вид спеціалізації передбачає існування несудового персоналу, який надає юридичну допомогу суддям. Така правова допомога може підвищити ефективність, адже звільняє суддів від виконання певних завдань (правові дослідження, складання меморандумів, підготовка справи та управління), що дасть їм змогу зосередитися тільки на розгляді справи і винесенні судового

рішення. Як доводять результати дослідження, наявність правової допомоги суддям під час розгляду справ значно скорочує строки судочинства.

Такий підхід корелюється з нашими ініціативами щодо зміцнення статусу помічника судді.

Управління завданнями як фактор, що впливає на пропозицію на послуги правосуддя, пов'язаний з розподілом обов'язків щодо управлінських та підвідомчих завданням усередині самого суду. Підвідомчі завдання включають у себе прямі суддівські завдання у «вузькому значенні» (генерація та оформлення судових рішень) і, як наслідок, покладаються винятково на самих суддів. Управлінські завдання можуть бути згруповані в три основні категорії: організація та контроль суддів; організація, контроль та призначення квазісудових працівників та адміністративного персоналу; управління бюджетом.

Встановлено, що суміщення професійних та управлінських завдань головним суддею (головою суду), на відміну від передачі управлінських функцій відповідальному службовцю, не задіяному у відправленні правосуддя (керівник апарату), є більш ефективним з точки зору високого рівня відповідальності головного судді. Це є цікавим показником з огляду на думки певних представників щодо делегування головою суду всіх управлінських функцій найманому менеджменту.

Проте у будь-якому випадку в різних країнах делегування відповідальності та повноважень з організації та керування судовими службовцями, адмінперсоналом та управлінням бюджетом вирішуються по-різному.

Далі розгляньмо основні фактори, які впливають на попит послуг правосуддя, а саме — на кількість звернень до суду. Адже для врівноваження попиту та пропозиції на послуги правосуддя, результатом чого має саме досягнення оптимальної оперативності судового розгляду, недостатнім лише постійне вдосконалення якості надання послуг правосуддя, необхідним також є зниження попиту, тобто зниження кількості звернень до суду.

На кількість звернень впливають як зовнішні, так і внутрішні фактори.

Культурні традиції та соціальний капітал по-різному впливають на схильність до звернення до суду. Так, у країнах із традицією протестантизму фіксується значно менше звернень до суду, ніж у країнах з іншими релігійними традиціями.

Зміни підприємницького циклу також впливають на попит на послуги правосуддя, адже в період кризи суб'єктам господарювання важче виконувати свої зобов'язання та договори, компанії частіше зіштовхуються з фінансовими труднощами. Тому при спаді економіки збільшується кількість судових спорів, що може вплинути на ефективність судочинства через створення перевантаження.

Заплутане, непрозоре та суперечливе законодавство породжує невизначеність, яка, у свою чергу, призводить до судових спорів.

Ефективність уряду, якість регулювання, визначеність та передбачуваність матеріально-правових норм і цілісність суспільного сектора значно знижує вірогідність конфліктів як між приватною особою, так і між державою та приватним сектором. І, навпаки, відсутність прозорості регулювання, наявність корупції та змінюваність і неякісність правових норм мають протилежний вплив.

Серед внутрішніх факторів потрібно виділити правила розподілу витрат. Звичайно, зниження кількості судових справ лише шляхом збільшення фінансового тягаря на ведення справи не є справедливим, бо може бути необґрунтовано відмовлено у допуску до правосуддя через надто високу вартість. Однак компроміс може бути досягнутий через імплементацію британської системи розподілу витрат.

Так, у світі розрізняють три підходи до розподілу витрат на правосуддя: американський, коли кожен учасник сплачує свої витрати, британський — витрати покладаються на сторону, що програла спір, та половинчаста система, за якої на сторону, що програла, покладається лише частина витрат.

Кількість спорів, без сумніву, знизиться у разі, якщо завідомо неправа сторона розумітиме, що всі фінансові витрати за ведення спору, зрештою, буде покладено на неї.

Стимулювання та заохочення юристів також є важливим чинником, що впливає на попит, адже проведені дослідження свідчать, що вільно регульовані гонорари юристів та зниження коефіцієнта прибутковості юристів можуть призвести до зниження кількості справ, які юристам вигідно довести до суду.

На судовий процес також впливає наявність процедур для вирішення спорів поза судовою системою, тобто механізми альтернативного вирішення спорів. Дослідження продемонстрували, що взаємозв'язку

між використанням арбітражу та його вартістю немає. Тобто є інші фактори, окрім витрат, які впливають на використання альтернативних засобів вирішення спорів. До таких факторів належать: відповідне нормативно-правове регулювання, стимулювання юристів для заохочення своїх клієнтів використання таких способів вирішення спорів, а також заходи популяризації цих механізмів.

Окрім того, варто зазначити, що непропорційна кількість юристів породжує штучний попит на послуги правосуддя.

Виходячи із зазначеного, впровадження заходів, які можуть знизити тривалість судочинства, має відбуватися залежно від того, де виявлена низька ефективність: на стороні попиту або пропозиції.

В Україні як країні з великим відсотком судових проваджень такі заходи повинні бути спрямовані на скорочення кількості спорів, що вирішуються через судову систему.

Цього можна досягти за рахунок заходів, що впливають на роботу системи правосуддя, і більш широких заходів, спрямованих на підвищення ефективності та прозорості державної політики, поліпшення якості та забезпечення реалізації законів і нормативних актів, побудову збалансованої системи регулювання витрат, а також ціноутворення у сфері надання юридичних послуг.

Однак поки є непередбачуваність законодавчих норм, поки вони постійно змінюються, ми не зможемо досягти збалансованості попиту. Тільки постійне поліпшення пропозиції не вирішить питання ефективності судової системи, адже разом із поліпшенням пропозиції необхідно збалансовувати попит. Це можливо, на мою думку, лише шляхом забезпечення конкретності, чіткості та однозначності правових норм й уникнення прийняття популістських законів.

Доступність послуг правосуддя

Доступність правосуддя можна оцінити за трьома критеріями: інформаційний, географічний та фінансовий. Інформаційна та географічна доступність досягається завдяки застосуванню інформаційно-комунікаційних технологій.

Фінансова доступність є ключовим елементом загальної доступності послуг правосуддя. При цьому ситуація для європейських держав і України суттєво відрізняється.

Під витратами варто розуміти не тільки судові збори, але й витрати на адвоката та експертів. Світовий банк до витрат включає також витрати на виконання рішень. Однак ці показники зменшуються на розмір компенсацій на правову допомогу.

Зазначу, що відносно висока вартість судочинства пов'язана з відсутністю компенсації за правову допомогу. Це, в свою чергу, вказує на необхідність уніфікації як розміру судового збору, так і компенсації послуг адвоката. Причому встановлення лімітів на компенсацію або вартість послуг адвоката в кінцевому рахунку тільки збільшує їхню вартість.

Передбачуваність судових рішень

Передбачуваність судових рішень дає змогу спрогнозувати заздалегідь, як суд застосує норму закону в тій чи іншій конкретній ситуації, та дає змогу суб'єктам господарської діяльності передбачити юридичні наслідки своїх дій, що вкрай важливо для мінімізації можливих ризиків і прийняття правильних рішень.

Окрім того, якщо суди дотримуватимуться своїх же судових позицій, це зможе знизити у майбутньому кількість і апеляцій, і касацій. Для нашої судової системи, що сьогодні є перенавантаженою, це було б дуже добре.

Відсоток апеляцій є максимальним, якщо вірогідність, що вищий суд ухвалить інше рішення, є також не меншою за 50 відсотків.

Підсумовуючи, відзначу, що судова реформа в Україні відбудеться за умови, якщо всі її учасники візьмуть на себе частину відповідальності за сьогоднішнє, а найважливіше — за майбутнє. І головне — професійність має бути обов'язковою для всіх: суддів, адвокатів, прокурорів, законодавця та політиків, а також журналістів.

Даючи відповідь на запитання, якою має бути судова система України, наголошу на тому, що вона має бути такою, яка забезпечила б Україні місце в ТОП-20 у рейтингу інвестиційної привабливості країн.

СПЕЦІАЛІЗАЦІЯ СУДІВ — НЕОБХІДНИЙ ЕЛЕМЕНТ СУДОВОЇ РЕФОРМИ



ОЛЕКСАНДР МАМУНЯ

партнер, керівник практик вирішення спорів та інтелектуальної власності ЮФ Aequo

ПАВЛО БЕЛОУСОВ

радник ЮФ Aequo

Сучасний стан судової системи України вже тривалий час зазнає неабиякої критики не тільки від представників юридичної спільноти, але й від суспільства загалом, а також викликає значні занепокоєння зі сторони іноземних інвесторів. Причин тому багато, серед них: високий рівень корупції, високий рівень завантаженості суддів, брак часу на вивчення суддею справи, правової матерії спору та відповідної судової практики, брак уніфікованої судової практики у певних категоріях спорів, брак досвіду у вирішенні певних категорій спорів, відсутність додаткової спеціальної освіти суддів, недостатнє матеріально-технічне забезпечення, відсутність спеціалізації судів і, відповідно, стійкої та поглибленої спеціалізації суддів.

Низку з перелічених проблем, у тому числі щодо підвищення національних стандартів судоустрою і судочинства та забезпечення права на справедливий суд, покликаний розв'язати прийнятий 12 лютого 2015 року Закон України «Про забезпечення права на справедливий суд». Проте з урахуванням численних коментарів різних експертів та пояснень розробників зазначеного Закону щодо запропонованого реформування в судовій сфері, ми зупинимося на питаннях, не вирішених Законом України «Про забезпечення права на справедливий суд», а саме — спеціалізації судів та суддів.

Сьогодення спеціалізації в Україні

Станом на сьогодні відповідно до статті 18 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» українські суди загальної юрисдикції спеціалізуються на розгляді цивільних, кримінальних, господарських, адміністративних справ, а також справ про адміністративні правопорушення. На підставі такої спеціалізації в Україні діють загальні суди, що розглядають цивільні і кримінальні справи, господарські та адміністративні суди.

У судах загальної юрисдикції за рішенням зборів суддів відповідного суду, як правило, запроваджується спеціалізація суддів з розгляду конкретних категорій справ.

На наш погляд, незважаючи на загальне невдоволення функціонуванням судової влади, вищезазначена спеціалізація судів у цілому себе виправдовує, оскільки сприяє формуванню судової практики з певних спеціалізованих питань (справи про банкрутство, корпоративні спори, кредитні спори, захист прав споживачів тощо) та забезпечує певний рівень якості судочинства.

Крім того, формування єдиної судової практики та її узагальнення на рівні вищих спеціалізованих судів — Вищого адміністративного суду України, Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ та Вищого господарського суду України — усуває недоліки у чинному законодавстві і забезпечує надійність і передбачуваність функціонування системи судів загальної юрисдикції, що безпосередньо впливає на поліпшення діяльності з відправлення правосуддя.

Проте, незважаючи на зазначену вище загальну спеціалізацію судів і навіть певну спеціалізацію деяких суддів, загальний рівень експертизи та правового аналізу спірних правовідносин у таких сферах, наприклад, як інтелектуальна власність, міжнародні фінансові інструменти, зовнішня торгівля та інших, потребує подальшого вдосконалення. Навіть просте співставлення мотивувальних частин рішень українського та, наприклад, американського судів стосовно схожого патентного спору свідчить про необхідність подальшої спеціалізації судів та, відповідно, суддів, які розглядають питання інтелектуальної власності в Україні, оскільки подібні спори стають усе більш важливими та виникають дедалі частіше між господарюючими суб'єктами.

Світовий досвід

Створення спеціалізованих судів було обумовлено необхідністю значного підвищення ефективності судочинства шляхом забезпечення реальної спеціалізації суддів при розгляді певних категорій справ, а також наявністю певної кількості спорів відповідної категорії, що потребували оперативного та кваліфікованого розгляду і вирішення. Закордонний досвід підтверджує тезу про те, що спеціалізовані суди себе повністю виправдовують та доводять свою ефективність протягом тривалого часу, як, наприклад:

- Спеціалізований суд у справах щодо інтелектуальної власності або патентні суди (ЄС, Австрія, Білорусь, Німеччина, Росія);
- Спеціалізований суд / трибунал з трудових спорів (Німеччина, Фінляндія, Великобританія, Франція, Австрія, Бельгія, Данія, Люксембург, Іспанія, Португалія, Швейцарія, Швеція, Норвегія, Канада, Нова Зеландія, Ізраїль, Бразилія, США);
- Спеціалізований фінансовий суд (Німеччина, Греція);
- Спеціалізовані податковий, митний, у справах про банкрутство, з питань зовнішньої торгівлі суди (США);
- Суд із розгляду скарг на обмеження свободи підприємництва (Великобританія);
- Спеціалізований військовий суд (США, Ізраїль);
- Спеціалізований суд у сімейних справах (Австралія, США);
- Спеціалізований суд у релігійних справах (Ізраїль).

Механізми створення таких судів, їхній статус та співвідношення із загальними судами вирішується по-різному — в деяких державах такі суди входять до системи державних судів, у той час як в інших вони наділені статусом так званих квазісудових органів. Проте незалежно від статусу такі спеціалізовані органи ефективно виконують функції розгляду та вирішення певних специфічних категорій спорів, а також є основою для підвищення кваліфікації та поглиблення спеціалізації самих суддів.

Більше того, запровадження одного чи більше спеціалізованих судів наразі стало трендом у багатьох державах світу з огляду на зростання економічного розвитку та потреб бізнесу. Так, наприклад, у Казахстані пропонується запровадити інвестиційні суди, які будуть розглядати спори з інвесторами.

Можливі шляхи вдосконалення спеціалізації

В Україні вже не один рік обговорюється в професійних колах питання доцільності та механізмів створення спеціалізованих судів з розгляду справ певної категорії.

Так, ідея створення спеціалізованого суду для розгляду спорів у сфері інтелектуальної власності, що мають комплексний характер та поєднують елементи приватного і публічного права, обговорюється в Україні ще з початку 1990-х років. Більше того, свого часу питання щодо створення спеціалізованого патентного суду або суду з питань інтелектуальної власності було доручено вивчити уряду в контексті розвитку державної системи правової охорони інтелектуальної власності в Україні. Проте жодних кроків щодо реалізації зазначеної ідеї не було зроблено.

Багато правників, у тому числі і суддів, на таке питання відповідають, що законодавство України вже передбачає певну спеціалізацію судів з огляду на існування загальних, господарських та адміністративних судів, що є цілком достатнім. Проте з такою думкою погодитися важко, оскільки в країнах Європи та США традиційно спеціалізація судів розуміється як наявність у судовій системі поряд із судами загальної юрисдикції також спеціалізованих судів з розгляду певних категорій спорів, що побудовані за принципово іншою логікою та мають суттєві особливості на відміну від загальних.

Наприклад, теоретично можливо запровадити спеціалізовані суди з розгляду таких категорій спорів:

- а) спорів щодо прав інтелектуальної власності;
- б) податкових спорів;
- в) спорів про захист економічної конкуренції та захист від недобросовісної конкуренції;
- г) трудових спорів;
- ґ) спорів щодо приватизації майна;
- д) спорів із митницею;
- е) справ про банкрутство,
- є) фінансових спорів тощо.

Проте, звичайно, потребу щодо створення такого спеціалізованого суду повинно диктувати суспільство та, зокрема, бізнес з урахуванням специфіки та фактичної кількості справ певної категорії. В іншому випадку створення такого суду буде недоцільним, на що неодноразово і цілком справедливо вказувало багато експертів, у тому числі і судді.

Так, на нашу думку, беручи до уваги сучасний економічний стан в Україні, створення окремих спеціалізованих судів з розгляду будь-яких вищеперелічених категорій справ, ймовірно, не є фінансово доцільним. Окрім того, щодо окремих категорій спорів, наприклад податкових, кількість яких традиційно висока, то цю нішу повною мірою зайняли адміністративні суди, а отже, створення спеціалізованих податкових судів не вбачається нагальною проблемою.

Разом із тим вищезазначений стан речей в Україні не знімає необхідності поглиблення спеціалізації судів з розгляду певних категорій спорів, що неодмінно має призвести до підвищення «якості» правосуддя. Особливо нагальною ця проблема стане перед українським суспільством, коли спори відповідних категорій будуть прогнозовано збільшуватися в силу низки чинників, включаючи підписання Угоди про асоціацію з ЄС, за якою наша держава прийняла на себе зобов'язання, зокрема, стосовно припинення використання близько 3 000 європейських географічних позначень, введення додаткових критеріїв патентоспроможності промислових зразків, щодо встановлення відповідальності сервіс-провайдерів у мережі Інтернет тощо.

На нашу думку, з урахуванням зазначених умов та стану економічного розвитку України проблему із забезпеченням реальної сталої спеціалізації суддів можливо розв'язати шляхом запровадження виключної підсудності справ певної категорії, що стало б дієвим засобом підвищення якості судових рішень та ефективності розгляду спорів відповідних категорій. Фактично ця пропозиція полягає в ефективній спеціалізації суддів шляхом запровадження спеціалізації судів, при цьому без створення нових судових інституцій.

Досить цікавою видається пропозиція поглиблення спеціалізації суддів з розгляду справ про скасування рішень та постанов міжнародних арбітражів, постановлених на території України шляхом запровадження виключної підсудності щодо розгляду справ зазначеної категорії Апеляційного суду м. Києва, деякі судді якого наразі мають значну компетенцію та експертизу розгляду відповідних спорів. Запровадження такого підходу значно сприяло б підвищенню якості правосуддя і становленню проарбітражного іміджу України. Крім того, спеціалізації суддів та становленню сталої практики з розгляду справ про визнання та виконання рішень іноземних судів та арбітражів в Україні сприяло б зменшення кількості судових інстанцій у розгляді таких справ до двох — апеляційні суди та Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, де, власне, накопичувалася б відповідна експертиза, що вкрай важко досягти на рівні місцевих судів.

З огляду на реформування судової системи в Україні впровадження виключної підсудності справ певних категорій може стати якісно новим та надзвичайно ефективним кроком у становленні відповідної спеціалізації та підвищенні якості роботи суддів, а відтак і «якості» правосуддя.

Серед переваг запровадження виключної підсудності окремих категорій спорів можна зазначити такі:

- i) підтримання сталого рівня надходження справ певної категорії до відповідних судів, а відтак і суддів;
- ii) сталість спеціалізованих колегій;
- iii) накопичення досвіду, глибинне розуміння правової матерії спору та відповідної судової практики;
- iv) уніфікація судової практики у певних категоріях спорів;
- v) прозорість, прогнозованість та логічність судових рішень;
- vi) ефективна боротьба з корупцією у суддівському корпусі.

Крім того, така спеціалізація зняла б багато питань щодо визначення підсудності та підвідомчості справ, оскільки при запровадженні виключної підсудності справ щодо певних категорій спорів чітко встановлюється коло матеріальних норм, що «обслуговуються» відповідними судами.

СТРАТЕГІЧНЕ БАЧЕННЯ НАСТУПНИХ КРОКІВ СУДОВОЇ РЕФОРМИ



ЛІДІЯ МОСКВИЧ

доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри організації судових та правоохоронних органів
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Сьогодні в усьому світі спостерігається підвищення суспільної значимості суду, що актуалізує необхідність пошуку адекватних засобів, спрямованих на удосконалення судової діяльності з метою підвищення її ефективності та відкритості для потреб громадянського суспільства. Для сучасної України робота у цьому напрямі має особливе значення, оскільки якість судової системи в цей час — найважливіший фактор модернізації вітчизняної економіки та гарантія демократичних перетворень у соціально-політичній сфері.

Розпочатий з прийняттям у 1996 році Конституції України пострадянський етап в українській історії започаткував формування в країні самостійної гілки судової влади в межах закріпленого Основним Законом принципу поділу влади. Цей же час асоціюється з початком широкомасштабної судової реформи, яка

продовжується і тепер. На наш погляд, новий етап судової реформи має вирішити такі ключові питання функціонування судової системи, як:

- фактори, що впливають на якість правосуддя;
- ступінь реалізації на практиці основних принципів організації і здійснення правосуддя;
- взаємовідносини судової влади та суспільства.

Щодо першого — фактори, які впливають на якість правосуддя, — то необхідно зазначити, що серед іншого якість та ефективність механізму судового захисту права є одним із показників інвестиційної привабливості країни, оскільки будь-який бізнес бажає бути впевненим, що у випадку виникнення правового спору він зможе захистити свої права та інтереси у найбільш традиційний, навіть можна сказати транснаціональний спосіб — судовий. З цієї точки зору судова система справді є одним із найважливіших факторів сучасної економіки.

Про які ж показники якості правосуддя може йти мова? На наш погляд, першим і основним показником якості правосуддя є судові рішення — справедливе, законне, обґрунтоване. Судові рішення є результатом правозастосовної діяльності суддів. Які ж проблемні питання можуть поставати? Вони є очевидними:

1) відсутність єдності у судовій практиці стосовно одноманітних правових спорів. Власне, цьому питанню вже приділялося чимало уваги, зазначу лише, що відповідність судової практики стандарту правової передбачуваності може суттєво знизити навантаження на судову систему, бюджетні витрати на її утримання, а також сприяє досягненню взагалі цілей правосуддя — своєчасному захисту права;

2) низька якість судових актів пояснюється об'єктивними і суб'єктивними чинниками. До перших належать, зокрема, низька якість законодавства, колізійність його норм, нестабільність. До других — недостатня кваліфікація суддів. Щодо першого, то якість законодавства як фактор, що впливає на правозастосовчу діяльність суддів, можна оцінювати на рівні системи законодавства в цілому і на рівні окремих законодавчих норм, що розглядаються з точки зору їх соціального змісту та юридичної форми. Якщо говорити про законодавство в цілому, то необхідно мати на увазі, що неминучим наслідком пережитих українським суспільством складних трансформаційних процесів, пов'язаних з докорінним знищенням колишньої правової системи і формуванням принципово нової системи законодавства, стали прогалини та протиріччя в системі чинного законодавства, а також нестабільність законодавства, що суттєво ускладнюють правозастосовчу діяльність. Великий пласт проблем судового правозастосування пов'язаний з нечіткістю колізійного законодавства у сфері розподілу компетенції між судами. Інший аспект проблематики — якість окремих законів (окремих правових норм). Характер впливу цього чинника на правосуддя можна продемонструвати на ряді прикладів. Тому в сучасних умовах одним із найважливіших факторів удосконалення правосуддя та правозастосування в цілому є підвищення якості застосовуваного законодавства. Правотворчість та правозастосування постають як два взаємопов'язаних аспекти єдиного процесу утвердження правопорядку, а отже справедливою може бути теза, що низька якість законодавства може компенсуватися саме високим рівнем професійної якості судді, який здатен шляхом застосування принципів права розв'язати правову аномалію та постановити якісне судові рішення. Тому проблеми вдосконалення правосуддя необхідно ставити і розв'язувати в контексті більш широкого та комплексного завдання — вдосконалення законотворчого процесу, підвищення якості законодавства та ефективності кадрової політики судової влади;

3) низький рівень виконання судових рішень. Власне, цей чинник менше залежить від самого суду, але він є реальним показником обґрунтованості існування суду, його утримання за рахунок платників податків, адже де логіка у витрачанні суттєвих бюджетних коштів, пов'язаних з утриманням судді, штату апарату суду, поточних витрат суду, пов'язаних із провадженням у судовій справі, якщо в результаті буде папірець, завдяки якому неможливо припинити порушення права та поновити його. На наш погляд, є очевидним, що технологія судового провадження має логічно завершену структуру, а саме: (а) звернення до суду, (б) судовий розгляд і (в) виконання судового рішення. Обмеження функцій суду лише стадіями звернення до нього й судовим розглядом значно знижує ефективність його діяльності, оскільки провадження в судовій справі фактично поділено між двома суб'єктами, які організаційно належать до різних гілок влади — судової та виконавчої. Брак дієвих механізмів контролю суду за виконанням судових рішень у силу природи останнього, зокрема,

його, так би мовити, «безініціативності», тобто спроможності діяти тільки за зверненням особи (наприклад, лише у разі скарги на бездіяльність органу виконання судового рішення), значно знижує ефективність і соціальну цінність судової діяльності. Тому, вочевидь, не випадково Європейський суд з прав людини вважає стадію виконання судового рішення частиною загального процесу із судового захисту права.

Тож актуальним є питання суттєвих змін у державній політиці щодо виконання судових рішень. Варто зазначити, що в сучасному світі функція виконання судових рішень не завжди покладається на державу, існують практики (наприклад, у таких країнах, як Франція, Бельгія, Люксембург, Чехія, Естонія), коли її доручають недержавним організаціям, які здійснюють цю діяльність на підставі державної ліцензії, що підтверджує їхнє право використовувати засоби примусового виконання судових рішень. Але цей приклад дозволяє лише зробити висновок, що основним концептом у питанні виконання судових рішень є не те, хто виконує судові рішення (суди, органи виконавчої влади, недержавні організації), а ефективність цієї діяльності (умови, засоби забезпечення, гарантії, механізми, контроль). З нашої точки зору, вдосконалення механізму виконання судових рішень пов'язане, в першу чергу, з поліпшенням системи контролю й відповідальності за невиконання або неналежне виконання рішень судів. Зокрема, з метою підвищення рівня виконання судових рішень доцільно надати суду право накладати штрафи на осіб, винних у невиконанні або неналежному виконанні судових рішень, і не тільки у справах, де боржником є суб'єкт владних повноважень. Подібна практика досить позитивно зарекомендувала себе в багатьох зарубіжних країнах, наприклад у Франції та Німеччині. Корисним було б також запровадження принципу відкритості виконавчого провадження, зокрема втілення в життя механізму соціального контролю за виконуванистю рішень суду через загальнодоступні інформаційні мережі.

Наступним ключовим питанням судової реформи є ступінь реалізації на практиці основних принципів організації і здійснення правосуддя. Як убачається, до основних принципів організації та здійснення судової влади необхідно віднести незалежність суддів, доступ до правосуддя, змагальність судового процесу, його публічність та диспозитивність. Найсуттєвішим саме з точки зору стратегічного бачення пріоритетних питань сучасного етапу судової реформи є удосконалення реалізації на практиці таких принципів, як незалежність суддів та доступність правосуддя.

Незалежність судді і суду в цілому характеризується двома складовими: незалежність зовнішня (від впливу інших гілок влади) і незалежність внутрішня (від впливу всередині судових компонентів — дискреційних, корпоративних тощо). Тобто суддя має бути незалежним інституціонально та індивідуально. Чинне законодавство створило багато передумов для інституціональної незалежності суддів, але разом із тим, як відзначають сучасні експерти, рівень залежності суддів підвищується. Тому висунемо гіпотезу, що ключовою сучасною проблемою є саме індивідуальна — суддівська залежність. Основним показником залежності судді є винесене ним рішення. Тому основним стратегічним завданням судової реформи має бути забезпечення дійової, а не декларативної незалежності суддів від будь-якого впливу на процес прийняття судового рішення. Але разом із тим не треба вимагати від судді подвигу, треба розуміти, що без належних державних гарантій статусу судді неможливо вирішити це питання.

Другим найактуальнішим принципом організації та здійснення судової влади є доступ до правосуддя, який традиційно розглядається як відсутність надмірних судових витрат, судової корупції, складних судових процедур та надмірної тривалості судового провадження. Щодо рівня судових витрат, тривалості судового провадження та складності судових процедур, то якщо порівняти ці показники в Україні з відповідними показниками в інших європейських країнах, вони є середніми. Зокрема, за даними дослідження Doing Business, середній показник кількості процедур, необхідних для вирішення справи судом і виконання судового рішення, коливається від 20 до 50. За їх же системою оцінювання в Україні цей показник становить 30 судових процедур. Те ж стосується і тривалості судового провадження — показник України є меншим за середній показник для країн Східної Європи та Центральної Азії. Тому найбільшу актуальність викликає необхідність системних заходів для зниження судової корупції.

Згідно із дослідженням соціологічних служб, на думку українців, судова влада є найкорумпованішою інституцією в державі: понад 83 % опитаних вважають, що корупція досить поширена або охоплює все судівництво. Тобто у громадському сприйнятті саме судова гілка влади є найбільш корумпованою, вона здатна

підпадати під комерційний та політичний вплив. Варто зазначити, що проблема корупції у судовій владі — типове явище для країн перехідного типу розвитку, для більшості яких корупція у судовій владі спричиняє набагато більше шкоди, ніж будь-яка інша, оскільки навіть припущення, що судові органи є корумпованими, породжує у широкого загалу сумніви в ефективності антикорупційної діяльності як такої і взагалі щодо ефективності захисту права судовими засобами. За таких умов створення ефективних механізмів подолання й попередження цього негативного явища в органах судової влади є найбільш складним елементом антикорупційної політики держави.

Зазначене актуалізує питання розроблення і запровадження у практику функціонування судової влади антикорупційних стандартів як «єдиних для відокремленої сфери правового регулювання гарантій, обмежень чи заборон, що забезпечують попередження або зменшення впливу корупції на функціонування даної сфери». Іншими словами, йдеться про потребу розроблення системних заходів заборон, обмежень і дозволів, спрямованих на попередження корупційних проявів у сфері організації та функціонування судової влади. Ключовими питаннями (відправними точками) при опрацюванні таких антикорупційних стандартів для сфери судової влади, з нашого погляду, повинні стати: а) статус судді (кваліфікація та спосіб добору і призначення на посаду, строк перебування на ній, можливості для кар'єрного зростання); б) рівень фінансового забезпечення функціонування судів (гарантії їх належного і своєчасного фінансування; індексація і паритетність при розподілі фінансових ресурсів між гілками влади; недопущення одностороннього впливу виконавчої влади при формуванні бюджетного запиту на потреби судової влади; підвищення якості умов роботи в суді); в) правова регламентація (удосконалення механізмів притягнення судді до юридичної відповідальності за вчинення корупційного діяння; мінімізація суддівського розсуду, дискреційних повноважень; стандарти якості процесуальних рішень суду); г) соціальний контроль (удосконалення роботи Єдиного державного реєстру судових рішень, повноважень представників народу при здійсненні судочинства; відкритість судових слухань для суспільства і преси тощо); ґ) організація роботи суду (рівномірність та оптимальність навантаження на суддів; удосконалення системи роботи зі справами, документообігом у суді; спрощення процедури звернення до суду; універсальність юрисдикції суду тощо).

І, нарешті, щодо третього перспективного напрямку судової реформи — взаємовідносини судової влади та суспільства — необхідно виокремити два найбільш значимих аспекти: рівень суспільної довіри до суду та ефективність соціального контролю за сферою судового правозастосування. Проблема суспільної довіри до судової влади була досить актуальною завжди, не лише тепер, вона є частиною глобальної проблеми довіри до державної влади. Збільшення кількості звернень до суду та зменшення кількості оскаржень судових рішень, пов'язано не із збільшенням рівня довіри до судової влади (як інколи презентують), а з тим, що норми законів усе частіше вимагають вирішувати ті чи інші колізії лише в судах, а головними причинами відмови громадян від оскарження судових рішень є невіра в справедливість судових рішень та незалежність суду, відсутність фінансів на судові витрати та юридичну допомогу.

Судова влада, на відміну від законодавчої та виконавчої, найбільше відмежована від суспільства: а) суспільство безпосередньо не бере участі у формуванні суддівського корпусу — легітимація носіїв судової влади відбувається опосередковано, через суб'єктів, обраних суспільством, тобто через народних депутатів і Президента; б) доступ до статусу носія судової влади є обмеженим (щонайменше віковим та освітнім цензом); в) суспільство не є учасником формування політики судової влади, не може вплинути на зміст судового рішення, оскільки діють гарантії незалежності суддів, недопустимість впливу на суддю, його підкорення тільки закону тощо. Щодо останнього, то постановлення складних у змістовному розумінні, а звідси — незрозумілих громадськості судових рішень і відсутність роз'яснень судом причин і підстав їх ухвалення відчутно знижують легітимність судової влади, довіру населення до неї. Звісно, це не означає, що суд повинен підлаштовуватися під громадську думку, але у разі виникнення принципової розбіжності між позицією суду та панівними настроями соціуму органи судової влади мають зробити все можливе, аби пояснити, обґрунтувати й популяризувати причини винесення того чи іншого рішення. Лише тоді можна здолати прірву, що так часто виникає між судом і громадянами, сформувати ставлення до суду як до об'єктивного, професіонального і справедливого органу державної влади.

Одним із механізмів підвищення суспільної довіри до суду є також ефективний суспільний контроль за правосуддям. Мова має йти про соціальний контроль у широкому розумінні, що включатиме не лише моніторинг недоліків у діяльності судової системи та надання їм гласності, але й суспільну підтримку судів у їхньому спротиві тиску з боку інших гілок влади, зацікавлених груп та приватних осіб. Адже за умов, коли судова влада все ще знаходиться на стадії утвердження своєї незалежності, досить значуща форма підтримки правозахисної діяльності судів з боку суспільства.

Отже, одним із нагальних завдань судової влади має бути встановлення відкритого й чесного діалогу між судами і громадськістю. Повна прозорість судових процедур та відкритість результату судової діяльності є найважливішим чинником підвищення сумлінності суддів під час здійснення судочинства, а також передумовою завоювання довіри до судової влади.

ДЕНЬ ПЕРШИЙ 19.03.2015

СЕСІЯ IV

РЕФОРМУВАННЯ СУМІЖНИХ ІНСТИТУТІВ — ГАРАНТІЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕФЕКТИВНОГО ПРАВОСУДДЯ



МОДЕРАТОРИ

ОЛЬГА ПРОСЯНЮК

керуючий партнер АО AVER LEX

ОЛЕКСАНДР ВОЛКОВ

суддя Верховного Суду України

РЕФОРМУВАННЯ СУДДІВСЬКОЇ ОСВІТИ: СТАН ТА ЗАВДАННЯ



МИКОЛА ОНІЩУК

доктор юридичних наук, ректор Національної школи суддів України

Важко сказати, що суддівська освіта і суддівська кваліфікація є суміжними інститутами, та все ж погляд на ці питання залишається однаково важливим тому, що і доступ до суддівської професії, і власне кваліфікація судді значною мірою є складовими реформи правосуддя, яка сьогодні здійснюється. З огляду на конституційну вимогу стосовно того, що органи правосуддя мають діяти у порядку, встановленому законом, буде правильно сказати, що нинішній етап реформування судової системи ми маємо оцінювати через призму недавно прийнятого Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд», який набув чинності 28 березня цього року.

Підсумувавши виступи, які сьогодні прозвучали, ви, очевидно, вже мали можливість зробити висновок, що є чотири блоки питань, які, власне, цей Закон поставив на порядок денний:

- перший блок — це питання юрисдикції Верховного Суду України як найвищого судового органу в системі судів загальної юрисдикції;
- другий — стосується діяльності Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, її компетенції, структури та порядку діяльності;
- третій — суддівська дисципліна, підстави, види та порядок притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності;
- четвертий — питання суддівської освіти і суддівської кваліфікації. Зауважу щодо цього блоку — у ньому багато законодавчих новел, та основне навантаження щодо їх реалізації покладається на Національну школу суддів України.

Загалом усе, що стосується освіти суддів, і це прямо відображено в Законі, здійснюється Національною школою суддів України. Адже вона є спеціальною і єдиною в державі установою, яка забезпечує виконання завдань, пов'язаних із суддівською освітою, включаючи доступ до суддівської професії.

Якщо говорити про завдання Національної школи суддів України, то, як і раніше, НШСУ здійснює:

- спеціальну підготовку кандидатів на посаду судді;
- підготовку суддів, яких призначено на посаду судді вперше, обрано на посаду судді безстроково, призначено на адміністративні посади в судах, а також періодичне навчання суддів з метою підвищення кваліфікації;
- підготовку працівників апаратів судів та підвищення їхньої кваліфікації;
- проведення наукових досліджень з питань удосконалення судового устрою, статусу суддів і судочинства;
- науково-методичне забезпечення діяльності судів загальної юрисдикції, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України та Вищої ради юстиції.

З прийняттям Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд» компетенція нашої установи була розширена, і на цьому необхідно зробити наголос. Відтепер Національна школа суддів України також проводитиме курси навчання, визначені дисциплінарним органом для підвищення кваліфікації суддів, які тимчасово відсторонені від здійснення правосуддя.

Утім, у зв'язку з цією новелою Закону постає, зокрема, таке питання: а якщо наслідком відсторонення цього судді буде наступне його звільнення, то чи є сенс взагалі його навчати? Проте це вже окрема тема.

Які ще новації запроваджено в системі суддівської освіти? Насамперед це питання початкової підготовки — те, що в Законі названо «спеціальною підготовкою кандидата на посаду судді». У цих вимогах Закону робочою групою, яка працювала в Адміністрації Президента України, зокрема Національною радою реформ, і робочою групою Міністерства юстиції України, яка готувала альтернативний законопроект, враховано наше бачення та напрацьовані нами пропозиції. Вони, перш за все, стосуються того, що спеціальну підготовку кандидатів на посаду судді має здійснювати винятково Національна школа суддів України. Процес навчання має бути централізованим та відбуватися у м. Києві. Раніше така підготовка організовувалася Національною школою суддів України, а здійснювалася у вищих юридичних навчальних закладах, які безпосередньо підпорядковані Міністерству освіти і науки України. Варто зазначити, що вищим юридичним навчальним закладам функція з підготовки майбутніх суддів не притаманна. Їхнє основне завдання — підготовка правників, а фах правника і фах судді — суттєво відмінні.

Тому у цій царині компетенція Національної школи суддів України і власне освітній процес на етапі доступу до професії приведені у відповідність до європейських стандартів, вимог Консультативної ради європейських суддів, Комітету міністрів Ради Європи, інших наших конвенційних зобов'язань. Тепер початкову підготовку кандидатів на посаду судді здійснюватиме винятково Національна школа суддів України.

Ще одна новація полягає в тому, що термін спеціальної підготовки кандидатів на посаду судді збільшено вдвоє — з шести до дванадцяти місяців. Зазначу, що пропозиція Національної школи суддів України була щодо збільшення терміну навчання до вісімнадцяти місяців. Проте з огляду на ситуацію в країні та брак фінансових ресурсів вважаю, що навіть збільшення терміну підготовки вдвоє надасть нам можливість забезпечити якісну підготовку майбутнього судді. Безперечно, постає питання і щодо змісту навчання. Перший досвід навчання 630 кандидатів на посаду судді засвідчив, що за шість місяців підготувати суддю надзвичайно

важко або практично неможливо. До того ж левову частку навчальної програми становили класичні лекції викладачів вищих юридичних навчальних закладів. Таке навчання, по суті, лише виправляло вади набутої вищої освіти слухачів. Але ж завдання суддівської освіти не в цьому.

Наступна новація — це ліквідація інституту заочної форми навчання кандидатів на посаду судді. Тепер майбутні судді навчатимуться та опановуватимуть професію у Національній школі суддів України винятково за денною формою навчання. На нашу думку, суддя може навчатися та підвищувати свою кваліфікацію дистанційно (така форма навчання в НШСУ запроваджена), але підготувати кандидата на посаду судді заочно неможливо. На жаль, майже 20 % кандидатів на посаду судді першого випуску, які пройшли навчання в Національній школі суддів України, не склали кваліфікаційний іспит. Такий високий відсоток, на нашу думку, виник, у тому числі, і через те, що навчалися ці слухачі саме на заочній формі.

Ще одна новація стосується підготовки суддів та періодичного навчання суддів з метою підтримання та підвищення рівня кваліфікації. Законом розмежовуються ці два поняття. Для проходження підготовки суддею, призначеним на посаду вперше, Закон передбачає навчання не менше 30 академічних годин (п'ять днів) щорічно, а для судді, обраного безстроково, — не менше 40 академічних годин (сім днів) не рідше одного разу на три роки. Це той час, який держава гарантує й оплачує для того, щоб суддя мав можливість пройти необхідну підготовку в НШСУ для підтримання свого професійного рівня. У частині підвищення кваліфікації Закон зобов'язує Національну школу суддів України створити можливість для суддів обирати для себе теми і власне заходи для підвищення своєї кваліфікації. Це є новацією Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд». Відтепер підготовка суддів у Національній школі суддів України має здійснюватися відповідно до необхідності вдосконалення суддями знань, вмінь і навичок, залежно від досвіду роботи, рівня і спеціалізації судів, де вони працюють. Таке навчання має здійснюватися у формі обов'язкових тренінгів і тренінгів залежно від індивідуальних потреб судді.

Також законодавець запровадив новий для української системи правосуддя інститут — оцінювання судді. У Законі передбачено первинне, кваліфікаційне та регулярне оцінювання.

Регулярне оцінювання судді впродовж перебування на посаді здійснюється з метою виявлення індивідуальних потреб судді щодо вдосконалення, стимулювання його до підтримання кваліфікації на належному рівні та професійного зростання. Таке оцінювання проводиться тренерами Національної школи суддів України. За результатами тренінгу тренер заповнює анкету, яка містить оцінку:

- оволодіння суддею знаннями, вміннями, навичками за результатами тренінгу;
- акуратності і своєчасності виконання завдань;
- аналітичних здібностей, спроможності оцінювати інформацію;
- вміння взаємодіяти з колегами (спроможності вести переговори, працювати в команді, працювати під тиском тощо);
- комунікаційних навичок (навичок складання документів, усного мовлення);
- сильних сторін судді.

Також обов'язковою складовою такої анкети є рекомендації для судді щодо напрямів самовдосконалення або проходження додаткового навчання. Анкета оцінювання роботи судді за результатами кожного тренінгу включається до суддівського дос'є. У разі наявності до дос'є також включаються заперечення судді щодо результатів оцінювання та анкета за результатами розгляду таких заперечень. Це надасть можливість Вищій кваліфікаційній комісії суддів України, коли розглядатиметься питання щодо кар'єри судді, оперувати не лише фактами, а і їхньою оцінкою рівня кваліфікації судді.

Що ж до первинного оцінювання, то всі судді України мають один раз його пройти. Таке оцінювання складається з іспиту з теорії права, практичного завдання та із співбесіди з членами Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. Ця норма Закону є доволі дискусійною. Я публічно виступав із роз'ясненнями і висловлював свою позицію щодо доцільності проведення оцінювання й суддів касаційного рівня. Така практика не притаманна європейським країнам, а враховуючи те, що Україна сьогодні тримає курс на європейську інтеграцію, ми маємо рухати українську правову систему до міжнародних взірців. І це зумовлює необхідність привести систему вітчизняного законодавства у відповідність до європейських стандартів. А у зв'язку з появою законодавчої новели зі здійснення первинного оцінювання суддів касаційного рівня постає

низка як етичних, так і професійних проблем. І все ж *dura lex, sed lex* — суворий закон, але це закон, і він має бути виконаним.

І сьогодні Вища кваліфікаційна комісія суддів України у співпраці з Національною школою суддів України готує тестові завдання для суддів Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів. Ми розуміємо, що здійснення цієї процедури має відбуватися такими методами і у такий спосіб, аби у суддів не виникло почуття приниження. Адже якщо суддя так почувається, то він уже перестає бути суддею.

Первинне кваліфікаційне оцінювання суддів з метою прийняття рішень щодо можливості здійснення ними правосуддя у відповідних судах має бути здійснено у стислі строки: суддів Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів — протягом шести місяців з дня набуття чинності Законом; суддів апеляційних судів — протягом двох років. А щодо суддів, які на момент набуття чинності Законом подали заяву про обрання суддею безстроково, таке оцінювання має здійснюватися першочергово відповідно до графіка, встановленого Вищою кваліфікаційною комісією суддів України. Оцінювання суддів місцевих судів, які склали присягу судді до набуття чинності Законом та відправляють правосуддя, проводиться у терміни, визначені Вищою кваліфікаційною комісією суддів України. З урахуванням того, що суддів місцевих судів в Україні понад п'ять тисяч, то для проходження ними первинного кваліфікаційного оцінювання будуть потрібні роки.

Як я вже наголошував раніше, якщо за результатами первинного кваліфікаційного оцінювання можливість здійснення суддею правосуддя у відповідному суді не підтверджена, він відстороняється від здійснення правосуддя та направляється для перепідготовки до Національної школи суддів України з подальшим проведенням повторного кваліфікаційного оцінювання.

Що ж до кваліфікаційного оцінювання суддів, то воно полягає у перевірці здатності судді здійснювати правосуддя у суді відповідного рівня, підтвердженні професійного рівня для обрання на посаду судді безстроково. Таке оцінювання здійснюється Вищою кваліфікаційною комісією суддів України, а Національна школа суддів України розробляє тестові запитання та практичні завдання для його проведення. І хоча поки що така новація щодо оцінювання суддів сприймається суддівською спільнотою доволі критично, вона вже невдовзі стане нормою нашого буття.

І наостанок наголошу на тому, що саме в системі суддівської освіти і суддівської кваліфікації варто очікувати змін, які, власне, впливатимуть на стан правосуддя в державі. Безперечно, якісні зміни в системі суддівської освіти і суддівської кваліфікації є необхідною передумовою для об'єктивного, безстороннього та компетентного виконання суддівських функцій і захисту самих суддів від незаконного впливу, а в підсумку — підвищення довіри громадян до правосуддя.

ДІЯЛЬНІСТЬ ПРОКУРАТУРИ У СВІТЛІ НОВОЇ РЕДАКЦІЇ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ПРОКУРАТУРУ»



ВІТАЛІЙ КАСЬКО

заступник Генерального прокурора України

Судова реформа без підкріплення і зміцнення її іншими системними законодавчими та практичними кроками навряд чи матиме відчутний позитивний ефект. Адже запорукою забезпечення ефективного правосуддя має бути комплексне реформування законодавства, яке регулює не лише питання судустрою та статусу суддів, а й діяльність суміжних інститутів, зокрема й прокуратури.

Як відомо, ще в 1995 році при вступі до Ради Європи Україна взяла на себе зобов'язання привести діяльність прокуратури у відповідність до європейських стандартів. На жаль, минуло досить багато часу (аж надто багато!), доки законодавці почали втілювати задекларовані наміри в життя. Серйозним кроком у цьому напрямі стало ухвалення навесні 2012 року нового Кримінального процесуального кодексу України, проте питання ролі і місця прокуратури за межами кримінальної юстиції залишалося поза увагою законодавців

аж до жовтня минулого року, коли Верховною Радою України було ухвалено нову редакцію Закону України «Про прокуратуру» (Закон). Цей Закон експерти Ради Європи та Європейської комісії «За демократію через право» (Венеціанська комісія) у своєму спільному висновку назвали хорошою основою для реформування прокуратури відповідно до міжнародних стандартів. Зазначеним Законом прокуратура нарешті була позбавлена повноважень, які містили елементи так званого загального нагляду і були головним об'єктом для критики європейських фахівців. У цьому випадку спеціальний закон фактично випередив конституційну реформу, позаяк в Основному Законі ця функція за прокуратурою досі зберігається.

Однією із найважливіших новацій Закону є запровадження інституту прокурорського самоврядування, подібного до системи самоврядування суддів. У цьому контексті вітчизняні законодавці пішли далі за своїх міжнародних колег, адже європейські стандарти не передбачають обов'язковості запровадження такого інституту для прокурорів. Більше того, у багатьох країнах — членах Ради Європи механізму прокурорського самоврядування взагалі немає або ж він не функціонує належним чином. Не менш принциповим є закріплення на законодавчому рівні серйозних гарантій незалежності прокурора як зовнішньої, так і внутрішньої — незалежності прокурора при прийнятті конкретних рішень, при виконанні процесуальних обов'язків. Щоправда, у цьому плані вітчизняний законодавець не пішов так далеко, як цього хотілося б, передбачивши, власне, лише право прокурора вимагати письмового підтвердження вказівки, якщо у нього виникають сумніви в її законності, а також можливість оскарження (у разі незгоди із наказом/вказівкою вищестоящего прокурора) винятково до органу прокурорського самоврядування — Ради прокурорів. Думаю, у подальшому цей інститут розвиватиметься і гарантії незалежності прокурорів поглиблюватимуться.

На законодавчому рівні були змінені підходи і до процесу формування прокурорського корпусу. Підбір кадрів буде багатоступеневим і диференційованим, ґрунтуватиметься на принципі транспарентності. Важливою новацією є те, що, по суті, рішення про призначення прокурора на ту чи іншу посаду в органах прокуратури ухвалюватиметься колегіальним органом — Кваліфікаційно-дисциплінарною комісією прокурорів, склад якої формуватиметься органом прокурорського самоврядування. За прокурором, який обіймає адміністративну посаду, фактично закріплюються лише функції щодо підписання відповідного наказу про призначення.

Крім цього, новим Законом запроваджується більш прозорий та об'єктивний механізм дисциплінарної відповідальності, який передбачає змагальну процедуру розгляду скарг. Безумовним позитивом такого алгоритму дисциплінарного провадження щодо прокурора є відмова від рудименту радянської системи: передбачається, що виправдувальний вирок не може бути підставою для притягнення прокурора до дисциплінарної відповідальності за винятком випадку умисного порушення прокурором закону або серйозної недбалості. Нововведенням для України є також запровадження у системі прокуратури спеціалізації прокурорів, що є звичайною європейською практикою, яка засвідчила свою ефективність.

Новим Законом було врегульовано і питання щодо кількості працівників органів прокуратури. Щоправда, особисто мені важко збагнути, чому законодавець встановив штатну чисельність на рівні 15 тисяч осіб, чому саме така цифра, а не, скажімо, менша з огляду на фактичні потреби суспільства та реалії діяльності прокуратури. Це питання є досить принциповим, і для нашої держави воно актуальне, адже Україна, порівняно з іншими країнами — членами Ради Європи, наразі є лідером за показником «кількість прокурорів на кількість населення» — 32 прокурори на 100 тисяч громадян. Для прикладу: у Російській Федерації — 22, у країнах сталої європейської демократії — від 6 до 13 на 100 тисяч населення. Я переконаний, що в Україні цей показник має бути приведений у відповідність до загальноєвропейського.

З метою усунення дублювання повноважень та підвищення ефективності діяльності органів прокуратури Законом передбачається формування триланкової системи органів прокуратури: Генеральна прокуратура України, регіональні прокуратури та місцеві прокуратури. Що стосується останніх, то в новому Законі вдалося реалізувати задум щодо укрупнення прокуратур, аби зламати тісні територіальні зв'язки, які досить часто існують на практиці між ключовими посадовими особами (начальник райвідділу міліції, голова місцевого суду, прокурор району) у конкретній місцевості.

І наостанок, я сподіваюся, що в ході реформування прокуратури вдасться досягти головного: аби єдиним показником її роботи стала довіра до неї з боку громадянського суспільства, власне, як оцінює діяльність

прокурора те населення, яке проживає в межах відповідної територіальної одиниці, а не статистичні ознаки: скільки злочинів було розкрито, скільки справ направлено до суду тощо. Якщо так буде, можна сміливо стверджувати, що реформування відбулося — вітчизняна прокуратура досягла європейського рівня!

БАГАТОВЕКТОРНІСТЬ СУДОВОЇ РЕФОРМИ ЯК ЗАПОРУКА ЇЇ ЕФЕКТИВНОСТІ



ОЛЕКСІЙ КОТ

кандидат юридичних наук, керуючий партнер ЮФ «Антіка»

Задекларована державою судова реформа розпочалася — і розпочалася вона у вкрай важкий період повного дефіциту довіри: довіри до влади, до суддів, до експертів, до громадських організацій і навіть інколи один до одного.

Хвиля емоційного популізму накрила наше суспільство з головою. Бажання зруйнувати все, що так чи інакше нагадує нам про минулу владу, зрозуміле. Але нашою метою є побудова ефективної держави, яка має ґрунтуватися на фаховому підході до виконання функцій. Змушений констатувати, що Закон України «Про відновлення довіри до судової влади в Україні», прийнятий Верховною Радою України VII скликання 8 квітня 2014 року, та Закон України «Про очищення влади», прийнятий Верховною Радою України 16 вересня 2014 року, незважаючи на всі очікування та емоційне забарвлення, не спрацювали. Передусім тому,

що, з одного боку, люстрація не дозволила усунути від влади одіозних осіб, які в розумінні українців мали б потрапити на смітник історії, — достатньо подивитися на склад Верховної Ради України, на штатний розклад міністерств та інших органів державної влади. З іншого — ми отримали нищівну критику Венеціанської комісії щодо тексту Закону про люстрацію, з якою як фахівець я змушений погодитися — починаючи з принципів очищення влади, закріплених у тексті Закону, і закінчуючи ігноруванням сталих підходів до законодавчої техніки формулювання правових норм.

Утім, не все залежить від якості законів. Вплив на суди можна заборонити навіть на рівні Конституції України. Але чи матиме така заборона практичні наслідки? Ні. Проблема полягає не тільки і не стільки в поганому законодавстві. Проблема в тому, що ми на ментальному рівні звикли до можливості невиконання або викривленого тлумачення того, що написано в законі.

Проте сподіваюся, що відновлення довіри все ж таки матиме місце. І воно повинне ґрунтуватися не на законах, які, в першу чергу, були розраховані на отримання певних політичних дивідендів, а на поверненні до суспільного діалогу, результатом якого мають стати відповідні домовленості про довіру до діяльності інститутів державного управління. Певна річ, держава в особі її сьогоднішнього керівництва повинна неухильно відстежувати якісне виконання новим чиновництвом принципів, на базі яких і має відбудовуватися довіра до держави.

Власне довіра і є запорукою успіху судової реформи. Ідея створення нового «надзакону», положення якого усунули б будь-який політичний вплив на суди, заборонила б суддям брати хабарі, підвищила б на цьому етапі роль суддівського самоврядування, яке прийняло б на себе функції контролю за якістю та ефективністю правосуддя, суспільству дуже подобається. Можливо, саме тому ми і маємо різнобарв'я законопроектів щодо реформи судоустрою, адвокатури, процесуального законодавства тощо.

12 лютого 2015 року Верховна Рада України ухвалила Закон України «Про забезпечення права на справедливий суд», який також, не претендуючи на статус «надзакону», став своєрідним компромісом між двома законопроектами, прийнятими в першому читанні.

Одразу ж зауважу, що мені особисто близька ідея про необхідність реалізації судової реформи в декілька етапів, одним з яких обов'язково має бути внесення змін до Конституції. І все ж сам факт прийняття зазначеного Закону є першим, але вкрай важливим етапом реалізації судової реформи, оскільки це надало можливість врегулювати низку нагальних питань функціонування судової гілки влади, які можна було вирішити без внесення змін до Конституції України.

Варто також з розумінням ставитися до того, що низка рішень, запропонованих у Законі України «Про забезпечення права на справедливий суд», вочевидь, буде переглянута в результаті роботи Конституційної комісії, одним із завдань якої буде системне коригування положень Конституції України, які встановлюють основні засади діяльності судової влади. Думаю, що саме Комісія надасть остаточну відповідь на питання, які останнім часом активно обговорювалися юридичним соціумом, зокрема, судова система складатиметься з трьох або чотирьох ланок, яке місце займатимуть у цій системі господарські суди, Вища рада юстиції, Вища кваліфікаційна комісія суддів України тощо.

Утім, сам підхід до судової реформи значно ширший за реформування інститутів судової влади. Є підстави вважати, що запорукою успіху судової реформи, фактором, який впливатиме на її ефективність, буде саме її багатовекторність, тобто реформування разом із судовою владою і суміжних інститутів — адвокатури, прокуратури, системи виконання судових рішень тощо.

Судова система підлягає реформуванню. Мають бути змінені й підходи до формування суддівського корпусу. Нарівні з цим аналогічні вади притаманні й іншим інститутам державної влади. Адвокатура в Україні також має змінюватися.

Варто визнати, що «хвороби» судової влади, на які сьогодні звертає увагу громадськість, суспільство, вітчизняні та іноземні експерти і консультанти, так само вразили й інші гілки державної влади всіх рівнів. Більше того, саме суспільство, яке вже звикло, прилаштувалося до такого стану речей, має змінитися. Реформи потрібно розпочинати з самих себе.

І на завершення кілька слів необхідно сказати щодо ще однієї вкрай важливої передумови ефективності будь-яких реформ. Це — наявність політичної волі. Причому не у вигляді закликів з трибун або лозунгів

високопосадовців на різноманітних зібраннях, а у вигляді конкретних дій, спрямованих на реалізацію суспільних цінностей, які нам принесла Революція гідності.

Країні та її громадянам потрібен результат у вигляді ефективно діючого механізму судового захисту, а такий результат можливий лише за умови націленості всіх суб'єктів судової реформи на його досягнення.

ШЛЯХИ ПІДВИЩЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ СУДОЧИНСТВА



ВОЛОДИМИР КРАВЧУК

доктор юридичних наук, професор, суддя Львівського окружного адміністративного суду

Європейський суд з прав людини найбільше порушень прав людини з боку України констатує у зв'язку з невиконанням судових рішень. Об'єктивно, це найслабша ділянка української правової системи. Немає сенсу наводити статистику — ця проблема відома.

Судове рішення, яке не виконується, за великим рахунком, є непотрібним. Особа, яка звертається до суду, потребує не стільки вирішення спору (зазвичай вона не сумнівається у власній правоті), скільки застосування до правопорушника ефективних заходів впливу, які захистили б її порушені права. Тому одним із головних напрямів правової реформи має стати вдосконалення виконавчого провадження та підвищення ефективності судового контролю за цією ділянкою.

Які ж шляхи можна запропонувати?

Скасування строку пред'явлення виконавчого документа

Позивач, коли йде до суду, зазвичай переконаний, що закон — на його боці. Він потребує не розв'язання спору, а державного захисту. Отож коли позивач має рішення, але не має захисту, він вважає, що дарма витратив час і гроші. Як наслідок, людина не вірить ні в суд, ні в закон, ні в державу. Приблизно такий стан ми маємо тепер.

Законом України «Про виконавче провадження» (стаття 22) передбачений річний строк пред'явлення до виконання виконавчого листа. Це не стимулює добросовісного виконання й ускладнює життя стягувачу. По-перше, він може не встигнути подати заяву про відкриття виконавчого провадження (або не знати про строки) — і боржник вільний! У разі повернення виконавчого листа (стаття 47) боржник може забути подати виконавчий лист повторно (вдруге, втретє). І таких випадків на практиці є чимало.

На мою думку, боржник повинен звертатися до виконавчої служби тільки раз! І залишатися боржником, допоки не виконає рішення суду. Виконавче провадження має припинятися тільки повним виконанням або смертю боржника (якщо немає правонаступництва чи спадкування), щоб він розумів, що немає іншого способу поведінки, ніж виконати рішення.

Відкритий реєстр боржників

Кожен, хто вступає в цивільні правовідносини з особою, має право перевірити її репутацію як потенційного контрагента. Ми не позичаємо гроші, якщо знаємо, що боржник їх, швидше за все, не віддасть. Інформація про боржника, який не виконує судового рішення, є значущою для суспільства та важливою з погляду профілактики правопорушень. Тому її потрібно відкривати для всіх охочих. До речі, в Україні є досвід створення подібного реєстру на базі бюро кредитних історій.

Створення такого реєстру матиме й важливе соціальне значення. Адже кожен цінує свою репутацію, тому намагатиметься не потрапляти до переліку боржників.

Обмеження прав боржників

Людина, яка не виконує судового рішення, є правопорушником. Її правовий статус має відрізнятися від статусу добропорядного громадянина. Законом треба передбачити обмеження прав правопорушника, наприклад на прийом на державну службу, на виїзд за кордон, на отримання закордонного паспорта, соціальних пільг.

Можливість реалізації цих прав потрібно поставити в залежність від згоди кредитора. Таким чином, позикодавець отримає додаткові приводи для діалогу з боржником щодо виконання судового рішення. Це дасть розвиток інституту примирення та сприятиме позасудовому врегулюванню.

Компенсаційні санкції

Не виконувати судові рішення має стати не вигідним. Повинен бути не лише 10-відсотковий збір, який іде державі (стаття 28 Закону України «Про виконавче провадження»), а й санкції компенсаційного характеру для стягувача. На суму боргу в силу закону повинні нараховуватися відсотки за весь час невиконання. Наприклад, на рівні подвійної облікової ставки Національного банку України. Стягнення цих санкцій має відбуватися в силу закону, без звернення до суду.

Крім того, стягувач повинен мати право відступити третій особі борг, який стягується за судовим рішенням. Це пришвидшить виконання і буде додатковою гарантією прав стягувача.

Підвищення розміру відрахувань

За чинним законодавством, із заробітної плати боржника можна утримати лише 20 % (за кількома виконавчими провадженнями щонайбільше — 50 %). До того ж є розлогий перелік виплат, з яких забороняється проводити стягнення.

Вбачається доцільним зняти ці обмеження. Гарантовано в боржника має залишатися щомісяця тільки сума, необхідна на проживання. Іншими словами, з його доходу можна стягнути все, крім суми, що дорівнює прожитковому мінімуму.

Державні гарантії виконання судового рішення

Невиконання судового рішення — це виклик державі, це експеримент над її спроможністю забезпечити дію закону на своїй території. Тому влада повинна гарантувати виконання.

Нині ми спостерігаємо дивну ситуацію, коли виконання судових рішень державою (державними органами) здійснюється з допомогою державного примусу. Фактично держава сама себе примушує. Це — ненормально.

Вважаю, що всі державні органи повинні сприяти виконанню судових рішень, а ті, які стосуються їх безпосередньо, виконувати негайно й добровільно (без звернення до органів державної виконавчої служби).

Підвищення відповідальності чиновника

Якщо рішення суду не виконується посадовою особою органу влади, така особа має бути негайно звільнена за порушення присяги. Невиконання судового рішення — це правопорушення, яке підриває авторитет держави, і має каратися відповідно. Якщо є поважні причини невиконання, особа має довести це в межах процедур судового контролю. І тільки ухвала суду про відстрочення, зміну способу виконання є підставою для продовження державної служби.

Якщо судовим рішенням стягнуто з державного чи місцевого бюджету на користь позивача певну суму, вона має бути відшкодована за рахунок державного службовця, дії якого визнані протиправними та призвели до збитків. Таке законодавство є — пункт 9 «Прикінцевих положень» Бюджетного кодексу України, Закон України «Про гарантії держави щодо виконання судових рішень», — але на практиці його норми використовуються вкрай рідко.

Запровадження приватних виконавців

Ефективність виконання може забезпечити розвиток інституту приватних виконавців. Українське суспільство організаційно та професійно до цього готове. Є позитивний досвід функціонування приватного нотаріату, який теж виконує державні (публічні) функції на приватній матеріально-технічній базі.

Приватні виконавці можуть взяти на себе виконання судових рішень про стягнення боргів у відносинах між приватними особами (комунальні платежі, кредити, навчання, оплата праці, аліменти тощо). Натомість виконання рішень у публічно-правових справах необхідно залишити за державними виконавцями.

Приватні виконавці — це особи, які здійснюватимуть незалежну професійну діяльність. Їх потрібно наділити такими самими правами, які мають державні виконавці. Їхня майнова професійна відповідальність підлягає обов'язковому страхуванню.

Розширення повноважень судових розпорядників

Судовим розпорядникам пропонується надати повноваження здійснювати окремі виконавчі дії під час виконання судових рішень, зокрема ухвал про забезпечення позову, забезпечення доказів, привід свідків. Це спростить та пришвидшить виконання, підвищить ефективність таких судових рішень.

Судовий контроль

Необхідно стимулювати суди більш активно використовувати свої повноваження щодо реагування на виявлені порушення окремими ухвалами. В адміністративному судочинстві доцільно встановити обов'язок, а не право суду постановляти окремі ухвали, якщо для цього є підстави. Доцільно більш активно використовувати інститут судового контролю за виконання судового рішення: встановлення строку для подання звіту про виконання — накладення штрафу за невиконання.

Щось із викладеного вже пропонувалося та обговорювалося, щось — ні. Але важливим є не авторство ідей, а їх узгодженість та ефективність заради єдиної мети — досягнення правопорядку. Адже невиконання судового рішення — це реальна загроза правопорядку. Якщо вдасться її мінімізувати, то відновимо й довіру громадян до суду як органу, що забезпечує правовий захист, та піднесемо авторитет держави, доведемо її спроможність забезпечити законність для всіх своїх громадян.

ДЕНЬ ДРУГИЙ 20.03.2015

ПАРАЛЕЛЬНІ СЕКЦІЇ



III СУДОВО-ПРАВОВИЙ ФОРУМ

**«СУДОВА РЕФОРМА В УКРАЇНІ:
ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ВЕКТОР»**

АДАПТАЦІЯ ФІНСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА ДО ЗАКОНОДАВСТВА ЄС



НІІЛО ЯАСКІНЕН

доктор юридичних наук, генеральний адвокат Європейського суду справедливості (Суду Європейського Союзу)

Фінляндія мала особливий статус у повоєнній Європі. Під час холодної війни вона проводила політику нейтралітету з метою уникнення участі в політичних і військових конфліктах між Сходом та Заходом. У той же час Фінляндія домагалася позиції в західній економічній системі, заснованій на вільних ринках, і, відповідно, приєдналася до грошово-кредитних установ Бреттон-Вудської системи, ГАТТ й Організації економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР). Фінляндія також стала асоційованим членом Європейської асоціації вільної торгівлі (ЄАВТ) в 1961 році і разом з іншими державами ЄАВТ уклала угоду про вільну торгівлю з тодішньою Європейською економічною спільнотою (ЄЕС) у 1973 році.

Переговори щодо вступу Фінляндії, Австрії та Швеції до Європейського Союзу пройшли швидко і гладко порівняно з більш ранніми розширеннями Європейської Спільноти, тобто теперішнього Європейського

Союзу. Цей факт може бути зрозумілий тільки на тлі процесу, у результаті якого було укладено Угоду про європейський економічний простір для встановлення відносин між ЄС та державами ЄАВТ. Угода про європейський економічний простір, спрямована на включення держав Європейської асоціації вільної торгівлі в єдиний ринок Європейського Союзу, була підписана в травні 1992 року і набула чинності 1 січня 1994 року.

Відправною точкою європейського економічного простору було те, що держави Європейської асоціації вільної торгівлі зобов'язалися дотримуватися законодавства і судової практики Європейського Союзу (*Acquis ЄС*) тією мірою, що охоплює свободу пересування товарів, осіб, послуг та капіталу, а також окремих процедур і правил, що впливають на функціонування єдиного ринку, наприклад у сфері конкуренції та охорони навколишнього середовища. У свою чергу, ЄС зобов'язався надати державам ЄАВТ відкритий та не-дискримінаційний доступ до єдиного ринку. Ця мета призвела до необхідності створення системи прийняття рішень, яка забезпечувала б узгодженість Угоди про європейський економічний простір із законодавством ЄС також у майбутньому. Таким чином, центральним елементом організації європейського економічного простору стала інституційна та судова база, необхідна для реалізації чотирьох свобод та більш інтенсивної співпраці.

Не можна переоцінити важливість розвитку європейського економічного простору в пізніших переговорах про вступ між певними державами Європейської асоціації вільної торгівлі та ЄС. Завдяки європейському економічному простору багато із складних питань були вирішені ще до початку переговорів.

Розвиток європейського економічного простору мав також великий психологічний вплив на держави-заявники. Він зробив кристально зрозумілим принцип обов'язковості правових норм ЄС, тобто показав, що інтеграція в ринок ЄС вимагає беззастережного прийняття чинних правил і принципів законодавства ЄС. Єдине, що можна отримати в ході переговорів з ЄК/ЄС, так це перехідні періоди, технічні поправки, а у виняткових випадках — обмежені відхилення. Пройшовши шлях розвитку в європейському економічному просторі, Фінляндія та інші держави Європейської асоціації вільної торгівлі зрозуміли, що вони не можуть очікувати від ЄС зміни його правил і що вони самі мають бути готові адаптуватися до правил ЄС.

Після великої внутрішньої дискусії Фінляндія вирішила вслід за Австрією та Швецією подати заявку на членство в ЄС у березні 1992 року. Подальший процес був відносно швидким. Переговори розпочалися в лютому 1993 року і закінчилися за 13 місяців, у березні 1994 -го. Договір про приєднання був укладений на Корфу в червні 1994 року і набув чинності 1 січня 1995 року.

Адаптація до законодавства ЄС

Метою Угоди про європейський економічний простір було створення єдиного ринку між ЄС і державами Європейської асоціації вільної торгівлі на основі прийняття останніми відповідного законодавства і судової практики першого як складової частини своїх правових систем. Додатки до Угоди про європейський економічний простір нараховували понад 1 200 законодавчих актів ЄС, які держави Європейської асоціації вільної торгівлі мали ввести в дію і забезпечити їхнє виконання. Цей же робочий механізм використовується в Угоді про асоціацію між Україною і ЄС, додатки до якої включають список законодавчих актів ЄС, які Україна повинна імплементувати та застосовувати відповідно до Угоди про асоціацію.

Фінляндія почала цілеспрямований процес адаптації до Угоди про європейський економічний простір у 1989 році, коли Міністерство юстиції випустило циркуляр для інших міністерств з інструкціями, щоб законодавство Спільноти належним чином бралось до уваги при підготовці проектів нормативних актів, за відсутності особливих причин для протилежного. Під час переговорів про європейський економічний простір таке узгодження почало діяти на постійній основі. Угода вимагала, щоб при набутті нею чинності національне законодавство було узгоджене з Угодою про європейський економічний простір, якщо на перехідний період не було особливих положень. Через це поправки до законодавства Фінляндії, необхідні для європейського економічного простору, були здебільшого розроблені та вступили в силу вже у ході переговорів або в період між завершенням переговорів і набуттям чинності Угодою. Щодо узгодження законодавства, європейський економічний простір забезпечував переважну частину змісту вимог до членства в ЄС.

Членство в ЄС принесло в правову систему Фінляндії чверто більше сторінок законодавства ЄС, ніж Угода про європейський економічний простір. І все ж, за основним винятком щодо непрямого оподаткування,

воно містило норми, які відносилися до загальної політики ЄС, зокрема спільної сільськогосподарської стратегії, спільної стратегії рибальства та Митного союзу, і прийняли форму безпосереднього застосування правових норм ЄС. Навіть якщо певне національне законодавство також було необхідним у цих галузях з метою управління системами ЄС, не було необхідності переносити їх шляхом прийняття спеціального національного законодавчого чи нормативного акта про їхнє запровадження.

До серпня 1995 року близько 550 законодавчих актів, що стосуються Угоди про європейський економічний простір або членства в ЄС, були прийняті парламентом Фінляндії. І все ж поправки до фінського законодавства в основному стосувалися норм нижчої юридичної сили порівняно з нормативно-правовими актами парламенту.

У тому, що стосується положень ЄС, які підлягають безпосередньому застосуванню і є складовими основного законодавства прямої дії та нормативних актів ЄС, завданням національної законопроектної роботи була адаптація національного законодавства до законодавства ЄС. Це включало скасування національних норм, які суперечили правилам ЄС. Типовим прикладом була необхідність скасувати вимоги щодо громадянства та місця проживання, які суперечили законодавству ЄС. Адаптація національного законодавства також включала питання прийняття додаткових національних положень, необхідних для прямого застосування положень ЄС. Прикладом стало прийняття національних кримінальних санкцій, пов'язаних із зобов'язаннями відповідно до законодавства ЄС, та домовленості про компетенцію різних адміністративних органів у ході застосування законодавства ЄС. Наш досвід свідчить, що адаптація положень національного законодавства до законодавства прямої дії ЄС викликає різноманітні юридично-технічні труднощі.

У частині, в якій законодавство ЄС не має прямого застосування, Фінляндія повинна була перенести в національне законодавство положення Спільноти, в основному директиви. Щодо точних і безумовних директив, прийняття рішень на національному рівні не пішло далі вибору рівня в ієрархії законодавства та можливої національної системи управління і санкцій. Основний зміст відповідного національного імплементаційного положення міг бути скопійований з директиви. Впровадження технічних директив у національному законодавстві, як правило, найкраще досягалося на ієрархічно нижчому рівні, аніж парламентський закон.

На відміну від цього, у багатьох випадках, особливо в таких традиційних галузях права, як корпоративне право, договірне та деліктне право, національна законопроектна робота стикалася з важким вибором, коли справа доходила до введення положень законодавства ЄС у звід національного законодавства. При перенесенні юридично більш жорстких положень ЄС у національне законодавство постали проблеми, пов'язані з відмінністю термінології і правових понять у законодавстві ЄС та національному законодавстві. При розробці нормативних положень ЄС необхідно знаходити письмові загальнозвживані означення та поняття, прийнятні для 28 різних національних правових систем, які у зв'язку з цим не можуть мати пряму відповідність усім окремим національним правовим традиціям. З цієї причини нове законодавство ЄС часто приймається у вигляді регламентів, наприклад у галузі міжнародного приватного права.

Ще однією характерною рисою законодавства ЄС є певний дисбаланс у його підготовці. Часом положення акта ЄС може бути нечітким або неточним, бо політична воля прийти до більш точного тексту була відсутня при переговорах у рамках Ради міністрів, а також між нею та Європейським парламентом. З іншого боку, деякі деталі в нормативному акті, можливо, були предметом складного компромісу, результати якого знайшли відображення в технічно казуїстичному й складному положенні. Таким чином, складання положень для збалансованої національної імплементації може виявитися практично неможливим.

З мого досвіду вбачається, що чим більше уніфікація законодавства наближається до основ національних правових систем, тим більше докладається зусиль, спрямованих на проведення уніфікації лише там, де це абсолютно необхідно. Рішучість у прагненні захистити спадкоємність національної правової системи та принципів стане причиною для критики щодо прийняття положень ЄС: там, де уніфікація потребує відмови від національної традиції, буде зроблена спроба звести до мінімуму її застосування.

Тільки у виняткових випадках законодавство ЄС містить такі систематичні законодавчі утворення, які можуть бути перенесені у національні правові системи як такі. Прикладом цього є регулювання державних закупівель, щодо яких, принаймні у Фінляндії, виникла потреба в законодавстві стосовно деяких горизонтальних відносин у рамках публічного права з абсолютно нової системної точки зору.

Адаптація до законодавства ЄС є не простою справою. Вона вимагає прийняття іноземних моделей і мови регулювання. Положення ЄС можуть здаватися казуїстичними і незрозумілими у відношенні до використовуваної систематичної основи; крім того, констатація їх точного змісту може виявитися складною, наприклад, через численні зміни, а також через судову практику, що врізається в інтерпретацію самого тексту.

Щодо технічної якості законопроектної роботи, ситуація, в якій опинилася Фінляндія, з необхідністю виконувати в гранично короткі терміни сотні законодавчих проектів, пов'язаних з Угодою про європейський економічний простір і членством в ЄС, не може вважатися задовільною. Проте, по суті, я не думаю, що адаптація до положень ЄС для фінського законодавства була кроком назад. Особливо це стосується базового регулювання ринкової економіки, наприклад у сфері конкуренції, відносин органів державної влади та приватних підприємств, ринку капіталів, Угода про європейський економічний простір спонукала Фінляндію привести своє законодавство у відповідність до стандартів країн з ринковою економікою. До європейського економічного простору регулювання економіки у Фінляндії часто відображало протекціоністські тенденції і завдавало шкоди конкуренції.

Особливістю ЄС як механізму міжнародної співпраці є багатомовність. Основним мовним принципом ЄС є рівність офіційних мов держав-членів. Принцип мовної рівноправності особливо необхідний у зв'язку з прямим застосуванням та забезпеченням дотримання нормативних актів ЄС на території кожної держави-члена. Тому всі офіційні мови держав-членів є також офіційними мовами ЄС. Законодавчі акти ЄС приймаються з перекладами на 24 мови, що мають однакову юридичну силу.

Коли держава, офіційною мовою якої не є офіційна мова Союзу, приймає на себе зобов'язання привести своє законодавство у відповідність до конкретних актів ЄС, виникає необхідність перекладу законодавства ЄС. Як у контексті європейського економічного простору, так і в ході переговорів про вступ має місце дотримання принципу, що до часу вступу переклад законодавства ЄС новою мовою є завданням заінтересованої держави. Інститути ЄС приймають на себе зобов'язання з перекладу не раніше дати вступу.

Переклад часто сприймається як технічна робота, що становить невелике загальне значення чи інтерес. Однак це завдання не треба недооцінювати. Переклад десятків тисяч сторінок законодавства потребував багато часу і кваліфікованого персоналу. Цей проект також потребував створення інфраструктури, яка забезпечила б правильність та однотипність перекладу.

У Фінляндії вихідна мова, що використовувалася при перекладі нормативно-правової бази Співтовариства, була в основному французька. Це рішення було прийняте тому, що в той час більшість нових законодавчих актів ЄС спочатку складалися французькою мовою. Така ситуація змінилася після 1990-х років, і на сьогодні домінуючою робочою мовою інститутів ЄС стала англійська мова, за винятком Суду справедливості, який продовжує використовувати як внутрішню робочу мову лише французьку.

Адаптація національного законодавства до законодавства ЄС є масштабним і складним проектом для законодавчого та адміністративного апарату будь-якої держави. Крім того, такий проект, як правило, здійснюється в умовах, коли не вистачає часу і кваліфікованих кадрів як з точки зору лінгвістичної компетенції, так і знань законодавства ЄС. Відповідно, життєво важливим для успіху проекту є створення необхідних інформаційних управлінських систем і їх наступне максимально ефективне використання.

Адаптація національного механізму прийняття рішень

Держава, яка приєдналася до ЄС, повинна створити ефективний національний механізм підготовки та прийняття рішень у європейських справах. Те саме відноситься до країни, такої як Україна, яка погодилася на глибоку і всеосяжну угоду про вільну торгівлю, включаючи широкомасштабні зобов'язання з узгодження законодавства. Організація такого механізму, як правило, аналогічна організації ефективного переговорного механізму. Завданням системи прийняття рішень на рівні уряду є забезпечення того, щоб представництво держави-члена у відносинах з ЄС було налагодженим, ефективним і скоординованим. Порядок прийняття рішень в ЄС, переважно, не відповідає національному розподілу компетенції між міністерствами та іншими органами. Справа в ЄС, наприклад законодавча пропозиція Комісії, на національному рівні може стосуватися ряду міністерств. Можливо навіть, що справу, яка виникає в ЄС, нелегко віднести до сфери повноважень

будь-якого національного органу. З цієї причини держава повинна мати підготовчий та координаційний механізм, який долає розмежованість між різними міністерствами.

У моїй країні була створена трирівнева система: основні робочі групи між міністерствами та іншими установами, координаційний орган з високопоставлених державних службовців та політичний координаційний орган міністрів. Таким чином, вдалося забезпечити, щоб національні позиції, представлені різними міністерствами, були скоординовані і відповідали погодженій політиці уряду. Координаційна система потребує також створення секретаріату державних службовців, у тому числі для контролю і виконання інструкцій щодо переговорів. У Фінляндії такий секретаріат спочатку входив у структуру Міністерства закордонних справ, але потім був переведений до адміністрації прем'єр-міністра.

Як на стадії переговорів, так і надалі дуже важливе значення має забезпечення якнайповнішої поінформованості національного парламенту щодо переговорів і процесу прийняття рішень в ЄС. Це важливо, в першу чергу, для забезпечення демократичної легітимності рішень, прийнятих на європейському рівні. З практичної точки зору важливо пов'язати національний парламент з європейським процесом прийняття рішень, бо часто саме національний парламент, урешті-решт, приймає рішення щодо національних законодавчих заходів, необхідних для здійснення рішення, прийнятого на рівні ЄС.

У Фінляндії було поставлено за мету якомога тісніше прив'язати парламент до державної підготовки європейських справ. Уряд зобов'язаний щотижнево інформувати і консультувати парламент з усіх важливих питань, що стосуються ЄС.

Конституційні аспекти

Забезпечення статусу парламенту Фінляндії в державному процесі прийняття рішень, що стосуються інтеграції, потребувало конституційної поправки. Конституція також була зроблена більш конкретною в тому сенсі, що питання, які стосуються ЄС, як правило, належать до компетенції уряду, а не до зовнішньополітичних повноважень президента Республіки. Це рішення ґрунтується на тому, що справи ЄС мають, насамперед, економічний і соціальний характер та не стосуються питань зовнішньої політики в традиційному значенні цього слова.

Звичайно, як і все національне законодавство, Конституція також має бути приведена у відповідність до законодавства ЄС. Це може потребувати конституційних поправок, що стосуються, наприклад, можливості екстрадиції своїх громадян або вимог щодо громадянства, які застосовуються у сфері державної служби.

ДЕНЬ ДРУГИЙ 20.03.2015

СЕСІЯ І

СЕКЦІЯ 1 КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС



МОДЕРАТОРИ

МИКОЛА КОРОТКЕВИЧ

кандидат юридичних наук,
суддя Верховного Суду України

ПЕТРО АНДРУШКО

кандидат юридичних наук, професор, завідувач кафедри
кримінального права та кримінології юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

РОЗМЕЖУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ТА ЦИВІЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЕКОНОМІЧНІ ЗЛОЧИНИ



АРМАНАС АБРАМАВІЧЮС

доктор юридичних наук, професор, суддя Верховного суду Литви

Найчастіше суспільство переконане в тому, що найефективнішим інструментом боротьби з негативними явищами, у тому числі несумлінного підприємництва, є кримінальне покарання.

Варто визнати, що занадто активне кримінальне законодавство, недостатньо якісне з правової точки зору, знижує не рівень злочинності, а швидше рівень правової безпеки громадян. Такі дії часто призводять до виникнення суперечливого і розмитого кримінального законодавства, яке може застосовуватися довільно.

Конституційний суд Республіки Литва сформулював доктрину з критеріями для розрізнення злочинів та інших порушень.

Суд постановив, що злочини — це найбільші небезпечні діяння, і, коли приймається рішення про визнання діяння кримінальним, доцільно розглянути, чи не досить буде застосування інших, менш суворих заходів (наприклад, адміністративних, цивільних).

Вважаю, що деякі норми Кримінального кодексу (КК) необхідно переглянути. Наприклад, КК передбачає кримінальну відповідальність за використання кредиту чи позики для інших цілей, ніж ті, що були узгоджені, або за порушення відповідних процедур. Ця норма, по суті, передбачає кримінальну відповідальність за те, що належить до сфери цивільно-правових відносин.

Останнім часом відзначається збільшення кількості кримінальних справ, у яких людям були пред'явлені звинувачення в шахрайстві.

Частково це можна пояснити тим фактом, що в грошових суперечках ці люди намагаються вирішити спори, пов'язані з кримінальним переслідуванням.

Необхідно також зазначити, що в КК було розширено поняття шахрайства, яке охоплює не тільки придбання чужої власності чи права власності шахрайським шляхом, але й спробу уникнути або припинити настання відповідальності обманним шляхом. Верховний суд дійшов висновку, що для того, щоб розмежувати кримінальну та цивільну відповідальність за шахрайство, потрібно взяти до уваги такі критерії:

1. Чи був факт шахрайства ключовим для прийняття жертвою рішення про передачу активів або укладання договору?
2. Чи може жертва захистити свої права, використовуючи цивільні правові інструменти?

Рекомендації:

1. Написання законів у сфері кримінального права та їх застосування має відбуватися з урахуванням того, що визнання діяння кримінальним і застосування найсуворішого правового покарання не завжди є найкращим методом запобігання вчиненню незаконних дій.
2. Щоразу, приймаючи рішення про визнання діяння кримінальним, важливо розглянути можливість застосування інших, менш суворих правових заходів (наприклад, адміністративних, цивільних або дисциплінарних) для досягнення більш позитивних результатів.
3. Норми кримінального законодавства повинні бути короткими, щоб попередити зловживання кримінальним законодавством.
4. Необхідно проводити обговорення і поступове впровадження інституту кримінальної відповідальності юридичних осіб в український КК. Такий інститут Кримінального кодексу має застосовуватися у випадках вчинення економічних, фінансових та екологічних злочинів.
5. Поняття хабара в українському КК потрібно розширити і включити в нього цінності як у грошовій, так і негрошовій формах.
6. Положення європейських міжнародних актів, повинні бути перенесені і включені в національне законодавство зі збереженням сенсу, а не дослівного відтворення, і відповідно до основоположних принципів права.

КАСАЦІЙНИЙ ПЕРЕГЛЯД СУДОВИХ РІШЕНЬ У КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕННЯХ ЯК ГАРАНТІЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОТРИМАННЯ ПРАВ ГРОМАДЯН



ВАЛЕНТИН ЗУБАР

суддя Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ

У статті досліджуються актуальні питання, пов'язані із забезпеченням прав людини під час касаційного перегляду судових рішень у кримінальному провадженні. Зокрема, у статті розкрито проблемні питання, які виникають щодо предмета касаційного оскарження, подання касаційної скарги, права на захист та повноважень захисників у касаційному провадженні, зміни рішень судів першої та апеляційної інстанцій або їх скасування з призначенням нового розгляду. Проаналізовано судову практику із зазначених питань. Досліджено відповідні положення кримінально-процесуального законодавства України та їх відповідність міжнародно-правовим стандартам.

Ключові слова: кримінальне провадження, касаційний перегляд, суд касаційної інстанції, захист прав людини.

В статье исследуются актуальные вопросы, связанные с обеспечением прав человека в процессе кассационного пересмотра судебных решений в уголовном производстве. В частности, в статье раскрываются проблемные вопросы, возникающие относительно предмета кассационного обжалования, подачи кассационной жалобы, права на защиту и полномочий защитников в кассационном производстве, изменения решений судов первой и апелляционной инстанций или их отмены с назначением нового рассмотрения. Анализируется судебная практика по этим вопросам. Исследуются соответствующие положения уголовно-процессуального законодательства Украины и их соответствие международно-правовым стандартам.

Ключевые слова: уголовное производство, кассационный пересмотр, суд кассационной инстанции, защита прав человека.

This article shall be devoted to the current issues related to ensuring human rights during review of court decisions in cassation procedure within criminal proceedings. In particular, the article describes outstanding problems that arise with respect to a subject of appeal in cassation procedure, filing a cassation complaint, a right to defense and a defense counsel's authority in cassation procedure, a change of a decision rendered by a court of first instance or a court of appeal or reversal of the said decision with an assignment of a new trial. The author has analyzed the court practice regarding the mentioned issues and examined relevant provisions of the criminal procedure legislation of Ukraine, as well as their compliance with international legal standards.

Key words: criminal proceedings, cassation procedure, court of cassation, protection of human rights.

Справедливе та ефективне кримінальне правосуддя є необхідною умовою існування демократичної держави, заснованої на принципі верховенства права.

Саме на суд касаційної інстанції покладається відповідальність за прийняття остаточного рішення стосовно прав і свобод людини.

Статтею 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція) визначено, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи впродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який визначить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення [1].

Зазначеною статтею кожній людині гарантується право на справедливий розгляд його справи судом, який встановлений законом, є незалежним та безстороннім і має відповідні повноваження для розгляду висунутого обвинувачення.

Відповідно до Конституції України та чинного законодавства, судом касаційної інстанції є Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ. Саме на Судову палату у кримінальних справах, до складу якої входять 40 суддів, обраних безстроково, покладається здійснення касаційного перегляду у кримінальних провадженнях та кримінальних справах.

Касація (пізньолат. *cassatio* — підміна, скасування) — одна з форм оскарження вироків, рішень, постанов та ухвал суду першої й апеляційної інстанцій, що набули законної сили [2; с. 349].

З 19 листопада 2012 року набув чинності новий Кримінальний процесуальний кодекс України (далі — КПК України). На сьогодні касаційною інстанцією у касаційному порядку переглядаються кримінальні справи відповідно до процедури, визначеної КПК України 1960 року (далі — КПК 1960 року), та кримінальні провадження — відповідно до процедури, визначеної чинним КПК України.

Згідно зі статистикою, касаційним судом у 2013 році переглянуто 285 кримінальних проваджень із 5 406 кримінальних справ та кримінальних проваджень, а у 2014 році — 1 770 кримінальних проваджень із 4 467 кримінальних справ і проваджень [3].

Динаміка перегляду кримінальних справ та кримінальних проваджень свідчить про різке зменшення кількості кримінальних справ, які надходять на розгляд суду касаційної інстанції, і, відповідно, збільшення кількості кримінальних проваджень, які надходять для перегляду.

Однією з гарантій права на справедливий суд (стаття 6 Конвенції) є закріплення у статті 35 КПК України функціонування у суді автоматизованої системи документообігу суду (далі — АСДС), яка нарівні з вирішенням інших питань організаційного характеру забезпечує об'єктивний та неупереджений розподіл матеріалів кримінального провадження між суддями з дотриманням принципів черговості та однакової кількості проваджень для кожного судді.

На автоматизовану систему документообігу покладається реєстрація, причому обов'язкова, матеріалів кримінального провадження, скарг, заяв, клопотань та інших, передбачених законом, процесуальних документів, що подаються до суду і можуть бути предметом судового розгляду.

АСДС визначає суддю або колегію суддів для конкретного судового провадження під час реєстрації відповідних матеріалів, скарги, клопотання, заяви чи іншого процесуального документа за принципом вірогідності, який враховує кількість проваджень, що знаходяться на розгляді у суддів, заборону брати участь у перевірці вироків та ухвал для судді, який брав участь в ухваленні вироку або ухвали, про перевірку яких порушується питання, перебування суддів у відпустці, на лікарняному, у відрядженні та закінчення терміну їхніх повноважень [5; стаття 35].

Функціонування АСДС повністю відповідає Рекомендації № R (94)12 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам щодо незалежності, ефективності та ролі суддів від 13 жовтня 1994 року, у пункті 2 (е) якої зазначається, що на розподіл судових справ між суддями не повинно впливати бажання однієї із сторін у справі або будь-якої особи, яка є зацікавленою в результатах цієї справи. Такий розподіл може здійснюватися, наприклад, шляхом жеребкування, через систему автоматичного розподілу за алфавітним порядком або через іншу подібну систему [4].

Виконання вимог, наведених у статті 35 КПК України, є обов'язковим як для суду першої інстанції, так і для судів апеляційної та касаційної інстанцій.

Таке виконання забезпечується відповідними положеннями КПК України. Зокрема, частиною 8 статті 31 КПК України визначено, що суддя чи склад колегії суддів для розгляду конкретного кримінального провадження визначається у порядку, передбаченому частиною 3 статті 35 цього Кодексу. Недотримання зазначених положень відповідно до пункту 5 частини 1 статті 75 КПК України є підставою для відводу, а також відповідно до статті 80 КПК України суддя зобов'язаний заявити самовідвід. У протилежному випадку суддя може бути притягнутий до дисциплінарної відповідальності [5].

Функціонування АСДС покликане забезпечити розподіл кримінальних проваджень, заяв, скарг, клопотань без втручання суддів, які обіймають адміністративні посади, у процес розподілу цих процесуальних документів, що є гарантією забезпечення внутрішньої незалежності судді, а також гарантією подальшого неупередженого та об'єктивного розгляду провадження. При цьому треба зауважити, що кримінально-процесуальне законодавство взагалі жодним чином не окреслює вимоги до програмного забезпечення функціонування АСДС, що сьогодні породжує певні проблеми у питаннях розподілу проваджень та створює підґрунтя для зловживань. Проте ця тема потребує окремого дослідження.

Стаття 2 КПК України визначає завдання кримінального провадження, якими є захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура [5].

На виконання зазначених завдань чинним КПК України передбачений зовсім інший порядок реєстрації кримінальних порушень, проведення досудового розслідування, судового провадження у першій інстанції, судового провадження з перегляду судових рішень у суді апеляційної та касаційної інстанцій, ніж це було передбачено КПК 1960 року.

Докладніше зупинімося на процесуально-правовій процедурі, яка закріплена у чинному КПК України і гарантує забезпечення дотримання прав людини при розгляді кримінальних проваджень.

Так, чинний КПК України у статті 424 визначає предмет касаційного оскарження, яким є такі судові рішення:

- 1) вирок суду (обвинувальний чи виправдувальний) першої інстанції після перегляду його в апеляційному порядку;
- 2) ухвали суду першої інстанції про застосування або відмову у застосуванні примусових заходів медичного чи виховного характеру після перегляду їх в апеляційному порядку;
- 3) судові рішення суду апеляційної інстанції, постановлені щодо наведених вище судових рішень суду першої інстанції;
- 4) ухвали суду першої інстанції після їх перегляду в апеляційному порядку, якщо вони перешкоджають подальшому кримінальному провадженню;
- 5) ухвали суду апеляційної інстанції, якщо вони перешкоджають подальшому кримінальному провадженню;
- 6) вирок суду першої інстанції на підставі угоди після його перегляду в апеляційному порядку, а також судові рішення суду апеляційної інстанції за результатами розгляду апеляційної скарги на такий вирок.

Разом із тим статтею 424 КПК України визначено, що ухвала слідчого судді після її перегляду в апеляційному порядку, а також ухвала апеляційної інстанції за результатами розгляду апеляційної скарги на таку ухвалу оскарженню в касаційному порядку не підлягають.

При цьому з огляду на положення частини 6 статті 399 КПК України предметом касаційного оскарження є ухвала про повернення апеляційної скарги або відмову у відкритті провадження [5].

Виходячи з предмета касаційного оскарження, очевидно, що касаційна інстанція переглядає судові рішення місцевих судів лише після того, як зазначені рішення вже були предметом апеляційного перегляду.

У правозастосовчій практиці касаційної інстанції постало проблемне питання щодо визначення предмета оскарження. Наприклад, в апеляційній інстанції переглядався за апеляційною скаргою потерпілого вирок місцевого суду у частині правильності застосування закону України про кримінальну відповідальність. Апеляційною інстанцією вирок було залишено без змін. У подальшому на зазначені судові рішення було подано касаційну скаргу, але вже прокурором, з огляду на м'якість покарання, призначеного засудженому. Постає питання: чи має право касаційна інстанція відкривати касаційне провадження у такому випадку? У наведеному прикладі питання призначення покарання взагалі не було предметом перевірки суду апеляційної інстанції, а тому і не може бути предметом перевірки судом касаційної інстанції. У касаційній інстанції може лише переглядатися правильність застосування кримінального закону. Проте єдності судової практики з подібних питань немає. Наразі судова практика йде шляхом перевірки у касаційному порядку судових рішень місцевих і апеляційних судів незалежно від меж перевірки цих рішень судом апеляційної інстанції.

Зазначене свідчить про необхідність внесення відповідних змін до статті 424 КПК України.

Ще одним проблемним питанням є питання перегляду судом касаційної інстанції відповідно до вимог частини 6 статті 399 КПК України ухвал про повернення апеляційної скарги або про відмову у відкритті провадження.

Судова практика свідчить, що такі ухвали суду апеляційної інстанції в основному стосуються судових рішень слідчих суддів, перелік яких передбачений статтею 309 КПК України, і тих рішень, які взагалі не є предметом перегляду у цьому суді.

До моменту прийняття рішення судом касаційної інстанції із зазначених питань пройде приблизно два-три місяці від дня надходження касаційної скарги. У переважній більшості випадків втрачається актуальність перегляду рішень апеляційної інстанції, постановлених щодо судових рішень слідчих суддів.

При цьому треба зазначити, що не завжди можливим є відкриття касаційного провадження за умови виконання вимог статті 438 КПК України.

Необхідно також зауважити, що відповідно до вимог частини 2 статті 309 КПК України під час досудового розслідування можуть бути оскаржені в апеляційному порядку ухвали слідчого судді про відмову в задоволенні скарги на постанову про закриття кримінального провадження, повернення скарги на рішення, дії чи бездіяльність слідчого, прокурора або відмову у відкритті провадження по ній [5].

При цьому ухвала слідчого судді після її перегляду в апеляційному порядку, а також ухвала суду апеляційної інстанції за результатами розгляду апеляційної скарги на таку ухвалу оскарженню у касаційному порядку не підлягають.

Зазначене цілком узгоджується з практикою Європейського суду з прав людини, відповідно до якої право доступу до суду не є абсолютним. Як правило, особа не може наполягати на розгляді обвинувачень у суді, якщо компетентні органи влади закрили справу або припинили судове переслідування (*Deweert v. Belgium*) [6; п. 49].

Протоколом № 7 до Конвенції передбачено, що кожен, кого суд визнав винним у вчиненні кримінального правопорушення, має право на перегляд судом вищої інстанції факту визнання його вини або винесеного йому вироку. Здійснення цього права, включаючи підстави, на яких воно може бути здійснене, регулюється законом [7; стаття 2].

Кримінально-процесуальний закон визначає коло осіб з-поміж сторін кримінального провадження, які мають право подати касаційну скаргу, а саме:

- 1) засуджений, його законний представник чи захисник — у частині, що стосується інтересів засудженого;
- 2) виправданий, його законний представник чи захисник — у частині мотивів і підстав виправдання;
- 3) підозрюваний, обвинувачений, його законний представник чи захисник;
- 4) законний представник, захисник неповнолітнього чи сам неповнолітній, щодо якого вирішувалося питання про застосування примусових заходів виховного характеру, — в частині, що стосується інтересів неповнолітнього;
- 5) законний представник чи захисник особи, щодо якої вирішувалося питання про застосування примусових заходів медичного характеру;
- 6) прокурор;
- 7) потерпілий або його законний представник чи представник — у частині, що стосується інтересів потерпілого, але в межах вимог, заявлених ними в суді першої інстанції;
- 8) цивільний позивач, його представник або законний представник — у частині, що стосується вирішення цивільного позову;
- 9) цивільний відповідач або його представник — у частині, що стосується вирішення цивільного позову;
- 10) представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, — у частині, що стосується інтересів юридичної особи [5; стаття 425].

Судова практика свідчить, що особливих проблем щодо визначення кола осіб з правом подання касаційної скарги не виникає. Однак виникають питання щодо документів захисників, які підтверджують їхні повноваження.

Статтею 50 КПК України визначено, що повноваження захисника на участь у кримінальному провадженні підтверджуються:

- 1) свідоцтвом про право на зайняття адвокатською діяльністю;
- 2) ордером, договором із захисником або дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги [5].

На практиці траплялися випадки, коли деякі захисники вважали, що надання чи то ордера, чи то договору із захисником є необов'язковим.

На думку автора, така позиція захисників не відповідає вимогам чинного законодавства. До касаційної скарги в обов'язковому порядку захисником повинні додаватися і ордер, і оригінал договору із захисником, а не із юридичною компанією (останнє не передбачено чинним КПК України).

Немає також єдності у розумінні права на подання касаційної скарги прокурором, який не здійснював процесуального керівництва досудовим розслідуванням, але брав участь у розгляді провадження судом апеляційної інстанції за апеляційною скаргою прокурора, який таке процесуальне керівництво здійснював.

На суд касаційної інстанції покладено функцію перевірки правильності застосування судами першої та апеляційної інстанцій норм матеріального та процесуального права, правової оцінки обставин. Суд

касаційної інстанції не має права досліджувати докази, встановлювати та визнавати доведеними обставини, що не були встановлені в оскаржуваному судовому рішенні, вирішувати питання про достовірність того чи іншого доказу.

Варто зазначити, що Європейський суд з прав людини займає позицію, згідно з якою процедура розгляду справи касаційним судом відрізняється від процедури розгляду справи судами нижчої інстанції та має визначатися з урахуванням усіх процедур у внутрішньому правопорядку держави в цілому та в ролі касаційної інстанції у ньому зокрема. Разом із тим дослідження касаційною інстанцією лише питань права цілком відповідає вимогам статті 6 Конвенції (*K.D.B. v. The Netherlands*) [8; пункти 38, 39]. Зокрема, умови прийнятності скарги щодо питань права можуть бути суворішими, ніж у випадку звичайної апеляції (*Levages Prestations Services v. France*) [9; пункт 45].

Необхідно також звернути увагу і на певні вимоги до касаційної скарги, які містяться в чинному КПК України. Так, у статті 427 КПК України визначено, що касаційна скарга подається у письмовій формі. У касаційній скарзі зазначається: найменування суду касаційної інстанції; прізвище, ім'я, по батькові (найменування), поштова адреса особи, яка подає касаційну скаргу, а також номер засобу зв'язку, адреса електронної пошти, якщо такі є; судові рішення, що оскаржується; обґрунтування вимог особи, яка подала касаційну скаргу, із зазначенням того, у чому полягає незаконність чи необґрунтованість судового рішення; вимоги особи, яка подає касаційну скаргу, до суду касаційної інстанції; перелік матеріалів, які додаються. Водночас, якщо особа не бажає брати участі у касаційному розгляді, вона повинна зазначити це в касаційній скарзі. Касаційна скарга має бути підписана особою, яка її подає. Якщо касаційну скаргу подає захисник, представник потерпілого, до неї додаються оформлені належним чином документи, що підтверджують його повноваження відповідно до вимог чинного КПК України. Крім того, до касаційної скарги мають бути додані копії судових рішень, які оскаржуються [5].

Недотримання наведених вимог є підставою для залишення касаційної скарги без руху з наданням строку для усунення недоліків. Такий строк не може перевищувати 15 днів. Якщо особа усунула недоліки, відкривається касаційне провадження, у протилежному випадку — касаційна скарга повертається скаржнику.

Як свідчить судова практика, інколи на розгляд касаційного суду надходять касаційні скарги, в яких підставою для скасування судових рішень зазначається необхідність встановлення інших обставин справи шляхом надання іншої оцінки доказів, ніж та, яка наведена у судових рішеннях. Натомість питання щодо застосування судами першої та апеляційної інстанцій норм матеріального та процесуального права і правильності правової оцінки обставин справи у касаційній скарзі взагалі не зазначається. Непоодинокими є випадки, коли касаційна скарга не підписується особою, яка її подала, або ж не завжди у касаційній скарзі зазначається про небажання особи брати участь у касаційному розгляді.

Зазначені касаційні скарги залишаються без руху з наданням строку для усунення недоліків та подальшого вирішення питання про відкриття касаційного провадження чи повернення касаційної скарги скаржнику.

На виконання покладених на суд касаційної інстанції функцій щодо здійснення правосуддя стаття 436 КПК України надає суду касаційної інстанції такі повноваження: залишити судові рішення без змін, а касаційну скаргу — без задоволення; скасувати судові рішення і призначити новий розгляд у суді першої чи апеляційної інстанції; скасувати судові рішення і закрити кримінальне провадження; змінити судові рішення [5].

Згідно зі статистикою за 2014 рік, касаційним судом розглянуто 1 770 кримінальних проваджень. У 922 провадженнях судові рішення судів першої та апеляційної інстанцій залишено без змін; а у 795 провадженнях касаційні скарги задоволені і судові рішення судів першої та апеляційної інстанцій чи то змінені, чи то скасовані. У 53 кримінальних провадженнях провадження були закриті у зв'язку з відмовою від касаційної скарги. 3-під варти судом касаційної інстанції за результатами перегляду судових рішень звільнено 11 осіб [3].

Скасування з призначенням нового розгляду у суді апеляційної або першої інстанції чи зміна рішень судів першої та апеляційної інстанцій здійснювалися з таких підстав: суттєве порушення вимог кримінально-процесуального закону; неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність;

невідповідність призначеного покарання тяжкості кримінального правопорушення та особі засудженого. При визначенні наявності цих підстав суд касаційної інстанції посилався на положення статей 412, 413, 414 КПК України.

Варто зазначити, що досить значна кількість проваджень розглядається за участю засуджених, які виявили бажання мати захисника та бути присутніми при розгляді їхніх касаційних скарг. Водночас у разі відсутності у засуджених коштів для залучення захисника та якщо участь захисника є обов'язковою (у кримінальному провадженні щодо особливо тяжких злочинів), подаються відповідні клопотання, які судом касаційної інстанції задовольняються. Захист таких засуджених доручається центрам з надання безоплатної вторинної допомоги чи адвокатам, включеним до Реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу відповідно до Закону України «Про безоплатну правову допомогу».

Наведена практика касаційного суду відповідає пункту 3 (с) статті 6 Конвенції, відповідно до якої обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має право захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд, або за браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника — одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя [1].

Разом із тим інколи виникають певні труднощі із доставленням до приміщення суду засуджених із виправних установ, які знаходяться у зоні проведення антитерористичної операції, та засуджених, які відбувають покарання або знаходяться під вартою чи проживають в Автономній Республіці Крим.

Дещо інакше відбувається у випадку скасування судом касаційної інстанції вироку апеляційного суду, яким погіршено становище обвинуваченого.

Наприклад, судом першої інстанції обвинуваченому було призначено покарання, не пов'язане з його ізоляцією. До цієї особи на стадії досудового розслідування та судового розгляду у суді першої інстанції був застосований запобіжний захід, не пов'язаний з триманням під вартою. За результатами розгляду апеляційної скарги прокурора апеляційний суд скасовує вирок суду першої інстанції і постановляє новий вирок, яким засудженому призначається покарання у вигляді позбавлення волі. З огляду на те, що судові рішення суду апеляційної інстанції набувають законної сили з моменту їх проголошення, суд апеляційної інстанції, призначивши обвинуваченому покарання у вигляді позбавлення волі, не вирішує і не повинен вирішувати питання щодо запобіжного заходу.

У подальшому за касаційною скаргою засудженого вирок суду апеляційної інстанції скасовується з призначенням нового розгляду у суді апеляційної інстанції.

Постає питання перед судом касаційної інстанції про визначення місця перебування засудженого, стосовно якого немає жодного судового рішення про тримання його під вартою.

На думку автора, з вирішенням питання про скасування вироку суду апеляційної інстанції має бути вирішене питання про звільнення цієї особи з-під варти. Є й інші думки з цього питання. Так, пропонується, щоб касаційний суд обирав запобіжний захід у вигляді тримання під вартою чи просто зазначав у своєму рішенні про подальше тримання засудженого під вартою. Головним обґрунтуванням такого підходу є невпевненість суддів у тому, що особа, яка обвинувачується у вчиненні особливо тяжкого злочину, після звільнення її з-під варти знову постане перед судом, а не перебуватиме у розшуку.

На мій погляд, зазначена колізія має бути усунута законодавцем.

Є й інша проблема, яка, на мою думку, теж повинна бути усунута законодавцем і яка пов'язана з перевіркою вироків суду апеляційної інстанції судом касаційної інстанції.

Виходячи з повноважень, якими наділений касаційний суд, вирок апеляційного суду у частині фактичних обставин справи, оцінки доказів касаційним судом не перевіряються.

Фактично щодо вироків судів апеляційної інстанції касаційна інстанція діє як апеляційна, але при цьому перевіряє їхні рішення лише у частині. Постає логічне питання про розширення повноважень суду касаційної інстанції або ж про позбавлення суду апеляційної інстанції повноважень на постановлення вироків.

Наведене свідчить про актуальність вивчення та дослідження зазначених проблемних питань, які виникають у процесі застосування норм чинного КПК України. Це сприятиме подальшому удосконаленню

кримінального процесуального законодавства України у напрямі його наближення до міжнародно-правових стандартів захисту прав людини.

Використані джерела:

- [1] Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року (зі змінами та доповненнями, внесеними Протоколом № 11 від 11 травня 1994 року, Протоколом № 14 від 13 травня 2004 року) / [Електронний документ]. — Режим доступу до документа: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_004.
- [2] Великий енциклопедичний юридичний словник / За редакцією акад. НАН України Ю.С. Шемшученка. — К.: ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2007. — 992 С.
- [3] Звіт про перегляд у касаційному порядку судових рішень у кримінальних провадженнях за 2014 рік, затверджений наказом Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ № 46/0/14/-14 від 6 жовтня 2014 року.
- [4] Рекомендація № R(94)12 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам щодо незалежності, ефективності та ролі суддів від 13 жовтня 1994 року // Міжнародні стандарти у сфері судочинства. — К.: Істина, 2010. — 488 С. — с. 14—17.
- [5] Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI зі змінами та доповненнями / [Електронний документ]. — Режим доступу до документа: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/page>.
- [6] Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Девеєр проти Бельгії» від 27 лютого 1980 року (Judgement on Merits and Just Satisfaction delivered by Court (Chamber), Deweer v. Belgium, no. 6903/75, ECHR 27 February 1980) / [Електронний документ]. — Режим доступу до документа: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57469#{"itemid":\["001-57469"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57469#{).
- [7] Протокол № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 22 листопада 1984 року / [Електронний документ]. — Режим доступу до документа: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_804.
- [8] Рішення Європейського суду з прав людини у справі «K.D.B. проти Нідерландів» від 27 березня 1998 року (Judgement on Merits and Just Satisfaction delivered by Court (Chamber), K.D.B. v. The Netherlands, no.21981/93, ECHR 27 March 1998) / [Електронний документ]. — Режим доступу до документа: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58148#{"itemid":\["001-58148"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58148#{).
- [9] Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Леваж Престасьон Сервіс проти Франції» від 23 жовтня 1996 року (Judgement on Merits and Just Satisfaction delivered by Court (Chamber), Levages Prestations Services v. France, no. 21920/93, ECHR 23 October 1996) / [Електронний документ]. — Режим доступу до документа: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58065#{"itemid":\["001-58065"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58065#{).

СПЕЦІАЛЬНЕ СУДОВЕ ПРОВАДЖЕННЯ: ЕФЕКТИВНІСТЬ І РИЗИКИ



ВІТАЛІЙ СЕРДЮК

партнер, керівник кримінально-правового департаменту АО AVER LEX

Спеціальне провадження або так звана заочна процедура кримінального провадження — новітній інститут у кримінальному процесі, який вдалося ввести лише з другої спроби. Першу спробу законодавці зробили ще 16 січня 2014 року, але прийняті тоді «пакетом» зміни не були реалізовані. Лише з другої спроби, 7 жовтня 2014 року, кримінальний процес отримав *in absentia*.

Які переваги введення такої процедури?

Проаналізувавши обидва запропоновані варіанти «заочного розгляду справи», можна виявити не значну кількість, проте суттєвих відмінностей: по-перше, в законах від 16 січня не було обмеження по колу статей, за якими передбачалося застосовувати цю процедуру. Саме ж застосування процедури приймалося

за рішенням слідчого та прокурора, яке в майбутньому підлягало оскарженню з боку захисту. За діючих норм уже визначено перелік статей, за якими відбуватиметься спеціальне судове провадження. Крім того, рішення про його застосування приймається слідчим суддею за клопотанням слідчого/прокурора, яке підлягає оскарженню лише слідчим у випадку відмови в застосуванні такої процедури. Можливість оскарження стороною захисту такого рішення не передбачена, що суперечить принципу змагальності сторін процесу. Фактично, остання редакція змін щодо «заочної» процедури зумовлена гучними політичними процесами, а не бажанням удосконалити законодавство.

Особисто я дотримуюся тієї думки, що введення спеціального судового провадження або розслідування є дуже корисним для правової системи нашої держави. У першу чергу це стосується захисту прав потерпілих. Як відомо, дуже багато кримінальних проваджень не давали того бажаного ефекту для останніх у випадку, якщо підозрюваний/обвинувачений переховувався або якщо розшук не давав результатів, або якщо правоохоронні органи не вчиняли належних активних дій щодо розшуку правопорушника. Можна зробити не дуже втішний висновок: факт вчинення злочину встановлений, є особа, якій злочином заподіяно шкоду, проте немає сатисфакції, немає притягнення до відповідальності злочинця, немає компенсації заподіяної злочином шкоди. Крім того, на практиці були випадки, коли завдяки порушенню кримінального провадження вдавалося блокувати і певні цивільні процедури. Тобто провадження до розшуку злочинця зупинялося, при цьому цивільне провадження зупинялося до закінчення розслідування кримінальної справи і, таким чином, особа позбавлялася можливості захистити свої права.

Які особливості має «заочне» кримінальне провадження?

«Заочне» кримінальне провадження поділяється на два напрями: спеціальне досудове розслідування, що проводиться слідчим на досудовому етапі, і спеціальне судове провадження, коли обвинувальний акт переданий слідчим у суд для розгляду.

В яких узагалі випадках може застосовуватися така процедура? Якщо особа, яка вчинила злочин, переходить від органів слідства та суду з метою ухилення від кримінальної відповідальності; якщо підозрюваного оголошено в міжнародний/міждержавний розшук або він перебуває в зоні проведення АТО чи на тимчасово окупованій території; а також якщо вчинено кримінальне правопорушення, стосовно якого і передбачена законодавством можливість застосування відповідного спеціального провадження. Цей об'ємний перелік визначено статтею 297¹ Кримінально-процесуального кодексу (КПК) України, який можна розподілити за такими напрямками: злочини проти життя та здоров'я, так звані терористичні злочини, корупційні злочини та військові злочини.

Чого очікувати від цього інституту?

Законодавством було встановлено можливість обрання запобіжного заходу винятково у вигляді тримання під вартою у разі вчинення злочинів, передбачених статтями 109—114¹, 258—258⁵, 260, 261 Кримінального кодексу (КК) України.

Крім цього, встановлена можливість застосування додаткового покарання у вигляді конфіскації майна у разі вчинення злочинів, передбачених статтями 109—112, 114, 258—258⁴, 260, 261 КК України.

Також встановлена альтернативна підслідність у разі вчинення злочинів, передбачених статтями 209, 258, 258¹, 258⁵, 261 КК України.

І була надана можливість опублікування інформації та повістки в ЗМІ загальнодержавної сфери розповсюдження.

У чому полягають особливості захисту прав підозрюваного?

Звичайно, будь-які нововведення мають як позитивні, так і негативні аспекти. І введення спеціального судового провадження не є винятком. Проте варто констатувати, що з точки зору захисту негативних аспектів, на жаль, більше.

Зокрема, потребує удосконалення порядок вручення повідомлення про підозру. За чинним законодавством, таке повідомлення надсилається за останньою відомою адресою перебування підозрюваного або

публікується в ЗМІ. З технічної точки зору слідчий, який розслідує кримінальну справу, має широкі можливості при бажанні скористатися такою ситуацією на свою користь. Тобто він може надіслати повістку за адресою, яку вкаже в своєму рапорті оперативний працівник, не перевіряючи при цьому, чи буде повістка отримана підозрюваним.

Залишаються питання і щодо обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. По-перше, не передбачено застосування інших запобіжних заходів, що також дає можливість слідчому скористатися цією ситуацією «по-своєму». Фактично для того, щоб застосувати єдиний передбачений запобіжний захід, слідчий повинен кваліфікувати незаконні дії особи та повідомити їй про підозру за відповідними статтями, вказаними КПК України. Таким чином, саме лише повідомлення про підозру, яке, до речі, як усім відомо, не оскаржується, вже є підставою для однозначного тримання особи під вартою, незважаючи на всі інші дані особи, які її характеризують. Тобто спостерігаємо невідворотність ув'язнення лише на підставі підозри, закріплену на законодавчому рівні.

Негативні наслідки має також відсутня можливість оскарження власне підозри. Крім того, неможливо також оскаржити і оголошення особи у розшук. На практиці бувають випадки, коли особа де-факто не переховується, проте документи щодо оголошення її в міжнародний/міждержавний розшук надіслані і, відповідно, внаслідок цього застосовується процедура спеціального судового провадження. У результаті, коли такій особі стає відомо про відкриття щодо неї кримінального провадження і вона самостійно з'являється до слідчого, то вона буде невідворотно ув'язнена. І ці положення змушуватимуть особу переховуватися замість того, щоб допомагати слідству.

Виникають проблемні ситуації і щодо доказування стороною обвинувачення вищевказаних обставин, необхідних для застосування «заочного судового розгляду». Відповідно до статті 297² КПК України, слідчий не зобов'язаний у клопотанні про здійснення спеціального судового розслідування надавати та вказувати належні, допустимі докази на підтвердження своїх тверджень стосовно переховування особи, обґрунтованості підозри по ній. Він лише висвітлює обставини, власну думку про необхідність застосування відповідної процедури. Справді, є стаття, за якою суддя приймає рішення про застосування спеціальної процедури розслідування на підставі доказів, але не відомо звідки ці докази суддя може отримати, якщо такого обов'язку у слідчого немає.

Крім цього, немає обов'язку слідчого під час звернення з відповідним клопотанням до суду вказувати і захисника, який, можливо, був залучений до відповідного провадження. Це спричиняє ситуацію, коли суддя починає розглядати відповідне провадження і залучає захисника з центру безоплатної правової допомоги, хоча фактично у справі вже тривалий час працює інший захисник.

Щодо особливостей захисту прав підозрюваного, то, безумовно, має бути дуже активна позиція адвоката, яка полягає у постійному моніторингу інформації в ЗМІ та в суді шляхом звернення з відповідними заявами про необхідність повідомлення його у випадку надходження таких матеріалів.

Проте є ряд позитивних моментів у процедурі спеціального судового провадження, зокрема обов'язкова участь адвоката та надання йому матеріалів, необхідність підтвердження прокурором про обізнаність обвинуваченого з розпочатою процедурою. Але знову ж таки не вказується, яким чином прокурор має підтверджувати цю обізнаність, мабуть, лише копією газети, в якій опублікована повістка.

Висновки

Враховуючи популярність і результати такої процедури в правових системах європейських країн, маємо суттєві підстави очікувати поліпшення у захисті прав потерпілих та реального притягнення до відповідальності винних. Як представник сторони захисту, звертаю особливу увагу на деякі моменти. По-перше, передбачена можливість вимагати передачі справи за місцем фактичного проживання обвинуваченого, якщо слідчий вказав іншу адресу. По-друге, у разі неприбуття за викликом слідчого до суду основний акцент необхідно зробити на збиранні доказів поважності причин неприбуття, щоб максимально зменшити вірогідність опинитися під вартою. По-третє, потрібно завчасно повідомити слідчих суддів про участь конкретного захисника, а не чекати цього від слідчого. І, звичайно, моніторити та формувати належну доказову позицію, яка спростовує як обґрунтованість підозри, так і наявність підстав застосування відповідної процедури.

ЯК ПОВЕРНУТИ МАЙНО ПІСЛЯ ОБШУКУ? ПОГЛЯД, ПРАКТИКА



ДЕНИС ОВЧАРОВ

партнер практики правової безпеки бізнесу АО «Юскултум»

Можливість

Старий КПК України втратив силу понад два роки тому і рівно стільки ж є можливість повернути майно, вилучене під час обшуку. До цього повернення майна залишалося прерогативою слідчого і прокурора, якщо не хотілося чекати до вироку суду. За аналогією зі шлюбом потрібна їх обоєбічна згода. Новий КПК України містить можливість повернення майна, а наскільки високі шанси, потрібно оцінювати в кожній конкретній ситуації.

Проблема 1

На сьогодні немає практики і чіткого розуміння слідчими судьями та слідчими, що безпосередньо є тимчасово вилученим майном. Якщо звернутися до тексту КПК України, то це:

- майно, яке не вказано в ухвалі слідчого судді про обшук;
- майно, яке не відноситься до предметів, вилучених законом з обігу;
- майно, яке не містить на собі слідів злочину.

У слідчого є можливість запобігти поверненню майна законному власнику: звернутися до суду для накладення арешту не пізніше наступного робочого дня. Не встиг? Майно — раз, майно — два, майно — три! Повертається законному власнику!

Проблема 2

Слідчі судді не особливо себе напружують визначенням конкретного майна, яке потрібно вилучити. Як наслідок, слідчі забирають усе, що хоча б у теорії може підходити під визначення суду. Вони вважають, що термін «комп'ютерна техніка», зазначений у визначенні слідчого судді, дає можливість вилучати все. У той же час самі слідчі судді часто пишуть про те, що потрібно вилучати ту комп'ютерну техніку, яка містить сліди злочину, або якщо вона містить інформацію, важливу для кримінального провадження.

Проблема 3

Неоднозначна судова практика. Частина слідчих суддів вважають, що якщо чітко не позначено, яка саме комп'ютерна техніка підлягає вилученню і якщо на ній немає слідів злочину, то майно вважається тимчасово вилученим і воно підлягає арешту.

Інша частина слідчих суддів вважають, що якщо зазначений термін «комп'ютерна техніка», то все, що вилучається під час обшуку, не є тимчасово вилученим майном, а є речовим доказом. І не підлягає арешту.

Коли немає чітких правил гри, складно всім. Має бути єдине розуміння між слідчими суддями, адвокатурою і правоохоронними органами, що ж є тимчасово вилученим майном і за яких умов.

На думку адвокатів, усе вилучене майно, на якому не знайшли слідів злочину, повинно бути арештоване наступного дня слідчим суддею, а вже після цього мають проводитися експертизи та інші слідчі дії.

Якщо норм КПК України щодо арешту майна не буде дотримано, будь-які подальші дії з майном, у тому числі експертиза, можуть бути визнані неналежним доказом. Це підтверджується значною судовою практикою як першої, так і апеляційної інстанції.

Покрокова інструкція з повернення майна:

- отримати протокол обшуку;
- підготувати підтвердження права власності на вилучене майно і подати заяву слідчому про його повернення;
- якщо відповідь негативна, звернутися до слідчого судді в порядку статті 303 КПК України зі скаргою на бездіяльність слідчого про неповернення тимчасово вилученого майна. У суді домогтися того, щоб суд визнав майно, яке не арештоване і прямо не вказане в ухвалі суду, тимчасово вилученим і зобов'язав слідчого в рамках певного терміну повернути його.

Власник майна може з подивом дізнатися тільки в суді, що на його майно вже накладено арешт. Що робити?

КПК України дає два шляхи:

- до апеляційного суду, якщо не пропущені строки, встановлені КПК України;
- до суду першої інстанції.

Підставою для зняття арешту будуть докази того, що майно не має відношення до кримінального провадження, не містить на собі сліди злочину і якщо немає зв'язку між вилученим майном та скоєним злочином.

Слідчий після того, як забрав майно, або відправляє його на експертизу, або спочатку визнає речовим доказом.

Норми КПК України не відповідають на питання: «чи можливо визнати речовим доказом тимчасово вилучене майно, якщо воно не арештоване за нормами КПК?».

Правові підстави для зняття арешту:

- відсутність обґрунтованої підозри;
- відсутність реального збитку;
- арештоване майно не ідентифіковане;
- вилучаються грошові кошти. Слідчий стверджує, що вони здобуті злочинним шляхом. У кримінальному провадженні немає обґрунтованої підозри.

Розв'язання проблеми зі статусом тимчасово вилученого майна:

- отримання роз'яснення вищих судів із зазначенням судової практики, прецедентами з проханням про роз'яснення, в яких випадках майно є тимчасово вилученим. При цьому потрібно враховувати, що оскільки в КПК України є норма, яка регламентує, що у визначенні слідчого судді про обшук має бути прямо вказано, яке майно підлягає відшуканню, то саме це майно не є тимчасово вилученим;
- якщо слідчий суддя розміто вказує на ті предмети і речі, які потрібно відшукати, то це є тимчасово вилученим майном і має бути дотримана процедура з нормами КПК України.

І адвокатура, і правоохоронні органи разом зі слідчими суддями повинні враховувати, що є КПК України та його межі. Позбавлення власників їхнього майна вже є предметом розгляду в рамках особливої частини Кримінального кодексу України. Крім Конституції України, право на захист приватної власності передбачено міжнародними документами, ратифікованими Україною.

Є ще технічний момент: комп'ютерна техніка — річ, що легко і швидко стає непридатною. На цей момент всі експертизи комп'ютерної техніки проходять із запізненням. Майно, яке було вилучене у 2013 році, тільки зараз проходить експертизи. До того часу, як експертиза пройде, ця техніка вже не буде потрібна для ефективних бізнес-процесів навіть у сільській бібліотеці.

Подібні неправомірні дії слідчого потрібно не тільки оскаржити у слідчого судді, але й притягати слідчого до дисциплінарної, а іноді й до кримінальної відповідальності за позбавлення права власника користуватися і розпоряджатися своїм майном.

ДЕНЬ ДРУГИЙ 20.03.2015

СЕСІЯ І

СЕКЦІЯ 2 АДМІНІСТРАТИВНИЙ ПРОЦЕС



МОДЕРАТОРИ

ОЛЕКСАНДР ПРОКОПЕНКО

кандидат юридичних наук,
суддя Верховного Суду України

РАЇСА ХАНОВА

кандидат юридичних наук,
голова Донецького апеляційного адміністративного суду

РОЗПОДІЛ ОBOB'ЯЗКУ ДОКАЗУВАННЯ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРОЦЕСІ



ІРМАНТАС ЯРУКАІТІС

доктор юридичних наук, професор, суддя Верховного адміністративного суду Литви

Правильний розподіл обов'язку доказування є надзвичайно важливим, враховуючи той факт, що він може мати значний вплив на результати судового розгляду. Крім того, знання про обов'язок доказування може обумовити рішення сторони щодо того, чи варто взагалі звертатися до суду. Особливості адміністративного судочинства (необхідність забезпечити громадський інтерес/забезпечення принципу законності адміністративних актів; захист інтересів більш слабкої сторони спору/судового розгляду (як правило, приватні особи не мають вибору, вступати чи не вступати в публічні правовідносини); специфіка адміністративних правовідносин у деяких сферах) зумовлюють особливі правила розподілу тягаря доказування порівняно з цивільним або кримінальним процесом.

Варто виділити два аспекти розподілу обов'язку доказування. Позитивний аспект — спільний обов'язок збирати/надавати докази і негативний аспект, значення якого проявляється у випадках, коли доказів, наданих заявником та відповідачем, недостатньо для встановлення певних фактів/обставин — у цих випадках рішення виноситься проти сторони, на якій лежав обов'язок доказування у конкретній ситуації. Таким чином, негативний аспект дає відповідь на питання, яка із сторін наражається на ризик недоведеності деяких обставин.

Незважаючи на те, що за загальним правилом розподіл обов'язку доказування відбувається так само, як і в цивільному процесі (наприклад, кожна сторона повинна довести існування фактів, на підставі яких вона формує свої вимоги), необхідно звернути увагу на те, що специфіка адміністративних правовідносин може вимагати заміни такого тягаря доведення. Оцінивши, чи є така необхідність, рекомендується взяти до уваги кілька факторів: яка сторона займає більш слабку позицію перед судом; яка сторона має переваги при зборі необхідних доказів; річ у тому, що зазвичай держава/муніципальна установа зобов'язані обґрунтовувати прийняте рішення. Досвід адміністративних судів Литви свідчить про те, що потрібно розробити спеціальні правила стосовно розподілу обов'язку доказування у справах, що стосуються оподаткування, державної служби, питань біженства, відшкодування збитків, осіб, які утримуються під вартою.

ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПІВ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА ЧЕРЕЗ ПРИЗМУ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ АДМІНІСТРАТИВНИМИ СУДАМИ



РАЙСА ХАНОВА

кандидат юридичних наук, голова Донецького апеляційного адміністративного суду

«Не буде свободи і в тому випадку, якщо
судова влада не відокремлена від влади
законодавчої та виконавчої. Якщо вона
поєднана із законодавчою владою, то життя
і свобода громадян спиняться під владою
свавілля, бо суддя буде законодавцем.
Якщо судова влада поєднана з виконавчою,
то суддя отримує можливість стати пригноблювачем».
(Ш. Монтеск'є)

Завданням адміністративного судочинства відповідно до частини 1 статті 2 Кодексу адміністративного судочинства України (далі — КАС України) є захист прав і свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень шляхом справедливого, неупередженого та своєчасного розгляду адміністративних справ [1, с. 5].

Принципи адміністративного судочинства є основою для інших правил адміністративного судочинства, гарантією реалізації наведених завдань та насамперед гарантією дотримання його процесуальної форми. Головна функція таких принципів полягає, на думку деяких науковців, у тому, щоб сприяти юридично правильному здійсненню прав і свобод громадян, а також виконанню обов'язків усіма учасниками процесу [2, с. 175].

Варто зазначити, що єдиного підходу до класифікації принципів адміністративного судочинства наукою не вироблено.

За характером закріплення та застосування як найбільш поширеним видом класифікації принципи можна поділити на загальні та галузеві.

До загальних принципів треба віднести принцип верховенства права, який визначається і діє відповідно до частини 1 статті 8 Конституції України [3, с. 5]. Принципи являють собою основні засади судочинства, закріплені частиною 3 статті 129 Конституції України, якими є законність, рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом, забезпечення доведеності вини, змагальність сторін та свобод у наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їхньої переконливості, підтримання державного обвинувачення в суді прокурором, забезпечення обвинуваченому права на захист, гласність судового процесу та його повне фіксування технічними засобами, забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду, крім випадків, встановлених законом, обов'язковість рішень суду. Можливість визначення Законом інших засад судочинства в судах окремих судових юрисдикцій передбачена частиною 4 цієї ж статті.

Крім того, до загальних принципів, які встановлюють засади судочинства, треба віднести державну мову судочинства (частина 1 статті 10 Конституції України), повагу до гідності особи, невтручання в її особисте і сімейне життя (частина 1 статті 28 та частина 1 статті 32 Конституції України), презумпцію невинуватості (частина 2 статті 62 Конституції України).

Розділом 1 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» (у редакції Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд») [4, с. 3—7] визначено, що основними засадами здійснення правосуддя в Україні є: незалежність судів, верховенство права, доступність правосуддя, здійснення правосуддя судами, право на безсторонній і справедливий суд, право на повноважний суд, рівність перед законом і судом, правова допомога при реалізації права на справедливий суд, гласність і відкритість судового процесу, державна мова судочинства і діловодства в судах, обов'язковість судових рішень, право на оскарження судового рішення, одноосібний та колегіальний розгляд справ.

Галузеві принципи як принципи здійснення правосуддя в адміністративних судах встановлені нормами процесуального закону.

Так, стаття 7 КАС України перелічує принципи здійснення правосуддя в адміністративних судах та відносить до них верховенство права, законність, рівність усіх учасників адміністративного процесу перед законом і судом, змагальність сторін, диспозитивність та офіційне з'ясування всіх обставин у справі, гласність і відкритість адміністративного процесу, забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішень адміністративного суду, крім випадків, установлених цим Кодексом, обов'язковість судових рішень.

Наведений процесуальним законом перелік принципів співпадає з принципами, закріпленими Конституцією України, та відрізняється від тих, що наведені у Законі. Наявність зазначеної обставини не тільки унеможливорює уніфіковану класифікацію принципів адміністративного судочинства, але й призводить до конкуренції норм двох рівнозначних за своєю юридичною силою нормативно-правових актів — Закону України та КАС України.

Виходячи із загально правових положень принципу конкуренції загальної та спеціальної норм права, конституційних положень частини 4 статті 129 Конституції України, за якою Законом можуть бути визначені інші засади судочинства в судах окремих судових юрисдикцій, статті 4 Закону України «Про судоустрій

і статус суддів», за якою судоустрій і статус суддів в Україні визначаються Конституцією України, цим Законом та іншими законами України, напевне, треба було б наголосити на надані переваги положенням процесуального Закону, незважаючи на те, що ним лише наведений перелік та надана коротка характеристика деяким із принципів адміністративного судочинства статтями 8—14 цього Кодексу. Попри те, що кожен принцип правосуддя виконує власну, чітко визначену роль в організації та діяльності адміністративних судів, всі принципи взагалі та принципи адміністративного судочинства зокрема неможливо розглядати без їхньої загальної єдності та взаємообумовленості. Усі вони діють у сукупності та взаємодії, саме це є гарантією реалізації завдань адміністративного судочинства. Комплексний правовий механізм реалізації всіх принципів є запорукою якісного правосуддя.

Визначальним у формуванні та функціонуванні всіх державних інститутів є принцип верховенства права, про визнання та дію якого зазначено у частині 1 статті 8 Конституції України. Частиною 1 статті 8 КАС України визначено, що суд при вирішенні справи керується принципом верховенства права, відповідно до якого, зокрема, людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Згідно з частиною 1 цієї ж статті, суд застосовує принцип верховенства права з урахуванням судової практики Європейського суду з прав людини. Статтею 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 року № 3477-4 [5, с. 260] передбачено, що суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права, порядок посилання на Конвенцію та практику Суду, встановлений статтею 18 цього Закону.

Сутністю принципу верховенства права, згідно з частинами 3 та 4 статті 8 КАС України, є також те, що звернення до адміністративного суду для захисту прав і свобод людини та громадянина гарантується безпосередньо на підставі Конституції України та забороняється відмова в розгляді й вирішенні адміністративної справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини.

У цій частині треба зазначити, що значна пільгова категорія осіб, звільнених від сплати судового збору відповідно до статті 5 Закону України «Про судовий збір» від 8 липня 2011 року [6, с. 87], незначні розміри ставок судового збору у справах адміністративної юстиції, встановлені статтею 4 цього Закону, прості та доступні правила звернення до адміністративного суду, положення правил територіальної та предметної підсудності, які утримують у собі наближеність суду до місця проживання (місцеперебування) позивача, наявність правил альтернативної підсудності з певних категорій спорів гарантують виконання положень принципу верховенства права адміністративними судами.

Необхідно зазначити, що, незважаючи на головну роль цього принципу у здійсненні адміністративного судочинства, правильне його застосування залежить від рівня правової свідомості суспільства у цілому та кожного члена зокрема, професійної підготовки, правової культури кожного судді адміністративного суду та учасника адміністративного процесу. Застосування цього принципу законодавчою, виконавчою владою та судом забезпечить належний захист і відновлення прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин на виконання завдань адміністративного судочинства.

Незважаючи на набуття принципом верховенства права головної ролі в усьому суспільному житті та правосудді зокрема, традиційно основним правовим принципом є законність. Згідно з частиною 1 статті 9 КАС України, суд при вирішенні справи керується принципом законності, відповідно до якого:

- 1) суд вирішує справи відповідно до Конституції України та законів України, а також міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України;
- 2) суд застосовує інші нормативно-правові акти, прийняті відповідним органом на підставі, у межах повноважень та у спосіб, передбачені Конституцією та законами України.

Положення принципу законності, викладені в пункті 1, повністю кореспондують з частиною 1 статті 5 КАС України, за якою адміністративне судочинство здійснюється відповідно до Конституції України, цього Кодексу та міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. При застосуванні пункту 2 необхідно враховувати приписи частини 3 статті 117 Конституції України, за якою нормативно-правові акти Кабінету Міністрів України, міністерств та інших центральних органів виконавчої влади підлягають реєстрації в порядку, встановленому законом. Судова практика свідчить про неприйняття

судами посилянь сторін, як правило суб'єктів владних повноважень, на відомчі акти, які мають міжгалузовий характер у випадку нереєстрації їх Міністерством юстиції України в порушення Указу Президента України «Про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади» від 3 жовтня 1992 року № 493/92 [7].

Частина 4 статті 9 КАС України закріплює ще одне із важливих положень принципу законності, за яким у разі невідповідності нормативно-правового акта Конституції України закону України, міжнародному договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, або іншому правовому акту суд застосовує правовий акт, який має вищу юридичну силу. Саме завдяки цим загально правовим положенням суд має унікальну можливість у будь-якій справі здійснити аналіз відповідності нормативно-правового акта безпосередньо Конституції України, закону України, міжнародному договору. Разом із тим треба зазначити, що норми цієї статті суд має застосовувати у випадку стовідсоткової впевненості у передбаченій невідповідності. У разі виникнення 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, про що зазначено частиною 5 статті 9 КАС України.

Пріоритет правил міжнародного договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України та який відповідно до положень статті 9 Конституції України є частиною національного законодавства України, над законом окремо закріплений частиною 6 статті 9 КАС України. Зазначені положення часто застосовуються адміністративними судами при розгляді податкових спорів стосовно правил усунення подвійного оподаткування, при оподаткуванні нерезидентів їх філій, представництв, що діють на території України.

Можливість застосування аналогії закону та аналогії права теж є складовими принципу законності, закріплені частиною 7 статті 9 КАС України. Варто відзначити, що названі положення надають можливість застосовувати аналогію закону та права стосовно матеріального права і виключають таку можливість стосовно права процесуального з огляду на те, що предметом неврегульованості є «правовідносини».

Відповідно до частини 2 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. Виходячи із зазначених положень, дотримання принципу законності є обов'язком для суб'єктів владних повноважень. Обов'язком адміністративного суду є правильне застосування норм матеріального права до конкретних правовідносин при вирішенні справ адміністративної юрисдикції та дотримання судом норм адміністративного судочинства, насамперед перевірка дотримання суб'єктами владних повноважень десяти обов'язкових умов прийняття рішення, вчинення дій або допущеної бездіяльності, закріплених частиною 3 статті 2 КАС України, так зване правове сито, яке дає змогу здійснити позитивний висновок щодо рішень, дій, бездіяльності суб'єкта владних повноважень за умови дотримання ним всіх десяти умов. При цьому потрібно зазначити, що положення суб'єкта владних повноважень обтяжене так званою приюдицією вини, встановленої правилами обов'язку доказування, а саме — частиною 2 статті 71 КАС України, за якою в адміністративних справах про протиправність рішень, дій чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень обов'язок щодо доказування правомірності свого рішення, дії чи бездіяльності покладається на відповідача, якщо він заперечує проти адміністративного позову.

Принцип рівності учасників процесу перед законом і судом визначає відсутність будь-яких обмежень і надання переваг з боку суду учасникам процесу щодо реалізації їхніх матеріальних і процесуальних прав, а також застосування законів щодо правовідносин, учасниками яких вони є.

Рівність конституційних прав і свобод громадян та їх рівність перед законом закріплена статтею 24 Конституції України. Рівність усіх учасників адміністративного процесу перед законом і судом встановлена статтею 10 КАС України, положенням частини 2 якої передбачено те, що не може бути привілеїв чи обмежень прав учасників адміністративного процесу за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними та іншими ознаками. Аналогічні положення містяться в частині 1 статті 9 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 року № 2453-6, у реакції Закону України «Про забезпечення права на

справедливий суд» від 12 лютого 2015 року № 192. Наведені положення встановлюють рівну можливість усіх громадян брати участь у судовому процесі, здійснювати закріплені процесуальним законом права та обов'язки.

Частиною 2 статті 9 Закону України № 2453 (у редакції Закону України № 192) встановлено імперативний припис, за яким суд створює такі умови, за яких кожному учаснику судового процесу гарантується рівність у реалізації наданих процесуальних прав та у виконанні процесуальних обов'язків, передбачених процесуальним законом.

Деякі особливості застосування принципу рівності в адміністративному процесі полягають в активній ролі суду в розгляді справ, що зумовлено публічно-правовим характером справ адміністративної юстиції.

Під принципом змагальності з огляду на положення пункту 4 частини 3 статті 129 Конституції України та частини 1 статті 11 КАС України потрібно розуміти процесуальні можливості осіб, які беруть участь у справі, вчиняти діяння, спрямованні на доведення обґрунтованості та переконливості своєї правової позиції щодо предмета спору.

За правилами підвідомчості, встановленими статтею 17 КАС України, юрисдикція адміністративних судів поширюється на публічно-правові спори, правовідносини, що виникають у зв'язку із здійсненням суб'єктом владних повноважень владних управлінських функцій, а також у зв'язку з публічним формуванням суб'єкта владних повноважень шляхом виборів або референдуму.

Таким чином, оскільки в адміністративному судочинстві є така правова категорія, як спір, у межах якої здійснюється захист прав, свобод та інтересів для фізичної особи та прав й інтересів для юридичної особи, змагальність між учасниками процесу здійснюється на підставі, в межах та у спосіб, передбачені Конституцією України та КАС України.

Положення принципу диспозитивності в адміністративному судочинстві, закріплені частиною 3 статті 11 КАС України, передбачають можливість осіб, які беруть участь у справі, розпоряджатися своїми матеріальними і процесуальними правами для відстоювання та захисту як власних, так і прав, свобод та інтересів інших фізичних і юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, інших суб'єктів у здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, зокрема на виконання делегованих повноважень.

Положення процесуального принципу офіційного з'ясування обставин справи, закріплені частинами 2, 4 та 5 статті 11 КАС України, полягають у вжитті передбачених законом заходів, необхідних для з'ясування всіх обставин справи, зокрема виявлення та дослідження доказів судом із власної ініціативи. Варто зазначити, що цей принцип властивий лише адміністративному процесу. Офіційність полягає в активній ролі суду і за своїм змістом обмежує дію принципів змагальності та диспозитивності. Це зумовлено особливостями адміністративного судочинства, а саме — суб'єктивним складом учасників процесу та характером спору, в якому сторони мають нерівні можливості, як правило, фізичній або юридичній особі протистоїть адміністративний апарат. Суд у такому випадку реалізує положення цього принципу з метою збалансування можливостей сторін, імперативні положення процесуальних норм вказують на обов'язок активної ролі суду у судовому процесі з метою сприйняття особи у захисті її права.

Аналізуючи положення принципу гласності й відкритості судового процесу та його повне фіксування технічними засобами, необхідно виходити з положень пункту 7 частини 2 статті 129 Конституції України, яким закріплений принцип гласності як загальний принцип здійснення судочинства, норм статті 12 КАС України, яка визначає гласність і відкритість адміністративного процесу як один із основних принципів адміністративного судочинства та приписів статті 11 Закону України № 2453 (у редакції Закону України № 192), яка визначає гласність та відкритість судового процесу для всіх юрисдикцій.

В адміністративному судочинстві положення цього принципу визначають можливість доступу та ознайомлення громадян зі здійсненням судами адміністративного судочинства, зокрема відкритого розгляду справ. Саме завдяки реалізації положень цього принципу у громадян формується думка про функціонування адміністративних судів та ефективність їхньої роботи, підвищується довіра до суду.

Частина 1 статті 12 КАС України вказує на можливість осіб, які беруть участь у справі, а також осіб, які не беруть участі у справі, якщо суд вирішив питання про їхні права, свободи, інтереси чи обов'язки,

отримання в адміністративному суді як усної, так і письмової інформації щодо результатів розгляду справи, а також інформації про дату, час і місце розгляду своєї справи та ухвалені в ній судові рішення.

Частиною 2 статті 11 Закону України № 2453 (в редакції Закону України № 192) встановлено, що інформація щодо суду, який розглядає справу, сторін спору та предмета позову, дати надходження позовної заяви, апеляційної, касаційної скарги, заяви про перегляд судового рішення, стадії розгляду справи, місця, дати і часу судового засідання, руху справи з одного суду до іншого є відкритою та підлягає невідкладному оприлюдненню на офіційному веб-порталі судової влади України, за винятком випадків, установлених законом. Зазначена норма набуває чинності з 28 березня 2015 року, фактом законодавчого запровадження наведених норм підтверджується розвиток принципу гласності та відкритості суду.

Відкритість судових рішень, судових засідань та інформації щодо справ, які розглядаються судом, можливість отримання усної або письмової інформації про результати розгляду справи, вільний доступ до судового рішення в порядку, встановленому законом, є ознаками застосування принципу гласності та відкритості.

Право на оскарження судового рішення шляхом запровадження принципу забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду реалізується через пункт 8 частини 3 Конституції України, статті 14 Закону України № 2453 (у редакції Закону України № 192), можливість апеляційного та касаційного оскарження рішення адміністративного суду закріплена у главі 1 «Апеляційне провадження» та главі 2 «Касаційне провадження» розділу 4 КАС України «Перегляд судових рішень», якими врегульовано процесуальний порядок апеляційного і касаційного оскарження та перегляду постанов і ухвал адміністративного суду.

У межах реалізації зазначеного принципу держава забезпечує всім особам, які беруть участь у справі, та особам, які не брали участі у процесі розгляду справи, у випадку вирішення судом питання про їхні права та обов'язки право на апеляційне та касаційне оскарження рішень адміністративного суду. Варто сказати, що зазначене право обмежене певними часовими рамками.

Щодо принципу обов'язковості судових рішень, то судові рішення, ухвалені іменем України, є обов'язковими для виконання на всій території України відповідно до частини 5 статті 124, частини 3 статті 129 Конституції України, частини 2 статті 14 КАС України, статті 13 Закону України № 2453 (у редакції Закону України № 192). Статусу загальнообов'язковості судові рішення набувають з моменту набрання законної сили. Саме з цього моменту судові рішення є обов'язковими до виконання всіма органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими та службовими особами, фізичними і юридичними особами та їх об'єднаннями на всій території України. Обов'язковість урахування (преюдиційність) судових рішень для інших судів визначається законом.

Ознакою обов'язковості судових рішень також є те, що їх невиконання має наслідком юридичну відповідальність, установлену законом.

За положеннями частини 4 статті 13 Закону України № 2453 висновки щодо застосування норм права, викладені у постановях Верховного Суду України, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права.

Висновки

Принципи адміністративного судочинства — це основні засади організаційної побудови адміністративного судочинства, сукупність реалізації яких забезпечує захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, інших суб'єктів під час здійснення ними владних управлінських функцій на основі законодавства, зокрема, на виконання делегованих повноважень. Незважаючи на те, що, як сказав Наполеон, «легше створювати закони, ніж дотримуватися їх», реалізація принципів адміністративного судочинства судами доводить намагання суддів дотримуватися норм права, оскільки в цьому полягає гарантія існування держави у цілому.

Використані джерела

- [1] Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 // Офіційне видання. — К.: Паливода А.В., 2015. — 193 с.

- [2] Ковалів М.В., Стахура І.Б. — Науковий вісник. — Львів: ЛьвДУВС, 2014. — 175 с.
- [3] Конституція України: із змінами // Верховна Рада України. — Офіц. вид. — К.: Велес, 2014. — 48 с.
- [4] Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 07.07.2010, в редакції Закону України від 12.02.2015 // Голос України, 26.02.2015, № 35.
- [5] Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006 // Відомості Верховної Ради України, 2006, № 30, с. 260.
- [6] Про судовий збір: Закон України від 08.07.2011 // Відомості Верховної Ради України, 2012, № 14, ст. 87.
- [7] Про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади: Президент України: Указ від 03.10.1992 № 493/92. — Збірник указів Президента від 31.12.1992, 1992, № 4.

ПРИНЦИП ОФІЦІЙНОГО З'ЯСУВАННЯ ВСІХ ОБСТАВИН У СПРАВІ: ВІД ЗАХИСТУ ПРИВАТНОЇ ОСОБИ ДО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО НІГІЛІЗМУ



ОЛЕКСАНДР ШЕМЯТКІН

партнер ТОВ «ВТС Консалтинг»

Мета створення і завдання адміністративного судочинства чітко сформульовані Конституційним Судом України у рішенні від 14 грудня 2011 року № 19-рп/2011. Суд вказав, що адміністративне судочинство як спеціалізований вид судової діяльності стало тим конституційно і законодавчо закріпленим механізмом, який розширив можливості людини для здійснення права на судовий захист від протиправних рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень.

В адміністративному судочинстві діє принцип офіційності, який полягає в активній позиції суду щодо з'ясування всіх обставин у справі. Обов'язок доведення правомірності свого рішення, дії чи бездіяльності покладається на суб'єкта владних повноважень, якщо він як відповідач заперечує проти адміністративного позову. Суб'єкт владних повноважень повинен надати суду всі наявні у нього документи та матеріали, які

можуть бути використані як докази у справі. У разі невиконання цього обов'язку суд витребує зазначені документи і матеріали, а якщо такі приписи відповідач без поважних причин не виконує, то суд вирішує справу на підставі наявних доказів.

З наведеного можна констатувати, що суддя в адміністративному процесі на етапі збору доказів виконує роль слідчого, що збирає докази для встановлення правомірності дій суб'єкта владних повноважень. Якщо суб'єкт владних повноважень не надав доказів правомірності свого рішення, то позов приватної особи підлягає задоволенню. Такий підхід до ведення справи і принциповість судді у захисті інтересів приватної особи передбачає, що в ролі судді має бути людина, звільнена від «совкового» мислення і справді незалежна від впливу держави. Норми Конституції та Кодексу адміністративного судочинства України (далі — КАС України) можуть бути виписані ідеально, проте, потрапляючи в обставини «залежного» правозастосування, вони зазнають серйозного перекручування. Ця проблематика відома не тільки практикуючим юристам, але, як показав III Судово-правовий форум, відзначена керівництвом Вищого адміністративного суду України як основна в становленні незалежного адміністративного судочинства. Це — один бік медалі.

Інший — інструментарій, за допомогою якого досягається таке перекручування конституційних гарантій приватної особи. Цим інструментарієм є використання судом усіляких доктрин (документального підтвердження операції, реальності операції, угоди по кроках, ділової мети тощо). За допомогою доктрин суд із слідчого, який вивчає правомірність дій суб'єкта владних повноважень, перетворюється на обвинувача приватної особи, а процес з того, який мав би гарантувати захист приватної особи, перетворюється на інквізиційний. Як це відбувається на практиці?

У першу чергу, принцип офіційного з'ясування всіх обставин у справі був перекручений таким чином, що суд у нинішніх реаліях витребує докази не від суб'єкта владних повноважень — відповідача у справі, а від позивача. Така тенденція була впроваджена саме Вищим адміністративним судом України та Верховним Судом України в результаті повернення на новий розгляд справ, де, на думку вищих судових інстанцій, не були вивчені всі докази. Таким чином, протягом декількох років судова практика виробила стереотип: всі докази в податкових і митних спорах подає позивач.

По-друге, офіційне з'ясування всіх обставин у справі призвело до того, що у справі більше немає меж доказової бази. Усіх обставин — означає всіх, скільки б доказів не потрібно було надати. Такий підхід став можливим за рахунок ігнорування судами чітких вимог КАС України щодо предмета доказування. Нагадаємо, що предмет доказування — це обставини, якими обґрунтовуються позовні вимоги чи заперечення, а також обставини, які мають значення для вирішення спору. Перелік обставин невичерпний, проте намір законодавця простежується чітко.

Якщо платник податку подав позов, в якому оскаржує donарахування зобов'язань з ПДВ у зв'язку із виявленням податковим органом розбіжностей між податковим кредитом позивача та податковими зобов'язаннями його контрагента, то рамки справи обмежуються з'ясуванням цієї обставини. Заперечення відповідача, що не були покладені в основу акта перевірки, наприклад про відсутність у первинному документі необхідного реквізиту, не можуть братися до уваги, оскільки виходять за межі предмета доказування, а тому, відповідно, і за рамки справи.

За умови дотримання процесуальних норм КАС України щодо предмета доказування і завдань, покладених на адміністративне судочинство, обставини справи повинні обмежитися питаннями: хто і як застосував санкції до позивача і за що? Під час встановлення цих обставин суд з'ясовує, чи була дотримана процедура притягнення до відповідальності, чи діяв суб'єкт владних повноважень у рамках своїх повноважень, порушення якої норми встановлено, як ця норма застосовується (її тлумачення), які докази підтверджують порушення приватною особою закону, чи підлягає особа притягненню до відповідальності. На практиці дуже часто ми маємо зовсім інший підхід до з'ясування обставин у справі. Суд з'ясовує: чи є яка-небудь норма, яку могла порушити приватна особа, і чи є якісь підстави для притягнення платника до відповідальності. У результаті, судова справа вже не має рамок доказування, доказову базу можна порівняти з нескінченністю.

По-третє, завдяки ігноруванню чітких вимог КАС України щодо належних доказів перестали існувати передбачувані критерії оцінки доказів. Нагадаємо, згідно з КАС України, обставини, які за законом повинні бути підтверджені певними засобами доказування, не можуть підтверджуватися жодними іншими засобами

доказування. Якщо відповідач в акті перевірки вказав, що первинні документи, надані під час перевірки, не можуть підтверджувати факт здійснення операції, то це називається підrobкою документів і має підтверджуватися вироком суду щодо посадових осіб позивача. Ніякий інший інструмент не дає правових підстав для ігнорування такого доказу, як первинний документ. На практиці суд без докорів сумління може проігнорувати тисячі сторінок доказів правомірності формування податкового кредиту на тій підставі, що до матеріалів справи не додано копію ліцензії, видану контрагенту на виконання будівельних робіт.

Варто згадати підхід податкової до визнання договорів недійсними на тій підставі, що договір суперечить інтересам держави і суспільства або у зв'язку з порушенням громадського порядку. Цей підхід наразився на чітку позицію Верховного Суду України про те, що доказом порушення статті 228 Цивільного кодексу України є вирок суду. Податкова залишила ці спроби, змінивши тактику. Тепер податкова стверджує про те, що фактичного руху товару не відбувається, все тільки на папері, а також що договір не спрямований на настання реальних наслідків. Зазначені твердження податкового органу не обґрунтовані конкретною нормою. По суті, це все про одне й те ж, і так само має підтверджуватися вироком суду або рішенням суду про визнання договору фіктивним. Однак оскільки немає конкретної норми, порушення якої треба доводити, то на допомогу податковій прийшов суд з правовими доктринами. Цей момент можна вважати моментом виникнення нової форми правового нігілізму — процесуального нігілізму, який сповідується суддями, по ідеї, хранителями цього самого процесу.

По суті, доктрина — це сукупність наукових знань про певне правове явище. Застосування доктрин поширене в англосаксонській системі права, стабільність і передбачуваність чого забезпечують судові рішення, які мають силу прецеденту. У країнах з континентальною системою права є норми про удавані та уявні угоди, а також про зловживання правом. Якщо угода названа в акті перевірки фіктивною, то, по суті, вона і є уявною. Кому, як не суду, з його любов'ю до доктрин, розуміти, що, виходячи з доктрини переважання змісту над формою, формулювання акта перевірки про нереальність або фіктивність треба сприймати саме як твердження про уявність угоди. Але в цьому випадку належним доказом може бути тільки рішення суду про визнання угоди недійсною.

Такого розмаїття доктрин, які сьогодні борознять простори українського адміністративного судочинства, напевно, немає в жодній країні світу. Можливо, тільки в США кількість використовуваних доктрин може зрівнятися з практикою українських судів. Але, перепрошую, там інша система права і рішення зовсім іншого рівня, які мають силу прецеденту. Верховному та Вищому адміністративному судам України варто серйозно задуматися над тим, що вони породили цими доктринами. Наступного разу, коли Вищий адміністративний суд України в черговій постанові пленуму аналізуватиме причини порушення строків розгляду справи суддями, які чітко слідують доктринально-нігілістичному принципу ігнорування належних доказів, доктрині ігнорування акта перевірки та доктрині нескінченного розширення предмета доказування для того, щоб догодити інтересам держави, то пропоную вказати серед таких причин банальне порушення процесуальних норм про предмет доказування та належні докази. Непогано було б у кожній постанові Вищого адміністративного суду України та Верховного Суду України нагадувати суддям, що принцип офіційного з'ясування всіх обставин у справі покликаний допомогти суб'єкту приватного права, а не добити його в процесі збору доказів.

ТРАНСФОРМАЦІЯ ПОДАТКОВОГО СУДОЧИНСТВА. ПЕРСПЕКТИВИ ТА ВИКЛИКИ 2015 РОКУ



ВАЛЕНТИН ГВОЗДІЙ

заступник голови Ради адвокатів України, керуючий партнер ЮФ «Гвоздій та Оберкович»

Принцип економічної обґрунтованості оподаткування

Економічна обґрунтованість оподаткування — встановлення податків та зборів, обсяг надходжень від сплати яких до бюджету значно перевищує витрати на їх адміністрування (пункт 4.1.7 статті 4 Податкового кодексу України).

Постанова Вищого адміністративного суду України від 26 листопада 2014 року, справа № К/800/31362/14:

«Недотримання норм земельного законодавства щодо реєстрації права оренди земельних ділянок (припинення цього права) не може викликати права та обов'язки платників у сфері оподаткування. Оскільки при такому підході порушується принцип економічної обґрунтованості стягнення земельного податку внаслідок

покладення обов'язку зі сплати земельного податку на особу, яка не використовувала земельну ділянку у спірному періоді та не мала юридичної можливості одержувати дохід від її використання».

Презумпція добросовісності платника податків

Презумпція добросовісності платника податків — дії платника, результатом яких є отримання податкової вигоди, вважаються економічно виправданими, а відомості, що містяться у податковій та бухгалтерській звітності платника, — достовірними.

Постанова Вищого адміністративного суду України від 27 січня 2015 року, справа № К/800/551270/14:

«Чинне законодавство не ставить умов виникнення податкових зобов'язань платника у залежність від стану податкового обліку його контрагентів, фактичного знаходження їх за місцем реєстрації та наявності чи відсутності основних фондів. Платник податку не може нести відповідальність за невиконання його контрагентами своїх зобов'язань, адже поняття «добросовісний платник», яке вживається у сфері податкових правовідносин, не передбачає виникнення у платника додаткового обов'язку з контролю за дотриманням його постачальниками правил оподаткування».

Принцип розумної обачності

Принцип розумної обачності — під час розгляду податкових спорів суди, роблячи висновки про наявність порушень податкового законодавства в діях платника податків, в обов'язковому порядку повинні з'ясувати можливу обізнаність такого платника щодо дефектів у правовому статусі його контрагентів.

Ухвала Вищого адміністративного суду України від 23 квітня 2014 року, справа № К/800/7245/14:

«В умовах, за яких податковим органом не спростовано реальність виконання господарської операції, неприпустимим є позбавлення платника права на формування даних податкового обліку з формальних підстав у зв'язку з тим, що первинні документи підписані не уповноваженими особами, за недоведеності податковим органом, що платникові було відомо про цей факт, або того, що платником не було проявлено розумної обачності при укладенні та виконанні господарських договорів».

Доктрина реальності господарської операції

Реальність господарської операції — наслідки для податкового обліку створює лише фактичний рух активів, а не задекларований на папері.

Для встановлення факту реальності господарських операцій з'ясуванню підлягають такі обставини (лист Вищого адміністративного суду України від 6 лютого 2011 року № 742/11/13-11):

- рух активів у процесі здійснення господарських операцій;
- установлення спеціальної податкової правосуб'єктності учасників господарських операцій;
- встановлення зв'язку між фактом придбання товарів (послуг) та господарською діяльністю платника податку.

Доктрина «ділової мети» (business purpose)

Доктрина «ділової мети» — податкові вигоди поширюються лише на операції, що мають розумну економічну причину.

Розумна економічна причина (ділова мета) — це причина, яка може бути наявна лише за умови, що платник податків має намір одержати економічний ефект у результаті господарської діяльності (підпункт 14.1.231 пункту 14.1 статті 14 Податкового кодексу України).

Доктрина автономії норм податкового законодавства

Доктрина автономії норм податкового законодавства — оцінка поведінки учасників податкових правовідносин здійснюється насамперед із застосуванням норм податкового, а не інших галузей законодавства.

Для з'ясування змісту господарської операції необхідно брати до уваги термінологію та вимоги податкового законодавства. Інші поняття можуть використовуватися лише в частині, що не суперечить податковим нормам.

Ухвала Вищого адміністративного суду України від 27 травня 2014 року, справа № К/9991/79608/11:

«Неможливість визначення найменування товару, реалізованого позивачем, на підставі контрольних стрічок реєстратора розрахункових операцій з урахуванням доктрини автономії норм податкового законодавства, не є підставою для визначення платника податків податкових зобов'язань та не свідчить про порушення ним умов формування даних податкового обліку, які обумовлені саме нормами податкового законодавства, а не правилами застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг, а також не свідчить про те, що придбання підприємцем товарів здійснювалось без мети їх подальшого використання в межах власної господарської діяльності».

ЗАСТОСУВАННЯ АДМІНІСТРАТИВНИМИ СУДАМИ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ОЧИЩЕННЯ ВЛАДИ»



МИХАЙЛО СМОКОВИЧ

кандидат юридичних наук, суддя, секретар Пленуму, заступник голови Вищого адміністративного суду України

Вищий адміністративний суд України (далі — ВАСУ) нині робить усе, щоб належно виконувати покладені на нього завдання як у сфері розгляду адміністративних справ, так і в наданні методичної допомоги судам першої та апеляційної інстанцій.

Попереду конституційна реформа, під час якої основним завданням ВАСУ на конституційному рівні є ще більше забезпечити гарантії незалежності судової влади в Україні.

За понад десять років діяльності в Києві я переконався, що основним для забезпечення незалежності судової влади в державі є відірвати судову владу від інших гілок влади. Суспільство має зрозуміти, що тільки через незалежні суди громадяни зможуть контролювати інші гілки влади на відповідність їхньої діяльності Конституції та законам України.

Що стосується теми доповіді, то такі справи до суду касаційної інстанції ще не дійшли, тому остаточні висновки щодо застосування Закону робити зарано. У ВАСУ вважають, що такі справи повинні розглядатися всіма суддями суду незалежно від спеціалізації через їх особливу значущість у суспільстві.

Закон України «Про очищення влади» (далі — Закон) прийнятий, нагадаю, 16 вересня 2014 року. Ним визначені правові та організаційні засади проведення очищення влади (люстрації) для захисту та утвердження демократичних цінностей, верховенства права та прав людини в Україні. Також дана дефініція очищення влади (люстрація) — це встановлена законом або рішенням суду заборона окремих фізичним особам обіймати певні посади/перебувати на службі (крім виборних посад) в органах державної влади та органах місцевого самоврядування. Зі змісту цих положень випливає, що це правовідносини щодо проходження публічної служби. Тому всі спори, які виникають із застосуванням цього Закону, віднесені до компетенції адміністративних судів. В окремих випадках (щодо звільнення керівників державних підприємств, які працюють за контрактом) справи можуть розглядатися в порядку цивільного судочинства.

За вказівкою ВАСУ окружні та апеляційні адміністративні суди кожного 1 і 15 числа місяця направляють інформацію про кількість справ, які надійшли у зв'язку з цим Законом, і про результати їх розгляду.

Станом на 16 березня ц.р. у провадженні окружних адміністративних судів перебуває 426 справ. Крім того, до ВАСУ як до суду першої інстанції надійшло 11 справ, у яких оскаржуються укази Президента України про звільнення за правилами зазначеного Закону. Ці справи підсудні ВАСУ як суду першої інстанції (стаття 171¹ Кодексу адміністративного судочинства України).

На сьогодні по суті розглянуто 18 справ. Практика їхнього розгляду різна. 375 справ не розглянуто, у 228-ми — провадження зупинене. З них у 128 випадках провадження зупинене у зв'язку з тим, що у суду виник сумнів стосовно відповідності Закону положенням Конституції України, тому суди звернулися з клопотанням до Верховного Суду України з метою подальшого звернення з конституційним поданням до Конституційного Суду України щодо перевірки на відповідність Конституції України певних положень Закону. В інших випадках суди зупинили провадження у зв'язку з тим, що вже на сьогодні відкрито конституційне провадження за конституційним поданням Верховного Суду України.

Тепер ми даватимемо нові вказівки судам, щоб, окрім цифр стосовно кількості такої категорії справ, суди надавали їхню класифікацію за предметом спору. Аналіз позовних заяв дає підстави для класифікації цих справ за такими предметами спору: оскарження акта про звільнення із займаної посади (акта про звільнення з посади у зв'язку із заборогою її обіймати, акта про звільнення з посади у зв'язку з результатами перевірки); оскарження висновків органів державної фіскальної служби, які перевіряють достовірність відомостей щодо наявності майна, майнових прав, у деклараціях про майно, доходи, витрати, зобов'язання фінансового характеру, в тому числі, чи відповідають ці доходи витратам; зобов'язання відповідача утриматися від вчинення певних дій (мотив — конституційне подання до КСУ щодо відповідності Конституції окремих положень Закону).

Таке становище виникло у зв'язку з проблемами в самому Законі — це неоднакове розуміння положень статті 1 Закону. Ми вважаємо, що колізія в нормах частини 2 та частин 3, 4 статті 1 Закону. У частині 2 прямо зазначено принципи, на яких побудована люстрація: верховенство права та законності; відкритість, прозорість та публічність; презумпція невинуватості; індивідуальна відповідальність; гарантування права на захист. У самому визначенні очищення влади зазначено, що вона здійснюється з метою недопущення до участі в управлінні державними справами осіб, які своїми рішеннями, діями чи бездіяльністю здійснювали заходи (та/або сприяли їх здійсненню), спрямовані на узурпацію влади. Водночас у частинах 3, 4 йдеться про те, що якщо особа обіймала відповідну посаду, то вона повинна бути звільнена. Саме така колізія і спровокувала проблеми із застосуванням Закону.

Судова практика є такою. Коли суди задовольняють позов, то відзначають, що норми в Законі не відповідають Конституції, зазначають у рішенні норми Основного Закону і вказують, що лише за наявності вини, індивідуальної відповідальності чи за вчинення певних дій або бездіяльності, прийняття рішень особа може бути звільнена з посади. В інших випадках суди зазначають, що оскільки такі правила встановлені Законом і вони не визнані неконституційними, то, відповідно, позивача звільнено із займаної посади законно.

У зв'язку з перевіркою, яка проводиться відповідно до Закону, виникли нові проблеми його застосування. Проводиться перевірка, особи не підпадають під вищезазначену заборону обіймати відповідні посади, однак перевіркою встановлено, що особа підлягає звільненню з інших підстав, зокрема передбачених частиною 8 статті 3 Закону. У ній йдеться про те, що заборона, передбачена частиною 3 статті 1 цього Закону, застосовується до осіб, перевірка стосовно яких встановила недостовірність відомостей щодо наявності майна (майнових прав), зазначених у поданих ними за попередній рік деклараціях про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру, складених за формою, що встановлена Законом України «Про засади запобігання і протидії корупції», та/або невідповідність вартості майна (майнових прав), вказаного (вказаних) в їхніх деклараціях, набутого (набутих) за час перебування на посадах, визначених пунктами 1—10 частини 1 статті 2 цього Закону, доходам, отриманим із законних джерел. Хоча норми стосовно перевірки говорять, що податкові органи повинні перевіряти достовірність відомостей щодо наявності майна та відповідності вартості майна доходам — комплексно. Один із місцевих судів зайняв сторону позивача: якщо недостовірність у декларації, то це відповідальність за Законом України «Про засади запобігання і протидії корупції», якщо доходи перевищують витрати.

На мій погляд, якщо витрати перевищують доходи, то така особа має нести відповідальність за Законом України «Про очищення влади».

Але зверну вашу увагу на те, що це думки судів першої інстанції, практика формуватиметься з цього приводу в подальшому. Наведу ще один приклад, коли суд поновив на роботі: особа підпадає під звільнення, але вона обіймає посаду в секретаріаті Кабінету Міністрів України, яка не є державною.

20 березня ц.р. Венеціанська комісія повинна прийняти остаточний звіт щодо Закону, ми його дуже чекаємо. Як і рішення Конституційного Суду України, яке розв'яже окреслені проблеми.

ПОДАТКОВИЙ КОМПРОМІС ЯК ДЗЕРКАЛО ПРОБЛЕМ СУДОЧИНСТВА



АРСЕН МІЛЮТІН

старший юрист судової практики ЮБ «Єгоров, Пугінский, Афанасьев і Партнери» (Україна)

У цій статті наведемо деякі міркування щодо причин, які спонукають добросовісних платників податків погоджуватися на податковий компроміс.

Нагадаємо, що податкова амністія (яка має назву компроміс) у самому розпалі. За символічні 5 % платник звільняється від решти 95 % донарахувань (ПДВ + податок на прибуток) та від кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків. Амністія діє всього 90 днів, зацікавленим треба поспішати.

На диво, компроміс справді виявився ефективним способом позбавити платника уваги з боку фіскалів. Утім, на наш погляд, бажання добросовісних платників застосувати компроміс віддзеркалює проблеми, які існують у судочинстві багато років.

Проілюструємо цю тезу на прикладі з паливно-енергетичного сектора.

Бізнес у сфері нафти приблизно є таким: треба купити бензин за кордоном і продати його в Україні. Або купити нафту, переробити її на бензин і продати.

Якщо митниця пропускає нафту, то проблем немає. Якщо не пропускає, то і бізнесу немає.

Наприкінці 2012-го — на початку 2013 року перед трейдерами постала саме проблема розмитнення.

Багато ЗМІ давали таку новину (листопад 2012 року): «Органи Держмитслужби призупиняли оформлення імпорتنих бензинів. Тоді така проблема виникла в ОККО, WOG та інших великих постачальників палива. Асоціація операторів ринку нафтопродуктів України вважає, що ці затримки могли створюватися для подальшого впровадження на ринок спецімпортера, що володітиме ексклюзивним правом оформлення на митниці. Пізніше про затримку з оформленням продукції заявила і компанія «Ромпетрол-Україна» (м. Одеса). За її даними, із початку листопада нафтопродукти не могли пройти митне оформлення через те, що Держмитслужба не робила аналізу якості бензину».

Через пару місяців — на початку 2013 року — з'явилася інша новина: «П. Курченко заявляє, що «бізнес групи пройшов етап становлення...». «Зараз група (СЄПЕК) розглядає можливість виходу в область нафтопереробки».

Як нині стало відомо, група СЄПЕК таки вийшла в цю «область». І більша частина нафтотрейдерів почали купувати нафтопродукти у компаній групи. Ми робимо припущення, що інакше неможливо було продовжувати бізнес.

У 2014 році фіскальна служба вирішила, що договори трейдерів про купівлю бензину у компаній СЄПЕК є недійсними. Тому, відповідно, трейдери не мають права враховувати витрати, понесені при купівлі, а також заявляти ПДВ. На думку фіскальної служби, недійсність договорів підтверджувалася показаннями підставних директорів компаній СЄПЕК у кримінальних справах проти п. Курченка.

Постраждали багато хто. Претензії фіскалів вираховувалися сотнями мільйонів гривень, якщо не мільярдів.

Лише одному з наших клієнтів донарахували декілька сотень мільйонів гривень податків.

Відповідно, першим запитанням клієнта до нас було: «чи законним є таке донарахування?»

Здається, просте запитання клієнта, але за ним — цілий наш світ адміністративного судочинства.

Можна відповісти на це запитання, що «донарахування незаконне», оскільки клієнт мав усі докази реальності операції: (1) бензин купувався за реальні гроші; (2) постачався реальною залізницею; (3) розміщувався на реальних нафтобазах; (4) продавався реальним брендовим АЗС і (5) заливався у реальні автомобілі. Також у клієнта були наявні всі первинні документи, надані інспекторам.

Утім, з професійної точки зору така відповідь клієнту на це запитання була б неправильною.

У праці «Шлях права», яку написав відомий вчений американської школи юридичного реалізму Олівер Венделл Холмс-молодший, він зробив таку радикальну заяву: «Що становить право? Я розумію під правом прогноз того, що насправді робитимуть суди!».

З практичної точки зору вчений має рацію. Щоб підтвердити клієнту, що «донарахування незаконне», ми мали з високою долею імовірності спрогнозувати те, що адміністративний суд підтримає клієнта. Податковий кодекс, роз'яснення пленумів, інформаційні листи, судові доктрини — все це допомагає прогнозувати. Але чи дає це можливість прогнозувати з високою долею імовірності? Виявляється, що ні.

Ми були змушені рекомендувати клієнту скористатися податковим компромісом, оскільки не могли надати позитивний прогноз із високою долею імовірності. Причини та висновки з цього наводимо нижче.

З перерахованих вище джерел (кодекс, доктрини, роз'яснення) відома теперішня логіка адміністративних судів. Судді традиційно посилаються на принцип офіційного з'ясування всіх обставин справи. Суди витребують усі докази, допитують свідків, проводять експертизи. По суті, вони займаються дослідженням реальності операцій. Також адміністративні суди розвинули правові доктрини («ділової мети», «розумної обачності» тощо). У принципі, юристи не мають сумніву в їхній корисності для податкового судочинства.

Тобто джерела нібито говорили на користь клієнта.

Однак джерела — це одне, а можливість зробити впевнений прогноз — зовсім інше. Зокрема, ми вирішили поцікавитися долею інших трейдерів з такою ж проблемою. Зокрема, «ЛУКОЙЛ-Україна». Виявилося,

що недавні рішення адміністративних судів (перша та друга інстанції) є дуже цікавими, з великою мотивувальною частиною. Суди навіть послалися на доктрину «ділової мети».

«ЛУКОЙЛ», як видно з рішень, виконує все, що вимагає від нього практика. Він надає безліч доказів, викликає свідків, демонструє реальність операцій як з точки зору придбання продукції, так і з точки зору її реалізації.

Але судді першої інстанції та апеляції вказали, що «ЛУКОЙЛ» не мав «ділової мети» в операціях із компанією групи СЕПЕК. Про це, зокрема, на думку суддів, свідчили допити директора компанії (в рамках кримінального провадження), яка продавала бензин компанії «ЛУКОЙЛ». Цей директор сказав, що компанія була фіктивною.

Зрозуміло, що в контексті таких рішень давати нашому клієнту надію виграшу у суді проти фіскальної служби було б непрофесійно. Особливо, коли йдеться про сотні мільйонів гривень донарахувань. Отже, ми запропонували клієнту скористатися податковим компромісом. Це і було зроблено, держава отримала 5 %. Усі претензії податкової були зняті.

Ситуація нібито добре вирішена, але залишається неприємний присмак того, що руйнуються принципи. Зрозуміло, що в розробку доктрин, зокрема «ділової мети», вкладено величезні інтелектуальні зусилля. Суть її корисна. Справді, податкові вигоди повинні поширюватися лише на операції, що мають розумну економічну причину. Але які можуть бути сумніви, що закупівля компанією «ЛУКОЙЛ» бензину мала на меті розумну економічну причину. Усім відомо, що ця компанія торгує бензином. І, судячи з тексту рішень, судам було надано безліч доказів руху товару (хоча суди й оцінили їх критично).

Звичайно, потрібно вітати, що суд підійшов до справи неформально. Однак якщо суди застосували доктрину «ділової мети» і вирішили з'ясувати всі економічні причини відносин, то необхідно піднятися ще вище. І це неважко зробити. Достатньо проаналізувати серію загальнодоступних публікацій, які цитовані вище. З публікацій видно, що договори між компаніями групи СЕПЕК та відомими нафтотрейдерами, швидше за все, укладалися, бо на той час цим трейдерам чинилися перешкоди. Свідчення підставних директорів СЕПЕК, зрозуміло, викликають сумніви добросовісності операцій групи, але навряд чи стосуються добросовісності трейдерів. Принаймні, хотілося би бачити у таких наріжних справах думку суду саме з цього приводу.

З цієї ситуації слідують неприємні висновки. По суті, рішеннями у наріжних справах руйнується системна та послідовна практика. Усе позитивне, що напрацьовано судами, випадково відкидається.

У таких умовах поки що інвестор може почути від адвоката лише такий прогноз (із високою імовірністю): суд залежить від політичної кон'юнктури.

Упевнені, що ніхто серед суддів та адвокатів не згодні з таким станом речей. Розв'язання цієї проблеми в одному — треба нарешті добитися незалежності судової системи. Лише незалежна судова система буде прогнозована, адже буде виключений політичний фактор. Добитися незалежності треба тепер, коли триває судова реформа. На жаль, прийнятий закон про реформу для незалежності суддів не робить нічого. Реальної незалежності буде досягнуто за таких умов: Вища рада юстиції має формуватися лише суддівським самоврядуванням та частково адвокатурою. Інші органи мають бути виключені. Необхідно ввести імунітет за прийняте рішення — кримінальна відповідальність за «завідомо неправосудне рішення» має бути скасована. Судді повинні отримати реальну владу шляхом повного контролю за виконанням свого рішення (зміна підпорядкування ДВС). Фізична охорона суддів має здійснюватися судовими приставами, а не міліцією (зміна підпорядкування «Грифон»).

ДЕНЬ ДРУГИЙ 20.03.2015

СЕСІЯ І

СЕКЦІЯ 3 ЦИВІЛЬНИЙ І ГОСПОДАРСЬКИЙ ПРОЦЕСИ



МОДЕРАТОРИ

ДЕНИС МИРГОРОДСЬКИЙ
президент АФ «Династія»

ВАСИЛЬ ГУМЕНЮК
кандидат юридичних наук,
суддя Верховного Суду України

ТЕНДЕНЦІЇ ЩОДО СУДОВОЇ ПРАКТИКИ У КРЕДИТНИХ СПОРАХ



ЛУКАШ П'ЄБІЯК

суддя Варшавського окружного комерційного суду, Міністерство юстиції Польщі

Зусилля, докладені для прийняття належного внутрішнього законодавства про державні закупівлі, та встановлення ефективної системи прийняття рішень у цій сфері є надзвичайно важливими для економіки країни, а також для прозорого й ефективного використання коштів — особливо, коли відбувається поступова приватизація деяких видів послуг, які були державною монополією (наприклад, доставка судової кореспонденції). Польща досягла значних успіхів у цій сфері, отже, її досвід може стати корисним у час значних змін, які, ймовірно, відбудуться в українській економіці найближчим часом.

Я також представляю польський досвід, пов'язаний із впровадженням та функціонуванням спеціального суду (електронного суду), яким можуть користатися стягувачі в цивільних і кримінальних справах — як дешевою та ефективною альтернативою традиційній (паперовій процедурі). Вибір, скористатися ним чи ні,

залишається за стягувачем, але рішення на його користь дає змогу зекономити багато коштів і часу (канцелярські, поштові витрати), бо все відбувається онлайн та без використання паперу, у тому числі подання судового виконавця щодо виконання платіжного доручення.

Впровадження арбітражної (німецькою: *rechtspfleger*) позиції суду в судовій системі, причому незалежний судовий працівник є більш дешевою альтернативою судді, — значно допомогло польській судовій системі. Ці працівники можуть, між іншим, видавати платіжні доручення (як у традиційному, так і в електронному суді). Статистичні дані свідчать, що 80—90 % платіжних доручень не оскаржуються, отже це означає, що більшість справ завершуються без залучення судді. Вони також можуть прийняти рішення щодо вартості судового провадження, судових витрат і приймати інші менш важливі рішення в цивільних і господарських справах; вони приймають рішення в усіх корпоративних і земельних підрозділах загальних судів, і тут не йдеться про те, щоб розширити їхні повноваження на сферу кримінальної юстиції. Загальна ідея впровадження цієї посади до правової системи полягає в тому, що все, що не є вирішальним для суті цієї справи (мається на увазі прийняття рішення в конфліктній ситуації), адже тут Конституція залишає виключне право за суддями, має передаватися в руки арбітрів. Відповідний досвід багатьох європейських країн (Польща слідувала прикладу Німеччини та Австрії) є позитивним.

Що стосується спеціалізації суддів, то вважаю, що ми можемо обговорювати ступінь спеціалізації, але не ідею спеціалізації взагалі, адже у складному законодавстві правники спеціалізуються в дуже вузьких сферах права. У такій ситуації суддя також повинен бути фахівцем, бо це ганьба для держави, якщо суддя є найменш компетентною особою в судовій залі. Багато «за» і «проти» з цього приводу можна знайти у Висновку КРЕС № 15 (2012) щодо спеціалізації суддів.

Захист прав споживачів у ЄС — на дуже високому рівні, і Україні, аби його досягти, доведеться внести зміни до законодавства. Директиви ЄС дозволяють державі-члену вирішувати, як саме досягти цієї мети, тому, можливо, має сенс порівняти, як це роблять у різних країнах ЄС. Польща має унікальну систему абстрактного контролю за неправомірними положеннями у контрактах, який може бути ініційований будь-ким, адже кожна людина або компанія, або інший орган можуть безкоштовно подати скаргу проти компанії, яка використовує у своїх контрактах неправомірні положення, до Суду з питань конкуренції та захисту прав споживачів у Варшаві, вимагаючи, щоб такі положення заборонили. Якщо вердикт — позитивний, це положення публікується в спеціальному реєстрі, який ведеться Управлінням з питань конкуренції та захисту прав споживачів, і після цього ніхто в Польщі не може використовувати це положення. Впровадження схожої системи може допомогти у боротьбі з деякими проявами небезпечної для споживача практики — як, наприклад, уже згадувана проблема контрактів на кредитні позики в іноземній валюті.

Однією з найбільших перешкод на шляху до поставленої мети — ефективної судової системи — є застосування певних неправомірних практик (наприклад, затягування) сторонами справи та/або їхніми юристами. Процесуальне законодавство повинно надавати інструменти, які суддя міг би використовувати для боротьби з ними. Одним із таких інструментів є штрафи, накладені на сторони та їхніх юристів. Деякі доповідачі вказали, що для України це проблематично через те, що штрафи замалі. У Польщі ми мали аналогічну проблему, але кілька років тому законодавство було змінено, так що верхня гранична межа (для сторін, юристів, свідків і судових експертів) збільшилася вп'ятеро, що усунуло цю проблему в більшості випадків. Це просте рішення. Надалі необхідно запровадити систему загального положення про порушення процесуального законодавства, яке давало судді можливість ігнорувати неправомірні дії сторін/юристів тощо, які подають десять апеляцій проти рішення першої інстанції лише для того, щоб відтягнути розгляд у другій інстанції. У Польщі такого положення немає, проте точаться запеклі дискусії з приводу того, варто їх впроваджувати чи ні, оскільки дехто вважає, що суддям буде надано занадто широкі повноваження. На мою думку, це не так, а у деяких випадках є єдиним ефективним способом розв'язання проблеми.

Роль прокурорів у цивільних і господарських спорах має бути дуже обмеженою. Зобов'язання приватного права ґрунтуються на добрій волі сторін, і дуже рідко трапляється так, щоб зачіпалися публічні інтереси та виникала необхідність у залученні державного обвинувачення. Участь прокурора у таких справах є непотрібною, іноді навіть небезпечною, оскільки створює картинку політичного втручання в цивільні

та господарські відносини. Широке повноваження органів прокуратури в цій сфері є більш характерними для радянської правової системи. У Польщі дуже рідко буває, щоб прокурори були залучені до цієї сфери, і щоразу, коли таке трапляється, починають висловлюватися підозри щодо справжніх цілей цього втручання.

Правові системи в Європі є досить схожими у частині ролі та повноважень Верховного і Конституційного судів. Українська система, де Конституційний Суд може давати тлумачення законодавства, дуже відрізняється від європейської. Там роль Конституційного Суду є абсолютно іншою і обмежується контролем за відповідністю всіх законів національній Конституції. Під час форуму доповідачі наголошували на тому, що необхідно змінити цю ситуацію й внести зміни до української системи задля наближення її до європейської. Я повністю з цим погоджуюся, оскільки остання є набагато більш чіткою та, можливо, ефективною.

НОВЕЛИ КРЕДИТНИХ СПОРІВ: АНАЛІЗ АКТУАЛЬНОЇ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ



ОЛЕКСІЙ ХАРИТОНОВ

партнер ЮФ ILF

Статистичні дані і тенденції

Аналіз кількості розглянутих справ у спорах у кредитно-банківських відносинах за останні сім років дає змогу виділити певні тенденції та закономірності. З 2009 року експерти відзначають стрімке збільшення кількості такої категорії спорів у судах усіх юрисдикцій.

Статистичні дані господарських судів свідчать, що кількість таких справ у 2010 році збільшилася порівняно з 2007 роком майже вчетверо — з 1,5 тис. до 5,8 тис. Особливо це торкнулося промислово розвинених (на той момент) регіонів, таких як Дніпропетровськ, Донецьк і Луганськ. Але вже у 2011 році кількість таких спорів зменшилася на 4,1 % порівняно з 2010 роком, а у 2012 році — на 34,6 % порівняно з попереднім періодом. Значне зменшення у 2012 році кількості спорів з кредитних правовідносин пояснювалося

стабілізацією кредитно-банківської системи і поступовим подоланням наслідків світової фінансової кризи в Україні.

Що стосується 2013-го і 2014 років, то в цей період знову спостерігалось значне збільшення кількості справ зазначеної категорії. Це пояснюється суспільно-політичною ситуацією в країні. Так, у 2013 році в господарських судах України перебувало на розгляді майже на 82 % більше справ у спорах, що виникають із банківської діяльності, ніж у 2012-му.

За даними Верховного Суду України, із 185 тис. справ, які перебувають у провадженні судів у першому півріччі 2014 року, що виникають з договорів, майже 138 тис., або 75 %, становили такі, що виникають з договорів позики, кредиту або банківського вкладу. Таким чином, наведені статистичні дані свідчать про те, що кредитні спори, як і раніше, займають суттєву частку серед загальної маси справ, які розглядаються українськими судами різних юрисдикцій, що свідчить про їхню актуальність на сьогодні.

Спроби уніфікації правозастосування

Зіткнувшись у 2008—2009 роках з великою кількістю відносно нової для себе категорії судових справ, судді по-різному почали кваліфікувати ті чи інші правовідносини між сторонами, що спричинило різне правозастосування норм Цивільного та Господарського кодексів України, Законів України «Про іпотеку», «Про заставу» тощо. Природно, це призвело до формування неоднозначної судової практики з даної категорії справ, у зв'язку з чим з'явилася необхідність узагальнення та уніфікації правозастосування, що є одним із завдань судів вищих інстанцій.

Так, однією з перших спроб уніфікувати судову практику з кредитних спорів можна назвати Узагальнення судової практики у цивільних справах, що впливають з кредитних правовідносин, за 2009—2010 роки, підготовлене за участю судді, на той момент Верховного Суду України, Луспенника Дмитра Дмитровича. Це узагальнення заклало відповідні точки та принципи правозастосування в кредитних спорах, що розглядаються судами загальної юрисдикції.

У подальшому, 30 березня 2012 року, вийшла постанова пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ № 5 «Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин».

Трохи пізніше, у вересні того ж року, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ узагальнив практику Верховного Суду України за результатом перегляду справ унаслідок неоднакового застосування норм матеріального права в частині кредитних спорів. Це знайшло своє відображення у відповідному Інформаційному листі № 10-1393/0/4-12 від 27 вересня 2012 року.

І, нарешті, остання довгоочікувана постанова пленуму Вищого господарського суду України № 1 від 24 листопада 2014 року «Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з кредитних договорів».

Стаття 23 Закону України «Про іпотеку» — чи все так однозначно?..

Згідно з частиною 1 статті 23 Закону України «Про іпотеку», при переході права власності іпотека є дійсною і для набувача відповідного майна.

При цьому залишається вельми дискусійне питання: чи підлягає застосуванню дана стаття, якщо в момент відчуження майна іпотечний договір було визнано недійсним, а в подальшому рішення суду про його недійсність було скасоване?

Позиція Вищого спеціалізованого суду України: стаття 23 Закону України «Про іпотеку» підлягає застосуванню, оскільки зі скасуванням судового рішення про недійсність договору іпотеки втрачаються і наслідки, що впливають з цього договору (ухвала ВССУ № 6-14413св14 від 23 липня 2014 року).

Позиція Верховного Суду України: стаття 23 Закону України «Про іпотеку» не підлягає застосуванню, оскільки на момент переходу права власності до третьої особи майно не було предметом іпотеки (постанова ВСУ № 6-201цс14 від 24 грудня 2014 року).

Як ми розуміємо, законодавець за допомогою цієї норми, швидше за все, мав на меті забезпечення кредитором реалізації права звернути стягнення на предмет іпотеки і тим самим задовольнити свої вимоги до боржника в разі протиправного відчуження останнім предмета іпотеки на користь третіх осіб.

У практиці був цікавий випадок, коли договір іпотеки між банком і боржником було визнано заочним рішенням суду (банк не знав про цей спір) недійсним, унаслідок чого відомості про заборону відчуження й іпотеку були виключені з Реєстрів заборон та іпотек. Банк з часом дізнався про те, що трапилося, і оскаржив рішення суду про недійсність договору іпотеки, в результаті чого це рішення було скасоване.

І все ж за той час, поки в реєстрах були відсутні обтяження нерухомого майна іпотекою, боржнику вдалося кілька разів відчужити майно (в тому числі і через нотаріально засвідчені угоди купівлі-продажу) на користь третіх осіб. Після скасування судового рішення про недійсність договору іпотеки банк відновив записи в реєстрах заборон та іпотек, а пізніше звернувся до третіх осіб — нинішніх власників предмета іпотеки з позовами про звернення стягнення на предмет іпотеки з прив'язкою до статті 23 Закону України «Про іпотеку». Суд першої інстанції став на захист кредитора і задовольнив позов банку, звернувши стягнення на предмет іпотеки. З такою позицією погодилися суди апеляційної та касаційної інстанцій.

Зокрема, залишаючи в силі раніше прийняті рішення, Вищий спеціалізований суд України зазначив таке: «Доводи касаційної скарги про те, що на момент придбання відповідачем квартири не було обтяження іпотечного майна, є невірними, оскільки зі скасуванням рішення суду втрачаються ті наслідки, які з нього випливають. Тобто, обтяження повторно внесено до реєстрів у зв'язку з відміною незаконного рішення районного суду (про недійсність договору іпотеки)».

Надалі Верховний Суд України, переглядаючи аналогічну справу за позовом того ж банку, скасовуючи рішення касаційної інстанції, висловив таку правову позицію: «Встановивши, що рішенням суду договір іпотеки був визнаний недійсним і на його підставі запис про обтяження майна іпотекою виключений з Реєстру, суд касаційної інстанції дійшов помилкового висновку про застосування до спірних правовідносин статті 23 Закону України «Про іпотеку», оскільки під час переходу права власності на спірну квартиру до заявника вона не була предметом іпотеки».

Резюмуючи аналіз судової практики в наведеному прикладі, варто звернути увагу на таке. Не можна не погодитися, що позиція Верховного Суду України у цій справі є справедливою по відношенню до покупця квартири, який фактично став заручником правової невизначеності та шахрайських дій з боку боржників. Адже в момент вчинення правочину нотаріус, який виступає в якомусь сенсі гарантом її легітимності, підтвердив відсутність обтяжень на майно, що купується.

У той же час, виходячи за рамки цієї конкретної справи та аналізуючи наведений судовий прецедент з точки зору обов'язковості правової позиції Верховного Суду України, не можна не спрогнозувати можливі ризики, які він може нести для всієї банківської системи.

Йдеться про випадки протиправного виведення з-під застави банку дорогих ліквідних активів у судовому порядку, коли несумлінний боржник, визнавши недійсним договір іпотеки або застави на рівні апеляційного суду та виключивши обтяження з Реєстру, фактично отримує весь «карт-бланш» на період, поки справа може бути переглянута судом касаційної інстанції (а це в середньому від одного до трьох місяців). При цьому банк з моменту виключення відомостей про обтяження з реєстрів повністю втрачає контроль над предметом іпотеки і не може перешкоджати відчуженню майна на користь третіх осіб, окрім як шляхом накладення заходів забезпечення за власними «технічними позовами».

Стягнення боржником збитків з банку

У зв'язку зі складною політико-економічною ситуацією в Україні збільшилася кількість позовів до банків зі стягнення збитків та упущеної вигоди, природа яких так чи інакше пов'язана з кредитними правовідносинами. Про масовість таких спорів поки говорити зарано, але якщо на початку розвитку кредитних правовідносин ми про них практично не чули, то сьогодні спостерігається тенденція до збільшення їхньої кількості.

«Наслідки» попереднього договору добре проілюстровано нижче на прикладі судового спору між Банком «Камбіо» та ПрАТ «Союз» (справа № 910/2023/13).

У даному випадку кредит боржника перед банком був забезпечений договором застави обладнання з третьою особою — майновим поручителем. У подальшому в рамках процедури банкрутства підприємство боржника було ліквідоване, після чого майновий поручитель уклав попередній договір про продаж майна, що є предметом застави в банку. При цьому майновий поручитель виходив з того, що його акцесорне зобов'язання

перед банком за договором застави припинене у зв'язку з припиненням кредитного зобов'язання боржника внаслідок ліквідації останнього.

У той самий час, на момент ліквідації боржника, господарським судом паралельно розглядався спір за позовом банку до майнового поручителя про звернення стягнення на предмет застави. Зважаючи на наявність обтяжень спірного майна заставою в Реєстрі, основний договір між майновим поручителем і третьою особою так і не було укладено. Майновий поручитель звернувся з позовом до банку про стягнення збитків (фактично сплачена неустойка за «зрив» угоди — основного договору) і упущеної вигоди (неодержаний прибуток за основним договором, який не був підписаний).

Суд першої інстанції задовольнив позов, апеляція — скасувала рішення і відмовила в позові. Вищий господарський суд України скасував рішення апеляції і залишив у силі рішення суду першої інстанції (про стягнення з банку збитків та упущеної вигоди). Скасовуючи рішення Вищого господарського суду України і відправляючи справу на новий касаційний розгляд, Верховний Суд України у своїй постанові від 2 вересня 2014 року справедливо зазначив таке:

«Для застосування такої міри відповідальності, як стягнення збитків, необхідним є наявність усіх елементів складу цивільного правопорушення, а саме: протиправної поведінки, збитків, причинно-наслідкового зв'язку між протиправною поведінкою і збитками, провини. За відсутності хоча б одного з цих елементів цивільно-правова відповідальність не настає. Через те, що на момент укладення попереднього договору існував судовий спір про звернення стягнення на предмет застави, який виступав предметом передачі за попереднім договором, у банку не було підстав для припинення обтяжень заставного майна, оскільки договір застави був чинним».

Таким чином, Верховний Суд України дійшов цілком обґрунтованого, з нашої точки зору, висновку, що в діях банку був відсутній склад цивільного правопорушення, маючи на увазі відсутність такого його елемента, як провини.

Надалі Вищий господарський суд України за результатом нового касаційного розгляду цієї справи залишив у силі рішення суду апеляційної інстанції, за яким спочатку було відмовлено у позові до банку про стягнення збитків з посиланням на частину 3 статті 226 Господарського кодексу України (сторона зобов'язання позбавляється права на відшкодування збитків у випадку, якщо вона своєчасно була попереджена іншою стороною про можливе невиконання зобов'язання і могла запобігти виникненню збитків, але не зробила цього).

«Неправильне» відступлення права вимоги — на прикладі справи ПАТ АБ «Укргазбанк» проти ПрАТ «Укрконцепт» (справа № 910/16631/14).

В іншому випадку боржник-1 взяв у банку кредит для придбання у цього ж банку права вимоги до іншого боржника-2 за кредитним договором. Надалі кредитний договір між банком і боржником-2 був визнаний судом недійсним. Крім того, в окремому судовому процесі був визнаний недійсним і договір відступлення права вимоги між банком і боржником-1.

Примітним є той факт, що в момент укладання договору відступлення права вимоги боржник-1 знав, що кредитний договір між банком і боржником-2, право вимоги за яким передавалося, є предметом розгляду у спорі про його недійсність.

Боржник-1 не погасив заборгованість за кредитним договором перед банком, у результаті чого банк стягнув заборгованість за кредитом у судовому порядку. Боржник-1, у свою чергу, звернувся до суду з позовом до банку про стягнення збитків, заподіяних, на його думку, діями банку зі стягнення з нього кредитних коштів, які боржник-1 заплатив за недійсне право вимоги. Збитками боржник-1 вважав суму заборгованості за тілом кредиту та відсотками, а також штрафні санкції та судовий збір, які банк стягнув з нього в судовому порядку. У результаті судової тяжби суди першої та апеляційної інстанцій задовольнили позов і стягнули з банку збитки.

Скасовуючи раніше прийняті у справі рішення та направляючи справу на новий розгляд, Вищий господарський суд України справедливо вказав, що позивачем не доведений причинно-наслідковий зв'язок між діями банку і наслідками, а також не обґрунтовані вимоги про упущену вигоду. Крім того, судом касаційної інстанції зазначено, що відшкодуванню підлягає тільки реальний збиток, заподіяння якого не доведено.

Аналізуючи наведений приклад, можна зробити висновок про те, що боржником, на нашу думку, спочатку був обраний неправильний спосіб захисту свого права. Наслідком недійсності угоди відповідно до норм Цивільного кодексу України є реституція, яка може бути реалізована шляхом звернення однієї зі сторін недійсної угоди до суду з позовом про застосування наслідків недійсності правочину.

Крім того, звернення банку в даній ситуації з позовом до боржника про стягнення заборгованості за кредитним договором не можна вважати протиправною поведінкою, оскільки банк у цьому випадку реалізував своє право на стягнення боргу, передбачене кредитним договором та нормами Цивільного кодексу України.

Валютні кредити: «Дубль два»...

За даними Незалежної асоціації банків України, кредити в іноземній валюті у цілому по банківській системі України станом на 1 листопада 2014 року склали 33,3 млрд дол. США, тобто майже 500,0 млрд грн. Тому й не дивно, що те, що відбувається з валютним курсом, так чи інакше знаходить своє відображення у судовій практиці.

Так, 26 листопада 2014 року Господарським судом Харківської області було винесено досить «гучне» рішення у справі № 922/3899/14. Зазначеним рішенням суд припинив зобов'язання за кредитним договором між банком і позичальником — фізичною особою — підприємцем, сума яких становила понад 2,5 млн дол. США. Рішення суду мотивоване тим, що після надходження на поточний рахунок позичальника чергового траншу в доларах США з рахунку готівкою він їх не отримував, а надавав доручення банку продавати долари США на міжбанківській валютній біржі й зараховувати куплену банком гривню на інший свій рахунок. Більше того, у своєму рішенні суд зазначив, що укладений між сторонами кредитний договір у частині визначення валюти кредитування в доларах США є «уявним», досконалим для приховування укладення кредитного договору з надання кредиту саме в національній валюті України — гривні, з посиланням на вимоги статті 235 Цивільного кодексу України.

За логікою суду першої інстанції виходить, що якщо сторонами було укладено кредитний договір, за яким позивач отримував кредитні кошти в національній валюті, то й погашати він повинен суму заборгованості, яка виникла після конвертації перерахованої банком валюти, в гривні.

Ця справа була вибрана для прикладу не випадково. Ми всі пам'ятаємо свого часу гучну справу за позовом Готелю «Централь» до ВТБ-Банку, за яким Донецький апеляційний господарський суд у вересні 2009 року створив небезпечний прецедент для банківської системи, визнавши недійсним доларовий кредит через відсутність у банку індивідуальної ліцензії НБУ. Спір на той момент спровокував хвилю позовів про недійсність валютних кредитів, що тривала протягом декількох років, поки Верховний Суд України, нарешті, не поставив крапку в цьому питанні. Рішення Господарського суду Харківської області також відрізняється певною «прецедентністю». Беручи до уваги девальвацію гривні і ситуацію, що склалася сьогодні на валютному ринку, такі «прецеденти» можуть послужити каталізатором для багатьох відчайдушних позичальників і спровокувати нову хвилю судових баталій з банками.

На щастя, наприкінці лютого цього року Харківський апеляційний господарський суд скасував рішення суду першої інстанції і задовольнив зустрічний позов банку про стягнення з боржника заборгованості за кредитом. Зокрема, колегією суддів зазначено, що в цьому випадку немає ознак навмисності й приховування іншого правочину, оскільки, незалежно від валюти зобов'язання за кредитним договором, суть правовідносин при цьому не змінюється, зазначені відносини залишаються кредитними правовідносинами, а отже, немає підстав для визнання зазначеного кредитного договору удаваним.

Багато хто з практиків вважають рішення суду апеляційної інстанції обґрунтованим, оскільки за умовами кредитного договору кредитні кошти позичальнику надавалися шляхом перерахування (переказу) грошових коштів на його поточний валютний рахунок. При цьому банківські операції з надання кредитних коштів вважаються завершеними з моменту зарахування суми переказу — кредитних коштів на поточний валютний рахунок (стаття 30 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні»).

При цьому суд першої інстанції не взяв до уваги той факт, що з моменту зарахування грошових коштів на поточний рахунок боржника останній стає їхнім власником і має право та можливість розпорядитися ними на власний розсуд (у тому числі і доручити банку здійснити продаж валюти на міжбанку).

За таких обставин очевидно, що банк свої зобов'язання за кредитним договором виконав належним чином у повному обсязі, перерахувавши кредитні кошти безпосередньо в іноземній валюті (доларах США) позичальникові шляхом переведення цих коштів на його поточний валютний рахунок у доларах США в рамках відновлюваної кредитної лінії, як це було передбачено умовами кредитного договору.

Станом на кінець березня 2015 року боржником у цій справі подана касаційна скарга. Тому тепер, у разі прийняття її до розгляду, вирішальне слово залишається за Вищим господарським судом України.

Арешт майна боржника в рамках кримінального провадження — допомога чи перешкода кредитору?

Як відомо, одним із передбачених новим Кримінальним процесуальним кодексом України (далі — КПК України) заходів забезпечення у кримінальному провадженні є арешт майна підозрюваного, обвинуваченої особи, а також юридичної особи, якщо до неї може бути застосовано такий захід кримінально-правового характеру, як конфіскація майна. Останнім часом усе частіше на практиці юристи зіштовхуються з випадками накладення арешту на майно несумлінного боржника банку в рамках кримінального провадження. Як правило, можна виділити дві основні групи випадків накладення арешту на майно боржника за КПК України.

За наявності в діях боржника явних фактів шахрайства чи іншого складу злочину сам банк може подати заяву до правоохоронних органів про вчинення боржником злочину і попросити накласти арешт на його майно. Після відкриття кримінального провадження судом за клопотанням слідчого/прокурора накладається арешт на все або частину майна.

Найчастіше банки ініціюють такі процеси у разі незаконного виведення майна з-під застави і зняття арештів та інших обтяжень. У такій ситуації це стає одним із небагатьох способів зупинки відчуження іпотеки або застави на користь третіх осіб.

У той же час на практиці непоодинокими є випадки, коли сам боржник чи друзі йому особи ініціюють щодо себе кримінальне провадження, в рамках якого за аналогічним алгоритмом накладається арешт на його майно. У даному випадку метою таких дій є блокування дій банку або державного виконавця, спрямованих на звернення стягнення на таке майно.

Перспективи зняття банком арешту з майна

Як часто буває, накласти арешт набагато легше, ніж його зняти. І тут, незалежно від того, з чиєї ініціативи накладался арешт на майно боржника, КПК України імперативно визначає суб'єкта, який може звернутися з клопотанням про зняття такого арешту. Відповідно до стаття 174 КПК України, цих осіб можна умовно поділити на три групи:

1. Підозрюваний, обвинувачений, їхній захисник і/або законний представник.
2. Представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження.
3. Інший власник майна.

Відповідно до цього переліку осіб, банк, у заставі/іпотеці в якого знаходиться арештоване майно, де-юре не належить до жодної із зазначених груп. На практиці це призводить до того, що банку відмовляють у прийнятті або задоволенні клопотань про зняття арешту з формальних підстав, оскільки він не є суб'єктом подання такого клопотання.

Згідно з даними Єдиного державного реєстру судових рішень, практика в цій категорії справ нечисленна і, більше того, вельми неоднозначна. Так, є визначення судів першої інстанції, яким клопотання банку були задоволені й арешт, раніше накладений у рамках кримінального провадження на майно боржника, був знятий (справи № 0807/4336/2012 та № 1-кс/463/807/13). Задовольняючи клопотання банку, суди мотивували своє рішення положеннями статті 16 Закону України «Про заставу» (право застави виникає з моменту укладення договору застави) і статті 14 Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень», відповідно до якої обтяжувач з вищим пріоритетом має переважне право на звернення стягнення на предмет обтяження.

Крім того, не треба забувати, що в самій статті 174 КПК України передбачені спеціальні підстави для скасування раніше накладеного арешту, а саме — його необґрунтованість або відсутність необхідності подальшого застосування такої міри.

Але є й інша реакція судів на подібні клопотання. Наприклад, у справі № 1-55/12 суд залишив без розгляду клопотання банку з процесуальних підстав, посилаючись на те, що оскільки вирок суду у кримінальній справі стосовно обвинувачуваної особи вступив у законну силу, питання зняття арешту має розглядатися в порядку Цивільного процесуального кодексу України, а не в рамках кримінального процесу.

Побуває думка, що законодавцю потрібно вивчити правозастосування цієї норми Кримінального процесуального кодексу України і звернути увагу на викладену проблему. Можливо, передбачений статтею 174 КПК України суб'єктний склад осіб, які мають право заявити клопотання про зняття арешту з майна, доцільно доповнити також іншими особами, що мають права або зареєстровані в установленому порядку обтяження на це майно.

Поєднання кредитора і боржника в одній особі: неоднозначна стаття 606 Цивільного кодексу України

Відповідно до статті 606 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України), зобов'язання припиняється поєднанням боржника і кредитора в одній особі. Класичним прикладом застосування цієї статті можна вважати припинення прав та обов'язків за договором оренди після придбання орендарем права власності на об'єкт оренди. Орендодавець та орендар поєднуються в такому випадку в одній особі, у зв'язку з чим дія зобов'язань, як і прав за цим договором, припиняється.

У практиці правозастосування статті 606 Господарського кодексу України (далі — ГК України) до кредитних правовідносин, що затвердилася з вересня 2014 року, суди обґрунтовували можливість припинення кредитних зобов'язань боржника переважно таким:

- спосіб припинення зобов'язань, передбачений статтею 606 ГК України, є самостійним і окремим від заліку однорідних зустрічних вимог, передбаченого статтею 601 ЦК України і, в свою чергу, неприпустимого після введення в банку тимчасової адміністрації;
- у зв'язку з тим, що боржник банку за кредитним договором після придбання прав на вклад став кредитором банку в розмірі суми вкладу, він фактично поєднав у своїй особі боржника і кредитора, а отже, зобов'язання за депозитним і кредитним договором вважаються припиненими згідно зі статтею 606 ЦК України.

Як приклад такого правозастосування можна навести ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 24 вересня 2014 року в справі № 6-17645св14. Цією ухвалою суд касаційної інстанції залишив без змін раніше прийняті у справі рішення про визнання припиненими кредитних зобов'язань боржника у зв'язку з тим, що останній став кредитором банку на підставі договору відступлення права вимоги.

З іншого боку, якщо міркувати послідовно, то у випадку з кредитом і депозитом зобов'язань завжди два: зобов'язання боржника повернути кредит банку, що виникло з кредитного договору («кредитне зобов'язання»), і в той же час зобов'язання банку повернути депозит вкладникові, що виникло з договору банківського вкладу («депозитне зобов'язання»).

І скільки не передавай права вкладника боржнику за кредитним договором, зобов'язань все одно залишиться два, а не одне. І сторони в цих зобов'язаннях у кожному випадку залишатимуться різними і ніколи не зможуть поєднатися: у кредитному зобов'язанні банк буде кредитором, а позичальник — боржником, так само, як у депозитному зобов'язанні кредитором буде вкладник, а боржником — банк.

Спроби судів застосувати до таких правовідносин статтю 606 ЦК України свідчать, з одного боку, про винахідливість юристів, з іншого — про підміну поняття «залік» (однорідних зустрічних вимог) на «поєднання» (боржника і кредитора в одній особі).

У той самий час Вищий господарський суд України у січні 2015 року виніс постанову (справа № 922/3316/14), в якій вказав, що приписи статті 606 ЦК України встановлюють такий спосіб припинення цивільно-правового зобов'язання, який не залежить від волі сторін.

Поєднання боржника і кредитора в одній особі має місце у випадку, якщо до сторони, яка є боржником, переходить зобов'язання іншої особи, за яким ця особа є кредитором щодо боржника і навпаки. Тобто зникає (або виходить з двосторонніх зобов'язальних правовідносин) в силу об'єктивних обставин або за певною угодою один із суб'єктів правовідносин. При цьому до особи, що залишилася, переходять усі правомірності за взаємними зобов'язаннями, у зв'язку з чим припиняються і власне правовідносини.

Таким чином, залишається до кінця незрозумілим, чи можливо застосовувати статтю 606 ЦК України до кредитно-банківських правовідносин.

Виходячи з нашої практики, випадки правомірного застосування цієї норми в рамках кредитних правовідносин усе ж таки є, однак тут багато що залежить від форми і обставин переходу прав і обов'язків до сторін таких правовідносин від третіх осіб, стадії, на якій знаходяться ці сторони, і наявності передбачених законом обмежень. Найімовірніше, крапку в цьому питанні незабаром поставить Верховний Суд України.

Кредитні спори стосовно кримських позичальників і позичальників із зони проведення антитерористичної операції

Безумовно, це питання є одним із ключових сьогодні й заслуговує на окрему і, більше того, не єдину публікацію. Але оскільки геополітичні події в Україні знаходять своє відображення і в судовій практиці, вже є конкретні приклади «сумнівного правозастосування».

У зв'язку з анексією Криму особа не звільняється від кредитних зобов'язань (постанова Вищого господарського суду України від 27 січня 2015 року у справі № 904/6463/14).

У зв'язку з проведенням АТО суд зменшив розмір пені (з 17 000 до 1 000 грн) і відстрочив виконання рішення на дев'ять місяців (постанова Дніпропетровського апеляційного господарського суду від 10 грудня 2014 року у справі № 904/6211/14).

Процесуальна проблематика, викликана анексією Криму:

- відправка матеріалів до Вищого господарського суду України «не видається можливою» (ухвала ВГСУ від 22 квітня 2014 року у справі № 910/3095/13);
- апеляція «не рахується» (ухвала Вищого господарського суду України від 24 вересня 2014 року у справі № К/800/48839/14).

Крим

Наприкінці січня 2015 року Вищий господарський суд України виніс постанову у справі за участю кримського підприємства, яке зверталося з позовом до банку про звільнення від відповідальності за кредитним договором (справа № 904/6463/14). Суд зазначив, що можливі збитки підприємства внаслідок ситуації в АР Крим не мають ознак винятковості або невідворотності для виконання обов'язку за кредитним договором. Крім того, відсутність у підприємства необхідних коштів (що пояснюється з боку підприємства неможливістю повернути грошові кошти у зв'язку з ситуацією, яка склалася в АР Крим) означає те, що, вступаючи в договірні відносини, юридична особа несе відповідні комерційні ризики, пов'язані зі своєю господарською діяльністю.

Таким чином, Вищий господарський суд України дійшов висновку, що навіть загальновизнаний факт анексії АР Крим та суттєва зміна або припинення господарської діяльності підприємства є комерційним ризиком і не звільняє особу від виконання зобов'язань за кредитним договором за відсутності документально підтвердженого форс-мажору. Безумовно, ми не можемо не погодитися з висновком суду касаційної інстанції стосовно того, що сам собою факт окупації Криму не може бути підставою для припинення зобов'язань або звільнення від відповідальності за кредитним договором. У таких випадках суди повинні виходити з обставин кожної конкретної справи та вивчення доказів неможливості виконання стороною своїх зобов'язань за договором, якщо вона на це посилається.

У той же час, як показує практика, у справі в межах зони проведення антитерористичної операції (постанова Дніпропетровського апеляційного господарського суду від 10 грудня 2014 року у справі № 904/6211/14) не всі суди настільки категоричні.

Так, Дніпропетровський апеляційний господарський суд вказав, що у виняткових випадках суди можуть відстрочити виконання рішення про стягнення заборгованості за кредитним договором, а також зменшити розмір штрафних санкцій.

Аналізуючи наведену та іншу судову практику, однозначно зрозуміло, що вищим судам час задуматися про її систематизацію та підготовку роз'яснень про порядок правозастосування деяких норм у спорах, пов'язаних з Кримом і зоною проведення антитерористичної операції, хоча б на рівні інформаційних листів. Це однозначно сприяло б формуванню усередненого уніфікованого підходу суддів місцевих та апеляційних судів до розгляду цієї непростой категорії справ.

Процесуальна проблематика такої категорії справ

Узагальнюючи вищевикладене, можна підсумувати, що проблеми правозастосування є не тільки у відношенні частини норм матеріального, а й стосовно процесуального права. Наявність колізій найкраще проілюстровано прикладами ухвал судів касаційної інстанції, наведеними нижче.

Ухвала Вищого господарського суду України від 22 квітня 2014 року (справа № 910/3095/13), за якою касаційну скаргу КЕЧ (м. Одеса) було повернено на підставі того, що її подано з порушенням встановленого Цивільним процесуальним кодексом України порядку. Зокрема, касаційну скаргу було відправлено безпосередньо до Вищого господарського суду України, а не через суд апеляційної інстанції, як вказано у процесуальному законі.

У той же час, як видно із ухвали, у тексті самої касаційної скарги її безпосередня подача до Вищого господарського суду України обґрунтована фактичною відмовою Севастопольського апеляційного господарського суду пересилати матеріали справи разом із скаргою до суду касаційної інстанції.

Заслуговує на увагу й ухвала Вищого адміністративного суду України від 24 вересня 2014 року (справа № К/800/48839/14), якою Державній фіскальній службі України було відмовлено у відкритті касаційного провадження. Касаційна скарга подавалася на рішення Севастопольського апеляційного господарського суду від 26 травня 2014 року, яке було винесене із застосуванням процесуальних норм Цивільного процесуального кодексу Російської Федерації.

Позиція Вищого адміністративного суду України у цій ситуації така: «Оскільки Севастопольський апеляційний адміністративний суд в момент винесення рішення діяв на підставі Федерального закону РФ, то в силу частини 3 статті 9 Закону про окуповані території його рішення є недійсними і не створюють правових наслідків. У зв'язку з цим рішення суду першої інстанції у даній справі не можна вважати таким, що переглядалося в апеляційному порядку».

Таким чином, ДФС необхідно оскаржити рішення суду першої інстанції у цій справі у Київському апеляційному господарському суді (відповідно до статті 12 Закону України «Про окуповані території»). При цьому питання передачі матеріалів справ з Криму до Києва, як і раніше, залишається поза зоною впливу учасників процесу.

Замість висновків

З вищевикладеного видно, що певні події в житті держави незмінно впливають не тільки на всі сфери суспільного життя, а й на діяльність ключових державних та громадських інститутів.

Недивно, що всі ці події знаходять своє відображення і в судовій практиці, тому вищим судам, одним із завдань яких є узагальнення та систематизація правозастосування, вкрай важливо оперативно реагувати на такі зміни і не допускати дуалізму та неоднозначності, які з часом неминуче призводять до розшарування судової системи і ослаблення авторитету суду в очах обивателів.

СПОРИ ЗА УЧАСТЮ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ У ГОСПОДАРСЬКИХ СУДАХ. ЗАСТОСУВАННЯ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ У ЦЬЙ КАТЕГОРІЇ СПОРІВ



ТЕТЯНА ІГНАТЕНКО

партнер правової групи «Побережнюк і Партнери»

З кожним роком національні суди все більше застосовують при прийнятті рішень положення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та прецедентну практику Європейського суду з прав людини як джерело права. Більше того, оскільки Україна обирає європейський вектор розвитку, звичайно, що українці хочуть мати більше гарантій непорушності своїх прав та у разі їхнього порушення мати право на справедливий та неупереджений суд, що гарантується положеннями Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Що стосується спорів за участю органів державної влади у господарських спорах та, відповідно, застосування судами прецедентної практики Європейського суду з прав людини, необхідно звернути увагу саме на позови прокуратури в інтересах держави в особі органів державної влади та органів місцевого самоврядування.

Згідно зі статистикою за 2014 рік, кількість звернень прокуратури з позовами в межах господарського провадження зменшилася порівняно з попередніми роками. Разом із тим у більшості випадків суди все ж таки задовольняють позови прокуратури (приблизно 70 % від загальної кількості позовів прокуратури).

Причому відповідно до законодавства, що діє на сьогодні, прокуратура самостійно визначає, в чому полягають порушення інтересів держави, та вказує орган, в інтересах якого звертається. Проте прокуратура не зобов'язана окремо повідомляти відповідний орган, що має намір звернутися з позовом до суду в його інтересах.

Відповідно вже до нового Закону України «Про прокуратуру», передбачено дещо іншу процедуру представництва в суді прокуратурою законних інтересів держави, а саме: якщо захист цих інтересів не здійснює або неналежним чином здійснює орган державної влади, орган місцевого самоврядування чи інший суб'єкт владних повноважень, до компетенції якого віднесені відповідні повноваження, а також у разі відсутності такого органу.

Прокурор здійснюватиме представництво держави в суді винятково після підтвердження судом підстав для представництва. Прокурор зобов'язаний буде попередньо повідомити суб'єкта владних повноважень про свій намір звернутися до суду.

Але чи зміниться щось у реалізації представницької функції прокуратури в суді, можна буде сказати лише з часом.

Якщо аналізувати предмет ініційованих прокуратурою позовів, можна виокремити такі категорії спорів за участю органів прокуратури:

1. Земельні спори

Як правило, прокуратура пред'являє позови про:

- визнання недійсними рішень органів місцевого самоврядування про передачу земельних ділянок у власність або оренду/постійне користування;
- визнання відповідних договорів купівлі-продажу земельних ділянок або передачу їх в оренду/постійне користування недійсними тощо.

У цій категорії спорів прокуратура виступає в інтересах, зокрема, Міністерства оборони України, Держсільгоспінспекції України, Державної інспекції з охорони навколишнього середовища, органів місцевого самоврядування тощо. Причому у більшості випадків оскаржуються рішення, які приймалися в кінці 90-х — на початку 2000-х років.

На жаль, змушена констатувати, що при поданні таких позовів прокуратура достатньо часто не наводить правових обґрунтувань щодо порушення прав держави та поважності пропуску нею строків позовної давності.

У зазначених категоріях справ, якщо оскаржується рішення органу державної влади як таке, що прийняте з перевищенням повноважень, доречним є застосування таких класичних рішень Європейського суду з прав людини, як «Стретч проти Сполученого Королівства» [1] та «Федоренко проти України».

Зокрема, у цих справах Європейський суд визнав порушення прав заявників, передбачених статтею 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, а саме — права на мирне володіння майном. Так, суд зазначив, що суб'єкт господарювання не повинен відповідати за дії органу державної влади, якщо діяв добросовісно та виконав усі вимоги законодавства для отримання права власності, оренди чи права постійного користування земельною ділянкою.

Проте, на жаль, національні суди не завжди застосовують при прийнятті рішень з аналогічної категорії справ практику Європейського суду з прав людини та не завжди надають оцінку доводам сторін щодо необхідності її застосування.

2. Приватизаційні спори

У цій категорії спорів прокуратура подає позови про визнання недійсними договорів купівлі-продажу, укладених за наслідками проведеного аукціону, та звертається в інтересах держави в особі Кабінету Міністрів України.

На сьогодні такі спори складають незначний відсоток серед усіх інших справ. Разом із тим важливо зазначити, що на розгляді в Європейському суді з прав людини вже майже 10 років перебувають справи

«Криворіжсталь проти України» та «НЗФ проти України». Як відомо зі ЗМІ, наразі очікується прийняття Європейським судом рішень у зазначених вище справах. Відповідно, висновки, що будуть зроблені судом, вплинуть на правозастосовну практику національних судів у приватизаційних спорах.

Прикладом розгляду Європейським судом приватизаційних справ є рішення у справі «Барул Партнерс-А проти Молдови» (від 16 липня 2009 року), в якій Європейський суд констатував порушення державою-відповідачем статті 1 Першого протоколу до Конвенції щодо компанії-заявника у зв'язку з тим, що державними органами через чотири роки після проведення приватизації об'єкта було ініційовано анулювання результатів продажу акцій через занижку, на їхню думку, ціну продажу об'єкта приватизації. При цьому державні органи посилялися на незаконність продажу акцій. Дослідивши обставини справи, Європейський суд не виявив елемента недобросовісності у діях заявника з огляду на те, що відповідно до чинного законодавства саме державні органи готували об'єкт до приватизації, визначали умови конкурсу та вартість об'єкта. Навпаки, Європейський суд мав достатньо підстав вважати, що саме уряд-відповідач діяв недобросовісно та переслідував мету експропріації майна компанії-заявника у порядку, що несумісний з принципами верховенства права в демократичному суспільстві та поваги до мирного володіння своїм майном.

Окрім того, позови прокуратури можуть стосуватися:

3. Відшкодування збитків

Достатньо розповсюдженими також є позови прокуратури про відшкодування збитків, заподіяних унаслідок користування земельними ділянками без правовстановлюючих документів.

У більшості випадків такі позови ініціюються саме органами прокуратури, а не безпосередньо органами місцевого самоврядування. Така ініціатива прокуратури обмовлена, мабуть, тим, що спір про відшкодування збитків є майновим і, відповідно, позивач має сплачувати значний судовий збір. Оскільки органи прокуратури звільнені від сплати судового збору, вони звертаються до суду в інтересах органу місцевого самоврядування. Причому якщо прокуратура звертається з позовом в інтересах органу місцевого самоврядування, останній займає, як правило, пасивну позицію в судах.

4. Визнання недійсними договорів купівлі-продажу, укладених за результатами процедури державної закупівлі

Ця категорія спорів є незначною, оскільки для визнання договору купівлі-продажу, укладеного за результатами процедури державної закупівлі, необхідно установити порушення при проведенні такої процедури та укладення договору на невідгідних для держави умовах.

Висновок

Аналізуючи останню судову практику за участю органів державної влади в господарському процесі, необхідно відзначити все ж таки позитивні тенденції для суб'єктів господарювання. Зокрема, суди застосовують Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод та прецедентну практику Європейського суду з прав людини як джерело права та приділяють більше уваги питанням законності дій органів державної влади та добросовісності суб'єктів господарювання.

Звичайно, дуже хотілося б, аби господарські справи розглядалися без політичного підтексту і бізнес відчував більшу захищеність та підтримку з боку держави, а також звернення до Європейського суду з прав людини були винятком, аніж масовим явищем для вчинення судом як заходів індивідуального, так і загального характеру (зокрема, в частині зміни законодавства).

Використані джерела

- [1] У справі «Стретч проти Сполученого Королівства» заявник уклав договір оренди землі з місцевим органом влади строком на 22 роки. На підставі умов договору він мав побудувати за свої кошти кілька будівель для промислового використання, які міг передати в оренду. Договір містив умову про можливість подовження строку на подальший 21 рік. Проте коли заявник надав клопотання про подовження строку до правонаступника місцевого органу влади, останній вирішив, що його попередник діяв *ultra vires* (за межами компетенції), коли погодив цю умову, а отже, вона є недійсною. Ця позиція була підтримана судами Великобританії.

У своєму рішенні Європейський суд зауважив, «що заявник уклав договір із місцевим органом влади з розрахунком на те, що у нього буде можливість подовжити строк договору. Жодна із сторін не знала, що існують юридичні перешкоди щодо цієї умови, яка становила одну із підстав укладення заявником цього договору. Заявник продовжував будувати на цій землі, сплачувати ренту місцевій владі та укладати договори з іншими особами, які здійснювали свою діяльність у приміщеннях, котрі він побудував. Він явно очікував, що матиме змогу подовжити договір та буде отримувати прибуток від ренти... Суд вирішив, що у цій справі було непропорційне втручання у право заявника на мирне володіння своїм майном та, відповідно, відбулося порушення статті 1 Першого протоколу до Конвенції».

ЗАГАЛЬНИЙ І СПЕЦІАЛЬНІ СТРОКИ ПОЗОВНОЇ ДАВНОСТІ, ЇХ ЗАСТОСУВАННЯ У СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ ТА ПОДАТКОВІ НАСЛІДКИ ЇХ СПЛИВУ



ДМИТРО ЖУКОВ

партнер ЮФ Pragma

Строки позовної давності та їх процесуальне застосування

Порівнюючи теоретичне визначення, яке міститься в статті 256 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України), та його практичне застосування, вбачається, що їхня правова суть дещо відрізняється. Як зазначено в рішенні Конституційного Суду України від 25 грудня 1997 року у справі № 9-зп (справа за зверненнями жителів міста Жовті Води), відмова суду у 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. Таким чином, практичний зміст інституту позовної давності є строком, протягом якого особі не може бути відмовлено в захисті її порушених цивільних прав та інтересів, посиляючись на прострочення звернення до суду. Вказане формулювання більш точно відображає суть позовної давності,

адже навіть у разі її спливу, за відсутності відповідної заяви відповідача, суд не в праві відмовити позивачу на вказаній підставі.

Відомо, що позовна давність є загальною (стаття 257 ЦК України) та спеціальною. При цьому спеціальна позовна давність міститься не тільки у ЦК України, але й в інших нормативно-правових актах України. Крім цього, в окремих правовідносинах застосовується спеціальна позовна давність на підставі ратифікованих Україною міжнародних конвенцій.

Варто зазначити, що 20 грудня 2011 року в ході судової реформи з ЦК України було прибрано подовжену позовну давність щодо визнання недійсним правочину, вчиненого під впливом насильства або обману та застосування наслідків нікчемного правочину. Отже, в ЦК України залишилася лише скорочена спеціальна позовна давність, перелік якої можна знайти у статті 258.

Складніша ситуація з Господарським кодексом України, де немає статті, в якій було б зведено інформацію щодо переліку спеціальної позовної давності, а тому щодо окремих правовідносин строки давності потрібно шукати по всьому Кодексу. Наприклад, позовна давність у шість місяців встановлюється до вимог, пов'язаних із поставкою товарів неналежної якості, а також вимог перевізника до відправників та отримувачів вантажу. Позовна давність в один або два роки встановлюється щодо спорів стосовно недоліків некапітальних, а у три або десять років — капітальних конструкцій залежно від того, є недоліки явними або прихованими. Крім того, позовна давність у десять або тридцять років встановлюється для позовів до підрядників про відшкодування збитків замовника, які призвели до руйнувань чи аварій, або у зв'язку з недоліками проекту будівництва.

Норми щодо спеціальної позовної давності містить і Кодекс торговельного мореплавства України. Так, на оспорення диспаші заявнику дається лише шість місяців. Позови, пов'язані з каботажним або закордонним морським перевезенням вантажів, мають бути пред'явлені протягом одного року, а щодо перевезення пасажирів і багажу, фрахтування чи лізингу судна — двох років. Цікаво, що за умовами статті 393 Кодексу строки позовної давності продовжуються до трьох років у випадку, якщо судно, якого стосуються позовні вимоги, протягом строку позовної давності не могли застати у водах України.

Ще більш скорочені строки звернення до суду передбачені у трудових спорах. У справах про звільнення управнена сторона має подати позов протягом одного місяця з дня звільнення. Що ж до стягнення з працівника матеріальної шкоди, заподіяної підприємству, позовна давність встановлена в один рік.

Треба нагадати про те, що за умовами статті 267 ЦК України позовна давність застосовується судом лише за заявою сторони у спорі, зробленою до винесення ним рішення. При цьому, згідно з пунктом 2.2 постанови № 10 Вищого господарського суду України від 29 травня 2013 року, перш ніж застосовувати позовну давність, господарський суд повинен з'ясувати та зазначити в судовому рішенні, чи порушене право або охоронюваний законом інтерес позивача, за захистом якого той звернувся до суду. У разі коли такі право чи інтерес не порушені, суд відмовляє в позові з підстав його необґрунтованості. І лише якщо буде встановлено, що право або охоронюваний законом інтерес особи справді порушено, але позовна давність спливла і про це зроблено заяву іншою стороною у справі, суд відмовляє в позові у зв'язку зі спливом позовної давності — за відсутності наведених позивачем поважних причин її пропущення. Таким чином, суди не повинні поверхово підходити до розгляду позовів, поданих зі спливом позовної давності.

Водночас, на відміну від цивільного та господарського судочинства, Кодекс адміністративного судочинства України зовсім по-іншому підходить до «адміністративної» позовної давності. Так, за умовами статті 100 Кодексу адміністративний позов, поданий після закінчення строків, установлених законом, залишається без розгляду, якщо суд на підставі позовної заяви та доданих до неї матеріалів не знайде підстав для визнання причин пропуску строку звернення до адміністративного суду поважними, про що постановляється ухвала. Отже, в спорах з суб'єктами владних повноважень, навіть якщо представник держоргану не заявить клопотання про застосування позовної давності, наслідки зазначеного самостійно застосує суддя.

Таким чином, можна зробити висновок про те, що інститут позовної давності відіграє важливу роль при вирішенні як господарських, так і адміністративних спорів. Зважаючи на те, що позовна давність застосовується судом лише за наявності порушеного відповідачем права позивача і при цьому останньому все одно в позові відмовляють, її можна назвати «рятівним колом відповідача». При цьому особливу пильність щодо

дотримання строків позовної давності потрібно проявити сторонам саме господарського спору, оскільки, як було зазначено вище, її строки можуть сягати не типових трьох років, а шести місяців з моменту порушення права позивача.

Додатково необхідно звернути увагу, що 18 березня 2015 року Верховний Суд України виніс постанову, в якій висловив правову позицію про те, що, виходячи із основних засад цивільного права, які характеризуються загальним підходом до певної групи цивільних правовідносин, принципу рівності правового регулювання окремого виду правовідносин та аналізуючи норми розділу V ЦК України «Строки та терміни. Позовна давність» у їх сукупності, можна дійти висновку про поширення норми частини 3 статті 267 ЦК України як на загальну, так і спеціальну позовну давність. Отже, без заяви сторони у спорі ні загальна, ні спеціальна позовна давність застосовуватися не може за жодних обставин, оскільки можливість застосування позовної давності пов'язана лише із наявністю про це заяви сторони. Таким чином, суд за власною ініціативою не має права застосувати позовну давність.

ДЕНЬ ДРУГИЙ 20.03.2015

СЕСІЯ II

СЕКЦІЯ 1 КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС



МОДЕРАТОРИ

ДМИТРО ПІЧУГІН

керуючий партнер МЮФ Goldblum and Partners

МИКОЛА КОРОТКЕВИЧ

кандидат юридичних наук,
суддя Верховного Суду України

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ В СУДІ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЇ



ВІКТОР КОВТУН

голова Апеляційного суду Хмельницької області

В Україні наразі триває робота з проведення судово-правової реформи. Очевидно, що з викладенням у новій редакції Закону України «Про судоустрій і статус судів» можливі зміни і в кримінальному процесуальному законодавстві.

Поки ж прийнято дотримуватися тверджень, що новий Кримінальний процесуальний кодекс України (далі — КПК України) утверджує чітку концепцію забезпечення максимально ефективного захисту матеріального кримінального права з унормуванням дійсної розумності строків, змагальності процесу, абсолютизації дотримання при цьому прав людини загалом і прав учасників кримінального провадження зокрема.

Не скасовуючи принципу невідворотності покарання, новий Кодекс не вимагає встановлення об'єктивної істини у справі, акцентуючи замість того особливу увагу на законності здобуття доказів у справі, а отже,

на допустимості доказів у процесі та дотриманні в ході кримінального провадження не тільки конституційних прав особистості, а й Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, рішень з конкретних справ Європейського суду з прав людини.

Особливе значення у здійсненні завдань, визначених КПК України, має стадія апеляційного розгляду кримінальних проваджень, яка завершує собою розгляд справи на рівні області і покликана гарантувати усунення будь-яких помилок, допущених органами досудового розслідування та судами першої інстанції, забезпечивши таким чином втілення вимог законності, справедливості та верховенства права.

Втілюючи засади диспозитивності і змагальності, апеляційна інстанція може розглянути справу лише в межах апеляційної скарги та висунутого в суді першої інстанції обвинувачення і, на відміну від старого КПК України, вже не за письмовими матеріалами кримінального провадження, а на основі повного або часткового дослідження доказів, що були предметом розгляду в суді першої інстанції, а також уперше представлених сторонами або витребуваних судом, тобто на основі проведення судового розгляду.

Мабуть, не тільки Апеляційний суд Хмельницької області подавав відповідні пропозиції на запит профільного Комітету Верховної Ради України минулого скликання щодо внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України. Але, коли нам на заходах з нагоди річниці набуття чинності новим КПК України довели, що ні в Адміністрації Президента, ні в парламенті минулого скликання не збираються вносити зміни до нового Кодексу, «щоб не зруйнувати баланс між сторонами кримінального процесу», то стало зрозуміло, що розв'язання цих проблем потрібно шукати не в недоліках кримінального процесу, а у людському факторі. Тобто апеляційні суди мають напрацьовувати практику з надією, що колись Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ її узагальнить та прийме відповідну постанову пленуму.

Оцінюючи КПК 2012 року з точки зору вищевказаних приписів, необхідно виходити з того, що головним завданням кримінального провадження є захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, а в подальшому — і охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження (стаття 2 КПК України). Нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування здійснює прокурор у формі процесуального керівництва. Тому законодавець навіть не допускає, що будь-який прокурор будь-коли не стане на захист потерпілого чи в інший спосіб шкодитиме його інтересам (зменшувати обсяг обвинувачення, кваліфікувати дії обвинуваченого за кримінальним законом, який передбачає менш суворе покарання).

Перш ніж розпочати висвітлення конкретних проблем кримінальних проваджень у суді апеляційної інстанції, доцільно зупинитися на деяких відправних, базових засадах, які знаходять свій прояв у стадіях перегляду судових рішень.

Виписані у статті 7 КПК України такі засади, як свобода оскарження, інстанційність судового перегляду, недопустимість погіршення становища обвинуваченого (засудженого, виправданого) тощо, є загальними, але якнайбільше вони є характерними для проваджень з перегляду судових рішень вищестоящими інстанціями. А такі, як забезпечення права на захист і доступ до правосуддя, однаково важливі на всіх стадіях кримінального провадження.

Нас, багатьох суддів, не полишає думка про незахищеність інтересів потерпілого в кримінальному провадженні та неможливість виправлення помилок суду першої інстанції у випадку порушення прав обвинуваченого внаслідок неконкретного формулювання обвинувачення чи виявлення таких порушень вимог КПК України, які перешкоджали чи могли перешкодити суду ухвалити законне та обґрунтоване судове рішення, але вони не прописані у частині 2 статті 412 КПК України, а неможливість оскарження дій слідчого, прокурора про внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань є кроком назад порівняно з Кримінально-процесуальним кодексом України 1960 року.

Чи достатньою мірою новий КПК України гарантує право на захист? Звернімося для початку до положень статті 303 КПК України. Ретельний аналіз її положень дає підстави стверджувати, що у кримінальному провадженні його учасники не мають права на оскарження багатьох важливих рішень, які суттєво зачіпають їхні права та законні інтереси. Наприклад, якщо особі стало відомо, що про вчинення нею кримінального правопорушення внесено відомості до Єдиного державного реєстру досудових розслідувань, то вона не має права оскаржити це рішення. Їй залишається невизначений час очікувати, коли слідчий вручить повідомлення

про підозру. Тобто з моменту внесення відомостей до ЄРДР і до моменту повідомлення про підозру може минути тривалий час, протягом якого проводитимуться як гласні, так і негласні слідчі (розшукові) дії тощо, але права на захист особа не має.

На нашу думку, в умовах відсутності строків вручення повідомлення про підозру положення статті 303 КПК України щодо неможливості оскарження особою дій слідчого про внесення відомостей до ЄРДР є кроком назад по відношенню до приписів статей 236⁷ — 236⁸ КПК України 1960 року і суперечить рішенню Конституційного Суду України від 30 січня 2003 року № 3-рп/2003, оскільки наведені дії слідчого чи прокурора «можуть породити наслідки, які виходять за межі кримінально-процесуальних відносин, і завдати такої шкоди конституційним правам і свободам, що поновити їх буде нездійсненним», наприклад втрата бізнесу.

Тому без внесення відповідних змін до статей 278, 303 КПК України право підозрюваного на захист завжди може бути порушено, як і право потерпілого — без внесення змін до статті 56 КПК України та вже згаданої статті 303 КПК України щодо можливості оскарження дій чи бездіяльності слідчого або прокурора.

Згідно з приписами пункту 8 частини 1 статті 129 Конституції України, однією з основних засад судочинства є забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду. Таким чином, право на апеляційне оскарження становить невід'ємну складову права на судовий захист.

У теорії кримінального процесуального права минулих часів аксіомою вважалося, що використання обвинуваченим права на апеляційне оскарження постановленого щодо нього обвинувального вироку жодним чином не могло погіршити його становища.

Оскільки з часу прийняття нового кримінального процесуального закону ніхто із наукових кіл, а так само і з практичного середовища, питання апеляційного чи навіть касаційного провадження серйозно не висвітлював, то й не дивно, що ніхто не звернув увагу на випадки порушення касаційною інстанцією конституційних гарантій щодо неможливості погіршення становища обвинуваченого у випадку подачі ним апеляції.

Для повного розуміння цієї проблеми звернімося до приписів статті 424 КПК України в тій частині, що в касаційному порядку можуть бути оскаржені вирoki суду першої інстанції після їх перегляду в апеляційному порядку, а також судові рішення суду апеляційної інстанції, постановлені щодо цих вироків.

Системний аналіз статей 421, 424 КПК України та пункту 8 частини 1 статті 129 Конституції України дає підстави вважати, що у випадку постановлення апеляційною інстанцією ухвали про залишення апеляції обвинуваченого без задоволення, а вироку місцевого суду без змін та при відсутності апеляції прокурора чи потерпілого останні не вправі подавати касації з метою погіршення становища тепер уже засудженого.

У зв'язку з наведеним незаконним є відкриття провадження та розгляд касаційною інстанцією касації прокурора на вирок суду першої інстанції та ухвали апеляційної інстанції із скасуванням зазначених судових рішень тільки з тих мотивів, що лише під час апеляційного розгляду справи прокурор встановив порушення кримінального закону. Адже у випадку відсутності апеляції чи відмови обвинуваченого від неї прокурор апріорі не мав би права на касацію. Тобто він скористався правом обвинуваченого на апеляцію саме на погіршення його становища, що є неприпустимим!

Очевидно, що суддя місцевого суду повинен мати такий високий фаховий рівень, який би апріорі унеможлилював під час підготовчого засідання призначення судового розгляду на підставі обвинувального акта, в якому щонайменше не викладені фактичні обставини кримінального правопорушення, які прокурор вважає встановленими, правова кваліфікація кримінального правопорушення з посиланням на положення закону і статті (частини статті) Закону України про кримінальну відповідальність та формулювання обвинувачення.

Оскільки значна частина сукупного правового інтелекту як серед працівників органів прокуратури, так і серед суддів, особливо місцевих судів, поки що просто не зовсім здатна до суворого дотримання вимог кримінального процесуального закону, то нам, суддям апеляційних судів, ще не раз доведеться шукати шляхів виходу із «тупикових» ситуацій з огляду на приписи частини 6 статті 9 КПК України.

Окремі приклади застосування загальних засад, коли положення КПК України не регулювали питання кримінального провадження, вже є не тільки в практиці нашого суду.

Ці та інші проблеми апеляційного розгляду, по можливості, намагатимуся висвітлити в доповіді. При цьому я свідомо не акцентуватиму увагу на загальновизнаних фактах і питаннях, які, на наш погляд, не потребують будь-яких обговорень.

Статтею 392 КПК України встановлено перелік судових рішень суду першої інстанції, які можуть бути оскаржені в апеляційному порядку. Законодавець двічі вживає термін «у випадках, передбачених цим Кодексом» та один раз — «крім випадків, визначених цим Кодексом».

Частиною 4 статті 314 КПК України передбачено, що з усіх ухвал, які можуть бути прийняті під час підготовчого судового засідання, апеляційному оскарженню підлягають лише ухвали про повернення обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру (далі — обвинувального акта).

Проте у статті 284 КПК України ми знаходимо, що й ухвала про закриття провадження також може бути оскаржена в апеляційному порядку.

Чого гріха таїти, адже і на цій стадії суд може допустити грубу помилку, наприклад ухвалою безпідставно відмовити захиснику в задоволенні клопотання про закриття провадження із звільненням від кримінальної відповідальності відповідно до частини 2 статті 284 КПК України. То чи не варто на всю процедуру, від подачі апеляції до її розгляду, витратити максимум один місяць, аби не розпочинати тривалий судовий розгляд з тим самим кінцевим результатом.

На мою думку, в апеляційному порядку, виходячи з принципу верховенства права, можуть оскаржуватися й інші ухвали з підготовчого судового засідання, наприклад коли суд відмовив у закритті провадження чи в затвердженні угоди або навіть коли призначив судовий розгляд з обвинувальним актом, який не відповідає вимогам статті 291 КПК України (в останньому випадку через надання такого права і потерпілому).

Рано чи пізно питання щодо офіційного тлумачення положень пункту 3 частини 1 та частини 3 статті 392 Кримінального процесуального кодексу України у взаємозв'язку з положеннями статті 129 Конституції України буде предметом розгляду Конституційного Суду України, але ми вже зараз можемо скористатися його правовою позицією щодо можливості апеляційного оскарження ухвал суду, а також і ухвал слідчих суддів, наприклад, про відмову в задоволенні скарги на бездіяльність слідчого або прокурора, яка полягає у внесенні відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань (стаття 214 КПК України), про продовження строку відсторонення від посади (стаття 158 КПК України), про скасування арешту майна (стаття 174 КПК України), якщо закон не містить прямої заборони на таке оскарження (рішення від 27 січня 2010 року № 3-рп/2010, від 28 квітня 2010 року № 12-рп/2010 та інші).

Значно складніша проблема із застосуванням частини 2 статті 392 КПК України, яка містить заборону окремого оскарження ухвал, постановлених під час судового провадження в суді першої інстанції, крім випадків, визначених цим Кодексом, а також частини 3 статті 309 КПК України, яка не допускає оскарження ухвал слідчих суддів, що не внесені до переліку, наведеного у частинах 1, 2 цієї ж статті.

Нам відома позиція Національної академії правових наук України, викладена у п'ятому томі «Правова доктрина України», згідно з якою будь-яке кримінальне процесуальне рішення може стати предметом оскарження в апеляційному (і касаційному) порядку, окрім тих, оскарження яких прямо заборонено КПК України. До числа останніх, зокрема, вчені віднесли:

- ухвали слідчого судді, суду за результатами розгляду клопотання про скасування ухвали про накладення грошового стягнення (частина 4 статті 147 КПК України);
- ухвали слідчого судді про дозвіл на затримання (частина 5 статті 190 КПК України);
- інші ухвали слідчого судді, окрім тих, що передбачені у частині 1 статті 309 КПК України (частина 3 статті 309 КПК України);
- ухвали, постановлені під час судового провадження в суді першої інстанції до ухвалення остаточних судових рішень (за деякими винятками) (частина 2 статті 392 КПК України);
- вирок суду першої інстанції, ухвалений за результатами спрощеного провадження, з підстав розгляду провадження за відсутності учасників судового провадження, недослідження доказів у судовому засіданні або з метою оспорення встановлення досудовим розслідуванням обставини (частина 1 статті 394 КПК України);
- рішення суду першої інстанції з підстав заперечення обставин, які ніким не оспорювалися під час судового розгляду і дослідження яких було визнане судом недоцільним (частина 2 статті 394 КПК України);

- вирок суду, ухвалений на підставі угоди (за деякими винятками) (частини 3, 4 статті 394 КПК України);
- ухвали слідчого судді після їх перегляду в апеляційному порядку, а також ухвали суду апеляційної інстанції за результатами розгляду апеляційної скарги на такі ухвали (частина 4 статті 424 України).

На нашу думку, така позиція, хоч і підтримується фактично всіма суддями, може дати приклади порушення загальних засад кримінального провадження, зокрема доступу до правосуддя та забезпечення права на оскарження процесуальних рішень, що в результаті може призвести і до порушення загальних прав та інтересів учасників кримінального провадження.

Ухвалою Полонського райсуду частково задоволено клопотання захисника підозрюваного К. у частині скасування арешту на майно, який був накладений ухвалою Королівського райсуду м. Житомира на грошові кошти, що були виявлені та вилучені із сейфа робочого кабінету і визнані речовими доказами. Суд дійшов висновку, що посадовець зберігав у сейфі кошти не свої, а сина.

Справді, главою 17 КПК України, зокрема статтею 174 КПК України, не передбачено оскарження ухвали про скасування арешту майна, але суддею-доповідачем було відкрито апеляційне провадження, а ухвалою колегії суддів незаконну ухвалу місцевого суду скасовано.

Однозначно дати відповідь на питання законності цієї ухвали, навіть з посиланням на частину 6 статті 9 КПК України, не можна. Але дозволю собі висловити думку, що законодавець навіть не міг уявити про можливість прийняття судом (суддею) такого рішення на стадії судового розгляду. Без законодавчого врегулювання цього питання та за умови заборони апеляційного оскарження ухвали суду про скасування арешту недалеко й до порушення статті 1 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, коли під час кримінального провадження у такий спосіб унеможливиться захист права власності.

Новелою Кодексу є положення статті 394 КПК України щодо обмеження права на оскарження судових рішень у випадку спрощеного провадження та за умови укладання угод.

Наразі норми цієї статті достатньо чіткі і недвозначні, а тому, вважається, що будь-яких проблем у практиці їх застосування не виникає.

Судова практика даватиме нам приклади, коли на явно незаконні вироки на підставі явно незаконних угод надходитимуть апеляційні скарги, наприклад, у зв'язку із неправильною правовою кваліфікацією кримінального правопорушення, яке є менш тяжким (частина 1 замість частини 2 статті 185 КК України, частина 1 замість частини 2 статті 309 КК України тощо).

Побудує думка, що у таких випадках можна застосувати вимоги частини 6 статті 9 КПК України. Однак з нею можна погодитися лише у випадках, коли судом неправильно застосовано закон про більш сувору кримінальну відповідальність.

Стаття 393 КПК України встановлює осіб, які мають право на апеляційне оскарження. Однак іноді з апеляціями звертаються особи, які не наділені таким правом. Подібні випадки нечасті, але в практиці апеляційного суду були.

Так, начальник Новоушицького РВ УМВС України в Хмельницькій області подав апеляційну скаргу на постанову Новоушицького районного суду Хмельницької області про відмову в задоволенні його подання щодо встановлення адміністративного нагляду щодо Б.

Звичайно, суддя апеляційного суду дійшов висновку про те, що ця апеляція підлягає поверненню її автору, оскільки начальнику райвідділу не надано право подачі апеляційної скарги.

Відповідно до статті 5 Закону України «Про адміністративний нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі», адміністративний нагляд за цією категорією осіб встановлюється постановою судді місцевого суду, яка може бути оскаржена в установленому законом порядку.

Системний аналіз чинного процесуального законодавства дає підстави вважати, що досі такого порядку ще не встановлено.

Статтею 393 КПК України визначено коло осіб, які мають право на апеляційне оскарження. Серед них немає начальника райвідділу органу внутрішніх справ. Право на апеляцію інших осіб, зазначених у пункті 10 статті 393 КПК України, теж допускається лише у випадках, передбачених Кримінальним процесуальним кодексом України. Але і в ньому такий випадок не передбачений.

Відповідно до вимог частини 3 статті 393 КПК України, апеляційна скарга повертається, якщо її подала особа, яка не мала на це права.

За таких обставин апеляційну скаргу начальника Новоушицького РВ УМВС України в Хмельницькій області було повернуто.

Є думка про те, що справи про адміністративні правопорушення найбільш близькі до кримінальних правопорушень, а тому порядок їхнього розгляду має бути наближений до кримінального процесу. Ця позиція підтверджується і статистичною звітністю, згідно з якою встановлення адміністративного нагляду обліковується у звітності кримінальних справ.

Разом із тим зі статті 1 КПК України випливає, що його норми стосуються лише кримінальних правопорушень.

Стаття 1 КУпАП передбачає, що цей Кодекс стосується адміністративних правопорушень, а стаття 2 КУпАП встановлює, що положення Кодексу поширюються і на адміністративні правопорушення, відповідальність за вчинення яких передбачена законами, що не включені до Кодексу.

У зв'язку з цим нам бачиться, що оскарження постанов, винесених у порядку Закону України «Про адміністративний нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі», можливе лише в порядку, передбаченому статтею 294 КУпАП.

Статтею 395 КПК України встановлені порядок і строки апеляційного оскарження. Особливих проблем з обчисленням цих строків у практиці судів області не виникало, але вони мали місце під час вчинення дій місцевих судів після одержання апеляційної скарги (стаття 397 КПК України) та на стадії її прийняття апеляційним судом (статті 398—399 КПК України).

Зрозуміло, що дотримання строків тримання під вартою і лише за рішенням слідчого судді або суду є надважливим на всіх стадіях кримінального провадження.

Ухвалою Хмельницького міськрайсуду від 7 жовтня 2013 року обвинувальний акт стосовно Я. повернуто прокурору. На цю ухвалу прокурор подав апеляційну скаргу. З урахуванням строку оскарження і трьох днів після його закінчення суд першої інстанції мав би направити цю апеляцію разом із матеріалами провадження не пізніше 17 жовтня 2013 року, але вони надійшли до апеляційного суду лише 24 жовтня 2013 року.

Суддя-доповідач відкрив апеляційне провадження 25 жовтня, підготовку закінчив 7 листопада і призначив апеляційний розгляд на 13 листопада, тоді як строк тримання Я. збігав 9 листопада.

Очевидна недбалість судді-доповідача, який зобов'язаний був за будь-яких обставин призначити апеляційний розгляд не пізніше 5 листопада, змусила прокурора того ж дня звернутися до слідчого судді з клопотанням у порядку статті 199 КПК України про продовження строку тримання під вартою Я., оскільки провадження за його апеляційною скаргою перебувало на розгляді апеляційного суду.

З метою продовження строку на утримання під вартою Я. прокурор звернувся з відповідним клопотанням до слідчого судді. Ухвалою слідчого судді клопотання прокурора задоволено.

На мою думку, таке рішення є неправильним, оскільки учасники судового провадження не мали можливості ознайомитися з матеріалами, досудове розслідування у цій справі було завершене, а тому слідчий суддя вже не мав права на розгляд клопотання прокурора, на що звернула увагу адвокат обвинуваченого у своїй апеляції. Але за таких непередбачених обставин колегія суддів своєю ухвалою від 12 листопада вимушена була ухвалу слідчого судді залишити без змін.

У зв'язку із наведеним прикладом виникає питання: а як же має вчинити суддя-доповідач, коли на стадіях прийняття апеляційної скарги та підготовки до апеляційного розгляду, зокрема за апеляційною скаргою прокурора на ухвалу суду про повернення йому обвинувального акта, спливають строки тримання обвинуваченого під вартою, а прокурор не заявив відповідного клопотання?

У таких випадках, як на мене, суддя-доповідач має негайно призначити апеляційний розгляд, за наслідками якого суд постановляє ухвалу згідно з приписами статті 407 КПК України, в резолютивній частині якої зобов'язаний зазначити своє рішення щодо запобіжного заходу (пункт 3 частини 1 статті 419 КПК України). Така позиція, безумовно, вимагає внесення відповідних змін до закону.

А взагалі правильними є думки, що суддя-доповідач не обов'язково має дотримуватися триденного строку для відкриття апеляційного провадження та десятиденного — для підготовки до апеляційного розгляду.

Рішення із зазначених питань у виняткових випадках можуть бути прийняті і в день надходження апеляції, але за умови постановлення двох процесуальних документів — ухвал: першої згідно зі статтею 398 КПК України, а другої — статті 401 КПК України.

На стадії підготовки до апеляційного розгляду суддя-доповідач може вирішувати клопотання учасників судового провадження щодо обрання, зміни або скасування запобіжного заходу (ухилення обвинуваченого від явки в судове засідання, хвороба обвинуваченого тощо) тільки шляхом внесення його на розгляд суду (колегіальним складом). За відсутності такого клопотання суддя-доповідач вчиняти ці дії не має права (пункт 3 частини 1 статті 401 КПК України).

Аналогічно має вчинити суддя-доповідач у випадку відкриття апеляційного провадження за апеляційною скаргою на вирок, у резолютивній частині якого помилково зазначено граничний строк тримання під вартою, з тією лише різницею, що питання доцільності тримання обвинуваченого (засудженого) під вартою вже колегія зобов'язана розглядати згідно з приписами статті 331 КПК України, але прийняте рішення в цій частині має відповідати статті 374 КПК України (до набуття вироком законної сили).

Протягом строку апеляційного оскарження матеріали кримінального провадження ніким не можуть бути витребувані із суду. У цей строк суд зобов'язаний надати учасникам судового провадження за їхнім клопотанням можливість ознайомитися з матеріалами кримінального провадження.

За змістом пункту 4 частини 3 статті 399 КПК України апеляційна скарга повертається, якщо вона подана після закінчення строку апеляційного оскарження і особа, яка її подала, не порушує питання про поновлення цього строку або суд апеляційної інстанції за заявою особи не знайде підстав для його поновлення.

У зв'язку з викладеним виникає запитання: яким повинен бути механізм розгляду клопотань про поновлення строку апеляційного оскарження?

На нашу думку, в разі надходження справи з апеляційною скаргою, яка подана з пропуском строку на апеляційне оскарження, та за наявності відповідного клопотання про поновлення цього строку суддя-доповідач повинен (як і у попередньому випадку із застосуванням пункту 3 частини 1 статті 401 КПК України) невідкладно, але із забезпеченням можливості сторін брати участь у такому розгляді, призначити розгляд клопотання в складі колегії, визначеної у порядку статті 35 КПК України. Для цього він має постановити відповідну ухвалу. Після розгляду клопотання у випадку постановлення судом ухвали про поновлення строку знову тільки суддя-доповідач виконує інші функції, передбачені статтею 399 КПК України (в тому числі залишає апеляційну скаргу без руху тощо), і в подальшому призначає справу до апеляційного розгляду. У випадку відмови колегії суддів у поновленні строків на апеляційний розгляд апеляційна скарга тією ж ухвалою повертається апелянту.

Ця позиція виходить із такого: згідно з пунктом 20 статті 3 КПК України, суд апеляційної інстанції — це Апеляційний суд Автономної Республіки Крим, апеляційний суд області, міст Києва та Севастополя, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться суд першої інстанції, що ухвалив оскаржуване судове рішення.

У той же час частина 4 статті 31 КПК України передбачає, що кримінальне провадження в апеляційному порядку здійснюється колегіально судом у складі не менше трьох професійних суддів, крім випадків, передбачених частиною 9 цієї статті, при цьому кількість суддів має бути непарною.

У зв'язку з цим можна дійти висновку про те, що передбачене законодавцем у частині 3 статті 399 КПК України поняття «суд апеляційної інстанції» не може бути тотожним поняттю «суддя апеляційного суду», як це впливає з деяких науково-практичних коментарів КПК України.

Така позиція підтверджується і відповідною практикою розгляду в апеляційному порядку цивільних справ. Так, частина 3 статті 294 ЦПК України в редакції, що існувала до виключення, тобто до 20 грудня 2011 року, встановлювала, що апеляційна скарга, подана після закінчення строків, установлених цією статтею, залишається без розгляду, якщо апеляційний суд за заявою особи, яка її подала, не знайде підстав для поновлення строку, про що постановляється ухвала.

До скасування цього положення питання про поновлення строків апеляційного оскарження в цивільному процесі було таке, як і запропоноване нами для розгляду в порядку нині чинного КПК України.

Тільки після внесення змін до ЦПК України і викладення статті 297 ЦПК України в новій редакції цивілісти почали розглядати це питання одноосібно, оскільки частиною 3 цієї статті передбачено, що якщо заяву не буде

подано особою в зазначений строк або вказані нею підстави для поновлення строку апеляційного оскарження будуть визнані неповажними, суддя-доповідач відмовляє у відкритті апеляційного провадження.

У зв'язку з викладеним доходимо висновку про те, що за нині чинним КПК України питання поновлення строків на апеляційне оскарження, безумовно, віднесено до повноважень колегії суддів, а одноосібний розгляд цього питання можливий лише за умови внесення до закону змін, аналогічних змінам у ЦПК України.

Аналізуючи вимоги до змісту апеляції, ми виходили з того, що, на нашу думку, положення статті 396 і частин 1 — 3 статті 399 КПК України потрібно враховувати одночасно, оскільки вони кореспондують одне одному, як гіпотеза і диспозиція. При цьому, як не дивно, особливу увагу необхідно звернути на пункт 4 частини 2 статті 396 КПК України, згідно з яким апеляційна скарга має містити вимоги особи, яка подає апеляційну скаргу, та їх обґрунтування.

Варто зауважити, що досить часто прокурори та адвокати, подаючи апеляції, просять скасувати вирок і направити справу на новий судовий розгляд за відсутності підстав, передбачених статтею 415 КПК України, а іноді навіть просять повернути справу на додаткове розслідування, що свідчить про їхню недостатню правову кваліфікацію. У зв'язку з цим цілком обґрунтованою є позиція суддів апеляційного суду, які залишають такі скарги без руху в порядку частини 1 статті 399 КПК України, а в подальшому, у випадку неусунення недоліків, повертають її скаргникам.

Так, розглядаючи скаргу представника потерпілої П. адвоката К. на вирок Хмельницького міськрайсуду щодо Ш., суддя-доповідач встановив, що апеляційна скарга не відповідає вимогам статті 396 КПК України, оскільки в ній не зазначено правових підстав для скасування оскаржуваного вироку та направлення справи на новий судовий розгляд. У зв'язку з цим апеляційну скаргу було залишено без руху, а в подальшому, оскільки недоліки усунуто не було, в порядку частини 3 статті 399 КПК України було повернуто апелянту без розгляду.

Забігаючи дещо наперед, треба відзначити, що такий варіант розв'язання проблеми є правильним і найбільш доцільним. Разом із тим у випадку вказівки в апеляційній скарзі вимоги, яка знаходиться поза компетенцією суду, виникає питання, в сенсі статті 404 КПК України: як має вчинити суд апеляційної інстанції у випадку, якщо такі недоліки не помічені і не усунуті вчасно. Чи може у такому разі суд апеляційної інстанції виходити за межі такої скарги? На нашу думку, подібний варіант можливий лише за умови поліпшення становища обвинуваченого, але тоді виникає проблема: а якщо ця скарга потерпілого чи прокурора, а апеляції обвинуваченого немає? Чи можемо ми поліпшувати становище обвинуваченого за рахунок неналежно оформленої скарги прокурора (потерпілого), які фактично вимагають погіршення становища засудженого?

Думаю, що відповідь тут має бути одна: якщо є підстави для прийняття рішення на користь обвинуваченого, суд апеляційної інстанції зобов'язаний прийняти таке рішення.

Виникають й інші проблеми, зокрема під час відкриття провадження за апеляційними скаргами у випадках, коли в одному кримінальному провадженні подані апеляційні скарги декількома учасниками.

Наприклад, подається декілька апеляційних скарг, в частині яких суддя може відкрити провадження та згодом призначити справу до апеляційного розгляду, в інших випадках — є підстави для залишення апеляційних скарг без руху (та у випадку неусунення виявлених суддею недоліків), підстави для повернення апеляційних скарг та, можливо, відмови у відкритті провадження.

Частиною 6 статті 399 КПК України передбачено, що ухвали про повернення апеляційних скарг та про відмову у відкритті провадження можуть бути оскаржені в касаційному порядку.

Частиною 2 статті 426 КПК України визначено, що касаційні скарги на судові рішення можуть бути подані впродовж трьох місяців з дня проголошення судового рішення судом апеляційної інстанції, а засудженим, який тримається під вартою, — у той самий строк з дня вручення йому копії судового рішення.

Зважаючи, що особа, інтересів якої стосується ухвала про відмову у відкритті провадження чи повернення апеляційної скарги, вправі оскаржувати таку ухвалу впродовж трьох місяців, виникає запитання: чи вправі суддя-доповідач призначити справу до апеляційного розгляду за тими апеляційними скаргами, за якими відкрите провадження, чи треба чекати закінчення строку на касаційне оскарження (щодо тих апеляційних скарг, які повернуті апелянту, чи відмовлено у відкритті провадження).

У разі відкриття провадження та призначення справи до розгляду по суті судом апеляційної інстанції оскаржуване рішення може бути змінене, постановлене нове рішення тощо. Як тоді має діяти апеляційний суд у разі скасування ухвали апеляційного суду (про повернення та про відмову у відкритті), якщо суддя-доповідач не дочекався закінчення тримісячного строку на касаційне оскарження?

Чи треба очікувати закінчення тримісячного строку на касаційне оскарження ухвал судді-доповідача (про відмову у відкритті чи про повернення апеляційних скарг) та не призначати у зв'язку з цим апеляційний розгляд до закінчення цього строку.

Системний аналіз глави 31 КПК України дає підстави вважати, що предметом апеляційного перегляду мають бути апеляційні скарги одночасно, однак це може призвести до тривалого вирішення справи, особливо в тих справах, де обвинувачені перебувають під вартою, а тому ситуація потребує додаткового вивчення і роз'яснення.

Положення статей 401—403 КПК України особливих труднощів не викликають.

Хіба що до вже порушеного питання про право судді-доповідача протягом підготовки до апеляційного розгляду вирішувати питання щодо обрання, зміни або скасування запобіжного заходу додати ще питання про продовження раніше обраного.

Не врегульовано статтею 402 КПК України і остаточний статус заперечень на апеляційну скаргу. Закон не встановлює, чи подаються заперечення в кількості екземплярів, достатніх для вручення іншим учасникам процесу, а також чи є необхідним таке вручення. Крім того, не визначено порядок ознайомлення інших учасників процесу із запереченнями. На нашу думку, оскільки стаття 402 КПК України встановлює вимоги до заперечень, фактично ідентичних вимогам до апеляційної скарги, сформульованим у статті 396 КПК України, на них мають поширюватися і вимоги частини 6 статті 396 та частини 1 статті 401 КПК України.

У зв'язку з цим необхідно було б визначити, що після спливу строку для подачі заперечень вони не приймаються і повертаються особі, яка їх подала, оскільки у випадку подачі їх у судовому засіданні це потягне за собою перерву або навіть відкладення справи.

Відповідно до частини 1 статті 403 КПК України, особа, яка подала апеляційну скаргу, має право відмовитися від неї до закінчення апеляційного розгляду. У такому випадку згідно з частиною 2 вказаної статті, якщо вирок або ухвала суду першої інстанції не були оскаржені іншими особами або якщо немає заперечень інших осіб, які подали апеляційну скаргу, проти закриття провадження в зв'язку з відмовою від апеляційної скарги, суд апеляційної інстанції своєю ухвалою закриває апеляційне провадження.

На практиці виникло питання, як має діяти суддя-доповідач, коли він отримав апеляційну скаргу на вирок чи ухвалу суду першої інстанції і протягом трьох днів після цього ще до постановлення ухвали про відкриття апеляційного провадження надійшла заява про відмову від цієї апеляційної скарги (за відсутності інших апеляційних скарг), а також коли апеляційна скарга відкликана в період (10 днів) підготовки до апеляційного розгляду.

Вважаю, що це питання повинен вирішувати суддя-доповідач. У першому випадку він має винести ухвалу про відмову у відкритті апеляційного провадження і повернення апеляційної скарги, оскільки наявність заяви про відмову від апеляційної скарги є перешкодою для відкриття апеляційного провадження, а в другому — винести ухвалу про закриття апеляційного провадження, оскільки відпали підстави для призначення апеляційного розгляду.

Відповідно до статті 404 КПК України, суд апеляційної інстанції переглядає судові рішення суду першої інстанції в межах апеляційної скарги.

Суд апеляційної інстанції вправі вийти за межі апеляційних вимог, якщо цим не погіршується становище обвинуваченого. Якщо розгляд апеляційної скарги дає підстави для прийняття рішення на користь осіб, в інтересах яких апеляційні скарги не надійшли, суд апеляційної інстанції зобов'язаний прийняти таке рішення.

За клопотанням учасників судового провадження суд апеляційної інстанції зобов'язаний повторно дослідити обставини, встановлені під час кримінального провадження, за умови, що вони досліджені судом першої інстанції неповністю або з порушеннями, та може дослідити докази, які не досліджувалися судом першої інстанції, виключно, якщо про дослідження таких доказів учасники судового провадження заявляли клопотання під час розгляду в суді першої інстанції або якщо вони стали відомі після ухвалення судового рішення, що оскаржується.

Винятком з цього правила можуть бути випадки, коли суд апеляційної інстанції під час перевірки правильності встановлення обставин кримінального провадження, що мають кримінально-правовий та процесуальний характер (стаття 394 КПК України), дійде висновку про очевидну помилку суду першої інстанції у застосуванні кримінального закону про більш сувору відповідальність. Наприклад, на підставі угоди про визнання винуватості суд дії особи, умисел у якої на заволодіння майном виник під час правомірного перебування у приміщенні, помилково кваліфікував за частиною 3 статті 185 КК України або за наявності висновку судово-медичної експертизи про заподіяння потерпілому легких тілесних ушкоджень за частиною 2 статті 125 КК України тощо. У цих та подібних випадках суд апеляційної інстанції має переконатися, що обвинувачений неправильно розумів зміст обставин та за власною ініціативою дослідити їх.

Відповідно до частини 4 статті 404 КПК України, суд апеляційної інстанції не має права розглядати обвинувачення, що не було висунуте в суді першої інстанції.

Здавалося б, позиція чітка і не двозначна, в принципі, ці положення практично повторюють статтю 365 КПК 1960 року. Проте на практиці у застосуванні нового КПК України не все так просто.

Для визначення проблематики з цього питання необхідно повернутися до попередніх стадій процесу судового розслідування і судового розгляду, оскільки саме процесуальні дії на цих стадіях є предметом оцінки судом апеляційної інстанції.

Отже, на нашу думку, головною вадою досудового розслідування є неготовність органів прокуратури до вимог, які пред'являються новим КПК України. В ідеалі за умови якісного і оперативного розслідування на засадах верховенства права та законності, рівності перед законом і судом, поваги до людської гідності новий КПК України цілком відповідає своїм завданням.

Однак вся будова Кодексу втрачає свою стійкість тільки-но в справі з'являється недобросовісний прокурор, оскільки ефективних систем протидії безпринципності прокурора Кодекс не передбачає.

У першу чергу це віддання законодавцем визначення обсягу обвинувачення практично на відкуп прокурору.

Чинний Кодекс не передбачає будь-якої можливості впливу на прокурора у вирішенні обсягу обвинувачення.

Так, потерпілий — особа, яка найбільше зазнала шкоди від злочину, — не може вплинути на обсяг обвинувачення ні шляхом оскарження дій прокурора до суду, ні шляхом клопотання про повернення справи на досудове розслідування для пред'явлення більш тяжкого обвинувачення. Єдине, що дозволяє йому законодавець, це підтримувати попереднє обвинувачення в суді, якщо прокурор зменшив його обсяг або відмовився від нього.

А що робити потерпілому, якщо, наприклад, явний замах на вбивство прокурор кваліфікував за частиною 2 статті 125 КК України, а в суді — відмовився і від цього обвинувачення?

На думку багатьох суддів, єдиним виходом з цієї, майже патової, ситуації є внесення деяких змін до чинного КПК України. Було б доцільно, на що вже зверталася увага, доповнити права потерпілого (стаття 56 КПК України) можливістю оскаржувати до слідчого судді дії або бездіяльність слідчого та прокурора, в тому числі і щодо обсягу обвинувачення та кваліфікації дій підозрюваного при повідомленні про підозру з відповідним доповненням статті 303 КПК України.

Є судді, які мають іншу думку.

Так, вироком Полонського райсуду Л. було засуджено за статтею 118 КК України на один рік обмеження волі із застосуванням статті 75 КК України.

На вирок і прокурор, і потерпіла (мати загиблого) подали апеляції про його скасування з постановленням нового вироку: перший з підстав м'якості призначеного покарання, а друга — необхідності застосування кримінального закону про більш сувору відповідальність, зокрема за частиною 1 статті 115 КК України.

Матеріали кримінального провадження давали підстави для призначення апеляційного розгляду з дослідженням наведених в апеляції потерпілої доказів, але колегія суддів не зробила цього, оскільки Л. була оголошена підозра у вчиненні злочину, передбаченого статтею 118 КК України (спочатку вона оголошувалася за частиною 1 статті 115 КК України) і за такою кваліфікацією дій обвинуваченого прокурор направив до суду обвинувальний акт.

Така ухвала колегії ґрунтується на положеннях Кримінального процесуального кодексу України і відповідає стандартам, зафіксованим у відомих рішеннях Європейського суду з прав людини, згідно з якими у справах публічного обвинувачення процесуальне керівництво досудовим розслідуванням здійснює лише прокурор, і лише він має право на підтримання державного обвинувачення у суді.

Зокрема, у справі «Перес проти Франції» (рішення № 47287/99 від 12 лютого 2004 року) суд зазначив, що у кримінальному провадженні потерпілий не має права на переслідування в судовому порядку. «...Воно має бути невіддільним від здійснення потерпілим його права заявити цивільний позов на підставах, передбачених національним законодавством, нехай лише для того, щоб домогтися символічної компенсації або захистити таке громадянське право, як, наприклад, право на «добре ім'я»...».

У рішенні № 48221/99 від 3 грудня 2002 року у справі «Берже проти Франції» суд визнав, що норми кримінального права допускають обмеження прав потерпілого на участь у судовому розгляді. «...Беручи до уваги ту роль, яку цивільним позовам призначено відігравати в межах кримінального судочинства, а також комплементарні інтереси цивільного позивача в кримінальному процесі й обвинуваченні, суд дійшов висновку, що цивільного позивача не можна вважати супротивником обвинувачення, але при цьому він не обов'язково є і його союзником, бо ж їхні ролі та цілі очевидно відрізняються».

Таким чином, лише з аналізу цих двох рішень Європейського суду можна зробити висновок, що законодавець свідомо не надав потерпілому таких звичних нам за КПК 1960 року прав на оскарження рішень слідчого, прокурора щодо змісту підозри та правової кваліфікації кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа, із зазначенням статті закону про кримінальну відповідальність.

Наразі ще раз зауважу і про те, що існуюча сьогодні практика, коли дані щодо особи вносяться до Єдиного реєстру досудових розслідувань і при цьому не підлягають будь-якому оскарженню, залишаючи особу «під підозрою» нічим не обмежений час, істотно звужують конституційні права громадян. Тому, знову ж таки, на думку багатьох суддів, було б доцільно внести доповнення до КПК України, якими встановити строки повідомлення про підозру, оскільки саме з цього часу рахуються строки досудового слідства, які, до речі, мають значення і для надання дозволу на проведення негласних (розшукових) слідчих дій, в ході яких також можуть порушуватися конституційні права громадян.

Відповідно до статті 405 КПК України, на апеляційний розгляд поширюються правила розгляду справи в суді першої інстанції, визначені у главі 28 цього Кодексу. Розгляд справ відбувається за процедурою, сформульованою у параграфі 3 глави 28 «Процедура судового розгляду», а особливості апеляційного розгляду встановлені у главі 31 «Провадження в суді апеляційної інстанції», норми якої є спеціальними стосовно глави 28 КПК України. Таким чином, питання судового розгляду в суді першої інстанції є актуальними і при розгляді справ в апеляційному порядку.

Зокрема, під час апеляційного розгляду за необхідності проводяться процесуальні дії для з'ясування обставин у частині рішення суду першої інстанції, законність і обґрунтованість якого оскаржується в апеляційній скарзі, та перевірки їх доказів.

Процесуальними джерелами доказів у кримінальному провадженні є, зокрема, показання (частина 2 статті 84 КПК України), тобто відомості, які надаються в усній або письмовій формі під час допиту підозрюваним, обвинуваченим, потерпілим, свідком, експертом щодо відомих їм обставин у кримінальному провадженні, що мають значення для цього кримінального провадження (частина 1 статті 95 КПК України).

Для вирішення завдань кримінального судочинства показання мають велике значення, адже найчастіше тільки на їхній основі здійснюється достовірне встановлення обставин, які є предметом дослідження у кримінальному провадженні.

Новелою КПК України є те, що суд може ґрунтувати свої висновки лише на показаннях, які він отримав безпосередньо під час судового засідання, або тих, що отримані в порядку статті 225 КПК України, і не має права обґрунтовувати свої рішення показаннями, наданими слідчому, прокурору, або посилатися на них.

Категорична заборона дослідження цих показань у судовому засіданні (стаття 23 КПК України), навіть з метою з'ясування причин їх зміни від тих, які особа давала під час досудового розслідування, дають підстави для висновку, що суд апеляційної інстанції повинен відхиляти клопотання учасників судового провадження про повторний допит цих осіб під приводом неповноти такого допиту судом першої інстанції (частина 3

статті 404 КПК України), але фактично для з'ясування причин зміни показань від тих, які давалися на досудовому розслідуванні.

У той же час неможливість сторін кримінального провадження обстоювати свою правову позицію з посиленням на відібрані під час досудового розслідування показання може неминуче призвести до масових звернень учасників кримінального провадження з клопотаннями до слідчих суддів про допит свідків чи потерпілих у порядку статті 225 КПК України з обґрунтуванням обставин, що можуть вплинути на достовірність чи повноту їх показань.

У зв'язку з цим можна лише нарікати на відсутність у новому КПК України процедур з перевірки показань свідків та потерпілих, але, на мою думку, їх відсутність орієнтує суспільство на такі правовідносини, коли завідомо неправдиві свідчення в суді розцінюватимуться як одне з найганебніших явищ та визнаватимуться тяжким злочином.

Якісним показником кримінальної процесуальної форми є те, на скільки швидко та водночас ефективно вона здатна виконувати завдання кримінального провадження. Досягти цих вимог значною мірою можливо через впровадження фіксування кримінального процесу за допомогою технічних засобів. Хоча з прийняттям нового Кримінального процесуального кодексу України були зроблені прогресивні кроки в цьому напрямку, але й з'явилися нові проблеми, які потребують розв'язання.

Щодо застосування технічних засобів, то в апеляційному суді також виникає питання про необхідність фіксування судового розгляду матеріалів про направлення у виняткових випадках кримінального провадження з одного суду до іншого в межах юрисдикції одного суду апеляційної інстанції. На думку багатьох суддів, враховуючи, що при розгляді цього питання виноситься вмотивована ухвала, яка оскарженню не підлягає, і відповідно до частини 5 статті 34 спори про підсудність не допускаються, фіксувати технічними засобами розгляд цього питання не потрібно. Разом із тим, виходячи зі змісту статті 107 КПК України, фіксування не повинно проводитися лише в разі неприбуття в судові засідання всіх осіб, які беруть участь у судовому провадженні.

У суді кримінальне провадження також може здійснюватися у режимі відеоконференції (стаття 336 КПК України). Дистанційне судове провадження може здійснюватися в судах першої, апеляційної та касаційної інстанцій.

Очевидно, що застосування нових методів дослідження доказової інформації сприяє дотриманню розумних строків кримінального провадження. У той же час нам потрібно знати, що практика Європейського суду досить прискіпливо ставиться до цієї процедури і вимагає гарантій забезпечення права обвинуваченого на захист. У декількох рішеннях зазначалося, що інтереси правосуддя в таких випадках вимагають одночасного забезпечення обвинувачених декількома захисниками — як у залі судового розгляду, так і в місці його допиту.

На нашу думку, правильно звертається увага і на те, що КПК України містить окремі неточності та прогалини, які стосуються регулювання порядку призначення експертиз у кримінальному провадженні.

Зокрема, у новому КПК України немає визначення понять первинної, додаткової, повторної, комісійної та комплексної експертиз.

Так, згідно з частиною 2 статті 332 нового КПК України, суд має право своєю ухвалою доручити проведення експертизи експертній установі, експерту або експертам незалежно від наявності клопотання сторін кримінального провадження або потерпілого, якщо суду надані кілька висновків експертів, які суперечать один одному, а допит експертів не дав змоги усунути виявлені суперечності. Тобто, за своїм змістом ця норма надає можливість суду призначити повторну експертизу, проте статус такої експертизи не визначено. Ця обставина є суттєвою прогалиною, оскільки не зрозуміло, які саме питання повинні бути вирішені експертом та які об'єкти підлягають дослідженню, адже від зміни експертного завдання та вихідних даних залежать результати, які будуть отримані експертом. Разом із тим статтею 4 Закону України «Про судову експертизу» встановлено, що правильність висновку судового експерта забезпечується можливістю призначення повторної експертизи, яка доручається іншому експерту, експертам. Варто відзначити, що призначення повторної експертизи було передбачено частиною 3 статті 75 КПК України 1960 року.

Разом із тим визначення понять первинної, додаткової та повторної експертизи мають значення для реалізації принципів судово-експертної діяльності, а саме: законності, незалежності, об'єктивності та повноти дослідження.

Крім того, нормами нового КПК України передбачена можливість призначення експертизи не тільки одному експерту, а й експертам, тобто де-факто йдеться про призначення експертизи двом чи більше експертам, що за своїм змістом має комісійний характер. При цьому законом не врегульовано статусу кожного експерта та межі його окремих повноважень, порядку організації проведення таких експертиз та випадки складання ними одного чи окремих висновків. Це також стосується і випадків, коли для вирішення завдання необхідне залучення експертів з різних галузей знань, тобто проведення комплексної експертизи. Однак у новому КПК України взагалі немає норм щодо можливості проведення таких експертиз.

Відповідно до нового Кодексу, експертиза може доручатися не тільки одному експерту, експертам, а й експертній установі, проте не визначено порядку організації проведення експертизи саме в експертній установі, безпосередньо експертом, який працює в установі чи її керівником. У разі останнього — межі повноважень керівника установи під час організації проведення експертиз (призначення експерта або експертів, попередження про кримінальну відповідальність, встановлення строків, заявлення клопотань тощо).

Не визначено в новому КПК України (стаття 101) і форми реалізації стороною захисту права самостійного залучення експерта. Зокрема, не зрозуміло, який документ у такому випадку буде підставою для проведення експертизи — доручення, заява, адвокатський запит чи інший документ, який повинен містити інформацію про особу, котра залучається експертом, запитання, що ставляться експерту, перелік матеріалів (зразків, документів), що надаються для дослідження, попередження про кримінальну відповідальність експерта тощо.

Повноваження апеляційного суду визначені у статті 407 КПК України. За наслідками апеляційного розгляду відповідно до приписів частини 1 цієї статті суд апеляційної інстанції має право вирок або ухвалу: залишити без змін, змінити, скасувати повністю або частково з ухваленням нових вироків чи ухвал, скасувати їх з призначенням нового розгляду у суді першої інстанції.

На перший погляд ці повноваження виписані так чітко і зрозуміло, що будь-яких зауважень не може й бути.

Але ні! Судова практика підносить сюрпризи, і не тільки у діяльності Апеляційного суду Хмельницької області.

Вкотре наголошу, що особливе занепокоєння викликає якість обвинувальних актів, які прокурори та слідчі надсилають до суду.

Стаття 291 КПК України встановлює відомості, які має містити обвинувальний акт. Окрім інших, безспірних і загальновідомих, пункт 5 частини 2 статті 291 КПК України передбачає, що обвинувальний акт має містити виклад фактичних обставин кримінального правопорушення, які прокурор вважає встановленими, правову кваліфікацію кримінального правопорушення з посиланням на положення закону і статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність та формулювання обвинувачення.

Здавалося б, усе правильно, все зрозуміло. Але нерідко прокурори надсилають до судів обвинувальні акти, які не містять достатніх даних для визнання обвинувачення конкретним і давали б підстави кваліфікувати дії обвинуваченого за тією чи іншою статтею КК України.

Так, направляючи до Славутського райсуду обвинувальний акт у справі П. та К., слідство і прокурор кваліфікували їхні дії за одним із епізодів як замах на розбій (частина 2 статті 15, частина 3 статті 187 КК України), вказавши, що 14 лютого 2012 року вони за попередньою змовою між собою проникли в магазин, де з погрозою застосування пластикового пістолета, який продавець сприйняла як реальну зброю, намагалися відкрито заволодіти грошми з каси. Однак не змогли довести свій умисел до кінця, оскільки продавець чинила активний опір і нападники з місця злочину втекли.

Славутський міськрайсуд розглянув цю справу і засудив названих осіб за цим епізодом саме за частиною 2 статті 15, частиною 3 статті 187 КК України.

На мою думку, у цій ситуації суду першої інстанції ще на стадії підготовчого засідання потрібно було згідно з пунктом 3 частини 2 статті 314 КПК України повернути обвинувальний акт прокурору, оскільки в ньому викладена така правова кваліфікація кримінального правопорушення, яка взагалі не може бути ні в теорії, ні в практиці кримінального законодавства.

Розглядаючи справу за апеляційними скаргами прокурора, обвинувачених та їхніх захисників, колегія суддів встановила, що судове провадження щодо одного обвинуваченого здійснювалося за відсутності захисника. З цих підстав вона вирок скасувала повністю і призначила новий судовий розгляд.

Така ухвала хоч і відповідає вимогам частини 1 статті 407 КПК України, але не розв'язує проблему подальшого руху справи у випадку відмови прокурора від висунення під час судового розгляду нового обвинувачення в порядку статті 341 КПК України за частиною 3 статті 187 КК України.

Кардинальніше вчинила колегія у кримінальному провадженні про обвинувачення У. за частиною 3 статті 185 КК України.

Як в обвинувальному акті, так і у сформульованій у вирокі фабулі обвинувачення, яке суд вважав доведеним, не зазначено, які ж конкретно продукти харчування та спиртні напої на загальну суму 1 653 грн 27 коп. У. викрав, чим порушено його право на захист та на справедливий суд.

Статтею 407 КПК України та іншими нормами чинного кримінального процесуального закону не виписано, як повинен діяти апеляційний суд у випадку, коли обвинувальний акт разом із вирокіом суду першої інстанції не відповідають вимогам КПК України, зокрема через неконкретне обвинувачення, чим порушується право обвинуваченого на захист і на справедливий суд.

Так, через невідповідність обвинувального акта вимогам КПК України апеляційний суд позбавлений можливості змінити вирок, ухвалити свій вирок чи закрити кримінальне провадження (частина 1 статті 408, стаття 417, частина 1 статті 420 КПК України).

Положеннями статті 415 КПК України визначено вичерпний перелік підстав призначення нового розгляду у суді першої інстанції.

У силу частини 6 статті 9 КПК України у випадках, коли положення цього Кодексу не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені частиною 1 статті 7 цього Кодексу.

Відповідно до пункту 1 частини 1 статті 7 КПК України, зміст та форма кримінального провадження повинні відповідати загальним засадам кримінального провадження, до яких, зокрема, відноситься і верховенство права, відповідно до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість держави (стаття 3 Конституції України, стаття 8 КПК України).

З огляду на викладене, врахувавши положення пункту 3 частини 3 статті 314 КПК України про те, що у разі невідповідності обвинувального акта вимогам цього Кодексу він підлягає поверненню прокурору, колегія суддів у справі У., який був засуджений за неконкретним обвинуваченням, вимушена була ухвалити у цій справі найприйнятніше рішення: скасувати оскаржений обвинуваченим У. вирок суду першої інстанції з поверненням прокурору обвинувального акта як такого, що не відповідає вимогам Кримінального процесуального кодексу України.

Колегія суддів дійшла висновку, що прийняттям саме такого рішення у цій справі не буде порушено балансу прав і законних інтересів обвинуваченого та потерпілого.

Крім того, колегія продовжила У. строк тримання під вартою та зазначила, що ухвала не підлягає оскарженню в касаційному порядку.

Ухвала колегії суддів у справі У. отримала неоднозначну оцінку серед суддів судової палати з розгляду кримінальних справ. Деякі з них вважають, що таким рішенням, формально посиляючись на принцип верховенства права, апеляційний суд відновив право повернення справи на додаткове розслідування.

На їхню думку, неконкретне обвинувачення (що не оспорується) давало право обвинуваченому вимагати поліпшення свого становища, аж до постановлення виправдувального вироку. Тому, повертаючи обвинувальний акт прокурору з вимогою конкретизувати обвинувачення, колегія тим самим погіршила становище обвинуваченого і у такий спосіб порушила визначальні засади кримінального процесу — змагальність та диспозитивність, а отже, й принцип верховенства права, відповідно до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями.

Згідно з їхньою позицією, колегія також не мала права продовжувати строк тримання обвинуваченого під вартою, оскільки це є виключною компетенцією слідчого судді або суду першої інстанції в підготовчому засіданні, а також перешкоджатиме сторонам провадження подати касаційну скаргу.

Наведений приклад свідчить, що проблема неконкретного обвинувачення за новим КПК України ще більш актуальна, ніж за КПК 1960 року, і її потрібно розв'язувати.

Право обвинуваченого на отримання докладної інформації щодо суті та причин обвинувачення, висунутого проти нього, визначено у рішенні Європейського суду з прав людини у справі «Матточча проти Італії» від 7 березня та 4 липня 2000 року.

Теорією та практикою неконкретність обвинувачення завжди визнавалася таким істотним порушенням вимог кримінального процесу, яке перешкоджало суду ухвалити законне та обґрунтоване рішення. Ця норма знайшла своє закріплення у частині 1 статті 412 КПК України, але вона чомусь не кореспондувалася у статті 415 КПК України.

За таких обставин, коли з підстав неконкретного обвинувачення неможливо постановити кінцеве рішення, як і неможливо його скасувати з призначенням нового розгляду в суді першої інстанції, іншого рішення, ніж повернути обвинувальний акт прокурору як такий, що не відповідає вимогам КПК України, немає. Очевидно, що у цьому випадку і колегія апеляційного суду, як і суд першої інстанції, коли недоліки обвинувального акта своєчасно не були виявлені на стадії підготовчого провадження, мають повертати його прокурору.

У будь-якому разі є нагальною потреба в тлумаченні положень частини 1 статті 412 КПК України у роз'ясненні, які наслідки тягне неконкретне обвинувачення як на стадії судового розгляду в суді першої інстанції, так і в ході апеляційного розгляду. Особливо потрібно врахувати, що прокурори продовжують ставитися до змісту обвинувального акта як до приватної власності, а тому годі сподіватися на їхню співпрацю з судами у цій площині.

При цьому необхідно визначитися й у питанні обрання, зміни чи продовження строку тримання під вартою.

Справді, у зв'язку із постановленням ухвали про повернення обвинувального акта з підготовчого судового засідання ні в статті 314, ні в статті 372 КПК України, яка встановлює вимоги щодо змісту ухвали суду, не прописано, яке рішення має прийняти суд щодо запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, строк якого може збігти на стадії апеляційного оскарження.

На нашу думку, у цьому випадку потрібно керуватися частиною 6 статті 9 КПК України та застосовувати частину 3 статті 315 КПК України, яка дає право суду у виняткових випадках без клопотання учасників кримінального провадження (їх не може бути у нарадчій кімнаті) прийняти рішення про продовження строку тримання під вартою, але не більш ніж на 60 днів.

На жаль, цей випадок не знайшов свого відображення в узагальненні ВССУ.

Оскільки з отриманням судом обвинувального акта завершується досудове розслідування, то слідчий суддя вже не вправі на стадії судового розгляду розглянути клопотання слідчого чи прокурора про продовження строку тримання обвинуваченого під вартою, як це передбачено статтею 199 КПК України.

На нашу думку, в ситуації, що склалася, у судів є лише два варіанти дій, а саме: залишатися на вказаній позиції і вважати, що явно не конкретний або юридично безграмотний обвинувальний акт, в тому числі й такий, який суперечить основним засадам кримінального права, не відповідає вимогам КПК України, підлягає поверненню прокурору, в тому числі і зі стадії судового розгляду, а в апеляційній інстанції навіть із скасуванням вироку.

Серед окремих суддів Апеляційного суду Хмельницької області сформувалася позиція, яка поки ще не реалізована, проте якщо особа обвинувачується у менш тяжкому злочині за наявності доказів про скоєння більш тяжкого злочину і відмови прокурора у відповідній зміні обвинувачення, потрібно виносити виправдальний вирок. Такі ж вирoki треба виносити й у випадках встановлення фактів неконкретного обвинувачення.

Однак така позиція, безумовно, потребує відповідного аналізу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ та Верховного Суду України і визначення в цій частині судової практики, яка гарантувала б місцевим судам неможливість подальших скасувань таких вироків з кон'юктурних міркувань.

Декілька слів про підставність повернення обвинувальних актів прокурору. Практика свідчить, що є окремі випадки їх повернення з надуманих мотивів.

Так, Кам'янець-Подільський міськрайсуд Хмельницької області повернув обвинувальний акт з тих підстав, що його копія не була вручена захиснику обвинуваченого; Краси́лівський райсуд — що в реєстрі не зазначені відомості про призначення Г. прокурором у цьому провадженні, місце народження потерпілої, закінчення досудового розслідування тощо; Горо́доцький райсуд — зазначена помилкова дата народження обвинуваченого.

Аналогічні помилки виявлені за даними Єдиного реєстру судових рішень і в інших регіонах. Так, Ново-волинський міський суд повернув обвинувальний акт з тих підстав, що обвинувачений не отримав його копію; Ірпінський міський суд — за відсутності анкетних даних потерпілих; Липовецький райсуд — оскільки матеріали не були підшиті в спеціальну обкладинку і не мали опису документів та нумерації сторінок; Приморський райсуд — за необхідності проведення психіатричної експертизи тощо.

Повертаючись до проблем підготовчого засідання, з точки зору їх аналізу апеляційною інстанцією необхідно зауважити, що згідно з вимогами частини 2 статті 314 КПК України підготовче судове засідання відбувається за участю прокурора, обвинуваченого, захисника, потерпілого, його представника та законного представника, цивільного позивача, його представника та законного представника, цивільного відповідача та його представника згідно з правилами, передбаченими цим Кодексом для судового розгляду. Після виконання вимог, передбачених статтями 342—345 цього Кодексу, головуючий з'ясовує в учасників судового провадження їхню думку щодо можливості призначення судового розгляду.

Судова практика свідчить, що для більшості учасників судового розгляду підготовче засідання не завжди актуальне і вони часто ігнорують його. Разом із тим, як впливає зі змісту закону, їхня явка в це засідання є обов'язковою, що зумовлює значні організаційні, в тому числі й фінансові витрати, відкладення розгляду, затягування строків розгляду.

У зв'язку з цим актуальним, з точки зору апеляційного розгляду, є питання, наскільки істотним є порушення вимог КПК України у випадку, якщо суд здійснить підготовчий розгляд за відсутності учасників розгляду (за умови, звичайно, що вони належним чином повідомлені про час і місце розгляду) (як варіант — неповідомлені). Чи потягне це за собою скасування вироку і чи може в такому випадку апеляційна інстанція виносити новий вирок та чи повинна вона починати в такому випадку розгляд справи саме з підготовчого розгляду?

На наш погляд, проведення підготовчого судового засідання без осіб, вказаних у частині 2 статті 314 КПК України, не може розцінюватися як істотне порушення вимог Кодексу в сенсі вимог частини 1 статті 412 КПК України, оскільки така дія не перешкоджає суду ухвалити законне та обґрунтоване рішення, а у випадку порушення прав будь-кого з учасників процесу вони можуть бути відновлені в ході судового засідання.

Аналіз розгляду судами першої та апеляційної інстанцій кримінальних справ як щодо якості, так і щодо дотримання судами строків розгляду дає підстави вважати, що в цій царині однією з основних причин застосування строків судового розгляду є неявка учасників процесу, свідків. У зв'язку з цим є нагальна необхідність у роз'ясненні положень частини 3 статті 23 КПК України, згідно з якими сторона обвинувачення зобов'язана забезпечити присутність під час судового розгляду свідків обвинувачення з метою реалізації права сторони захисту на допит перед незалежним та неупередженим судом.

Потрібно нарешті визначитися, хто і в який спосіб забезпечує явку в суд учасників кримінального провадження з боку обвинувачення і наскільки стаття 23 кореспондується з положенням статті 134 КПК України (судовий виклик).

Особливе значення це має для розгляду справ в апеляції з огляду на значні відстані від місця проживання осіб, а також на те, що допит таких осіб має проводитися саме за ініціативою сторін, у даному випадку — обвинувачення.

На нашу думку, суд повинен здійснювати виклик лише осіб, на допиті яких наполягає захист (якщо вони не внесені до списку обвинувального акта), забезпечення явки всіх осіб, які вказані в обвинувальному акті, потрібно покласти на обвинувачення з встановленням певних обмежувальних строків, після спливу яких допит цих осіб забороняти.

Потребує термінового розв'язання проблема неявки обвинуваченого в судове засідання, особливо щодо злочинів невеликої тяжкості. Практика свідчить про те, що деякі обвинувачені в таких злочинах зловживають

своїм правом, під різним приводом ухиляються від явки до суду аж до спливу строків притягнення їх до відповідальності.

Варто зауважити, що часто, особливо у випадку, якщо в апеляціях ставиться питання про погіршення становища обвинуваченого, останній, навіть за умов належного повідомлення, ухиляється від явки до суду. У зв'язку з цим вищевикладене має значення і для апеляційної інстанції, оскільки інститут приводу сьогодні є малоефективним.

Останнім часом почастишали випадки відкладання справ через неявку прокурорів та захисників. Було б доцільним розробити спільну Інструкцію про обов'язки прокурора, захисника та суду складати узгоджений план розгляду справи з правом суду накладати в разі порушення цього плану на прокурора і захисника грошові стягнення, передбачені главами 11 та 12 КПК України.

Однією з постійних проблем, які не розв'язуються тривалий час, є виконання органами внутрішніх справ судових рішень про привід учасників процесу, свідків тощо.

Наказом МВС України від 5 серпня 2009 року № 337 зупинено дію наказу № 864 від 28 грудня 1995 року про затвердження Інструкції про порядок виконання постанов прокурора, суддів, органів дізнання і ухвал судів про привід підозрюваних, обвинувачених, підсудних, свідків і потерпілих. У зв'язку з цим порядок здійснення примусової доставки осіб за рішеннями судів, які розглядали справи в порядку КПК України 1960 року, нормативно-правовими актами не було врегульовано, що ускладнює результативне виконання таких рішень суду. Однак працівники міліції підходять до виконання постанов (ухвал) суду не завжди відповідально. У більшості випадків вони лише відбирають зобов'язання про явку осіб до суду і не контролюють, чи виконали його вказані особи. Масовою практикою є складання відповідними службовими особами рапортів про неможливість виконання рішень суду, але без будь-якого підтвердження щодо відсутності викликаної особи за місцем проживання. Це змушує суди повторно виносити постанови про привід осіб та звертатися до органів прокуратури за допомогою проконтролювати дії міліції.

У новому Кримінальному процесуальному кодексі України (стаття 140) уже визначено, що привід — це один із заходів забезпечення кримінального провадження, який полягає у примусовому супроводженні особи, до якої він застосовується, особою, яка виконує ухвалу про здійснення приводу, до місця її виклику в зазначений в ухвалі час. Порядок виконання ухвали про привід передбачений статтею 143 КПК України, де, зокрема, встановлено, що особа, рішення про здійснення приводу якої прийнято слідчим суддею, судом, зобов'язана прибути до місця виклику в зазначений в ухвалі про здійснення приводу час у супроводі особи, яка виконує ухвалу. У випадку невиконання особою, що підлягає приводу, законних вимог щодо виконання ухвали про здійснення приводу, до неї можуть бути застосовані заходи фізичного впливу, які дозволяють здійснити її супроводження до місця виклику. Застосуванню заходів фізичного впливу має передувати попередження про намір їх застосування. Визначення саме в законі поняття приводу і порядку його виконання, можливо, сприятиме належному виконанню органами внутрішніх справ ухвал судів про привід обвинувачених, свідків і, відповідно, дотриманню судами розумних строків розгляду кримінальних справ у порядку КПК України 2012 року.

Разом із тим у новому КПК України, як прямо впливає з частини 3 статті 140, привід застосовується винятково до підозрюваного, обвинуваченого та свідка. Це означає, що інші особи, які беруть участь у кримінальному провадженні в іншому процесуальному статусі, в тому числі потерпілі, не можуть бути доставлені приводом. Виключення з кола осіб, які можуть доставлятися до суду приводом, потерпілих, які, як свідчить практика, в багатьох випадках не бажають добровільно з'являтися до суду, на думку суддів, призведе до затягування розгляду кримінальних справ, оскільки немає дієвого важеля впливу на потерпілого з метою забезпечення його явки до суду.

Згідно зі статтею 418 КПК України, у випадку, передбаченому пунктом 3 частини 1 статтею 407 цього Кодексу, суд апеляційної інстанції ухвалює вирок. Будь-яке інше рішення суд апеляційної інстанції приймає у формі ухвали.

Судові рішення апеляційної інстанції ухвалюються, проголошуються, видаються, роз'яснюються або надсилаються учасникам судового провадження в порядку, передбаченому статтями 368—380 цього Кодексу.

Як впливає з частини 2 статті 376 КПК України, якщо складання судового рішення у формі ухвали вимагає значного часу, суд має право обмежитися складанням і оголошенням його резолютивної частини, яку підписують усі судді. Повний текст ухвали має бути складено не пізніше п'яти діб з дня оголошення резолютивної частини й оголошено учасникам судового провадження. Про час оголошення повного тексту ухвали має бути зазначено у раніше складеній її резолютивній частині.

Варто зауважити, що в частині 1 статті 376 КПК України і в назві самої статті законодавець застосовує поняття «проголошення», а в частині 2 цієї ж статті «оголошення». Визначення різниці в цих термінах законодавцем не надано.

У зв'язку з цим на практиці виникають питання, чи потрібно оголошувати повний текст ухвали у випадку неявки сторін на визначену дату і в якому обсязі треба оголошувати ухвали у випадку їхньої явки.

Доречним, на нашу думку, є звернення до досвіду застосування Цивільного процесуального кодексу України.

Так, стаття 317 ЦПК України встановлює, що рішення та ухвали апеляційного суду проголошуються за правилами, встановленими статтею 218 цього Кодексу.

У той же час стаття 218 ЦПК України у нині діючій редакції передбачає, що рішення суду або його вступна та резолютивна частини проголошуються негайно після закінчення судового розгляду і прилюдно, крім випадків, установлених цим Кодексом. Головуючий роз'яснює зміст рішення, порядок і строки його оскарження. У разі проголошення у судовому засіданні тільки вступної та резолютивної частин судового рішення суд повідомляє, коли особи, які беруть участь у справі, зможуть ознайомитися з повним рішенням суду.

Порядок перевірки ухвал слідчого судді в апеляційному суді регулюється статтею 422 КПК України. На нашу думку, і тут є деякі нез'ясовані питання. Адже суддя-доповідач, отримавши таку апеляційну скаргу, має її розглянути не пізніше, як через три дні після її надходження до суду. У цей період він має невідкладно витребувати з суду відповідні матеріали, повідомити особу, яка подала скаргу, прокурора, інших заінтересованих осіб про час та дату апеляційного розгляду.

Закон не пропонує судді-доповідачу право на залишення цієї скарги без руху, повернення її або на відмову у відкритті провадження. Такими повноваженнями суддя-доповідач наділений лише у випадку оскарження вироку чи ухвали суду, але не ухвали слідчого судді (статті 399 КПК України).

Але ж судова практика свідчить, що й апеляційні скарги на ухвали слідчих суддів можуть мати недоліки або їх подає особа, яка не має права на оскарження, або сама ухвала не підлягає оскарженню тощо.

На нашу думку, у випадках прийняття зазначених у статті 399 КПК України рішень суддя-доповідач (суд) мають обов'язково послатися і на частину 6 статті 9 КПК України.

У продовження цієї проблеми логічним буде з'ясування і повноважень апеляційної інстанції за наслідками апеляційного розгляду скарг на ухвали слідчого судді.

Відповідно до частини 3 статті 407 КПК України, за наслідками апеляційного розгляду за скаргою на ухвали слідчого судді апеляційний суд має право:

- 1) залишити ухвалу без змін;
- 2) скасувати ухвалу і постановити нову ухвалу.

Виходячи з таких повноважень апеляційного суду, він не вправі скасувати незаконну ухвалу слідчого судді, наприклад про відмову у відкритті провадження, з тих підстав, що, на думку слідчого судді, скарга подана на рішення, дію чи бездіяльність слідчого, прокурора, що не підлягають оскарженню, із поверненням такої скарги фактично на новий судовий розгляд до слідчого судді суду першої інстанції для розгляду по суті викладених у такій скарзі вимог.

У цій ситуації апеляційний суд повинен таку ухвалу слідчого судді суду першої інстанції скасувати, розглянути скаргу по суті викладених у ній вимог і постановити нову ухвалу.

До такого висновку приводить аналіз положень пунктів 4, 6 частини 1 статті 407 КПК України, відповідно до яких «скасування ухвали і призначення нового розгляду у суді першої інстанції» не можна розцінювати як «скасування ухвали і постановлення нової».

У той же час судова практика майже в усіх регіонах свідчить, що апеляційні суди дотримуються інших позицій, а саме — у випадку скасування ухвал слідчих суддів, наприклад про відмову у відкритті провадження

або про повернення апеляційної скарги, повертають провадження до суду першої інстанції для її розгляду по суті.

Дані Єдиного реєстру судових рішень свідчать, що в окремих випадках апеляційні суди, скасовуючи ухвали слідчих суддів, «справи направляють для вирішення питання про відкриття провадження», або навіть самі «відкривають провадження і направляють матеріали для розгляду по суті», що аж ніяк не вписується у повноваження апеляційного суду.

Шляхи розв'язання проблеми щодо повноважень суду апеляційної інстанції за наслідками розгляду апеляційної скарги на ухвалу слідчого судді певною мірою вже пропонуються, а тому моє завдання тут трохи спрощене.

Варто погодитися з класифікацією ухвал слідчого судді за трьома видами, зокрема:

- ухвали про повернення скарги або відмову у відкритті провадження у ній;
- ухвали про відмову у задоволенні скарги на постанову про закриття кримінального провадження;
- ухвали, постановлені за результатами розгляду клопотань, пов'язаних із застосуванням заходів кримінального провадження.

Запропонований варіант скасування ухвали слідчого судді у випадку безпідставного повернення чи відмови у відкритті провадження за скаргою із постановленням нової ухвали про повернення її на новий розгляд слідчому судді (тому ж самому) місцевого суду є найбільш прийнятним з таких міркувань.

По-перше, вирішення питань, які є предметом скарги, по суті віднесено лише до компетенції слідчого судді місцевого суду. По-друге, у випадку розгляду цієї скарги апеляційною інстанцією порушується один із принципів загальних засад кримінального провадження, а саме — забезпечення права на оскарження процесуальних рішень, оскільки згідно з частиною 4 статті 424 КПК України ухвали апеляційної інстанції за результатами розгляду апеляційної скарги на ухвалу слідчого судді місцевого суду не можуть бути оскаржені в касаційному порядку.

За таких обставин відсутність у частині 3 статті 407 КПК України повноважень на надання права апеляційному суду у випадку скасування ухвали слідчого судді про повернення скарги або відмову у відкритті провадження у ній та постановлення нової ухвали із поверненням скарги на новий розгляд до цього ж судді має розглядатися через призму застосування частини 6 статті 9 КПК України.

В інших випадках за результатами розгляду апеляційної скарги на ухвалу слідчого судді апеляційна інстанція повинна керуватися вимогами частини 3 статті 407 КПК України, тобто у випадку скасування такої ухвали вона не може повернути скаргу на новий судовий розгляд слідчому судді місцевого суду.

Висновки і пропозиції

Час дії нового КПК України показав його беззаперечні переваги порівняно зі старим Кодексом. Це і гуманізація процесу, що призводить до істотного зменшення запобіжних заходів у вигляді тримання під вартою, та революційне положення про заборону судам враховувати покази обвинувачених на стадії досудового розслідування, яке призвело до втрати будь-якого сенсу в незаконному примусі до обвинувачених.

Новий Кодекс вводить значні можливості для процесуальної економії, прискорення розслідування і розгляду кримінальних справ — можливість укладання угод, розгляд справ у порядку відеоконференцій тощо.

Разом із тим з втіленням положень Кодексу в життя проявляються і окремі його недоліки, швидше хвороби росту, які підлягають, за можливості, негайному коригуванню як шляхом внесення до Кодексу певних змін, так і утвердження однакової судової практики його застосування на всій території України.

Варто зауважити, що із набуттям чинності новим Кодексом потребує значних змін і постанова Пленуму Верховного Суду України № 1 від 15 травня 2006 року «Про практику постановлення судами вироків (постанов) при розгляді кримінальних справ в апеляційному порядку», а також і ряд інших постанов, які втратили свою актуальність, однак, формально існують і досі.

У зв'язку з цим, оскільки новий Кодекс уже активно функціонує, було б доцільним висловити побажання і ВССУ, і Верховному Суду України визначитися та провести ревізію відповідних постанов і, в свою чергу, прийняти постанови, в яких дати відповідь на вимоги сьогодення, в тому числі, й на питання, порушені в цій доповіді, зокрема щодо: прав потерпілого в кримінальному провадженні; оскарження ухвал у випадках,

не передбачених КПК України; порушення права обвинуваченого на захист унаслідок неконкретного формулювання обвинувачення; повноважень слідчих суддів та суду при застосуванні строків тримання під вартою на всіх стадіях кримінального процесу за відсутності клопотань тощо.

Важливим також є вирішення питання про те, чи необхідно, як і раніше, у разі погіршення становища одного обвинуваченого і залишення вироку без змін щодо іншого обвинуваченого виносити одночасно і вирок, і ухвалу, адже, за новим КПК України, порядок і строки оскарження таких процесуальних документів однакові.

Нагального вирішення потребує і питання координації роботи вищих органів судової влади та правоохоронних органів. Не заперечуючи і підкреслюючи конституційні принципи незалежності суддів та змагальності кримінального процесу, варто відзначити, що така координація необхідна для забезпечення однакового розуміння і застосування закону (в даному випадку КПК України) всіма правозастосовчими органами, що, в свою чергу, значно спростить роботу цих органів, надасть можливість працювати прозоро і, врешті-решт, забезпечить захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорону прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження, їх повне, швидке і неупереджене розслідування та судовий розгляд, що і є завданням кримінального процесуального закону.

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО ЛЮДИНИ НА ПОВАГУ ДО ГІДНОСТІ ТА КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС



ІГОР ГОЛОВАНЬ

керуючий партнер АО «Головань і Партнери»

Конституція України (далі — Конституція), як і абсолютна більшість кодифікованих конституцій країн світу, утверджує рівність людей перш за все в їх гідності, яка в Україні визнається однією з найвищих соціальних цінностей демократичного суспільства. Гідності присвячено першу главу Хартії основних прав Європейського Союзу (http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_524). Як зазначив Європейський суд з прав людини, повага до гідності є самою суттю Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (SW v. UK, 1995).

Право людини на повагу її гідності належить до природних прав людини, які Конституція визнає і захищає. Людина народжується з гідністю, гідність неможливо, наприклад, заслужити чи втратити.

Очевидно, що особливий інтерес для громадськості складає саме природне конституційне право людини на повагу до її гідності. Саме з ним правова доктрина пов'язує органічний зв'язок з усіма іншими конституційними правами і свободами людини та громадянина, які фактично реалізуються або порушуються одночасно з правом на повагу гідності людини. По суті, це природне право має своїм найглибшим корінням морально-етичні, релігійні, культурні та інші цінності, що надають йому фундаментального значення.

Очевидно, що кримінальний процес з точки зору поваги до гідності людини є зоною ризику, оскільки пов'язаний з різного роду обмеженнями прав і свобод. Тому проблема забезпечення поваги до гідності людини, захисту гідності саме у кримінальному процесі набуває особливого значення.

Як уже зазначалося, гідності присвячено першу главу Хартії основних прав Європейського Союзу (далі — Хартія), що є додатком до Лісабонської угоди.

Відповідно до Хартії, гідність людини нарівні із свободою, рівністю та солідарністю є неподільною загальною цінністю, на якій засновано Європейський Союз. Поняття людської гідності згідно з Хартією поєднує:

- право на життя;
- право на особисту недоторканність;
- заборону тортур та інших нелюдських і таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання;
- свободу від рабства і підневільного стану.

Особливо потрібно відзначити, що право людини на особисту недоторканність як органічна складова гідності об'єднує недоторканність не тільки фізичну, але й ментальну (психіку). Таким формулюванням Хартія відкриває можливості тлумачити поняття «гідність» людини надзвичайно широко, що, на нашу думку, є прикладом для наслідування.

Конституція і закони України стосовно захисту гідності людини за своїм змістом в основному відповідають загальноприйнятним засадам цивілізованого світу.

Відповідно до Конституції України, людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Усі люди вважаються вільними у своїй гідності та правах. Права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними. Згідно зі статтею 28 Конституції, кожен має право на повагу до його гідності. Ніхто не може бути підданий катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує його гідність, поводженню чи покаранню. Жодна людина без її вільної згоди не може бути піддана медичним, науковим чи іншим дослідженням.

Конституція України надає кожному право на свободу та особисту недоторканність. Ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше, як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом. У разі нагальної необхідності запобігти злочинові чи його припинити уповноважені на те законом органи можуть застосувати тримання особи під вартою як тимчасовий запобіжний захід, обґрунтованість якого протягом 72 годин має бути перевірена судом. Затримана особа негайно звільняється, якщо протягом 72 годин з моменту затримання їй не вручено вмотивованого рішення суду про тримання під вартою. Кожному заарештованому чи затриманому має бути невідкладно повідомлено про мотиви арешту чи затримання, роз'яснено його права та надано можливість з моменту затримання захищати себе особисто та користуватися правовою допомогою захисника. Кожен затриманий має право у будь-який час оскаржити в суді своє затримання. Про арешт або затримання людини має бути негайно повідомлено родичів заарештованого чи затриманого. Стаття 68 Конституції зобов'язує кожного не посягати на права і свободи, честь та гідність інших людей.

Цілком відповідає стандартам цивілізованого світу щодо захисту гідності людини і кримінальне процесуальне законодавство нашої країни.

Стаття 7 Кримінального процесуального кодексу України визначає загальні засади, що їм має відповідати зміст та форма кримінального провадження: верховенство права, законність, рівність перед законом і судом, повага до людської гідності тощо.

Повазі до людської гідності присвячено статтю 11 Кримінального процесуального кодексу України, відповідно до якої під час кримінального провадження повинна бути забезпечена повага до людської гідності, прав і свобод кожної особи. Забороняється під час кримінального провадження піддавати особу катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує її гідність, поводженню чи покаранню, вдаватися

до погроз застосування такого поводження, утримувати особу в принизливих умовах, примушувати до дій, що принижують її гідність.

Отже, законодавство цілком пристойне. Проблеми традиційно полягають у, м'яко кажучи, специфічних способах реалізації правових норм.

Хіба явне спотворення державними чиновниками суті закону і волі законодавця не є відвертим приниженням гідності людини? Людини, яка звертається до державних органів за захистом своїх прав?

У листопаді 2012 року я писав (<http://blogs.pravda.com.ua/authors/golovan/50b8b95ae7527/>), як знущалися українські прокурори з норм процесуального закону, що регулює розгляд заяв і повідомлень про злочини.

У старому КПК України була стаття 97, відповідно до якої за заявою або повідомленням про злочин прокурор, слідчий, орган дізнання або суддя зобов'язані не пізніше триденного строку прийняти одне з таких рішень:

- 1) порушити кримінальну справу;
- 2) відмовити в порушенні кримінальної справи;
- 3) направити заяву або повідомлення за належністю.

Що часто-густо робили наші прокурори? Вони заяву та повідомлення про злочин «не впізнавали» і розглядали як звичайне звернення громадянина, не виносячи постанови. Прокурори так усе заплутали, що розбиратися з порядком оскарження їхньої бездіяльності мусив Конституційний Суд (<http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v019p710-11>).

Рекламуючи новий КПК України (нині чинний), його розробники гучно рапортували про розв'язання вищезазначеної проблеми. Мовляв, таку стадію кримінального процесу, як порушення кримінальної справи, ліквідовано, а тому все буде чудово.

А що сталося насправді?

Відповідно до статті 214 чинного КПК України, слідчий, прокурор невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або після самостійного виявлення ним з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, зобов'язаний внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань та розпочати розслідування.

Але виявилось, що працівники прокуратури свої навички зберегли. І новий Кодекс їм абсолютно не заважає знову «не впізнавати» повідомлення про вчинення кримінального правопорушення.

Ще кілька місяців тому на протиправний прокурорський креатив можна було знайти управу в суді (<http://blogs.pravda.com.ua/authors/golovan/50d18dd79d58f/>).

Але чиновники — прокурорські і судові — швидко знайшли спільну мову.

І судді фактично своїми ухвалами «освятили» право слідчих і прокурорів без винесення процесуальних рішень на власний розсуд визначати, чи підлягає та або інша заява реєстрації в Єдиному реєстрі досудових розслідувань.

Бо, бачте, системний аналіз положень статей 214, 303 КПК України свідчить про те, що для початку досудового розслідування в кримінальному провадженні заява чи повідомлення повинна містити достатні дані про наявність ознак кримінально-караного діяння.

Усе повернулося на круги своя, як було за часів старого КПК України. Слідчий чи прокурор схоче впізнає в отриманій заяві заяву про злочин, а схоче — не впізнає. І пустить по довгому колу «у порядку розгляду звернень громадян».

Хтось скаже: «Треба знову удосконалювати КПК».

А я повторю: «Треба змінювати не Кодекс, а тих, кому той Кодекс не писаний».

Узагалі українське суспільство якось занадто переймається саме питанням застосування запобіжних заходів.

Складається враження, що і для слідчих, і для суспільства головне — саме заарештувати ймовірного злочинця, а довести його вину і отримати обвинувальний вирок видається справою другорядною.

Про яку повагу до людської гідності можна говорити у подібних умовах?

Перед набуттям чинності новим КПК України нам говорили про значну його лібералізацію, зменшення можливостей сторони обвинувачення тримати підозрюваного під вартою, розширення сфери застосування більш м'яких запобіжних заходів, таких як застава. Адже саме ув'язнення ще не визнаної судом злочинцем людини становить найбільшу небезпеку гідності. Відлига виявилася короткою.

На сьогодні ми бачимо численні, на жаль вдалі, спроби повернути все назад і значно розширити сферу застосування тримання під вартою. Іноді це пояснюють неоголошеною війною, що точиться в Україні. Однак заклики «позбавити можливості виходити під заставу корупціонерів» навряд чи можна пояснити саме війною.

Чинний КПК України дозволяє не визначати розмір застави при постановленні застави у кримінальних провадженнях щодо злочинів, вчинених із застосуванням насильства або погрозою його застосування; злочинів, які спричинили загибель людини, а також щодо осіб, стосовно яких уже обирався і був згодом порушений запобіжний захід у вигляді застави.

Хіба цього не досить? Що заважає розслідувати злочини корупціонерів, залишаючи їх на свободі?

Навряд чи можна сказати, що від тримання підозрюваного під вартою може бути якась користь власне розслідуванню (збиранню доказів). Відповідно до статті 63 Конституції, особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом.

Тому сподіватися на свідчення чи пояснення підозрюваного слідчим, що працюють у рамках законодавства, не варто. Якщо підозрюваний хоче співпрацювати, він співпрацюватиме і на волі. Якщо ні, примушувати все одно не можна. Відповідно до закону.

Отже, слідчий може бути зацікавлений у триманні підозрюваного під вартою не як у запобіжному засобі, а як у способі тиску, скажімо більше — тортур.

Адже режим в установах попереднього ув'язнення до цього часу сам по собі є принизливим для людської гідності.

Принизливим для людської гідності є і порушення права на захист, а це ганебне явище залишається, на жаль, поширеним.

Досить дивно читати у засобах масової інформації про проблеми з допуском захисника до затриманих.

Адже відповідно до КПК України підозрюваний має право на конфіденційне побачення із захисником до першого допиту. Порушення права на захист є істотним порушенням прав і свобод людини, отже, всі докази, отримані до спілкування затриманого з адвокатом, повинні вважатися недопустимими.

І слідчий має зустрічати адвоката з радістю і бути зацікавленим у якнайшвидшому побаченні підозрюваного із захисником. Якщо слідчий поважає гідність людини і закон. Натомість адвокати продовжують стукати у зачинені двері райвідділків.

Ще одним показовим прикладом дійсного ставлення до людської гідності і права на правову допомогу є обладнання судів.

Процитуємо такий документ, ДБН В.2.2-26:2010, Державні будівельні норми України:

«7.1.8. Кабіна для розміщення підсудних (засуджених) в залах судових засідань для розгляду кримінальних справ повинна мати металеві загороджувальні ґрати чи світлопрозоре захисне ударотривке загородження із скла або органічного скла згідно з ДСТУ EN 356 та іншими нормативними документами.

Кабіна повинна мати двері з відкриттям назовні. Кабіна повинна мати технологічний отвір для зняття на ручників і передавання підсудним документів для ознайомлення.

Кабіна повинна бути прикріплена до підлоги та стін. Місце для розміщення підсудних слід обладнувати лавою (лавами), надійно скріпленими з підлогою.

Кабіну, за необхідністю, обладнувати спеціальними переговорними пристроями, захищеними від можливого фізичного впливу підсудних (засуджених), для спілкування з учасниками судового процесу. Кабіна повинна мати технологічний отвір для безпосереднього спілкування підсудних (засуджених) з адвокатом».

Що можна сказати про повагу до гідності в країні, де людина має спілкуватися з адвокатом через технологічний отвір?

Знайти правильне співвідношення між державним ладом та гідністю і правами людини — чи не основне завдання кожної влади? Саме тому демократична, соціальна, правова держава може будуватися тільки на засадах, в основі яких повага і захист гідності людини, її прав та основоположних свобод.

КРИМІНАЛЬНІ РИЗИКИ У СФЕРІ ПІДПРИЄМНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ



КАТЕРИНА ГУПАЛО

радник АО Arzinger

Реалії останніх років зводяться до того, що кримінальні провадження вже стали звичним явищем для суб'єктів господарювання. Доволі важко знайти підприємство, щодо службових осіб якого не проводилося кримінальне провадження за злочинами у господарській діяльності або ж у сфері службової діяльності. Щодо деяких компаній кількість кримінальних проваджень налічується десятками. При цьому така ситуація стосується не лише українського бізнесу, а й компаній — членів міжнародних груп.

Як наслідок, згідно з опитуваннями українських бізнесменів, проведеними World Economic Forum в 2014 році та викладеними в The Global Competitiveness Report 2014—2015, кримінальна складова була визначена серед найбільших проблем ведення бізнесу нарівні з корупцією та політичною нестабільністю.

При цьому індекс довіри до правоохоронних органів в Україні залишається доволі низьким. Згідно з даними опитування того ж World Economic Forum в 2014 році, викладеними в The Global Competitiveness Report 2014—2015, за цим показником Україна прирівнюється до Нігерії, Перу та Бангладеш.

Значною мірою на цю ситуацію впливає спрямованість роботи правоохоронних органів. Наприклад, за статистичними даними Генеральної прокуратури України, станом на 2014 рік із 8 418 облікованих злочинів у сфері господарської діяльності із реабілітуючих підстав закрито 6 465. Тобто суттєва частина кримінальних проваджень насправді не мала під собою жодних фактичних підстав. Однак при цьому в рамках таких кримінальних проваджень стосовно службових осіб підприємств проводилися різноманітні слідчі дії, як-то допити, тимчасовий доступ до речей та документів, обшуки тощо.

Звичайно, офіційної статистики за кількістю проведених допитів ми не знайдемо, однак можемо орієнтуватися на загальну кількість звернень правоохоронних органів до слідчих суддів, переважна більшість яких, як показує практика, задовольняються. Відповідно до даних щодо діяльності слідчих суддів у 2014 році, згідно з офіційною статистикою Державної судової адміністрації, зокрема, слідчими суддями під час досудового розслідування розглянуто 413,9 (404,3) тис. клопотань слідчих, прокурорів та інших осіб. У тому числі розглянуто майже 50 (58,5) тис. клопотань про застосування запобіжних заходів, з яких 86 (89,8) відсотків задоволено (43,3 тис.). Відповідно до статті 248 Кримінального процесуального кодексу України (далі — КПК України), слідчими суддями постановлено 98,2 тис. ухвал про надання дозволу на проведення негласної слідчої (розшукової) дії.

Варто також зазначити, що доволі звичним для підприємств стало надходження різноманітних вимог про надання інформації та копій документів від правоохоронних органів, які не потребують попередньої санкції від слідчого судді. Таких вимог підприємства можуть отримувати по декілька на тиждень з проханням надати копії документів щодо взаємодії з певним постачальником за кілька років. І якщо за такими вимогами підприємство ще може ввічливо і вмотивовано відмовляти у наданні документів, розуміючи існування певного ризику проведення обшуку, у разі якщо правоохоронні органи займуть принципову позицію щодо бажання здобути ці документи, то у випадку численних ухвал про тимчасовий доступ такі вимоги вже доводиться виконувати.

Усе це вимагає від підприємств значних затрат часу свого персоналу і ресурсів, у тому числі витрат на адвокатів, уже не говорячи про загальну напруженість ситуації. Навряд чи такий фон сприятиме веденню господарської діяльності та поліпшенню інвестиційної привабливості України.

На практиці найпоширенішими щодо суб'єктів господарювання є кримінальні провадження щодо ухилення від сплати податків за статтею 212 Кримінального кодексу України (далі — КК України), а також за статтею 191 (привласнення, розтрата або заволодіння чужим майном), статтею 358 (підроблення документів), статтею 366 (службове підроблення), статтею 367 (службова недбалість) КК України тощо.

Разом із тим останнім часом кримінальні ризики у сфері підприємницької діяльності тісно пов'язані зі статтею 205 КК України — фіктивне підприємництво. Причому такі ризики походять від постачальника підприємства. Зокрема, все частішими стають випадки, коли вже після завершення взаємовідносин із певним постачальником компанія виявляє, що засновник компанії-постачальника уклав угоду зі слідством про визнання винуватості у вчиненні кримінального правопорушення за статтею 205 КК України. Тобто особа визнає себе винною у фіктивному підприємстві, що визначається як створення або придбання суб'єктів підприємницької діяльності (юридичних осіб) з метою прикриття незаконної діяльності або здійснення видів діяльності, щодо яких є заборона.

Варто зазначити, що все-таки проблема з фіктивним підприємництвом має місце в Україні. Однак усе частіше трапляються випадки, коли такі угоди про визнання винуватості підписуються засновником/директором постачальника, який свого часу вів активну господарську діяльність.

Зрозуміти причини такого розвитку подій можна, поглянувши на перспективи покарання за той чи інший злочин. Так, відповідно до угод про визнання винуватості у вчиненні фіктивного підприємництва, такому засновнику, а часто він виступає і як директор підприємства-постачальника, зазвичай закріплюється покарання у вигляді штрафу, максимальний розмір якого — 85 000 грн, на практиці часто штраф є у розмірі 8 500 грн.

Якщо ж виходити з того, що господарська діяльність таки здійснювалася, однак із певними порушеннями, то санкції загрожують набагато суттєвіші. До прикладу, при кваліфікації діяння за частиною 3 статті 212

КК України (ухилення від сплати податків) із урахуванням положень статті 53 КК України особі загрожує штраф у розмірі несплачених податкових зобов'язань та позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років з конфіскацією майна. У разі кваліфікації за статтею 209 КК України (легалізація доходів, одержаних злочинним шляхом) максимальна санкція встановлена на рівні позбавлення волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років із позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років з конфіскацією коштів або іншого майна, одержаних злочинним шляхом, та з конфіскацією майна.

Вочевидь, що горе-засновник/директор буде більш схильним скористатися оптимальним з його точки зору варіантом угоди зі слідством за статтею 205 КК України. А для цього засновник/директор постачальника займає позицію, що нібито господарської діяльності він не здійснював, а зареєстрував підприємство на своє ім'я за винагороду. Більше того, ці угоди часто цілком неправомірно містять оцінку діянь у відношенні до третіх осіб. До прикладу, у вироку від 18 липня 2014 року № 490/8285/14-к Центрального районного суду м. Миколаєва [1] затверджено угоду про визнання винуватості, де нарівні з оцінкою діянням засновника/директора надано оцінку діянням підприємств-покупців, які жодним чином не долучалися до цього кримінального провадження:

«В подальшому невідома особа протягом листопада-грудня 2013 використала реєстраційні документи, свідоцтво платника ПДВ та печатку ТОВ «Грин Лайн» для прикриття незаконної діяльності, яке виразилось в пособництві в умисному ухиленні від сплати податків іншим суб'єктам підприємницької діяльності, пов'язаному зі сплатою податку на прибуток підприємств та документальному підтвердженні перед контролюючими органами неіснуючих операцій з придбання та продажу товарно-матеріальних цінностей (сільськогосподарської продукції), та видачі завідомо підроблених первинних бухгалтерських документів, які надали суб'єктам підприємницької діяльності право на формування витрат, що враховуються при визначенні об'єкта оподаткування податком на прибуток підприємств».

Підписуючи таку угоду про визнання винуватості і закріплюючи її в судовому порядку, засновник/директор компанії-постачальника, мабуть, сподівається, що проблеми із правоохоронними органами закінчилися. Однак насправді з цієї точки тільки починаються проблеми для компанії-покупця. Так, для компанії-покупця наявність вироку про затвердження угоди про визнання винуватості у фіктивному підприємстві породжує ряд ризиків. Зокрема, це матеріальні ризики у вигляді податкових донарахувань, а також цілком реальні ризики кримінальних проваджень стосовно службових осіб підприємств-покупців. Зазвичай такі кримінальні провадження відкривають за статтею 212 (ухилення від сплати податків), за статтею 191 (привласнення, розтрата або заволодіння чужим майном), статтею 209 (легалізація доходів, одержаних злочинним шляхом), статтею 366 (службове підроблення) КК України тощо. Адже податкові органи, суди та правоохоронні органи сприйматимуть зафіксовані у такому вироку про затвердження угоди про визнання винуватості формулювання про безтоварність операцій поставки, про спрямованість діянь компаній-покупців на ухилення від сплати податків тощо як встановлені факти.

Проблематикою таких угод про визнання винуватості є те, що хоча положення частини 7 статті 474 КПК України забороняє затвердження угоди про визнання винуватості, якщо така угода зачіпає інтереси третіх осіб (а угода, де стверджується про безтоварність операцій поставки певних покупців, вочевидь, зачіпає інтереси останніх), проте оскаржити вирок про затвердження такої угоди ці особи не зможуть. Адже положення пункту 1 частини 4 статті 394 КПК України передбачає обмежене коло суб'єктів, які мають право на оскарження відповідного вироку — обвинувачений та прокурор. Тому при спробі підприємств-покупців оскаржити такі вирок про затвердження угод про визнання винуватості зазвичай отримують відмову.

Як один із способів вирішення цієї проблематичної ситуації вбачається надання таким особам, чий інтерес зачіпає вирок про затвердження угоди про визнання винуватості, можливості оскаржити таку угоду в апеляційному та касаційному порядку.

Використані джерела

[1] <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39810471>.

ЗАХОДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ. ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ



ІВАН ДЯДЕЧКО

слідчий суддя, голова Крюківського районного суду м. Кременчука Полтавської області

20 листопада 2012 року набув чинності Кримінальний процесуальний кодекс України (далі — КПК України). КПК України у цій редакції змінив усю сукупність правовідносин, які складаються між суспільством в особі окремих органів системи кримінальної юстиції, а також в особі суду та особою, яка підлягає притягненню до кримінальної відповідальності за вчинення злочину чи кримінального проступку. Новий КПК України системно реформує кримінальний процес, починаючи з його понятійного апарату і закінчуючи правовою регламентацією окремих його інститутів. У кримінальний процес введено багато новацій, таких як відсутність процедури порушення кримінальної справи, скасування інституту додаткового розслідування кримінальної справи. Принципово іншими стали підходи до процедури оцінки доказів винуватості особи тощо.

Ключовою й абсолютно новою для вітчизняного кримінального процесуального законодавства фігурою, яка уповноважується новим законом на здійснення визначених функцій, є фігура слідчого судді, на якого закон покладає повноваження зі здійснення судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні (пункт 18 частини 1 статті 3). Таким чином, новий КПК України 2012 року визначає слідчого суддю як суб'єкта, який під час досудового розслідування вирішує питання, пов'язані з обмеженням конституційних прав і свобод осіб та розглядає скарги на рішення, дії чи бездіяльність у кримінальному процесі.

З прийняттям нового КПК України у кримінальному процесуальному законодавстві введено таку новелу, як фактичне надання слідчому судді права нагляду з питань щодо захисту прав людини, що закріплено положеннями статті 206 КПК України. Так, відповідно до зазначеного положення, кожен слідчий суддя суду, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться особа, яка утримується під вартою, має право постановити ухвалу, якою зобов'язати будь-який орган державної влади чи службову особу забезпечити додержання прав такої особи. Якщо слідчий суддя отримує з будь-яких джерел відомості, які створюють обґрунтовану підозру, що в межах територіальної юрисдикції суду знаходиться особа, позбавлена свободи за відсутності судового рішення, яке набуло законної сили, або не звільнена з-під варти після внесення застави в установленому цим Кодексом порядку, він зобов'язаний постановити ухвалу, якою має зобов'язати будь-який орган державної влади чи службову особу, під вартою яких утримується особа, негайно доставити її до слідчого судді для з'ясування підстав позбавлення свободи. Слідчий суддя зобов'язаний звільнити позбавлену свободи особу, якщо орган державної влади чи службова особа, під вартою яких утримується ця особа, не надасть судові рішення, яке набуло законної сили, або не доведе наявності інших правових підстав для позбавлення особи свободи.

Окрім того, до повноважень слідчого судді віднесено вирішення питань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження.

Поняття «заходи забезпечення кримінального провадження» чинним КПК України вводиться вперше. Вони застосовуються з метою досягнення дієвості цього провадження на підставі ухвали слідчого судді або суду, за винятком випадків, передбачених цим Кодексом. Чинний КПК України допускає застосування заходів забезпечення кримінального провадження із значними обмеженнями. Не допускається їхнє застосування, якщо слідчий, прокурор не доведе, що:

- 1) є обґрунтована підозра щодо вчинення кримінального правопорушення такого ступеня тяжкості, що може бути підставою для застосування заходів забезпечення кримінального провадження;
- 2) потреби досудового розслідування виправдовують такий ступінь втручання у права і свободи особи, про який ідеться в клопотанні слідчого, прокурора;
- 3) може бути виконане завдання, для виконання якого слідчий, прокурор звертається із клопотанням.

Так, слідчий суддя, зокрема, уповноважений щодо вирішення питань про застосування таких заходів забезпечення кримінального провадження: судового виклику (частина 1 статті 134), приводу (частина 2 статті 140), грошового стягнення (частина 2 статті 144), тимчасового обмеження у користуванні спеціальним правом (частина 2 статті 148) та продовження його строку (стаття 153), відсторонення від посади (частина 2 статті 154) та продовження його строку (стаття 158), тимчасового доступу до речей і документів (частина 2 статті 159); арешту майна (частина 2 статті 170), запобіжних заходів (особистого зобов'язання, особистої поруки, застави, домашнього арешту, тримання під вартою; частина 4 статті 176), затримання підозрюваного, обвинуваченого з метою його приводу (частина 2 статті 187), покладення на підозрюваного, обвинуваченого при застосуванні запобіжних заходів обов'язків, передбачених частиною 5 статті 194.

До заходів забезпечення кримінального провадження, питання про застосування яких належить до повноважень слідчого судді, зараховуються також заходи, що передбачені в інших розділах КПК України 2012 року: передання неповнолітнього підозрюваного під нагляд (стаття 493), поміщення особи в приймальник-розподільник для дітей (частина 4 статті 499), тимчасовий арешт (стаття 583), тримання під вартою (екстрадиційний арешт) для забезпечення видачі особи (стаття 584), інші запобіжні заходи для забезпечення видачі особи на запит іноземної держави (стаття 585). Без ухвали слідчого судді, згідно з положеннями чинного КПК України, можуть бути застосовані лише кілька заходів забезпечення кримінального

провадження, таких як виклик слідчим, прокурором (стаття 133), тимчасове вилучення майна (статті 167, 168) та затримання (статті 207—213).

Таке розширення предмета судового контролю при застосуванні заходів забезпечення кримінального провадження є позитивним кроком для забезпечення прав, свобод та законних інтересів осіб.

Зважаючи на введенням таких новел чинним КПК України, на практиці при застосуванні норм цього Кодексу при вирішенні питань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження виникають суперечності між його положеннями та деякі прогалини, що полягають у такому.

Так, главою 15 Кодексу визначено порядок та підстави вирішення слідчим суддею питання про застосування такого заходу забезпечення кримінального провадження, як тимчасовий доступ, що відповідно до статті 159 КПК України полягає у наданні стороні кримінального провадження особою, у володінні якої перебувають такі речі й документи, можливості ознайомитися з ними, зробити їх копії та у разі прийняття відповідного рішення слідчим суддею, судом вилучити їх (зробити виїмку).

Положенням статті 166 КПК України визначено наслідки невиконання ухвали слідчого судді про тимчасовий доступ до речей та документів, зокрема, вказано на те, що у разі невиконання ухвали про тимчасовий доступ до речей та документів слідчий суддя, суд за клопотанням сторони кримінального провадження, якій надано право на доступ до речей та документів на підставі ухвали, має право постановити ухвалу про дозвіл на проведення обшуку згідно з положеннями цього Кодексу з метою відшукування та вилучення зазначених речей та документів.

При цьому частиною 5 статті 163 КПК України визначено, при доведеності яких обставин та підстав стороною кримінального провадження слідчий суддя постановляє ухвалу про надання дозволу на проведення тимчасового доступу до речей та документів, зокрема сторона кримінального провадження у своєму клопотанні має довести наявність достатніх підстав вважати, що ці речі або документи: 1) перебувають або можуть перебувати у володінні відповідної фізичної чи юридичної особи; 2) самі по собі або в сукупності з іншими речами і документами кримінального провадження, у зв'язку з яким подається клопотання, мають суттєве значення для встановлення важливих обставин у кримінальному провадженні; 3) не становлять собою або не включають речей і документів, які містять охоронювану законом таємницю.

При цьому порядок надання дозволу слідчим суддею на проведення такої слідчої дії, як обшук, визначено положеннями статей 233—236 КПК України. Одночасно з урахуванням положень частини 5 статті 234 КПК України слідує, що слідчий суддя відмовляє у задоволенні клопотання про обшук, якщо прокурор, слідчий не доведе наявність достатніх підстав вважати, що, зокрема, було вчинено кримінальне правопорушення.

Однак посилення на можливість задоволення клопотання про тимчасовий доступ до речей та документів положення статей не містять, але при цьому передбачено можливість постановлення слідчим суддею ухвали про проведення обшуку в разі невиконання ухвали про тимчасовий доступ до речей та документів, з урахуванням чого було б доцільно врегулювати таку розбіжність та внести зміни до чинного КПК України в цій частині, зокрема визначити необхідність з'ясування слідчим суддею при вирішенні по суті клопотання про тимчасовий доступ до речей чи документів наявності ознак складу кримінального правопорушення, у зв'язку з досудовим розслідуванням якого подається відповідне клопотання.

Нормами КПК України, що регулюють порядок розгляду клопотань про надання дозволу на тимчасовий доступ до речей та документів, не передбачено, яке рішення повинен прийняти слідчий суддя у разі неявки належним чином повідомленого ініціатора такого клопотання (розглянути по суті на підставі наявних документів чи залишити без розгляду). Такий випадок необхідно було б передбачити, оскільки дуже часто на практиці слідчі, що є ініціаторами таких клопотань, не з'являються в судові засідання з його розгляду та слідчий суддя відкладає розгляд клопотань. Оскільки частиною 5 статті 163 КПК України визначено право слідчого судді постановляти ухвали про надання дозволу на тимчасовий доступ до речей та документів, у разі доведення стороною кримінального провадження (ініціатором клопотання) достатніх підстав вважати, що мають місце обставини, передбачені пунктами 1, 2, 3 частини 5 статті 163 КПК України, тобто участь сторони кримінального провадження в судовому засіданні з розгляду клопотання є обов'язковою, то було б доцільно положеннями чинного КПК України передбачити, яке рішення слідчий суддя має прийняти за відсутності сторони кримінального провадження, що ініціювала таке клопотання,

та з урахуванням визначеного положенням передбачити право слідчого судді на залишення клопотання без розгляду в разі неявки його ініціатора.

Окрім того, неврегульованими залишаться деякі положення КПК України, що стосуються правових підстав та порядку розгляду клопотання про арешт майна.

Так, відповідно до частини 1 статті 170 КПК України, арештом майна є тимчасове позбавлення підозрюваного, обвинуваченого або осіб, які в силу закону несуть цивільну відповідальність за шкоду, завдану діями підозрюваного, обвинуваченого або неосудної особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, можливості відчувувати певне його майно за ухвалою слідчого судді або суду до скасування арешту майна у встановленому цим Кодексом порядку. Згідно з вимогами КПК України, арешт майна може також передбачати заборону для особи, на майно якої накладено арешт, іншої особи, у володінні якої перебуває майно, розпоряджатися будь-яким чином таким майном та використовувати його.

Слідчий суддя або суд під час судового провадження накладає арешт на майно у вигляді речей, якщо є достатні підстави вважати, що вони відповідають критеріям, зазначеним у частині 2 статті 167 цього Кодексу.

Як слідує з частини 2 статті 167 КПК України, тимчасово вилученням може бути майно у вигляді речей, документів, грошей тощо, щодо яких є достатні підстави вважати, що вони: 1) підшукані, виготовлені, пристосовані чи використані як засоби чи знаряддя вчинення кримінального правопорушення та (або) зберегли на собі його сліди; 2) надані особі з метою схилити її до вчинення кримінального правопорушення, фінансування та (або) матеріального забезпечення кримінального правопорушення чи як винагорода за його вчинення; 3) є предметом кримінального правопорушення, пов'язаного з їх незаконним обігом; 4) набуті в результаті вчинення кримінального правопорушення, доходи від них або на які було спрямоване кримінальне правопорушення.

Тобто з правового аналізу вказаних вище положень КПК України слідує, що арешт може бути накладено лише на майно підозрюваного, що відповідає визначеним критеріям, оскільки положення частини 2 статті 167 є похідними від положення частини 1 статті 167 КПК України, яка визначає, що тимчасовим вилученням майна є фактичне позбавлення підозрюваного можливості володіти, користуватися та розпоряджатися певним його майном до вирішення питання про арешт майна або його повернення.

Положення чинного КПК України передбачають можливість тимчасового вилучення майна у трьох випадках, а саме: у затриманій особі, під час огляду та під час обшуку. Майно має статус тимчасово вилученого до його повернення або арешту. Частина 7 статті 236 КПК України регламентує, що вилучені речі та документи, які не входять до переліку, щодо якого прямо надано дозвіл на відшукання в ухвалі про дозвіл на проведення обшуку, та не відносяться до предметів, які вилучені законом з обігу, вважаються тимчасово вилученим майном. При цьому на практиці виникає багато суперечностей при застосуванні зазначених норм щодо арешту майна, оскільки чинним КПК України не регламентовано порядок вирішення питання щодо подальшої долі вилученого під час слідчих (розшукових) дій у кримінальному провадженні майна (тимчасово вилученого майна), що, зокрема, не належить підозрюваному, в тому числі у разі якщо в кримінальному провадженні підозру на час вилучення жодній визначеній особі не пред'явлено, а також особам, які в силу закону несуть цивільну відповідальність за шкоду, завдану підозрюваним або неосудною особою, яка вчинила суспільно небезпечне діяння. Виникає питання щодо правових підстав знаходження у слідчого майна, яке не належить переліченим у частині 1 статті 170 КПК України учасникам провадження та подальшого утримання такого майна, що необхідне для проведення певних процесуальних дій, таких як, наприклад, проведення експертизи. Тож було б логічним внести відповідні зміни до частини 2 статті 168 та частини 7 статті 236 КПК України, в результаті яких статус тимчасово вилученого поширювався б на майно, вилучене під час обшуку та огляду, а також при затриманні, що, зокрема, належить підозрюваному, а майно, що належить іншим особам, не мало б такого статусу та в такому випадку необхідно передбачити порядок отримання тимчасового доступу до такого, що було б логічно правильним та усунуло б суперечності, що виникають при застосуванні положень КПК України при вирішенні питання про арешт майна.

В іншому випадку логічно було б розширити редакцію частини 1 статті 167 та, відповідно, частини 1 статті 170 КПК України, де зазначити про можливість позбавлення права володіти, користуватися та

розпоряджатися майном не лише підозрюваного, а й інших осіб до вирішення питання про арешт майна або його повернення.

Ще одним заходом забезпечення кримінального провадження є привід, який полягає у примусовому супроводженні особи, до якої він застосовується, особою, яка виконує ухвалу про здійснення приводу, до місця її виклику в зазначений в ухвалі час.

При цьому частиною 3 статті 140 КПК України передбачено, що привід свідка не може бути застосований до неповнолітньої особи, вагітної жінки, інвалідів першої або другої групи, особи, яка одноосібно виховує дітей віком до шести років або дітей-інвалідів, а також осіб, які згідно з цим Кодексом не можуть бути допитані як свідки. У свою чергу, статтею 141 КПК України, якою передбачено вимоги до клопотання про привід, не визначено обов'язку слідчого та прокурора зазначати у клопотанні відомості, щоб свідчили про відсутність обставин, що унеможливають привід свідка. За таких обставин положеннями КПК України необхідно визначити, чи має право слідчий суддя постановити ухвалу про задоволення клопотання про привід свідка у випадку відсутності даних про особу свідка, які зазначені у частині 2 статті 140 КПК України, та чи має право слідчий суддя прийняти рішення про відмову у прийнятті (поверненні) слідчому, прокурору клопотання про привід у випадку, якщо у ньому не зазначені відомості, передбачені статтею 141 КПК України, та відомості, передбачені частиною 2 статті 140 КПК України, а якщо не має такого права, то яке він повинен приймати рішення за даних обставин (про задоволення, за наявності до того підстав, чи відмову у задоволенні).

Положеннями статті 145 КПК України передбачено вимоги до клопотання про накладення грошового стягнення, однак не зазначено, чи має право слідчий суддя прийняти рішення про відмову у прийнятті (поверненні) слідчому, прокурору клопотання про накладення грошового стягнення у випадку, якщо у ньому не зазначені відомості, передбачені статтею 145 КПК України, а якщо не має такого права, то яке він повинен прийняти рішення за даних обставин (про задоволення, за наявності до того підстав, чи про відмову у задоволенні).

При цьому КПК України не містить посилань щодо строку, протягом якого особа, на яку накладено грошове стягнення, може подати клопотання про скасування ухвали про накладення грошового стягнення, строку, протягом якого має бути розглянуто клопотання особи про скасування ухвали про накладення грошового стягнення, та не визначено самого порядку виконання ухвали слідчого судді (суду) про накладення на особу грошового стягнення.

Чинним КПК України запроваджено нову концепцію порядку застосування запобіжних заходів, зокрема реалізовано принцип змагальності сторін кримінального провадження. Нова концепція запобіжних заходів покликана, зокрема, забезпечити дотримання органами досудового розслідування права та свобод підозрюваних і обвинувачених. Окрім того, нововведенням чинного КПК України є можливість застосування до підозрюваного такого запобіжного заходу, як домашній арешт.

Так, статтею 176 КПК України встановлено, що запобіжними заходами є: особисте зобов'язання, особиста порука, застава, домашній арешт і тримання під вартою.

Позитивним нововведенням стало визначення в частині 3 статті 176 КПК України права слідчого судді відмовити в застосуванні запобіжного заходу, якщо слідчий, прокурор не доведе, що встановлені під час розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу обставини є достатніми для переконання, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів, передбачених частиною 1 цієї статті, не може запобігти доведеним під час розгляду ризику або ризикам вчинення обвинувачених, підозрюваним відповідних дій.

Статтею 186 КПК України чітко регламентовані строки розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу, в тому числі у вигляді тримання під вартою.

Однак виникає проблемне питання, яким чином повинен діяти слідчий суддя в тому разі, коли підозрюваний заявив клопотання про забезпечення його захисником або про виклик у судові засідання будь-якого свідка для взяття у нього пояснень, що з об'єктивних причин неможливо виконати в межах строків, передбачених статтею 186 КПК України, тоді як відповідно до роз'яснень, наданих Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ, у випадку, коли судовий розгляд щодо затриманого, підозрюваного у визначений КПК України строк не проведено, слідчий суддя зобов'язаний звільнити позбавлену свободи особу

на підставі частини 3 статті 206 КПК України, а наявні обґрунтовані ризики того, що після звільнення підозрюваний зможе вчинити дії, передбачені пунктами 1—5 частини 1 статті 177 КПК України.

Також виникає питання, чи може неодноразова неявка підозрюваного в судове засідання з розгляду клопотання про застосування щодо нього запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою та неодноразові невиконання органами внутрішніх справ ухвал про здійснення приводу підозрюваного бути підставою відмови в задоволенні поданого клопотання.

Системний аналіз норм кримінального процесуального закону дає змогу зробити висновок про те, що перелік підстав, з яких слідчий суддя може відмовити в задоволенні клопотання про застосування запобіжного заходу, є вичерпним.

Однією з таких підстав є встановлення в ході розгляду клопотання того, що один із більш м'яких запобіжних заходів, передбачених частиною 1 статті 176 КПК України, цілком зможе запобігти доведеним під час розгляду ризику або ризикам.

Отже, слідчий суддя за наслідком розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу може застосувати до підозрюваного лише запобіжний захід, про який ідеться в поданому клопотанні, або ж відмовити в задоволенні клопотання чи застосувати до підозрюваного більш м'який запобіжний захід, оскільки визначення виду запобіжного заходу, який буде необхідним та достатнім для цілей досудового розслідування, належить до компетенції прокурора.

Таким чином, КПК України не передбачено право слідчого судді постановити ухвалу про відмову в задоволенні клопотання про застосування запобіжного заходу в тому разі, коли слідчий суддя за наслідком розгляду клопотання дійде висновку, що вид запобіжного заходу, який слідчий або прокурор у поданому клопотанні просить застосувати до підозрюваного, є занадто м'яким і не зможе запобігти доведеним під час розгляду ризику або ризикам.

При цьому неможливо залишити поза увагою наявність проблемного питання в частині строків тримання особи під вартою, яке виникає після надходження обвинувального акта до суду.

Так, відповідно до вимог частини 5 статті 202 КПК України, підозрюваний, обвинувачений повинен бути негайно звільнений у разі закінчення строку дії ухвали слідчого судді про тримання під вартою.

Аналіз положень статті 315 КПК України дає підстави дійти висновку про те, що після надходження до суду обвинувального акта питання щодо обрання, зміни чи скасування запобіжного заходу судом може бути вирішене лише під час підготовчого судового засідання.

На практиці є непоодинокими випадки, коли до суду надходить обвинувальний акт щодо особи, стосовно якої під час досудового розслідування було застосовано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, який надійшов до суду в межах строку дії ухвали слідчого судді про застосування до підозрюваного такого запобіжного заходу.

Однак строк дії ухвали слідчого судді про застосування до підозрюваного запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою закінчується в день надходження обвинувального акта до суду або ж протягом одного-двох днів після надходження до суду, тоді як підготовче судове засідання з об'єктивних причин не може бути призначене протягом п'яти днів з дня надходження обвинувального акта до суду.

Крім того, мають місце випадки, коли після розподілу матеріалів кримінального провадження за допомогою автоматизованої системи документообігу суду виявляється, що утворити склад суду для судового розгляду кримінального провадження неможливо, у зв'язку з чим до суду апеляційної інстанції направлялися матеріали кримінального провадження з відповідним поданням місцевого суду.

Таким чином, на законодавчому рівні є неврегульованим питання продовження строку тримання під вартою у період з дня надходження обвинувального акта до суду і до початку підготовчого судового засідання.

Що стосується загальних норм, що регулюють порядок розгляду клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, то чинним КПК України доцільно було б передбачити, що всі клопотання про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, подані під час досудового розслідування кримінального провадження, мають розглядатися в закритому судовому засіданні, оскільки під час розгляду таких клопотань фактично досліджуються обставини, що не підлягають розголошенню до завершення досудового розслідування кримінального провадження.

Окрім того, зважаючи на надання слідчому судді права нагляду з питань щодо захисту прав людини, що закріплено положеннями статті 206 КПК України, було б доцільно передбачити право слідчого судді ініціювати перед органами прокуратури чи досудового розслідування питання про внесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР у разі виявлення під час розгляду клопотань чи скарг на дії та бездіяльність органів досудового розслідування чи прокурора наявності ознак складу іншого кримінального правопорушення, що повністю відповідало б поняттю судового контролю за дотриманням прав та свобод людини і громадянина.

Статтею 29 Конституції України встановлено, що ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше, як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та у порядку, встановлених законом. У разі нагальної необхідності запобігти злочині чи його припинити уповноважені на те законом органи можуть застосовувати тримання особи під вартою як тимчасовий запобіжний захід, обґрунтованість якого протягом 72 годин має бути перевірена судом. Затримана особа негайно звільняється, якщо протягом 72 годин з моменту затримання їй не вручено вмотивованого рішення суду про тримання під вартою.

Загальною декларацією прав людини (статті 3, 9) та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, яка відповідно до вимог частини 1 статті 9 Конституції України ратифікована Законом від 17 липня 1997 року «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 Конвенції» і є частиною національного законодавства України (стаття 5), визначено, що кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність і ніхто не може зазнавати безпідставного арешту, затримання або вигнання.

З метою дотримання зазначених вимог міжнародного законодавства та забезпечення охорони прав осіб при здійсненні кримінального провадження необхідно також до повноважень слідчого судді віднести вирішення питання про проведення примусового освідування особи, передбачити механізм оскарження внесення відомостей про вчинення кримінального правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань і законності затримання під час досудового розслідування.

Окрім того, доцільно було б визначити строки розгляду кожного з виду клопотань, передбачити можливість залишення скарги, поданої в порядку статті 303 КПК України, без розгляду чи її повернення у разі неявки належним чином повідомленого скажника в судові засідання з розгляду такої скарги для того, щоб унеможливити випадки зловживання правом особи на звернення до слідчого судді з такими скаргами, передбачити можливість слідчого судді повертати клопотання слідчих та прокурорів на доопрацювання з мотивів недодержання встановлених законом вимог щодо оформлення клопотання та його належного обґрунтування з чітким зазначенням доказів та інших відомостей у його обґрунтування з дотриманням вимог, передбачених КПК України.

Таким чином, згідно з КПК України 2012 року, для здійснення судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні передбачено нового для кримінального процесу суб'єкта — слідчого суддю, який наділяється значною кількістю повноважень. Для чіткості й системності законодавчої регламентації у главі 3 КПК України 2012 року доцільно було б передбачити спеціальну статтю, яка визначала б процесуальний статус слідчого судді.

Новим КПК України впроваджено в сферу дії кримінального процесуального законодавства певні новели, що стоять на рівні євростандартів. Так, згідно з цим Кодексом, встановлено процесуальну рівність і змагальність сторін, розширено права підозрюваного, потерпілого, оновлено процедуру досудового розслідування, введено в сферу кримінального процесуального законодавства слідчого суддю, який наділений значними повноваженнями у сфері здійснення судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні.

Робота слідчого судді, вочевидь, є складною. На сьогодні в сфері здійснення слідчими суддями своїх повноважень ще не напрацьовано єдиної практики, але вже зараз зрозуміло, що до слідчих суддів закон висуває підвищені вимоги щодо оперативності розгляду ними клопотань, вимагає підвищеної уваги, проникливості і далекоглядності у своїх рішеннях, встановлюючи необхідність у багатьох ситуаціях ухвалювати рішення негайно, розглядати клопотання невідкладно та при цьому слідчий суддя наділений правами вирішувати найбільш значимі для особи питання — питання обмеження її прав та свобод.

Утім, незважаючи на труднощі, варто висловити впевненість, що напрям реформування кримінального процесу, встановлений новим КПК України, є правильним, і функції суду щодо контролю за законністю ведення досудового розслідування, за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні й надалі розширюватимуться.

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ЗАСТОСУВАННЯ ЕКСТРАДИЦІЇ



ОЛЕКСАНДР ЯКОВЕНКО

адвокат АО «Астерс»

Вступлення

Институт экстрадиции, являясь одним из направлений международного сотрудничества, играет важнейшую роль в укреплении взаимопомощи между государствами по борьбе с преступностью, а также обеспечивает достижение основных целей уголовного процесса, восстановление нарушенных прав и неотвратимость наказания, несмотря на территориальные разграничения юрисдикции разных стран.

В последнее время в Украине наметилась устойчивая тенденция к увеличению запросов о выдаче лиц, совершивших преступления, а также необходимость розыска лиц за пределами государства для передачи в Украину, что, безусловно, вызвало необходимость совершенствования правового регулирования порядка и условий экстрадиции.

Центральные органы экстрадиции

Центральным органом Украины относительно экстрадиции подозреваемого, обвиняемого на стадии досудебного следствия является Генеральная прокуратура Украины, на стадии рассмотрения дела в суде или исполнения приговора — касательно выдачи подсудимого или осужденного — Министерство юстиции Украины.

Этапы экстрадиции:

- подготовка инициатором выдачи необходимых документов, составляющих в совокупности просьбу о выдаче запрашиваемого лица;
- рассмотрение документов уполномоченным органом запрашиваемой стороны;
- рассмотрение генеральной прокуратурой запрашиваемой стороны поступившей просьбы о выдаче и, в случае согласия на выдачу, правовое оформление такого согласия, а также документа на арест выдаваемого лица с целью его последующей выдачи заинтересованному государству.
- принятие мер по задержанию лица, информирование страны-инициатора об аресте, избрание меры пресечения, принятие решения о выдаче, согласование места и времени физической передачи выдаваемого лица, его конвоирование и передача.

В последнее время практикующие юристы Украины столкнулись с рядом проблем, связанных с эффективностью и оперативностью применения экстрадиции, на которых более детально я остановлюсь в своем докладе и предложу возможные варианты их решения.

Проблемы

1. Отсутствие двусторонних соглашений об экстрадиции между странами

Основными документами, которые регламентируют процедуру экстрадиции в Украине, являются действующий Уголовный процессуальный кодекс Украины, Европейская конвенция о выдаче правонарушителей 1957 года, которую подписали 47 европейских государств, в том числе Австрия, Испания, Германия, Италия, Франция и Россия; а также ряд двусторонних соглашений Украины с 13 странами, среди которых Китай, Индия, Бразилия, Панама, Египет и Иран.

В то же время одной из проблем Украины осуществления экстрадиции является отсутствие двусторонних соглашений об оказании соответствующей правовой помощи с рядом государств. Заключение подобных соглашений является очень важным, поскольку их отсутствие служит формальным основанием не выдавать Украине лиц, которыми интересуются национальные правоохранительные органы.

Примечательным является тот факт, что до сих пор не подписан договор об экстрадиции с США, хотя соответствующий переговорный процесс длится уже более 15 лет.

Примечание. Богатые беглецы выбирают, как правило, развитые страны с либеральным законодательством, среди которых США, Канада, Израиль. Поэтому Украине необходимо активизировать усилия по заключению соглашений о выдаче преступников с наиболее привлекательными для преступников странами. А пока есть возможность прибегать к использованию «принципа взаимности», принимая на себя обязательство перед выдающей страной осуществить выдачу интересующего его лица в будущем.

2. Недоверие к государству

В конце 2014 года Вестминстерский мировой суд высказал свое мнение по поводу того, что нынешние условия содержания в тюрьмах являются серьезной проблемой обеспечения защиты чести и достоинства заключенных. Критика прозвучала в адрес Молдовы, Румынии, России, Турции, Украины и ряда других европейских государств. Суд указал на то, что неудовлетворительное состояние мест лишения свободы в перспективе будет расцениваться как основание для отказа в выдаче лиц, подозреваемых в совершении преступлений.

3. Иммунитет политических преступников

Большинство двусторонних соглашений об экстрадиции, как и национальное законодательство стран, содержат положения о запрете выдачи лиц, которые подозреваются в деяниях политического характера. То есть беглец может быть не экстрадирован, если предполагаемое преступление носит политический характер.

Ввиду отсутствия четкого определения «политического преступления» в международном праве суды ряда государств не ограничивают себя рамками интернациональных договоров и преследуют прагматичные цели, принимая, в первую очередь, политические решения.

В современных реалиях вопрос политического иммунитета пользуется особой актуальностью. Украина получила не один отказ Российской Федерации в экстрадиции ряда бывших государственных чиновников именно по политическим мотивам.

В связи с этим многие виды преступлений против основ национальной безопасности, в частности государственная измена, посягательство на территориальную целостность и суверенитет, захват государственной власти, терроризм и прочие подпадающие под экстрадиционное исключение, применяемое для политических преступлений, могут способствовать виновным лицам в уклонении от наказания.

Примечание. В связи с этим для минимизации злоупотреблений в связи с неоднозначным толкованием «политического преступления» считаю необходимым определить его понятие на уровне международного и национального законодательства.

4. Получение гражданства иностранного государства

Согласно статье 6 Европейской конвенции, договорная сторона имеет право отказать в выдаче своих граждан. Кроме того, указанный принцип предусмотрен конституциями Франции, Германии, Италии, Испании, Португалии, Молдовы, Российской Федерации и ряда других государств.

Указанное положение создает серьезные проблемы в процедуре экстрадиции, поскольку некоторые граждане, чтобы уклониться от привлечения к уголовной ответственности или отбывания наказания на их Родине, получают гражданство другого государства, порой инвестируя в развитие экономики той или иной страны миллионы долларов.

Примечание. Если лицо имеет гражданство выдающей стороны, то его выдача вполне может быть отклонена, поэтому правоохранительным органам запрашивающей стороны целесообразно инициировать перед выдающей страной проверку законности получения беглецом его гражданства или подданства.

5. Длительность рассмотрения запроса о выдаче лица

Эту проблему можно рассмотреть на примере одного из украинских предпринимателей, который в марте 2014 года был задержан австрийской полицией по запросу Федерального бюро расследований США. Спустя год решение в деле о его экстрадиции не принято.

Аналогичная ситуация может сложиться с экс-министром финансов Украины, который недавно был задержан сотрудниками испанского отделения Интерпола по подозрению правоохранительных органов Украины в хищении государственных средств. На данный момент он находится под юрисдикцией испанского суда, который должен определить меру пресечения на время получения документов из Украины. Далее Генеральная прокуратура Украины обязана передать испанской стороне неопровержимые доказательства его вины. На основании предоставленной информации испанский суд примет решение о его выдаче в Украину или отказе в этом. Фактически сроки экстрадиции могут составить месяцы, а иногда и годы.

6. Различие уголовного законодательства государств

Взаимодействие правоохранительных органов различных государств нередко определяются различиями норм их уголовного и уголовно-процессуального законодательства.

Например, если гражданин Украины разыскивается на территории другого государства за незаконное хранение более 5 г марихуаны, могут возникнуть проблемы с экстрадицией такого лица только на том основании, что законодательством выдающей страны предусмотрена уголовная ответственность за хранение наркотических средств в значительно больших объемах. В частности, в Нидерландах — 30 г, Австралии — до 25 г, Чехии — до 15 граммов и т.д.

С похожей проблемой могут столкнуться и европейские правоохранительные органы при сотрудничестве с Украиной. Так, в Кыргызской Республике, Туркменистане предусмотрена уголовная ответственность за двоеженство или ответственность за гомосексуализм, которая предусмотрена в Индии или Иране. В свою очередь, подобные действия в Украине не преследуются в уголовном порядке.

Примечание. Для выхода из указанной ситуации и реализации экстрадиции та или иная страна может применить «принцип взаимности» обоюдной помощи, о котором говорилось ранее.

ДЕНЬ ДРУГИЙ 20.03.2015

СЕСІЯ II

СЕКЦІЯ 2 МІЖНАРОДНИЙ АРБІТРАЖ



МОДЕРАТОРИ

ЄВГЕН КУБКО

доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент
Національної академії правових наук України, старший
партнер, президент ЮФ «Салком» (Міжнародна асоціація
«Сквайр Паттон Боггс — Салком»)

ЮЛІЯ ЧЕРНИХ

арбітр Міжнародного комерційного арбітражного суду
при Торгово-промисловій палаті України, партнер ЮК ARBITRADE

НОВІ ТЕНДЕНЦІЇ ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ В МІЖНАРОДНОМУ ІНВЕСТИЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ



КАРОЛ ВЕЛЛ

партнер ЮФ Squire Patton Boggs (Лондон)

Пані і панове, дякую, що запросили мене виступити сьогодні перед вами. Для мене є великою честю бути тут у той час, коли Україна вступає на етап критичних перетворень. Я вперше побувала в Україні наприкінці дев'яностих років і відтоді завжди цікавлюся змінами, що відбуваються в країні.

Моя тема сьогодні — це міжнародний інвестиційний арбітраж і, зокрема, нова тенденція, яка є особливо актуальною для України, — протидія корупції в міжнародному інвестиційному арбітражі.

Перш за все, що таке інвестиційний арбітраж? Простими словами інвестиційний арбітраж — це арбітраж, порушений інвестором проти держави на основі або (а) інвестиційного договору між інвестором і державою, або (б) двостороннього інвестиційного договору чи багатостороннього інвестиційного договору, такого як Договір про Енергетичну хартію. Коротше кажучи, третейський суд оцінює поведінку

держави-господаря відповідно до міжнародного звичаєвого права. Метою інвестиційного арбітражу є підвищення передбачуваності міжнародної інвестиційної політики.

Першу справу за інвестиційним договором було зареєстровано Міжнародним центром з вирішення інвестиційних спорів (ICSID) у 1987 році. Над своєю першою справою за інвестиційним договором я працювала у 2002-му. Тоді я і подумати не могла, що інвестиційні спори будуть рости, як гриби. Лише в 2012 році в арбітраж було передано 62 нових позовів за порушенням інвестиційних договорів. Наша фірма представляла держави у 18 інвестиційних арбітражних справах.

Враховуючи, що більше позовів було подано проти країн, що розвиваються, інвестиційний арбітраж іноді критикують як такий, що діє на користь «імущих» проти «неімущих». І все ж, як не дивно, Організація економічного співробітництва і розвитку (OECD) недавно повідомила, що з 57 справ інвестора проти держави, порушених у 2013 році, майже половину становили справи проти розвинутих країн, наприклад позов шведської енергетичної компанії Vattenfall проти Німеччини.

Загальна картина справ з інвестиційними договорами не зовсім райдужна. Такі країни, як Болівія, Еквадор та Венесуела, не підтримали Конвенцію ICSID, і є багато спорів про те, чи двосторонні інвестиційні договори справді сприяють прямим іноземним інвестиціям. Але судячи з того, що кількість нових інвестиційних арбітражних справ лише збільшується, інвестиційний арбітраж найближчим часом нікуди не дінеться.

Інвестиційний арбітраж часто критикують як такий, що віддає перевагу інвестору над державою. Сьогодні я пропоную обговорити нову важливу стратегію захисту в інвестиційному арбітражі, що використовується на користь держави і може бути особливо важливою для України, оскільки її чекають позови в інвестиційних арбітражах, які виникли з минулого корумпованого режиму. Нова тенденція полягає в тому, що інвестиційні третейські суди все частіше готові розглядати питання корупції і, зокрема, дозволяти захисту, що посиляється на корупцію, повністю відхиляти позов.

Визначення корупції

Під корупцією я маю на увазі «зловживання довіреною владою для отримання власної вигоди» — словом, хабарництво.

Протягом двох останніх десятиріч ми спостерігаємо різке збільшення кількості багатосторонніх договорів, спрямованих на протидію корупції; у більшості держав світу займаються розробкою антикорупційного законодавства: було створено Конвенцію Організації економічного співробітництва і розвитку по боротьбі з хабарництвом (OECD), Конвенцію ООН по боротьбі з корупцією, і практично кожна держава світу захищила корупцію.

Ми багато чуємо про посилене застосування Закону США про корупцію за кордоном (FCPA), в результаті чого було стягнуто значні суми штрафів: наприклад, у 2010 році — це 1,8 млрд дол. США, в 2014 році — 1,5 млрд дол. США. Просуваємося ми у боротьбі з корупцією чи ні — це ще питання, але, без сумніву, це гаряча тема, і впродовж останніх двох десятиріч багато чого відбулося в сфері цієї боротьби.

Третейські суди — «тиха гавань для корупції» в минулому — «слона не помічали»

Тоді як виконання антикорупційного законодавства є особливо актуальним з кінця 1990-х років, інвестиційні третейські суди, як не дивно, приділяли мало уваги питанням боротьби з корупцією. Справді, протягом багатьох років в арбітражних процесах між інвестором і державою була презумпція, що ніякої корупції не було «з дипломатичних міркувань», і, як наслідок, міжнародний інвестиційний арбітраж розглядався як захищена «тиха гавань для корупції».

Але корупція існувала. Часто доводилося чути, що іноземний інвестор, який здійснює значні довгострокові інвестиції в країні, що розвиваються, так чи інакше втягувався в корупцію чи то за право інвестувати, чи то для гарантій ефективності інвестицій. І все ж сторони арбітражних спорів неохоче порушували питання корупції, а навіть якщо і порушували, то третейські суди неохоче бралися за розв'язання такої

проблеми. Вона була як «слон у посудній лавці», якого ніхто не помічає. Десять років тому, якби ви пішли на конференцію з питань інвестиційних договорів, малоймовірно, що корупція була б навіть у переліку питань порядку денного, а тепер ІСС має одноденні конференції винятково на тему протидії корупції в інвестиційних арбітражах.

Щоб порахувати справи, які були відхилені з причин виявлення корупції із загальної кількості понад 600 інвестиційних арбітражних справ, вистачить пальців однієї руки. Чотири справи, якщо точно. Рішення у двох з них були винесені, як тільки визнали факт хабарництва. Ознайомлю вас з двома головними рішеннями третейських судів, що стосуються корупції, а потім викладу власну точку зору про те, чому вони є настільки важливими для України на сьогодні, зокрема, чому для України важливо забезпечити дотримання законів з боротьби із корупцією саме тепер, коли на неї очікують інвестиційні позови, що впливають з часів попереднього режиму.

Справа WorldDutyFree проти Кенії (ICSID 2006)

Переломним моментом стало винесення рішення ICSID у 2006 році у справі WorldDutyFree проти Кенії за договором з кенійським урядом. У спорі WorldDutyFree проти Кенії факт хабарництва було визнано позивачем, який у своїх свідченнях заявив, що забезпечив собі отримання договору концесії в результаті давання хабара у 2 млн дол. США. Позивач стверджував, що залишив портфель з грошима біля стіни під час зустрічі з президентом Кенії, а коли після зустрічі забрав портфель, то гроші були замінені початками кукурудзи. Незабаром після надання свідчень Кенія звернулася до суду із заявою про відхилення позовних вимог. Третейський суд зобов'язав надати докази і в результаті ухвалив, що контракт не має законної сили за відсутності правових підстав і що позов позивача відхиляється на підставі недотримання процедури. Позов позивача було відхилено в цілому. Це було перше відхилення позову в ICSID на підставі непідсудності.

Справа WorldDuty є не лише історичною в судовій практиці, але й незвичайною, оскільки незвичним для позивача є відкрито визнавати факт хабара.

Відкритим залишається питання, над яким третейському суду у справі WorldDuty не довелося ламати голову, — як міжнародному інвестиційному арбітражу виявляти і вирішувати справи з прихованою корупцією, коли зацікавлені сторони не визнають факт хабарництва? Як третейським судам справлятися з тим, що доводити факт корупції непросто?

Справа Metal-Tech проти Узбекистану (ICSID 2013)

Суд ICSID у 2013 році, розглядаючи справу Metal-Tech проти Узбекистану, пройшов тривалий шлях, вирішуючи ці питання. Коли у справі Metal-Tech стало зрозумілим, що деякі з наданих фактів не мають обґрунтованих пояснень, третейський суд попросив позивача надати роз'яснення щодо договору про надання консультаційних послуг з особою, яка була тісно пов'язана з урядовими чиновниками. Позивач не зміг надати будь-яких розумних пояснень щодо необхідності послуг консультанта, в якого не було необхідної кваліфікації, пов'язаної з характером діяльності позивача в Узбекистані, або щодо того, чому консультанту заплатили понад 4 млн дол. США на рахунок офшорної швейцарської компанії. У справі були очевидні не обґрунтовані позивачем «тривожні сигнали», і суд на підставі достатності обставин зробив припущення про факт хабарництва. Суд закрити справу на підставі непідсудності і відхилив позов Metal-Tech, а також зустрічний позов Узбекистану.

Зазвичай сторона, що програла справу в суді, має сплатити судові витрати сторони-переможця, але третейський суд у справі Metal-Tech не застосував цей принцип, чим опосередковано визнав вину узбецьких органів влади у вимаганні та прийнятті хабара і присудив кожній стороні покриття власних витрат.

Рішення у справі Metal-Tech має величезне значення з ряду причин. Питання корупції було порушене третейським судом за власною ініціативою (suasponte), а не заявлено однією із сторін. Суд застосував своє право вимагати від учасників процесу надання доказів і, не отримавши від позивача задовільних пояснень, зробив несприятливі висновки і прийняв рішення про факт підкупу.

Труднощі доведення факту корупції

Довести факт корупції непросто. Більше того, в арбітражі нелегко змусити сторони надати компрометуючі документи. Ось чому гнучкість і готовність третейського суду у справі Metal-Tech зробити висновки з неспроможності позивача надати достатні пояснення щодо виявлених «тривожних сигналів» стали критичним моментом у винесенні такого рішення.

Є багато спорів щодо того, що має слугувати стандартом доказу для встановлення факту корупції в інвестиційних арбітражних спорах. Багато фахівців стверджують, що серйозність звинувачень у корупції вимагає більш високого стандарту доказування. Також стверджують, що сторона, яка бажає довести факт корупції, зобов'язана надати «чіткі і переконливі докази».

Я не згодна з цим. Відверто кажучи, думаю, що це пережитки старої школи, коли на питання корупції заплющували очі.

Інвестиційний арбітраж вирішує цивільні справи, а в цивільних справах стандарт доказування має базуватися на балансі ймовірностей і не вимагати чіткого та переконливого доказу. Інвестиційний арбітраж має справу лише з цивільними наслідками корупції. Наслідки визнання відповідальності держави, яка допустила корупцію, не відрізняються від визнання відповідальності за порушення договору або будь-якого іншого застосовного критерію. Нічия персональна свобода не перебуває під загрозою. Питання полягає в тому, чи потрібно притягувати до відповідальності уряд держави за порушення умов інвестиційного договору або угоди. Засоби захисту для обвинувачуваного у кримінальному провадженні не повинні переноситися на міжнародний інвестиційний арбітраж. Крім того, фактори державної політики, пов'язані з боротьбою проти корупції, призводять до відмови від більш високого рівня доказів у цивільних справах, бо інакше факт корупції майже ніколи не буде доведений.

Також визнано, що опосередковані докази (на відміну від прямих) можуть бути достатніми для встановлення корупції, але щоб зробити висновок про такий факт, має бути безліч індикаторів таких опосередкованих доказів. Узагалі, якщо обговорюється дуже високий стандарт доказування, звинувачення у корупції чи незаконності не має успіху. Може здатися, що суд робить це, щоб підкріпити свій висновок, але насправді звинувачення у корупції чи незаконності можуть бути безуспішними за будь-яких стандартів. З практичної точки зору третейські суди, які визнавали факт корупції, не турбувалися про те, який стандарт доказування застосовувати. Натомість вони просто розглядали докази.

Захист, що спирається на корупцію, діє в інтересах держави

Чому те, що інвестиційні арбітражні суди почали боротися з корупцією, так важливо?

Перш за все, сподіваємося, це допомагає стримувати інвесторів від участі у хабарництві при здійсненні інвестицій. Принаймні приклад з Metal-Tech має змусити інвесторів, які застосовували нечесні прийоми (як-то оплата послуг агента, що полегшує здійснення інвестицій), нервуватися, подаючи позов до третейського суду. Для таких інвесторів залишатиметься ризик, що суд обов'язково звернеться за роз'ясненнями, які вони не зможуть надати. Це може призвести до повного відхилення позову, втрат для репутації інвестора, недопущення до участі в торгах з державних закупівель чи ризику обвинувачення з боку США в рамках FCPA або іншого відповідного антикорупційного законодавства.

Як я згадувала раніше, крім рішень, винесених у справах WorldDuty і Metal-Tech, були ще два інвестиційних арбітражі, в яких факт виявлення хабарництва вплинув на результати. В обох справах («Siemens проти Аргентини» (ICSID, 2007 рік; провадження з перегляду і скасування судових рішень припинено в 2009 році) та «Azpetrol проти Азербайджану» (ICSID, 2009 рік) позивачі негайно врегулювали справи, як тільки було визнано факт хабарництва. Вони зрозуміли, що нічого доброго на них не чекає. Ми не знаємо умов конфіденційного врегулювання спору, але Siemens нібито відмовився від вимог на суму 220 млн дол. США в процесі очікування перегляду судового рішення.

США успішно стягують з міжнародних компаній високі штрафи, навіть не викликаючи відповідачів до суду, оскільки компанії не хочуть руйнувати свою репутацію розкриттям скрупульозних доказів їхньої корупційної поведінки у пресі. Сподіваємося, це також стримуватиме інвесторів від подання інвестиційних позовів, якщо при здійсненні інвестицій мали місце очевидні факти корупції.

Виконання антикорупційного законодавства; зниження ризиків на шляху вперед

Такий розвиток подій також повинен стимулювати державу забезпечувати виконання антикорупційного законодавства. Адже коли здійснюється підкуп, беруть участь дві сторони. Справу WorldDuty іноді критикують, бо інвестор через хабар втратив можливість задовольнити свою претензію, а держава не була покарана. Як кажуть, «інвестор, нечистий на руку, залишається з порожніми руками, а держава, нечиста на руку, звільняє руки».

Тепер, коли третейські суди мають справу з корупцією, можна очікувати, що якщо держава не переслідує і не карає своїх посадових осіб, втягнутих у корупційну діяльність, суди будуть схильні відхилити або не прийняти всерйоз захист держави в інвестиційному позові, що посиляється на корупцію. Справді, є випадки (як, наприклад, «SPP проти Єгипту» і «WENA проти Єгипту»), коли відмова держави у судовому переслідуванні чи притягненні до відповідальності конкретних посадових осіб у зв'язку з можливою корупцією стали причиною того, що аргументи захисту держави щодо корупції суд до уваги не взяв.

Тепер ви бачите, наскільки це важливо для України тоді, коли інвестори подають арбітражні інвестиційні позови у справах, пов'язаних з минулим корумпованим режимом. Україна повинна демонструвати активне й наполегливе забезпечення виконання антикорупційного законодавства. Якщо цього не робити, третейські суди не сприйматимуть всерйоз заяв України про відхилення позовів інвестора на підставі того, що інвестор вдавався до корупційних схем для здійснення своїх інвестицій.

Часом кажуть, що корупційний захист може стати неочікуваною удачею для держави, але жодна держава, яка має необхідність в іноземних інвестиціях, не хотіла б використовувати такий захист на постійній основі.

Для ефективного отримання доказів корупції держави повинні об'єднати зусилля своїх антикорупційних органів з іншими країнами (зокрема, такими як Швейцарія, де традиційно зберігаються кошти), щоб відстежувати доходи від великих контрактів (тобто використовувати взаємну правову допомогу в цивільно-правовому контексті). Чим суворіше дотримуватися антикорупційних законів, тим імовірніше, що докази будуть отримані.

Ви живете у захоплюючий час. Народ України скинув попередню владу і зробив свій вибір. І все ж економічна ситуація залишається серйозною і вимагає негайної уваги. Як сказав ваш новий перший заступник міністра економіки Олександр Боровик: «...українська економіка у спіралі падіння, іноземні інвестиції в Україну скорочуються — ситуація набуває драматичного характеру». Критично важливо, щоб Україна залучала іноземні інвестиції і фінансування. Щоб досягти цього, необхідно позбутися репутації корупційної держави із зловживаннями у владі, яка сформувалася за останнє десятиріччя. Найважливіше значення для відновлення репутації України має енергійне, ефективне і справедливе виконання законів, націлених на боротьбу з корупцією. Україні необхідно не тільки показати, що з корумпованою системою минулого покінчено. Чинна влада має також довести, що в неї є можливості забезпечення виконання своїх законів і тим самим створити безпечний, чесний і передбачуваний інвестиційний клімат у країні.

Багато людей у Сполучених Штатах і Західній Європі широко бажають українському народу всіляких успіхів. Попереду — важкий шлях, але якщо бути відданими, наполегливими і чесними, цей шлях приведе до кращого майбутнього.

ПРО ДЕЯКІ ПИТАННЯ ВЗАЄМОДІЇ СУДІВ З МІЖНАРОДНИМ КОМЕРЦІЙНИМ АРБІТРАЖЕМ



МИКОЛА СЕЛІВОН

кандидат юридичних наук, професор, голова Міжнародного комерційного арбітражного суду,
Морської арбітражної комісії при Торгово-промисловій палаті України,
академік Національної академії правових наук України

Угода про асоціацію з ЄС не лише спонукає, але й зобов'язує підняти на рівень стандартів Європейського Співтовариства не тільки правосуддя як основний канал захисту прав і свобод, але й альтернативні способи розв'язання спорів, до яких, як відомо, належить і міжнародний арбітраж.

Тому треба вітати, що в рамках III Судово-правового форуму вперше працює секція, присвячена проблематиці міжнародного арбітражу. Цей крок є позитивним ще й з огляду на те, що одним із організаторів Форуму є Верховний Суд України, а, як відомо, політика державних судів щодо арбітражу справляє визначальний вплив на ефективність його функціонування, бо на державні суди практично в усіх державах світу, де є арбітраж, національним законодавством покладено виконання важливих функцій щодо арбітражу. Ці функції, залежно від їхнього призначення, класифікують зазвичай як функції сприяння та функції контролю.

У цьому випадку такі держави сприйняли положення Типового закону про зовнішньоторговельний арбітраж, прийнятого в 1985 році Комісією ООН з права міжнародної торгівлі і схваленого Генеральною асамблеєю ООН, для можливого використання державами у своєму законодавстві.

Україна теж сприйняла ці рекомендації, і у функціональному плані суди щодо міжнародного комерційного арбітражу згідно із законодавством України здійснюють, як і в інших державах, функції сприяння та функції контролю (статті 5, 6, 8, 9, 16, 27, 34, 35, 36 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»). За часом здійснення зазначені функції можна поділити на ті, які реалізуються під час арбітражного розгляду, і ті, які реалізуються після винесення рішення.

Надаючи сприяння арбітражу та здійснюючи певні контрольні функції, суди між тим поставлені в чіткі рамки. Принципового значення набуває імперативна норма, закладена у статті 5 «Межі втручання суду» Закону про міжнародний арбітраж: «З питань, що регулюються цим Законом, ніяке судове втручання не повинно мати місця, крім як у випадках, коли воно передбачене у цьому Законі».

Узагальнюючи висловлені в юридичній літературі судження і на основі українського законодавства можна виокремити такі напрями здійснення функцій сприяння та контролю державних судів щодо міжнародного арбітражу.

Функції сприяння:

- 1) вжиття забезпечувальних заходів щодо позову, заявленого в міжнародному арбітражі;
- 2) сприяння в отриманні, збереженні та забезпеченні доказів;
- 3) формування правозастосовної практики в руслі загальноприйнятих концепцій природи арбітражу і його рішень, арбітражного розгляду;
- 4) формування в юридичного та бізнесового співтовариства ставлення до міжнародного комерційного арбітражу і третейських судів, що розглядають внутрішні спори, як ефективного способу захисту прав.

Функції контролю:

- 1) оцінка дійсності арбітражної угоди (до винесення рішення);
- 2) контроль компетенції міжнародного комерційного арбітражу;
- 3) розгляд заяв про скасування рішення міжнародного комерційного арбітражу за місцем його прийняття в порядку статті 34 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»;
- 4) розгляд заяв про визнання і приведення у виконання іноземних арбітражних рішень у порядку, встановленому розділом VIII Цивільного процесуального кодексу України (далі — ЦПК України);
- 5) розгляд заяв про примусове виконання рішень Міжнародного комерційного арбітражного суду та Морської арбітражної комісії при ТПП України.

Як можна оцінити стан виконання судовими органами України цих функцій? Оцінка неоднозначна. По-перше, цитована вище чітка формула статті 5 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» про обмежене втручання суду, а також відома постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 грудня 1999 року № 12 сприяли становленню в Україні судової практики щодо міжнародного арбітражу, яка в більшості випадків відповідає чинному законодавству і міжнародним договорам України. Це, передусім, стосується здійснення судами контрольних функцій. На мій погляд, це об'єктивна оцінка, і цю позитивну оцінку варто доводити до відома загалу як у нашій державі, так і за кордоном. Достатньо сказати, що за 2013—2014 роки суди не скасували і не прийняли до виконання жодного рішення МКАС і МАК при ТПП України з підстави суперечності арбітражного рішення публічному порядку України. Як відомо, застосування цієї підстави, виходячи із судової практики багатьох країн, критикується фахівцями через її аморфність, відсутність чітких критеріїв визначення поняття «публічний порядок». Хоча в окремих випадках правові позиції судів при здійсненні функцій контролю щодо арбітражу викликають сумніви в їх правомірності, про що буде сказано далі.

По-друге, і це теж об'єктивна оцінка, ми відстаємо від провідних західних країн, в яких державні суди значно активізували функцію сприяння арбітражу, зокрема у вжитті заходів із забезпечення позову, який розглядається в міжнародному комерційному арбітражі, та виконання остаточного арбітражного рішення. У нашій країні виконання судами функцій сприяння щодо арбітражу перебуває у зародковому стані.

Для цього є багато причин, у тому числі недосконале правове забезпечення. Так, незважаючи на задекларовану у статті 9 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» можливість сторони арбітражного розгляду звернутися до суду про вжиття забезпечувальних заходів та винесення судом ухвали про вжиття таких заходів, такі звернення судами не розглядаються через відсутність процедури розгляду цих клопотань у процесуальному законодавстві. Не розглядаються також звернення сторони арбітражного розгляду про примусове виконання постанови складу арбітражу або голови МКАС чи МАК при ТПП України про вжиття запобіжних заходів, оскільки суди, цілком обґрунтовано, на мою думку, не вбачають, що зазначені постанови є остаточними арбітражними рішеннями, які підлягають виконанню відповідно до Нью-Йоркської конвенції 1958 року про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень. Процедура розгляду і перших, і других звернень потребує закріплення в ЦПК України. Практика вимагає, щоб зазначені прогалини якнайшвидше були заповнені відповідними правовими нормами. Наразі у процесуальному законодавстві склалася парадоксальна ситуація. Ще 22 вересня 2012 року до частини 1 статті 394 ЦПК України було внесено доповнення, згідно з яким суд за заявою особи, яка подає клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду, в тому числі й міжнародного комерційного арбітражу, може вжити передбачених цим Кодексом заходів забезпечення позову. Забезпечення позову допускається на будь-якій стадії розгляду такого клопотання, якщо невжиття заходів забезпечення позову може ускладнити чи унеможливити виконання рішення суду (арбітражу). Тобто на стадії виконання арбітражного рішення забезпечувальні заходи прийняти можна, тоді як на стадії розгляду спору в арбітражі, коли потреба в забезпеченні позову набагато актуальніша через відсутність процесуального забезпечення, такі заходи практично не можуть прийнятися судом.

У Верховній Раді України вже певний час опрацьовується законопроект «Про внесення змін до деяких законодавчих актів (щодо вжиття заходів забезпечення позову у підтримку міжнародного арбітражу)», в якому регламентується порядок прийняття судами України рішень про заходи забезпечення позову в міжнародному арбітражі, в тому числі за заявами іноземних суб'єктів господарювання у справах, які розглядаються арбітражем з його місцезнаходженням поза межами України. Не вдаючись до аналізу змісту цього законопроекту і оцінюючи його як певний крок уперед, висловлю принципове застереження, пов'язане із загальною світовою тенденцією посилення ролі арбітражних інститутів у застосуванні забезпечувальних заходів. Яскравим прикладом цього є внесені 7 липня 2006 року на 39-й сесії ЮНСІТРАЛ зміни до Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговельний арбітраж, присвячені, передусім, забезпечувальним заходам. Була введена спеціальна глава IV А «Забезпечувальні заходи і попередні постанови», в якій детально розписані повноваження арбітражних судів з винесення рішень про прийняття забезпечувальних заходів та процедура їх прийняття, а також передбачена можливість визнання та виконання забезпечувальних заходів, прийнятих арбітражем, компетентним державним судом, незалежно від країни, в якій вони винесені. Зазначені зміни до Типового закону ЮНСІТРАЛ до цього часу не імplementовані до законодавства України.

У «двоканальній» можливості стороні звертатися за забезпеченням позову як до державного суду, так і до арбітражу пріоритет має надаватися останньому, оскільки саме арбітраж, який розглядає справу, при вирішенні питання про прийняття забезпечувальних заходів може враховувати всі обставини справи та іншу інформацію, необхідну для прийняття обґрунтованого рішення щодо забезпечувальних заходів у цій справі. Такої інформації позбавлений державний суд при розгляді клопотання про вжиття забезпечувальних заходів у підтримку міжнародного арбітражу.

Тому, враховуючи принцип автономії міжнародного комерційного арбітражу щодо прийняття рішення про забезпечувальні заходи та його первинності щодо розуміння необхідності і негайності таких заходів, убачається за необхідне включити до законопроекту норми, які регламентували б порядок визнання та виконання забезпечувальних заходів, прийнятих арбітражем, з обов'язковим доповненням частини 4 статті 15 ЦПК України про компетенцію судів розглядати такі справи.

Ідеальним варіантом було б одночасне внесення змін до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» щодо імplementації згадуваних новел, внесених ЮНСІТРАЛ до Типового закону про арбітраж у 2006 році, та до ЦПК України щодо порядку розгляду клопотань, поданих сторонами арбітражного розгляду:

- а) про вжиття судом заходів забезпечення позову, що розглядається арбітражем;
- б) про примусове виконання рішень арбітражу, постанов голови МКАС і МАК при ТПП України про вжиття заходів забезпечення позову.

Підкреслюючи ще раз нагальність врегулювання проблеми реалізації заходів із забезпечення позову в арбітражі, все-таки потрібно зауважити, що механізм вжиття забезпечувальних заходів має бути надзвичайно виваженим і виправданим, оскільки йдеться про права та інтереси іншої сторони арбітражного провадження — відповідача (боржника). Забезпечення позову має бути співмірним із заявленими позивачем вимогами.

Як показує аналіз судової практики, заяви про скасування рішення МКАС і МАК при ТПП України наразі розглядаються судами стосовно порядку, визначеного у главі 1 «Проведення у справах про оскарження рішень третейських судів» розділу VII¹ ЦПК України, яка регламентує розгляд заяв про скасування рішень третейських судів, що розглядають внутрішні спори. Між тим, процедура розгляду судами заяв про скасування рішень внутрішніх третейських судів і рішень міжнародного комерційного арбітражу має принципові відмінності. Пошлюсь лише на два моменти. Згідно з частиною 1 статті 389¹ ЦПК України, суб'єктами звернення із заявою про скасування рішення третейського суду є сторони, треті особи, а також особи, які не брали участі у справі, у разі якщо третейський суд вирішив питання про їхні права і обов'язки. Стаття 34 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» натомість встановлює, що з клопотанням про скасування рішення арбітражу можуть звернутися лише сторони арбітражного провадження. На нашу думку, ніхто, крім сторін, не має права звертатися з клопотанням про скасування рішення міжнародного арбітражу, який обумовлений угодою цих же сторін на передачу і розв'язання спору між ними на арбітраж. Тому виявляється хибною практика, що складається, коли розглядаються заяви прокурора про скасування рішення МКАС і правомірність такого підходу підтримується апеляційною і касаційною інстанціями.

Другий момент. У частині 2 статті 34 Закону про міжнародний комерційний арбітраж розмежовуються підстави для скасування, які доводить сторона, і суд не може виходити за доводи сторони (пункт 1) та випадки, коли суд не обмежений доводами сторони, якщо під час розгляду справи буде встановлено підстави для скасування арбітражного розгляду рішення, передбачені у пункті 2 частини 2 цієї статті Закону. Натомість, згідно з частиною 4 статті 389⁴ ЦПК України, суд не обмежений доводами заяви про скасування рішення третейського суду з усіх підстав, визначених статтею 389⁵ Кодексу. Треба повторити, що ці розбіжності мають принциповий характер.

Тому є всі підстави пропонувати розробку і включення до ЦПК України окремої глави про провадження у справах про оспорування рішень міжнародного комерційного арбітражу.

З подібних міркувань убачається доцільним і введення окремої глави про провадження у справах про визнання і виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу та передачу цих справ, як і справ про оспорування арбітражних рішень.

На підставі аналізу судової практики є необхідність порушити декілька питань, які доцільно винести на обговорення загалу.

По-перше. До МКАС при ТПП України не зменшується кількість звернень суб'єктів підприємництва, особливо іноземних, які скаржаться на заплутане законодавство України, що регламентує розгляд клопотань про примусове виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу. Як відомо, це компетенція місцевих загальних судів. І хоча розмежування компетенції між загальними і господарськими судами з цього питання було чітко закріплене ще законами України від 3 лютого 2011 року шляхом внесення відповідних змін і доповнень до Цивільного процесуального і Господарського процесуального кодексів України, до цього часу деякі господарські суди приймають до розгляду клопотання про видачу виконавчого листа на примусове виконання арбітражного рішення, тоді як окремі місцеві загальні суди безпідставно відмовляють у прийнятті таких клопотань, відсилаючи заявників до господарського суду. Є випадки, коли місцевий суд, розглядаючи клопотання про примусове виконання рішення арбітражу, застосовує положення глави 2 розділу VII¹ ЦПК України, що стосуються рішень внутрішніх третейських судів, замість того, щоб керуватися главою 1 розділу VIII цього ж Кодексу, що призводить до винесення судом незаконних рішень.

Аби уникнути плутанини, що інколи відбувається на місцях: який суд і в якому порядку розглядає зазначені вище справи, доцільно було б Вищому спеціалізованому суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ та Вищому господарському суду України спільно чи радше окремо підготувати на місця інструктивні листи про компетенцію і порядок розгляду клопотань про скасування і примусове виконання рішень третейських судів, що розглядають внутрішні спори, та рішень міжнародного комерційного арбітражу.

Оскільки справи про визнання і виконання арбітражних рішень, рівно як і про скасування таких рішень, передані до компетенції низової ланки загальних судів, ці справи досить часто тягнуться роками, послідовно проходячи всі інстанції, — перша, апеляційна, касаційна інстанції, а остання досить часто передає справу на новий розгляд і починається нове коло судових розглядів. Зазначене повністю нівелює основні переваги арбітражу: оперативність вирішення спору і остаточність арбітражного рішення.

Мабуть, настав час для практичної реалізації вже неодноразово висловлюваної пропозиції щодо передачі цих справ до компетенції апеляційних судів. Це відповідало б світовій практиці і відновлювало б становище, яке існувало до 2005 року. Більше того, висловлю пропозицію про передачу справ щодо скасування рішень міжнародного комерційного арбітражу та їх примусового виконання до підвідомчості господарських судів, судді яких більш компетентні як в аналізі зовнішньоекономічних договорів, що розглядаються арбітражем, так і в специфічних особливостях арбітражного розгляду спорів.

По-друге. Збільшується кількість паралельних розглядів одних і тих же спорів у МКАС і господарських судах. Раніше як у господарських, так і в загальних судах була стійка практика, яка повністю відповідала положенню статті 8 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», пункту 3 статті 6 Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж, згідно з якими суди припиняли провадження у справі і направляли сторони до арбітражу у випадках, коли одна із сторін подала позов до суду з питання, що є предметом арбітражної угоди, а інша сторона заперечувала проти такого розгляду, посилаючись на укладену арбітражну угоду.

За останні два-три роки така практика потроху змінюється. Господарські суди почали приймати до свого провадження і розглядати спори, для яких сторонами передбачений інший механізм їхнього вирішення — міжнародний арбітраж, навіть і в тих випадках, коли є заперечення відповідача — сторони арбітражної угоди проти розгляду справи у суді. Господарські суди, в тому числі й Вищий господарський суд України, при цьому обґрунтовують свою позицію положеннями Конституції України про невід’ємне право кожної особи на судовий захист своїх прав, про звернення до суду безпосередньо на підставі Конституції України. Суди вважають, що згоду сторін щодо передавання спору на розгляд арбітражу (третейського суду) не можна розглядати як відмову від звернення до господарського суду за захистом права чи охоронюваного законом інтересу, адже це суперечило б задекларованим у статті 55 Конституції України принципам судового захисту прав і свобод, а також принципам щодо гарантування звернення до суду для захисту своїх прав. Суди також вважають, що арбітражне застереження не виключає права його сторони звернутися до суду чи господарського суду відповідної юрисдикції для вирішення спору згідно з відповідним процесуальним законодавством, і суд компетентний розглянути цей спір. І лише за наявності волі обох сторін про розгляд спору арбітражем, оформленим відповідним зверненням до суду, господарський суд зобов’язаний припинити провадження у справі.

Убачається, що такий підхід суперечить Конституції України, рішенням Конституційного Суду України з питань третейського судочинства, рішенням Європейського суду з прав людини та Європейській конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж і, відверто кажучи, підриває саму основу існування в нашій країні такої форми захисту прав і свобод, як третейський (арбітражний) розгляд спору. Зазначені вище нормативно-правові акти і органи виходять з того, що якщо сторони вільно обрали арбітраж як спосіб вирішення спору і обраний ними арбітражний орган діє на законних підставах, то така арбітражна угода сторін є сумісною з правом юридичної особи чи громадянина на судовий захист, бо передача спору до арбітражу є вільним волевиявленням сторін і вони можуть скористатися судовим захистом при оспоренні арбітражного рішення чи при розгляді питання про його виконання.

Уже згадувані положення пункту 3 статті 6 Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж зобов'язують державні суди не розглядати спір, що є предметом арбітражної угоди, по суті, а навпаки, припиняти розгляд і направляти сторони до арбітражу.

Під тими ж гаслами судового захисту прав та інтересів суб'єктів підприємництва, з посиланням на положення статей 15 і 16 Цивільного кодексу України про підвідомчість загальним судам усіх цивільних справ та способи захисту прав та інтересів, державний суд приймає до провадження позов про визнання права та відновлення становища, яке існувало до порушення, незважаючи на цитовану вище статтю 5 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж». Справа варта більш детального викладу. Сторона спору, який розглядається у МКАС при ТПП України, не згодна з тим, що президент Торгово-промислової палати України призначив за сторону арбітра з Рекомендаційного списку арбітрів МКАС, оскільки сторона визначила арбітром особу, яка була не відома МКАС ні як спеціаліст, ні якими знаннями вона володіє.

Шевченківський районний суд м. Києва, незважаючи на те, що згідно зі згаданою статтею 5 Закону про міжнародний арбітраж зазначені спірні питання не можуть бути вирішені у загальному порядку цивільного судочинства, прийняв до провадження позов недоволеної таким призначенням арбітра сторони про визнання права сторони на призначення арбітром особи поза Рекомендаційним списком та про відновлення становища, яке існувало до порушення, тобто про зобов'язання президента ТПП України скасувати свою постанову про призначення арбітра у справі, яка, як відомо, відповідно до статті 11 Закону про арбітраж, оскарженню не підлягає. Апеляційна інстанція скасувала ухвалу Шевченківського районного суду м. Києва про відкриття провадження, мотивуючи своє рішення цілком обґрунтовано тим, що поставлені у позові вимоги не підпадають під ті випадки судового втручання, що передбачені у Законі про міжнародний комерційний арбітраж. Хоча Апеляційний суд м. Києва відновив законність у цій справі, мабуть, є всі підстави ще раз наголосити на обмеженій компетенції державних судів щодо арбітражу. Випадки судового втручання передбачені у статтях 16, 34, 35 і 36 вказаного Закону. Саме в межах визначених цими статтями Закону механізмів і процедур сторони арбітражного розгляду можуть звертатися до суду за захистом своїх прав.

Така специфіка дії конституційного принципу судового захисту прав за умови укладення сторонами на добровільній основі арбітражної угоди і розгляду спору в арбітражі.

Варто також привернути увагу до деяких правових позицій судів при скасуванні рішень МКАС при ТПП України. Однак спочатку статистика. У 2012 році з 299 справ, розглянутих МКАС, було подано до Шевченківського районного суду м. Києва 21 клопотання про скасування рішення МКАС, 4 рішення скасовано; у 2013 році було подано 12 клопотань про скасування арбітражних рішень з 297 рішень, прийнятих МКАС, 2 рішення скасовано; у 2014 році було подано 12 клопотань (прийнято 356 рішень), одне рішення скасоване, останні клопотання знаходяться на різних стадіях судового розгляду. Як видно, кількість скасованих рішень невелика, однак кожне скасування державним судом арбітражного рішення сприймається у МКАС як надзвичайна подія, ґрунтовно обговорюються підстави його скасування і вживаються заходи, як правило за участю арбітрів, до недопущення в подальшому таких випадків.

Українське законодавство про міжнародний арбітраж сприйняло доктрину «компетенція — компетенції», суть якої полягає у праві арбітражного суду на власне й самостійне вирішення питання про його компетенцію, на підставі якого, якщо воно позитивного характеру, арбітраж завершує розгляд справи і виносить рішення по суті конкретного спору. Таке право арбітражного суду закріплене в статті V Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж, статті 16 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж». При цьому рішення арбітражу з питання компетенції не є остаточним, воно підлягає перевірці державним судом у процесі оскарження або приведення до виконання арбітражного рішення.

Розглядаючи питання про свою компетенцію, арбітражний суд з необхідністю повинен провести аналіз арбітражної угоди, усвідомити її зміст, тобто здійснити дії, які входять у поняття «тлумачення норми». Без тлумачення неможливе прийняття арбітражним судом обґрунтованого рішення про свою компетенцію. Тим часом, приставши на формальну точку зору про те, що згідно зі статтями 213 і 637 Цивільного кодексу України виключне право на тлумачення змісту договору мають лише сторони і суд може прийняти рішення щодо тлумачення договору тільки на підставі відповідної вимоги сторони, місцевий суд, розглядаючи клопотання

про скасування рішення МКАС при ТПП України, дійшов висновку, що міжнародний арбітраж, визначаючи свою компетенцію, протлумачив арбітражне застереження, що знаходиться в спірному контракті, вийшов за межі цього застереження, оскільки в ньому не йдеться про доручення сторін арбітражу тлумачити застереження. На цій підставі суд скасував рішення МКАС. Прикро, що цю позицію підтримали апеляційна і касаційна інстанції. Уявляється, що такий підхід неправильний, не враховує положення згаданих Конвенції та Закону про право арбітражного суду визначати свою компетенцію шляхом тлумачення арбітражної угоди і особливостей її правової природи, що проявляється, зокрема, в її автономності від інших умов договору.

Викликає супротив і формальна позиція судів, які визнають недійсними арбітражні угоди або скасовують рішення МКАС, або відмовляють у прийнятті його до виконання на тій лише підставі, що в угоді неточно чи неповно вказана назва арбітражного органу. Наприклад, недавно місцевим господарським судом було визнано недійсним арбітражне застереження, в якому у посиланні на МКАС при ТПП України як на компетентний арбітражний орган замість слова «комерційний» було вказано «торговельний». Відверто кажучи, в такому формальному підході судів є своє підґрунтя. У згадуваній постанові Пленуму Верховного Суду України від 24 грудня 1999 року йдеться про необхідність точної і повної назви арбітражного органу, на вирішення якого сторони передають спір. Президія Вищого господарського суду України у своєму роз'ясненні від 31 травня 2002 року прямо вказує на те, що арбітражна угода не може бути виконана, якщо сторони неправильно виклали назву арбітражної установи, яка не існує (пункт 4.5).

Однак такий підхід не враховує правової природи міжнародного комерційного арбітражу та арбітражної угоди, не відповідає положенням статті IV Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж. Арбітражна угода за своїм змістом — це, передусім, вільне волевиявлення сторін про те, що при виникненні спору між ними вони обирають не судовий порядок його розв'язання, а інший — шляхом звернення до арбітражу. І суд у першу чергу має визначити дійсність такого волевиявлення, а не те, який конкретно арбітражний орган компетентний вирішувати спір. У більшості провідних арбітражних інститутів світу рекомендаційні арбітражні застереження взагалі не містять зазначення на постійний арбітражний орган, а лише вказівку на те, що при розгляді спору застосовується регламент цього органу. Теоретично це правильно, оскільки постійно діючий арбітражний орган не розглядає спори, він лише адмініструє їх, розглядають справи арбітри, одноосібно чи у складі декількох осіб. Саме з таких позицій підходить до цього питання і Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж. Так, у статті IV Конвенції врегульовано три випадки визначення (невизначення) сторонами арбітражного органу:

- підпункт 1 «а»: сторони в арбітражній угоді передбачили передачу спору на розв'язання постійно діючого арбітражного органу, в цьому випадку розгляд спору проводитиметься відповідно до регламенту цього органу;
- пункт 5: якщо сторони передбачили передати спір на розгляд постійно діючого арбітражного органу, але не назначили такого органу і не досягли згоди з цього питання, то позивач може направити прохання про таке призначення голові торгової палати місця арбітражу. Якщо це місце — Україна, то президенту Торгово-промислової палати України;
- пункт 6: якщо в арбітражній угоді немає вказівок щодо того, яким із видів арбітражу — постійно діючим чи *ad hoc* — має вирішуватися спір між сторонами, і якщо сторони не дійшли згоди з цього приводу, то позивач може направити прохання до органу, вказаному вище, для вирішення цього питання.

Тобто Європейська конвенція визнає дійсною і виконуваною арбітражну угоду, в якій не тільки не вказано конкретного арбітражного органу, але немає вказівок, яким із видів арбітражу має вирішуватися спір.

Тому судова практика і названі вище документи Верховного Суду України та Вищого господарського суду України, які орієнтують суди на те, що якщо в арбітражній угоді не лише не вказано арбітражного органу, а його названо неточно чи неповно, то таку угоду потрібно визначити недійсною чи невиконуваною, суперечать Європейській конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж, яка є частиною національного законодавства України.

Як відомо, підвідомчість спорів міжнародного комерційного арбітражу в Україні встановлена Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та зумовлена двома критеріями: наявністю іноземного

елемента і предметом спору. Визначаючи у статті 1 Закону в загальному вигляді категорії спорів, підвідомчих міжнародному арбітражу, в тому числі спори підприємств з іноземними інвестиціями і міжнародних об'єднань та організацій, створених на території України, між собою, спори між їхніми учасниками, а також їхні спори з іншими суб'єктами права України, законодавець у пункті 4 цієї ж статті Закону встановив правило, згідно з яким іншим законом можуть бути визначені спори, які не можуть передаватися до арбітражу або можуть бути передані арбітражу тільки згідно з іншими положеннями, ніж ті, що встановлені у цьому Законі. Зокрема, у статті 12 Господарського процесуального кодексу України зазначено, що з підвідомчості третейських судів виключені спори, що виникають при укладанні, зміні, розірванні та виконанні господарських договорів, пов'язаних із задоволенням державних потреб. Разом із тим на практиці є різні підходи до застосування цих положень. Деякі суди вважають, що дія цієї статті стосується не лише внутрішніх третейських судів, а й міжнародного комерційного арбітражу, тому ці спори не є арбітрабельними. Інші ж визнають їх арбітрабельними, обґрунтовуючи це тим, що зазначена стаття Господарського процесуального кодексу України обмежує компетенцію лише внутрішніх третейських судів, а не міжнародного комерційного арбітражу.

Аналогічні ускладнення виникають і з корпоративними спорами.

Зазначені позиції судів вимагають більш детального аналізу змісту статті 12 Кодексу та змін, які вносилися до неї.

Стаття 12 спершу Арбітражного процесуального кодексу України, пізніше Господарського процесуального кодексу України регламентувала підвідомчість справ арбітражним (господарським) судам. Стаття 12 містила частину 2 в першій редакції такого змісту: «Підприємства та організації мають право передати підвідомчий арбітражним судам спір на вирішення третейського суду». До речі, до цієї статті перманентно вносилися зміни: з 1991 року — 12 разів і до частини 2 щодо неарбітрабельності спорів — 5 разів.

З 1993 року до частини 2 статті 12 вносилися зміни щодо виключення деяких категорій спорів з компетенції третейських судів:

- спорів про визнання недійсними актів ненормативного характеру та спорів, що виникають при укладанні, зміні, розірванні та виконанні господарських договорів, заснованих на державному замовленні — Закон від 30 червня 1993 року;
- спорів про визнання недійсними всіх видів актів, а не лише ненормативного характеру. Вперше було введено поняття «арбітраж». Редакція частини 2 була такою: «Підвідомчий арбітражним судам спір може бути передано сторонами на вирішення третейського суду (арбітражу), крім спорів про визнання недійсними актів, а також спорів, що виникають при укладанні, зміні, розірванні та виконанні господарських договорів, пов'язаних із задоволенням державних потреб» — Закон від 13 травня 1997 року;
- спорів, передбачених пунктом 4 частини 1 цієї статті: справи, що виникають з корпоративних відносин у справах між господарським товариством та його учасником (засновником, акціонером), а також між учасниками господарських товариств, що пов'язані із створенням, діяльністю, управлінням та припиненням діяльності цього товариства, крім трудових спорів — Закон від 5 березня 2009 року.

Законами України від 3 лютого 2011 року № 2979-VI та № 2980-VI шляхом внесення змін відповідно до Цивільного процесуального кодексу України та Господарського процесуального кодексу України, врешті-решт, була розмежована компетенція між загальними та господарськими судами з розгляду клопотань про скасування рішень третейських судів, які розглядають внутрішні спори, та міжнародного комерційного арбітражу, а також регламентовано порядок розгляду таких клопотань. Ці зміни можна охарактеризувати як значне вдосконалення законодавства України, спрямованого на впорядкування процедур, пов'язаних з виконанням державними судами контрольних функцій щодо арбітражу та третейських судів.

Нагадаємо, що відповідно до цих змін господарські суди розглядають лише справи про оскарження та видачу виконавчих листів на примусове виконання рішень третейських судів, які розглядають внутрішні спори. Оспорювання і примусове виконання рішень МКАС і МАК при ТПП України, а також примусове виконання рішень іноземних арбітражних судів здійснюється у місцевих загальних судах. Зазначений перерозподіл повноважень був здійснений, зокрема:

- шляхом доповнення статті 2 Господарського процесуального кодексу України частиною 4: «Господарський суд розглядає справи про оскарження рішень третейських судів та про видачу виконавчих документів на примусове виконання рішень третейських судів, утворених відповідно до Закону України «Про третейські суди»;
- виключення у частині 2 статті 12 Кодексу у словосполученні «Підвідомчий господарським судам спір може бути передано сторонами на вирішення третейського суду (арбітражу)» слова «(арбітражу)» та доповнення цієї частини такими реченням: «Рішення третейського суду може бути оскаржене в порядку, передбаченому цим Кодексом».

Щоб повністю закінчити екскурс генези частини 2 статті 12 Господарського процесуального кодексу України, наведемо її діючу редакцію: «Підвідомчий господарським судам спір може бути передано сторонами на вирішення третейського суду, крім спорів про визнання недійсними актів, а також спорів, що виникають при укладанні, зміні, розірванні та виконанні господарських договорів, пов'язаних із задоволенням державних потреб, спорів, передбачених пунктом 4 частини 1 цієї статті, та інших спорів, передбачених законом. Рішення третейського суду може бути оскаржено в порядку, передбаченому цим Кодексом».

Ці та інші зміни до Господарського процесуального кодексу України, внесені Законом України від 3 лютого 2011 року № 2980-VI, вказують на те, що у частині 2 статті 12 цього Кодексу поняття «третейські суди» означає лише третейські суди, які розглядають внутрішні спори, і в це поняття, в контексті норм Кодексу, не входить міжнародний комерційний арбітраж.

Законодавець вводить у законах від 3 лютого 2011 року цілком зрозумілі і загальнозживані поняття «третейські суди», які розглядають внутрішні спори, і «міжнародний комерційний арбітраж» для розв'язання зовнішньоекономічних спорів. Для прикладу наведемо частину 4 статті 15 Цивільного процесуального кодексу України: «4. Суди розглядають справи про оскарження рішень третейських судів, про видачу виконавчих листів на примусове виконання рішень третейських судів, про оспорування рішень міжнародного комерційного арбітражу, а також про визнання та надання дозволу на виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу».

В існуванні частини 2 статті 12 Господарського процесуального кодексу України в редакції, яка діє, наразі немає сенсу. І справа не лише в неоднозначному застосуванні судами її положень та певних протиріч. До речі, згідно зі статтею 6 Закону України «Про третейські суди», третейські суди не можуть розглядати спори про визнання недійсними нормативно-правових актів, тоді як Кодекс виключає спори про визнання недійсними всіх актів — і нормативного, і ненормативного характеру. До предмета регулювання Господарського процесуального кодексу України не входить визначення компетенції третейських судів. Закріплення у статті винятків із юрисдикції третейських судів окремих категорій господарських спорів було виправданим до введення в дію у 2005 році Закону України «Про третейські суди», який є спеціальним законом, у статті 6 якого вирішені всі питання винятків окремих категорій справ з відання третейських судів. Законодавець пішов саме цим шляхом, регулюючи компетенцію третейських судів, вносячи доповнення до переліку категорій справ, не підвідомчих третейським судам, у статті 6 Закону про третейські суди. Тому з метою непотрібного дублювання норм у різних законодавчих актах та вдосконалення правозастосування є всі підстави частину 2 статті 12 Господарського процесуального кодексу України викласти в такій редакції:

«Підвідомчий господарським судам спір може бути передано сторонами на вирішення третейського суду, крім випадків, встановлених законом. Рішення третейського суду може бути оскаржене в порядку, передбаченому цим Кодексом».

Така редакція частини 2 статті 12 повністю кореспондується зі змістом статті 17 «Право сторін на передачу спору на розгляд третейського суду» Цивільного процесуального кодексу України, що свідчитиме про єдиний підхід до врегулювання цього питання у двох процесуальних кодексах.

НАПРЯМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ У СФЕРІ СПРИЯННЯ ТА КОНТРОЛЮ ЗА МІЖНАРОДНИМ КОМЕРЦІЙНИМ АРБІТРАЖЕМ



ЮРІЙ ПРИТИКА

доктор юридичних наук, професор кафедри правосуддя юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
арбітр Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України

Успіх третейського способу розгляду спорів, зокрема міжнародним комерційним арбітражем, завдячує саме тому, що він є ефективним та швидким засобом врегулювання міжнародних комерційних спорів. Однак, як свідчить сучасна вітчизняна судова та арбітражна практика, арбітражний спосіб вирішення спорів у деяких випадках не завжди виявляється пристосованим до потреб суспільства, яке з кожним днем стає дедалі складнішим, технологічно розвинутішим та вимагає прагматичного розв'язання своїх проблем. Однією з таких складних проблем є недосконалість арбітражного та процесуального законодавства України у сфері сприяння та контролю за міжнародним комерційним арбітражем, що впливає на рівень ефективності діяльності цього інституту та репутацію України як країни з проарбітражною юрисдикційною системою.

Делегуючи недержавному юрисдикційному органу право вирішувати міжнародні комерційні спори, держава не може залишати його діяльність поза будь-яким контролем, а тому закономірно постає питання про межі й форми втручання держави в цю діяльність. Вітчизняне арбітражне законодавство та правозастосовна практика свідчать про те, що Україна належить до країн, в яких судове втручання в діяльність міжнародного комерційного арбітражу є мінімальним, що відповідає сучасним міжнародним принципам взаємодії держави та арбітражу, закріпленим, зокрема, в Типовому законі ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж. Отже, згідно з положеннями Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та Цивільного процесуального кодексу України (далі — ЦПК України), державні суди виконують щодо міжнародного комерційного арбітражу дві групи функцій — сприяння та контролю. На жаль, вітчизняний досвід свідчить про певну недосконалість процесуального та арбітражного законодавства України, що створює зайві проблеми як для держави щодо реалізації нею згаданих функцій, так і для міжнародного комерційного арбітражу. Разом із цим треба зазначити, що проблема взаємовідносин державних судів з арбітражем не залишається поза увагою вітчизняних науковців та практиків (арбітрів, суддів, практикуючих адвокатів та юристів). У цьому аспекті варто відзначити роль Міжнародного комерційного арбітражного суду при ТПП України, Академії правових наук України, Асоціації правників України та інших суб'єктів юридичної спільноти в проведенні різного роду заходів (форумів, конференцій, круглих столів, семінарів), метою яких є, в тому числі, напрацювання рекомендацій щодо удосконалення процесуального та арбітражного законодавства України.

Нинішній стан справ у сфері сприяння та контролю за міжнародним комерційним арбітражем свідчить про необхідність удосконалення не тільки положень Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», ЦПК України, Господарського процесуального кодексу України (далі — ГПК України), а й судової практики, яка є дещо суперечливою. У цьому плані відзначається брак узагальнень судової практики на рівні Верховного Суду України та Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ. Так, наприклад, постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 грудня 1999 року № 12 «Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України» є здебільшого застарілою, а підготовлене Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ Узагальнення практики розгляду справ про оспорування рішень міжнародного комерційного арбітражу ще не прийняте в остаточній редакції, що спричиняє проблеми під час розгляду, перш за все місцевими судами України, заяв про оскарження рішень міжнародного комерційного арбітражу та надання дозволу на їх примусове виконання. Певної корекції також вимагає практика господарських судів у частині визнання арбітражних угод, у тому числі тих, що стосуються корпоративних спорів.

Аналіз статистичних даних судової практики останніх років свідчить про те, що Україна тяжіє до рівня країн з проарбітражними судовими системами. Рівень відмов у наданні дозволу на примусове виконання арбітражних рішень в Україні невисокий — 10 % та 18 % усіх розглянутих клопотань у 2013-му та 2014 роках відповідно. У 2013—2014 роках суди, як правило, відмовляли у скасуванні арбітражних рішень, хоча питома вага випадків скасування є значною (17 % розглянутих у 2014 році клопотань задоволено, у задоволенні 83 % відмовлено, у 2013-му дані були відповідно 40 % і 60 %). Разом із цим у багатьох випадках ухвали, якими були скасовані арбітражні рішення, прискіпливо розглядалися апеляційним судом, який у багатьох випадках їх скасовує.

Статистика надання місцевими судами дозволів на примусове виконання арбітражних рішень МКАС при ТПП України є більш сприятливою для арбітражу: у 2013 році стягувач одержував дозвіл на примусове виконання у 93 % випадків; у 2014-му дозвіл було надано у майже 77 %. При цьому у 2014 році в тих випадках, коли у наданні дозволу було відмовлено, переважно відмова була пов'язана з тим, що арбітражне рішення було виконане добровільно (у 2013 році суди у такій ситуації, як правило, закривали провадження). Тобто фактично йдеться про майже 91 % задоволених клопотань у 2014 році (статистичні дані взяті з узагальнення, проведеного К. Пільковим (Cai&Lenard)[1]).

Таким чином, дані судової практики застосування законодавства України свідчать про необхідність зміни процесуального та арбітражного законодавства за такими напрямками:

а) вдосконалення процедур судового контролю щодо арбітражу (доарбітражний контроль компетенції, контроль у місці винесення арбітражного рішення);

- б) вдосконалення процесу надання дозволу на виконання арбітражних рішень;
- в) запровадження дієвих механізмів сприяння міжнародному комерційному арбітражу.

Одним із етапів, коли може здійснюватися судовий контроль за міжнародним комерційним арбітражем, є ситуація, коли до державного суду подається позов щодо спору, який охоплюється укладеною між сторонами арбітражною угодою. У цьому випадку постає питання про визнання чи невизнання державним судом обов'язковості арбітражної угоди та можливість заявлення відводу державному суду у зв'язку з наявністю такої угоди. Визнання арбітражної угоди, а разом із цим компетенції міжнародного комерційного арбітражу є одним із важливих міжнародних принципів регулювання та функціонування міжнародного комерційного арбітражу, закріпленого в основних арбітражних конвенціях, до яких приєдналася Україна. Так, стаття II Нью-Йоркської конвенції про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень (Нью-Йорк, 1958 рік) передбачає, що державний суд, до якого подано позов з питання, щодо якого сторонами укладено арбітражну угоду, повинен на прохання однієї із сторін направити сторони до арбітражу, якщо не знайде, що згадана угода є недійсною, втратила силу або не може бути виконана. Згідно з частиною 1 статті VI Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж (Женева, 1961 рік), відвід державного суду за непідсудністю, заснований на наявності арбітражної угоди і заявлений у державному суді, в якому була порушена справа однією із сторін арбітражної угоди, повинен бути заявлений під загрозою втрати права за пропуском строку до або у момент представлення заперечень по суті спору.

Аналогічні положення знайшли закріплення в статті 8 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», згідно з якою суд, до якого подано позов у питанні, що є предметом арбітражної угоди, повинен, якщо будь-яка із сторін попросить про це не пізніше подання своєї першої заяви щодо суті спору, припинити провадження у справі і направити сторони до арбітражу, якщо не визнає, що ця арбітражна угода є недійсною, втратила чинність або не може бути виконана.

Аналіз положень зазначених конвенцій та статті 8 Закону свідчить про те, що для відводу державного суду з непідсудності у зв'язку з наявністю арбітражної угоди має бути дотримано таких умов:

- 1) сторона спору повинна не пізніше подання першої заяви по суті спору подати до державного суду клопотання про припинення провадження у справі та направлення сторін до арбітражу;
- 2) поданий до державного суду позов повинен охоплюватися арбітражною угодою;
- 3) предмет спору, переданого на розгляд до державного суду, повинен бути арбітрабельним, тобто спір за законом суду може бути переданий на розгляд міжнародного комерційного арбітражу;
- 4) арбітражна угода не повинна бути недійсною, такою, що втратила чинність або не може бути виконаною [2].

Зазначені вище положення конвенцій та Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» кореспондуються з процесуальними нормами, згідно з якими державні суди здійснюють правосуддя. Відповідно до пункту 5 частини 1 статті 80 ГПК України, якщо сторони уклали угоду про передачу спору на розгляд третейського суду, господарський суд повинен припинити провадження у справі. Згідно з пунктом 6 частини 1 статті 207 ЦПК України, суд виносить ухвалу про залишення позову без розгляду, якщо між сторонами укладено третейську угоду про передачу спору на розгляд третейського суду і від відповідача до початку з'ясування обставин у справі надійшло заперечення проти вирішення спору в суді.

Практика застосування зазначених процесуальних норм свідчить про необхідність їх удосконалення таким чином. Згаданими статтями ЦПК України та ГПК України до одного і того самого питання — які процесуальні наслідки має арбітражна угода — передбачені різні процесуальні наслідки: господарські суди припиняють провадження у справі, а загальний суд виносить ухвалу про залишення позову без розгляду. Між цими двома підходами є принципова різниця, яку необхідно усунути. У цьому аспекті дослідники даної проблематики пропонують, що оскільки у статті 8 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» законодавець визначив, що державний суд повинен припинити провадження у справі, а тому передбачений у ГПК України процесуальний наслідок — припинення провадження у справі — повністю відповідає положенням статті 8 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж». Отже, положення ЦПК України необхідно було б привести у відповідність до статті 8 Закону, передбачивши процесуальним наслідком наявності дійсної арбітражної угоди саме припинення провадження у справі.

Крім того, аналіз процесуальних норм, що містяться у ГПК України і ЦПК України, свідчить про те, що положення ГПК України взагалі не містять умов, передбачених у конвенціях та статті 8 Закону, за яких державний суд повинен припинити провадження у справі, а положення ЦПК України відтворюють їх лише частково [2].

Ця вада господарського процесуального законодавства частково виправлена прийняттям постанови пленуму Вищого господарського суду України від 26 грудня 2011 року № 18, зі змінами і доповненнями, внесеними постановою пленуму Вищого господарського суду України від 17 грудня 2013 року № 13, згідно з пунктом 4.2.3 якої в описаній вище ситуації господарський суд має припинити провадження у справі на підставі пункту 5 частини 1 статті 80 ГПК України. У той же час, на жаль, якщо таке провадження за позовною заявою порушене, його припинення за заявою відповідача про існування арбітражної угоди має місце нечасто (у 2014 році в 55 % випадків відповідач не подавав відповідного клопотання, а у 27 % подане клопотання задоволене не було).

З огляду на це було б доцільно внести зміни до ГПК України та ЦПК України, а також передбачити в них однакові наслідки наявності дійсної арбітражної угоди та умов, за яких сторони повинні бути направлені державним судом в арбітраж.

Дослідження вітчизняної судової практики свідчить про наявність інших проблем у правозастосуванні, пов'язаних з визнанням арбітражних угод. Йдеться про додержання форми арбітражної угоди, патологічні арбітражні угоди, арбітрабельність корпоративних спорів, правонаступництво сторін арбітражної угоди тощо.

У зв'язку з розвитком нових засобів комунікації сторони все частіше укладають міжнародні комерційні контракти, частиною яких є арбітражні застереження або окремі арбітражні угоди в електронній письмовій формі. Діюча редакція статті 6 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» не повністю відповідає практиці використання сучасних технологій обміну електронними даними, а тому арбітражним складам, які застосовують вітчизняне арбітражне законодавство, доводиться у разі виникнення питання про дотримання письмової форми арбітражної угоди широко тлумачити положення згаданої статті Закону. З огляду на зазначене пропонується імплементувати в українське законодавство положення Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж у редакції 2006 року та доповнити статтю 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» абзацом такого змісту: «Вимога про укладення арбітражної угоди в письмовій формі задовольняється письмовим повідомленням, якщо інформація, яка в ньому міститься, є доступною для її подальшого використання. При цьому «електронне повідомлення» означає будь-яке повідомлення, яке сторони передають за допомогою повідомлень даних; «повідомлення даних» означає інформацію, підготовлену, відправлену, отриману або таку, що зберігається за допомогою електронних, магнітних, оптичних або аналогічних засобів, включаючи електронний обмін даними (ЕОД), електронну пошту, телеграму, телекс або телефакс, але не обмежуючись ними».

Зазначення сторонами арбітражної угоди арбітражної установи, яка не існує, є однією з найбільш поширених підстав визнання господарськими судами арбітражних угод такими, що не можуть бути виконані. Ця підстава необґрунтовано поширюється на випадки, коли сторони припустилися неточності у назві арбітражної установи, яка не свідчить про відмову сторін від арбітражного способу розгляду спору і при «реставрації» такої угоди державним судом є можливість встановити намір сторін передати спір на розгляд до конкретного арбітражу.

Державні суди досить часто формально підходять до виконання пункту 5 роз'яснень президії Вищого господарського суду України № 04-5/608 від 31 травня 2002 року «Про деякі питання практики розгляду справ за участю іноземних підприємств і організацій», відповідно до якого арбітражна угода повинна чітко визначити, який саме орган вирішення спорів обрали сторони: Міжнародний комерційний арбітражний суд, Морську арбітражну комісію при Торгово-промисловій палаті України або інший третейський суд в Україні чи за кордоном. Як зазначає Т. Захарченко, такий формальний підхід суперечить як принципам міжнародних арбітражних конвенцій, так і міжнародній практиці з цього питання, відповідно до якої державні суди за можливості ідентифікувати передбачену в арбітражній угоді арбітражну установу вирішують питання на користь арбітражу [2].

У цьому аспекті правильною є позиція К. Пількова, який зазначає, що у випадку подання відповідачем клопотання про припинення провадження позивач, якщо він заперечує проти задоволення клопотання, повинен довести неможливість виконання арбітражної угоди зокрема, проте не в усіх випадках, надати докази звернення до арбітражного суду та відмови в прийнятті даної справи цим судом. У відповідача при розгляді клопотання про припинення провадження можуть бути запитані докази існування арбітражного суду [3].

Досвід іноземної судової практики свідчить про те, що державні суди, досліджуючи зміст арбітражної угоди, виходять з того, чи надає можливість арбітражна угода встановити арбітражну установу або правила арбітражного розгляду, за якими сторони бажають вирішити спір, а не керуються формальним критерієм — назвою певної установи. На наш погляд, такий досвід є корисним для розвитку вітчизняної судової практики.

Крім того, мають місце непоодинокі випадки, коли господарські суди визнавали недійсними арбітражні угоди або відмовляли у припиненні провадження у справі і направленні сторін до арбітражу у зв'язку з тим, що в арбітражній угоді не була зазначена назва арбітражної установи, а містилося лише посилання на її Регламент. Така практика суперечить положенням статті IV Європейської конвенції, яка дозволяє сторонам посилатися не на назву конкретної арбітражної установи, а на її Регламент, оскільки саме він ідентифікує цю арбітражну установу. Більше того, модельні арбітражні застереження, які рекомендуються провідними арбітражними центрами світу, зокрема Міжнародним арбітражним судом Міжнародної торгової палати, Арбітражним інститутом Торгової палати м. Стокгольма, Лондонським арбітражним судом тощо, не містять посилання на назву арбітражних інститутів, а містять лише посилання про те, що спори вирішуються згідно з Регламентами цих арбітражних інститутів. Отже, невизнання державними судами арбітражних угод із зазначеної підстави є необґрунтованим.

Говорячи про арбітрабільність певних категорій спорів, необхідно зазначити про неоднакове тлумачення в судовій практиці категорії виключної підсудності спорів державним судам та її співвідношення з компетенцією міжнародного комерційного арбітражу, визначеною в статтях 1 та 2 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж». Особливо актуально ця проблема постала у зв'язку з розглядом корпоративних спорів і тлумаченням статті 12 ГПК України. Господарські суди, як правило, підтримують позицію, що корпоративні спори, у тому числі спори з приводу договорів купівлі-продажу акцій українських емітентів, не можуть бути передані на вирішення до міжнародного комерційного арбітражу. На нашу думку, правильною є позиція, якої дотримуються більшість юристів-практиків та арбітрів МКАС при ТПП України, відповідно до якої, зокрема, спір з договору купівлі-продажу часток у статутному капіталі господарського товариства може бути предметом арбітражного розгляду [4].

Проблемними також є питання, пов'язані з визнанням державними судами та арбітражами арбітражного застереження для нового кредитора або боржника в разі їх заміни внаслідок цесії основного комерційного договору, частиною якого воно було, а також розповсюдження дії арбітражної угоди на акцесорні зобов'язання (гарантію, поруку).

При вирішенні питання про те, чи є особа, до якої перейшло право вимоги, зобов'язаною за арбітражним застереженням, яке міститься у договорі, з якого таке право вимоги виникло, суди, в цьому випадку неправильно застосовуючи принцип автономії арбітражної угоди, виходили з того, що арбітражна угода є окремою угодою, а тому щодо неї необхідна окрема домовленість між новим кредитором та боржником.

Щодо питання, чи поширюється арбітражна угода, укладена кредитором і боржником за основним зобов'язанням, на відносини із забезпечення виконання цих зобов'язань третьою особою як у судовій, так і в арбітражній практиці, склалося два протилежних підходи. Перший підхід полягає в розповсюдженні дії арбітражної угоди на поручителя (гаранта) з огляду на те, що забезпечувальне зобов'язання завжди виникає у зв'язку з основним зобов'язанням та залежить від долі останнього. Другий — виходить із тлумачення додаткового забезпечувального зобов'язання як окремого, щодо якого відповідно між кредитором та поручителем повинна бути укладена окрема арбітражна угода. Подібний дуалізм розв'язання цієї проблеми також притаманний іноземній практиці, а тому застосування того чи іншого підходу залежить від обставин конкретної справи.

Наступним великим напрямом реформування процесуального та арбітражного законодавства є вдосконалення механізму судового контролю щодо арбітражу в місці винесення арбітражного рішення, тобто процесуальної процедури оспорування рішень міжнародного комерційного арбітражу.

Сучасне цивільне процесуальне законодавство побудовано таким чином, що питання оспорування рішень внутрішніх третейських судів та міжнародного комерційного арбітражу врегульовані в одній главі ЦПК України (глава 1 розділу VII-1 ЦПК України), а це не враховує специфіку міжнародного арбітражу (наприклад, для оспорування рішень міжнародного комерційного арбітражу передбачені дещо інші підстави). Приєднуємося до думки багатьох практиків про необхідність внесення до ЦПК України окремої глави, яка регламентувала б судовий розгляд відповідних справ [5]. У цій главі обов'язково також треба врегулювати процедуру оспорування попередніх процесуальних актів міжнародного комерційного арбітражу з приводу наявності у нього компетенції на розгляд конкретного спору, можливість ухвалення яких передбачена частиною 3 статті 16 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж».

Також неодноразово в літературі та на міжнародних конференціях (семінарах), присвячених проблемам міжнародного комерційного арбітражу, висловлювалася пропозиція зменшення кількості судових інстанцій при розгляді клопотань про скасування рішень міжнародного арбітражу чи про надання дозволу на їх виконання, що може поліпшити ефективність судового контролю та зменшить час розгляду таких справ. Розв'язуючи на законодавчому рівні цю проблему, на наш погляд, необхідно передати розгляд клопотань про скасування рішень міжнародного арбітражу чи про надання дозволу на їх виконання як мінімум судам апеляційної інстанції.

Неврегульованим у чинному процесуальному законодавстві України залишається інститут «виключальних» застережень, відповідно до якого сторони можуть домовитися про обмеження підстав скасування арбітражного рішення або взагалі унеможливити його оспорування у державному суді. Така можливість передбачена законодавством багатьох країн, в яких діють відомі арбітражні інституції (Франція [6], Швейцарія [7], Швеція [8], Великобританія [9], Росія [10]). У цьому випадку судовий контроль переноситься на стадію надання дозволу на виконання арбітражного рішення і здійснюватиметься судами країни місця його виконання. Отже, нашому законодавцю варто врахувати подібний позитивний іноземний досвід та запровадити цей інститут в арбітражному законодавстві України, що підвищить привабливість України як місця проведення арбітражу.

Не завжди в судовій практиці враховується та обставина, що передбачені статтею 34 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» підстави для скасування арбітражного рішення (як, до речі, й підстави для відмови у визнанні та виконанні арбітражного рішення (стаття 36 Закону) поділяються за критерієм покладення тягаря доказування їх наявності на дві групи: ті, що доводяться стороною, яка заявляє відповідне клопотання, і ті, які визначає державний суд самостійно. У ряді випадків місцеві суди вказували як на підставу для залишення згаданих вище клопотань без розгляду відсутність доказів належного повідомлення іншій стороні про арбітражний розгляд. Поширеними залишаються випадки покладення на стягувача обов'язку надати разом із клопотанням докази повідомлення боржника про арбітражний розгляд. Така негативна практика почала виправлятися, починаючи з 2014 року, коли Верховний Суд України та Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ зайняли чітку позицію, відповідно до якої під час розгляду клопотань про надання дозволу на виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу застосовуються норми міжнародного права, а отже, доведення факту неповідомлення про арбітражний розгляд лежить на особі, яка заперечує визнання іноземного рішення на території України.

У питаннях виконання арбітражних рішень необхідно змінити українське законодавство, яке регулює процедуру добровільного та примусового виконання, в тому числі щодо відстрочки, розстрочки, зміни способу і порядку виконання арбітражного рішення.

Нагальною проблемою у виконанні арбітражних рішень в Україні, якими з боржника стягується іноземна валюта, є неможливість його добровільного виконання через вади валютного законодавства. За приписами цього законодавства, окрім самого арбітражного рішення, платник зобов'язаний надати своєму обслуговуючому банку виконавчий документ, який можна отримати тільки після отримання дозволу на виконання арбітражного рішення у державному суді. Така ситуація негативно впливає на імідж нашої країни.

О. Перепелинська пропонує два шляхи розв'язання цієї проблеми: найпростіший шлях — скасувати згадану вище вимогу щодо наявності виконавчого документа; другий варіант полягає в запровадженні спрощеної процедури видачі таких виконавчих документів за заявою боржника, обмеживши судовий контроль лише питаннями публічного порядку та арбітрабельності [5].

Ще однією проблемою, яка постає перед кредиторами, на користь яких ухвалено арбітражне рішення, є вимоги статті 395 ЦПК України, відповідно до яких суд в ухвалі про надання дозволу на виконання арбітражного рішення має визначити суму стягнення в національній валюті за курсом Національного банку України на день постановлення ухвали. Таким чином, у національній валюті вказується і сума у виконавчому листі, а потім проводиться її стягнення виконавчою службою. У зв'язку з цим виникають проблеми, по-перше, стягнення виконавчою службою гривні з боржника, а потім її конвертації у валюту рішення для перерахування кредитору, по-друге, відсутності у кредитора рахунку в українській національній валюті. Для виправлення цієї ситуації необхідно виключити зі статті 395 ЦПК України частину 8 або ж змінити її таким чином, щоб відповідна конвертація суми в гривню відбувалася винятково за заявою стягувача.

Сталою практикою іноземних арбітражів є визначення в рішенні стягнення відсотків річних, починаючи із закінчення визначеного арбітрами в рішенні терміну для його добровільного виконання. Так, у міжнародній практиці досить часто арбітри не вказують їх у твердій сумі, а встановлюють в арбітражному рішенні лише відсоткову ставку на період нарахування таких відсотків. У багатьох країнах суму відсотків, що підлягають стягненню з боржника відповідно до арбітражного рішення, визначає виконавча служба, яка проводить примусове стягнення. На жаль, в Україні подібного механізму немає, а тому доцільно додати відповідні положення до глави ЦПК України, що регулює питання надання дозволу на виконання арбітражних рішень, в якій чітко встановити повноваження державного суду, який надає дозвіл на виконання арбітражного рішення щодо можливості визначення суми відсотків, що підлягають стягненню відповідно до арбітражного рішення.

Практика судів щодо права суду відстрочити або розстрочити виконання, змінити чи встановити спосіб і порядок виконання арбітражного рішення залишається недосконалою. На наш погляд, обґрунтованим є підхід Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, який в ухвалі від 15 лютого 2012 року зазначив, що статтею 373 ЦПК України передбачено розгляд питання про відстрочку або розстрочку виконання, зміну чи встановлення способу і порядку виконання рішення суду, а не арбітражного рішення, яке, на відміну від рішень суду, є остаточним, що сприяє завершеності будь-якого арбітражного провадження. Таким чином, питання про зміну способу та порядку виконання рішення міжнародного арбітражу входить до компетенції арбітражу, який ухвалив рішення по суті, оскільки відбувається звернення до примусового виконання саме арбітражного рішення, а не ухвали про надання дозволу на його примусове виконання.

Стаття 36 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» передбачає право суду, в якому запитується визнання або виконання арбітражного рішення, відкласти винесення свого рішення, якщо в суді, компетентному вирішувати питання про скасування арбітражного рішення, заявлено клопотання про скасування або зупинення виконання арбітражного рішення. До судів, які розглядають клопотання про надання дозволу на примусове виконання арбітражних рішень, сторона, яка звернулася до іншого суду з клопотанням про скасування арбітражного рішення, часто подає клопотання про зупинення провадження. Водночас ЦПК України в главі 1 розділу VIII, яка регулює особливості визнання та виконання іноземних судових і арбітражних рішень, не передбачає такої спеціальної підстави для зупинення провадження, а тому суди керуються загальним переліком випадків, коли суд зобов'язаний і коли має право зупинити провадження, що призводить до неоднакової практики.

Позитивними змінами до процесуального законодавства, які сприяють підвищенню ефективності виконання арбітражних рішень, стало внесення в 2011 році змін до статті 394 ЦПК України, відповідно до яких суд за клопотанням особи, що подає клопотання про надання дозволу на виконання арбітражного рішення, може вжити заходів забезпечення позову. Ці зміни призвели того, що вже у 2013—2014 роках місцеві суди вживали таких заходів відповідно у 4,6 % та 5,6 % від усіх розглянутих і задоволених клопотань про надання згоди на примусове виконання арбітражних рішень.

Для забезпечення реалізації судами функцій підтримки та сприяння арбітражним провадженням необхідно прийняти відповідні процесуальні норми, яких немає в чинному ЦПК України. Незважаючи на те, що стаття 9 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» передбачає можливість звернення сторони до державного суду з проханням вжити забезпечувальних заходів на підтримку арбітражного розгляду, в процесуальному законодавстві відповідного механізму не передбачено. Немає в ЦПК України і норм, які дозволяли б примусове виконання на території України запобіжних чи забезпечувальних заходів, вжитих іноземними державними судами або арбітражами. Таке становище суттєво шкодить розвитку арбітражу в Україні і підштовхує сторони відмовлятися від нього на користь розгляду спорів у державних судах, в яких застосування таких заходів чітко врегульовано.

Також не вирішеним залишається питання судового сприяння в отриманні доказів. Стаття 27 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» передбачає, що склад арбітражного суду або (за його згодою) сторона можуть звернутися до компетентного державного суду з проханням про сприяння в отриманні доказів. Разом із тим ця норма не кореспондується з відповідними процесуальними положеннями щодо компетенції та процедури виконання такого прохання.

З огляду на зазначене необхідно внести зміни до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» стосовно запровадження механізму застосування забезпечувальних заходів арбітражним судом, для чого використати положення глави IV А «Забезпечувальні та попередні постанови» Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж (редакція 2006 року).

Нарівні з цим у цивільному процесуальному законодавстві необхідно визначити, які суди мають розглядати справи про вжиття забезпечувальних заходів на підтримку арбітражів, місцем проведення яких є Україна, сприяння в отриманні доказів, визнання забезпечувальних заходів, застосованих іноземними арбітражами, а також прийняти процесуальні норми, що регламентували б їхній розгляд. Варто делегувати ці функції тим же судам, які здійснюють функції контролю щодо арбітражу, а отже, відповідні норми викласти в окремій главі ЦПК України, в якій зібрати положення про оспорування рішень міжнародного комерційного арбітражу, надання дозволів на виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу та сприяння в отриманні доказів на підтримку арбітражних проваджень.

Використані джерела:

- [1] Пільков К. Україна — дружина арбітражу юрисдикція: статистично-аналітичний огляд, 2013-2014 / уклад. К. Пільков. — К., 2014. — 27 с.
- [2] Захарченко Т. Державний суд як гарантія дотримання обов'язковості арбітражної угоди при поданні до нього позову по суті // Право України — № 12. — 2014. — С. 67.
- [3] Пільков К. Практика визнання та надання дозволу на примусове виконання арбітражних рішень в Україні // Право України. — № 12. — 2014.
- [4] Селівон М. Про деякі питання взаємодії судів із міжнародним комерційним арбітражем // Право України. — № 12. — 2014. — С. 35.
- [5] Перепелинська О. Напрями для вдосконалення процесуального законодавства у сфері судового сприяння та контролю щодо міжнародного комерційного арбітражу // Право України. — № 12. — 2014 — С. 37.
- [6] Книга IV Кодексу — Електронний ресурс. — [Режим доступу]: http://www.iaiparis.com/pdf/FRENCH_LAW_ON_ARBITRATION.pdf.
- [7] Електронний ресурс. — [Режим доступу]: <http://www.arbitration-ch.org/pages/en/arbitration-in-switzerland/index.html#UixaAFrWjDA>.
- [8] Шведское материальное право. — Електронний ресурс. — [Режим доступу]: <http://www.sccinstitute.se>.
- [9] Arbitration Act 1996. — Електронний ресурс. — [Режим доступу]: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>.
- [10] Закон РФ про МКА. — Електронний ресурс. — [Режим доступу]: <http://arbitrage.spb.ru/zakon/5338.html>.

РОЗМЕЖУВАННЯ МІЖ РЕГУЛЯТОРНОЮ ДІЯЛЬНІСТЮ ДЕРЖАВИ ТА ПОРУШЕННЯМ ДВОСТОРОННІХ УГОД ПРО ЗАХИСТ ІНВЕСТИЦІЙ



ЮЛІЯ ЧЕРНИХ

арбітр Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України,
партнер ЮК ARBITRADE

Інвестиційний арбітраж

Міжнародний інвестиційний арбітраж у тому вигляді, в якому ми бачимо його сьогодні, існує близько 50—60 років. Він заснований на системі двосторонніх угод про захист інвестицій, яких наразі у світі налічується понад три тисячі. Україна, у свою чергу, підписала більш ніж 70 таких угод з різними державами світу.

Двосторонні угоди про захист інвестицій передбачають захист прав інвестора іншої договірної держави, наприклад заборону незаконної експропріації іноземних інвестицій [1]. Інші принципи захисту інвестицій, що містяться у таких угодах, включають режим найбільшого сприяння, національний режим, стандарти чесного і справедливого ставлення, повного захисту і забезпечення тощо.

Наразі питання захисту іноземних інвестицій залишається вкрай актуальним, зокрема, найчастіше постає питання дотримання стандартів захисту інвестицій на практиці, незважаючи на наявність відповідного нормативно-правового регулювання. Особливо актуальним це питання є для України, яка дедалі частіше постає відповідачем у Міжнародному центрі з вирішення інвестиційних спорів.

Регуляторна діяльність та порушення двосторонніх угод про захист інвестицій

Без сумнівів, держава має право на здійснення заходів регулювання, що стосуються різних галузей економіки та можуть зачіпати, в тому числі, й інтереси іноземних інвесторів. Право на здійснення державного регулювання ніколи не ставилося під сумнів на рівні міжнародного інвестиційного права і завжди визнавалося провідними фахівцями в цій галузі. Наприклад, Іан Бронлі висловлювався таким чином щодо права держави здійснювати заходи регулювання:

«Заходи держави є, насамперед, законними заходами державного регулювання і можуть завдати значної шкоди іноземним інтересам без експропріації. Таким чином, іноземні активи та їх використання можуть підлягати оподаткуванню, торговим обмеженням, включаючи ліцензування та квотування, або заходам девальвації. В той час, як певні факти можуть змінювати обставини, в цілому такі заходи не є незаконними і не вважаються експропріацією» [2].

Схожої думки дотримувався і Сарнарайа:

«Справедливі заходи, що пов'язані із антимонопольним регулюванням, захистом прав споживачів, цінними паперами, захистом навколишнього середовища, плануванням землекористування, не підлягають компенсації, оскільки вони розглядаються як необхідні для ефективного функціонування держави» [3].

Проте, здійснюючи таке регулювання, держава повинна дотримуватися зобов'язань, взятих нею щодо іноземних інвесторів за двосторонніми угодами про захист інвестицій. Якщо внаслідок регуляторних дій держави іноземні інвестори виявляються фактично позбавлені своїх інвестицій, такі дії можуть бути потенційно кваліфіковані як непряма експропріація або як порушення принципу чесного і справедливого ставлення, а отже, стати підставою для звернення інвестора до Міжнародного центру з вирішення інвестиційних спорів з позовом проти України. Наприклад, таким чином може бути кваліфіковано дії держави, що полягають у забороні приватним інвесторам займатися певними видами господарської діяльності, або надмірній та дискримінаційній зміні умов ведення бізнесу, суттєвій зміні умов ліцензування тощо.

Розмежування між регуляторною діяльністю та порушенням прав інвесторів

Досить складно провести чітку межу між концепцією непрямої експропріації та заходами державного регулювання, що не потребують компенсації. Таке розмежування зазвичай проводилося на рівні прецедентів та звичаєвого права.

Наприклад, у доповіді «Непряма експропріація» та «право на регулювання» в міжнародному інвестиційному праві» 2004 року Організація економічного співробітництва та розвитку сформулювала такі критерії, за якими можна провести межу між регуляторною діяльністю, що не потребує компенсації, та непрямою експропріацією чи іншими порушеннями двосторонніх угод про захист інвестицій:

- а) ступінь втручання держави в майнові права;
- б) характер реалізованих заходів державного регулювання, тобто мета та контекст їх застосування;
- в) співвідношення заходів з обґрунтованими економічними очікуваннями інвестора, пов'язаними із здійсненням інвестицій [4].

На сучасному етапі розвитку міжнародного інвестиційного права відбувається перегляд розмежування регуляторної діяльності та порушення прав іноземних інвесторів у бік уточнення критеріїв такого розмежування та врегулювання цього питання на рівні міжнародних угод. Нова генерація двосторонніх угод про захист інвестицій містить положення, що визначають межі непрямої експропріації.

Одним із прикладів таких двосторонніх угод є CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement) — угода між Канадою та Європейським Союзом. Згідно з Додатком X.11 цієї угоди:

«Сторони підтверджують своє розуміння того, що:

1. Експропріація може бути прямою і непрямою:

пряма експропріація відбувається, коли інвестиція націоналізується чи іншим чином напряму експропріюється шляхом прямого переходу права власності або прямого захоплення; та

непряма експропріація відбувається, коли захід або низка заходів Сторони має ефект, еквівалентний прямій експропріації, в аспекті істотного позбавлення інвестора суттєвих елементів права власності на свою інвестицію, включаючи право користуватися, володіти чи розпоряджатися своєю інвестицією, без формального переходу права власності або прямого захоплення.

2. Визначення того, чи захід або низка заходів Сторони в конкретних обставинах становить непряму експропріацію, вимагає аналізу на основі фактів конкретної справи, який, зокрема, включає такі фактори:

- економічний вплив заходу або низки заходів, хоча сам факт того, що захід або низка заходів Сторони має несприятливий ефект на економічну вартість інвестиції не означає, що сталася непряма експропріація;
- тривалість заходу або низки заходів Сторони;
- ступінь, яким захід або низка заходів суперечить чітким, обґрунтованим очікуванням, пов'язаним з інвестицією;
- характер заходів або низки заходів, зокрема об'єкт, контекст і наміри.

3. Для ясності, за винятком тих рідкісних випадків, коли вплив заходів або низки заходів настільки серйозний, враховуючи його мету, що видається явно надмірним, недискримінаційні заходи Сторони, розроблені і застосовані для захисту законних суспільних інтересів, такі як здоров'я, безпека та навколишнє середовище, не становлять непряму експропріацію» [5].

Ця концепція також може дістати подальшого розвитку у ТТІП (Transatlantic Trade and Investment Partnership) між Сполученими Штатами Америки та Європейським Союзом [6]. Така угода міститиме детальні положення, що даватимуть арбітрам вказівки про те, як вирішити, чи вжив уряд заходів непрямої експропріації. Зокрема, коли держава захищає публічний інтерес на недискримінаційній основі, право держави на регулювання переважає економічні наслідки цих заходів щодо інвестора. Ці необхідні роз'яснення свідчать про те, що компаніям не може бути надана компенсація лише тому, що їх прибуток зменшився через вплив нормативних положень, прийнятих з метою захисту публічного порядку. Усі угоди про вільну торгівлю ЄС чітко підтверджують як базовий принцип право сторін на регулювання, переслідуючи законні цілі публічного порядку: соціальні, екологічні, безпеки, громадського здоров'я, заохочення і захисту культурного розмаїття. Цей принцип буде також застосовуватися до положень про захист інвестицій, включених в угоди ЄС [7].

Висновок

Отже, тема розмежування регуляторних дій держави та непрямої експропріації залишається актуальною. Хоча базові принципи міжнародного права, згідно з якими кожна держава має право здійснювати заходи державного регулювання, якщо вони не порушують її зобов'язання за міжнародним правом, не ставляться під сумнів, поняття непрямої експропріації все ж підлягає подальшому уточненню, а його визначення поступово переходить із площини звичаєвого права та арбітражних прецедентів у площину міжнародних угод.

Використані джерела

- [1] Згідно з принципами міжнародного інвестиційного права, експропріація як така не є незаконною, якщо вона переслідує суспільну мету, проводиться за належною правовою процедурою, на засадах недискримінації і супроводжується забезпеченням швидкої, адекватної та ефективної компенсації.
- [2] Ian Brownlie, *Public International Law*, Oxford University Press, 6th Edition. — 2003. — p. 509.
- [3] M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press. — 1994. — p. 283.
- [4] «Непряма експропріація» та «право на регулювання» в міжнародному інвестиційному праві / Робочі документи з міжнародних інвестицій 2004/04. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf.

- [5] Comprehensive Economic and Trade Agreement. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=eng>.
- [6] EU negotiating texts in TTIP. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1230>.
- [7] Fact sheet: Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU agreements. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151916.pdf.

ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ МІЖНАРОДНОГО ІНВЕСТИЦІЙНОГО ПОЗОВУ У ЗВ'ЯЗКУ З ДІЯМИ НАЦІОНАЛЬНИХ СУДІВ



СЕРГІЙ ВОЙТОВИЧ

доктор права, партнер ЮПФ «Грищенко та Партнери»

Не знаю, чи цікавляться українські суди і судді міжнародним інвестиційним арбітражем, але вони повинні пам'ятати, що їхні дії можуть стати і стають предметом міжнародного інвестиційного позову у спеціалізованому арбітражі.

В яких випадках може таке статися? Можна виділити чотири найтипівіших види позовів щодо дій національних судів залежно від того, порушення якого міжнародно-правового стандарту заявляється позивачем:

- позов про відмову в правосудді (denial of justice);
- позов про порушення судом стандарту справедливого і рівного режиму (fair and equitable treatment);

- позов про порушення стандарту ефективних засобів відстоювання позовів (effective means);
- позов про судову експропріацію (judicial expropriation).

Можливі поєднання вищевказаних позовів в одній справі.

Позов про відмову в правосудді

Заборона відмови в правосудді вважається нормою міжнародно-правового звичаю. Відмова у правосудді — найтипівіша підстава для втручання міжнародних інвестиційних трибуналів в оцінку дій національних судів з точки зору міжнародного права.

Позови інвестора щодо відмови у правосудді розглядалися в багатьох інвестиційних спорах [1], у тому числі за участю України [2]. Але в українських справах поки що відмова у правосудді жодного разу не була встановлена, навіть у тому (поки що одному відомому) випадку, коли в діях українських судів арбітри знайшли порушення міжнародного права. Тобто поки що юридичним радникам України вдавалося захистити українські суди від позовів про відмову в правосудді.

Ряд аспектів заборони відмови у правосудді вважаються широкоvizнаними:

- в арбітражних рішеннях і доктрині визнано, що міжнародні арбітражні трибунали не є органами апеляції для національних судів і не переглядають їхні рішення. Хоча арбітри інколи дуже ретельно аналізують судові рішення як факти справи з метою встановлення, було чи не було порушене міжнародне право діями національного суду;
- також не викликає сумнівів те, що не будь-яке порушення судом норм національного права та не будь-яка судова помилка досягає рівня відмови у правосудді за міжнародним правом [3]. Трибунал для цього «повинен виявити істотно більшу проблему <...>, аніж просто помилку у встановленні права або факту» [4];
- відмова у правосудді пов'язана з істотними вадами у відправленні правосуддя (administration of justice) [5]. Для цього в судових рішеннях має бути щось «шокує», неприйнятне з точки зору нормальної правосвідомості [6]. Типовими прикладами відмови у правосудді можуть бути: грубе порушення процесуальних норм (due process) судом (наприклад, сторона позбавлена права на представлення своєї позиції, на оскарження рішення), втручання державних органів у судовий процес тощо;
- широкоvizнано, що позов про відмову в правосудді може бути заявлений тільки після рішення судової системи держави в цілому, тобто як загальне правило потрібно вичерпання місцевих судових засобів [7]. Така позиція цілком логічна, оскільки для вирішення питання про те, чи була відмова у правосудді як правопорушення з міжнародного права, необхідно, щоб держава-відповідач мала можливість виправити помилки суду нижчої інстанції в суді вищої інстанції в порядку апеляції та/або касації. Іншими словами, держава не повинна нести відповідальність за міжнародним правом за помилки окремого судді.

Менш визнаним (хоча і зазначалося в літературі [8]) є положення про те, що винятком із традиційного позову про відмову в правосудді може бути заява про порушення міжнародного права вже судом нижчої інстанції, тобто без вичерпання місцевих засобів. Таке може бути у випадку, якщо місцеві засоби вочевидь неефективні і їхнє застосування не має жодних розумних шансів на успіх [9]. Не можна виключити, що рішення суду вже першої інстанції може заподіяти інвестору непоправної шкоди, яку вже не відшкодувати простим скасуванням неправильного рішення. Однак автору невідомо про успішні інвестиційні позови щодо відмови у правосудді судом нижчої інстанції.

Позов про порушення судом стандарту справедливого і рівного режиму

Одним із нових підходів в інвестиційному арбітражі можна вважати заяву про порушення національними судами стандарту справедливого і рівного режиму без традиційного позову про відмову в правосудді. Прихильники такого підходу вважають, що міжнародне право не містить однозначного правила, що національні суди можуть порушити міжнародне право тільки через відмову в правосудді. Логічно припустити, що можуть бути й інші порушення міжнародного права національними судами.

Позов про відмову в правосудді має досить суворі вимоги. Разом із тим договірний принцип справедливого і рівного режиму, за всієї його оцінковості, спрямований проти будь-яких несправедливих дій національних судів, тобто потенційно має більш широкую сферу, ніж класична заборона відмови у правосудді, спрямована більш вузько проти грубих недоліків у відправленні правосуддя. Будь-яка відмова у правосудді несправедлива, але не кожна несправедливість суду — відмова у правосудді. Потенційно прямий позов про порушення судами справедливого і рівного режиму може дати більше гнучкості для позивача, звичайно, за умови, якщо це буде підтримано арбітрами. У той же час залишається питання — чи є об'єктивні критерії вочевидь несправедливого рішення суду, щоб його кваліфікувати як порушення міжнародно-правового стандарту справедливого і рівного режиму?

У (другій) справі *Vivendi v. Argentine* трибунал констатував, що стандарт справедливого і рівного режиму не може обмежуватися відмовою в правосудді стосовно дій національних судів [10]. Але в цьому рішенні 2007 року трибунал зробив таку заяву мимохідь (Аргентина була визнана такою, що порушила справедливий і рівний режим та інші стандарти за іншими підставами).

У справі *Bosh v. Ukraine* позивач намагався заявити, що український суд порушив справедливий і рівний режим через порушення загального принципу права *res judicata* (тобто, судячи з рішення арбітрів, без позову про відмову у правосудді). Але за фактами справи трибунал не підтримав цей позов [11].

А ось в одному з неопублікованих рішень трибунал визнав, що суд (разом з іншими державними органами) порушив справедливий і рівний режим без встановлення відмови у правосудді.

Може бути так, що рішення судів розглядаються в контексті дій інших державних органів у рамках заявлених порушень прав інвестора. І арбітражний трибунал зазначає окремі недоліки в діях судів, які самі по собі не досягають рівня окремого порушення будь-якого стандарту міжнародного права, але в сукупності з діями інших державних органів кумулятивно дають підставу для висновку про порушення справедливого і рівного режиму. У цьому ж плані арбітри можуть оцінювати і свої обґрунтовані сумніви в неупередженості судового рішення, навіть якщо окремо взяті аспекти такого рішення з питань права і фактів мають прийнятний вигляд.

При будь-якому формулюванні позову незмінним залишається правило, що міжнародний арбітраж не переглядає рішення національного суду подібно до апеляційного чи касаційного органу. Його завдання інше — встановити, було чи не було порушено міжнародне право діями національного суду.

Позов про порушення стандарту ефективних засобів відстоювання позовів

Стандарт ефективних засобів передбачений у статті 10(12) Договору до Енергетичної хартії (ДЕХ) і деяких двосторонніх договорах про захист інвестицій.

Стаття 10(12) ДЕХ встановлює: «Кожна Договірна Сторона стежить за тим, щоб її національне законодавство забезпечувало ефективні засоби відстоювання позовів та забезпечення дотримання прав відносно Інвестицій, інвестиційних угод, а також інвестиційних дозволів» (підкреслено мною. — Прим. авт.).

Поки що відомо не так багато справ з подібними позовами. У справі *Petrobart v. Kyrgyzstan* державу-відповідача було визнано порушником статті 10(12) ДЕХ через втручання віце-прем'єр-міністра в судовий процес, але трибунал не дав розгорнутого обґрунтування стандарту ефективних засобів.

У справі *Amto v. Ukraine* державі-відповідачу вдалося захиститися від такого позову. Трибунал у цій справі одним із перших зробив висновок, що стандарт ефективних засобів у статті 10(12) ДЕХ — це «конкретне зобов'язання» («specific obligation» — пункт 75 рішення), тобто, очевидно, воно відрізняється від відмови у правосудді. Стаття 10(12) ДЕХ вимагає у держави забезпечити, «щоб якість законодавства відповідала мінімальним міжнародним стандартам» [12]. Трибунал у справі *Amto* визнав, що, незважаючи на окремі недоліки, українське законодавство про банкрутство того часу в цілому відповідало вимозі статті 10(12) ДЕХ. Цей трибунал не розглядав порушення статті 10(12) ДЕХ діями судів у конкретних справах [13].

Деякі трибунали застосовували стандарт ефективних засобів на основі двосторонніх договорів про захист інвестицій (це, зокрема, рішення в справах *Chevron v. Ecuador* та *White Industries v. India* [14]). Ці трибунали також відрізняли договірний стандарт ефективних засобів (*lex specialis*) від звичаєво-правової відмови у правосудді, але на тій лише підставі, що порушити стандарт ефективних засобів нібито легше, ніж заборону

відмови у правосудді (тобто поріг порушення правила ефективних засобів повинен бути нижчим, ніж у випадку відмови у правосудді) [15]. Іншими словами, в справі Chevron багаторічні затягування процесу з боку екваторських судів було легше кваліфікувати як порушення, використовуючи стандарт ефективних засобів, ніж заборону відмови в правосудді. Критики рішення в справі Chevron відзначають, що такий критерій не надто чіткий та навряд чи переконливо обґрунтований, хоча намір обійти «суворості» класичної заборони відмови у правосудді проглядається як привабливий для позивача [16].

Варто відзначити суттєву текстуальну відмінність статті 10(12) ДЕХ та відповідних статей двосторонніх угод про захист інвестицій, що застосовувалися трибуналами у справах Chevron та White Industries. У цих двосторонніх угодах немає посилання на те, щоб саме національне законодавство забезпечувало ефективні засоби [17]. Цим пояснюється відмінність у підходах до стандарту ефективних засобів трибуналів у справах Amto, з одного боку, та Chevron і White Industries — з іншого.

У рішенні у справі Chevron зазначається, що порушення правила ефективних засобів відбувається, коли суд не може ефективно захистити права [18]. А не як у випадку відмови в правосудді, коли порушення судом має бути «шокуючим» [19]. Менш суворі вимоги, порівняно із заборонаю відмови в правосудді, висловлювалися трибуналом у справі Chevron щодо вичерпання національних засобів (exhaustion of local remedies) для встановлення порушення стандарту ефективних засобів. Висновок трибуналу у справі Chevron стосувався специфічного порушення — необґрунтованого затягування судового провадження на багато років, коли самі національні суди призвели до не вичерпання місцевих засобів [20].

Основне питання (з урахуванням конкретних формулювань у договорі) — стандарт ефективних засобів — це тільки якість законодавства чи також і ефективність судового захисту в конкретній справі (або і перше, і друге)? Якщо тільки перше (справа Amto), то тестом може бути, наприклад, законодавчий мораторій на стягнення боргів — відповідає такий мораторій вимозі ефективності засобів чи ні. Якщо друге (справи Chevron, White Industries), то в чому саме відмінність цього стандарту від заборони відмови в правосудді? Чи є поріг порушення правила ефективних засобів нижчим, порівняно із заборонаю відмови в правосудді, і, якщо є, то чому? Чи є відмінність між двома стандартами з точки зору вимоги вичерпувати національні засоби, адже ефективність засобів вимагається від системи правосуддя, а не дій окремого судді?

Можливо, вичерпання національних засобів не вимагається при застосуванні обох стандартів, тільки якщо такі засоби явно неефективні? Наприклад, у випадку законодавчого мораторію на стягнення боргу з державного підприємства, чи треба при цьому все ж вимагати від позивача-кредитора пройти відповідний шлях та отримати відмову, якщо його зайвість очевидна?

Цілком зрозуміло, що вимога вичерпання місцевих засобів може вважатися неефективною для захисту прав позивача, але суворе правило вичерпання засобів забезпечує баланс інтересів позивача та судової системи, проти якої подано інвестиційний позов.

Позов про судову експропріацію

Про «судову експропріацію» говорять, коли рішення, що має ефект експропріації, приймається судом, а не законодавчим або адміністративним органом. Сам термін «судова експропріація» може не використовуватися в арбітражному рішенні, а те, що судові рішення має ефект, тотожний експропріації, може заявлятися та розглядатися в рамках традиційного позову про експропріацію. Однак у випадку, коли власник втрачає актив у результаті судових рішень, наприклад про визнання недійсним договору про придбання такого активу, треба довести, що мала місце саме протиправна експропріація, а не правомірне рішення суду.

У справі Saipem v. Bangladesh трибунал ICSID дійшов висновку, що судова експропріація відрізняється від відмови у правосудді в тому сенсі, що тільки для відмови у правосудді необхідне вичерпання місцевих засобів захисту [21]. Ця теза не є безперечною і може сприйматися як спроба обійти «суворості» відмови у правосудді подібно до спроб у рамках позовів про ефективні засоби.

У справі Saipem v. Bangladesh двосторонній договір про захист інвестицій дозволяв розглядати тільки спори про експропріацію, а не, скажімо, про відмову в правосудді. Верховний суд Бангладеш оголосив арбітражне рішення ICC на користь позивача «неіснуючим», тобто суд за місцем проведення арбітражу скасував рішення арбітрів, але зробив це, за висновком уже трибуналу ICSID, безпідставно. Інакше

кажучи, суди Бангладеш, зловживаючи своїм правом, скасували нормальне арбітражне рішення, тобто де-факто позбавили позивача можливості реалізувати своє право, зафіксоване в арбітражному рішенні.

В іншій справі *ICSID Sistem v. Kyrgyzstan* турецький інвестор був позбавлений активу (готельний бізнес) рішенням киргизького суду про визнання договору недійсним. Під час революції 2005 року в Киргизії готель був захоплений силовим методом, а турецького інвестора відсторонили від управління. Припис прокурора повернути незаконно захоплене приміщення був оскаржений у суді. У результаті судових розглядів договір купівлі-продажу 1999 року в 2005 році був визнаний недійсним, природно, не на користь турецького інвестора. Це було вирішено в двох судових інстанціях (тобто спроба вичерпання засобів мала місце). Спроби мирного врегулювання провалилися, й інвестор подав позов проти держави в ICSID. Трибунал досить легко встановив факт експропріації без компенсації в результаті саме рішень киргизького суду [22].

«Свіжий» приклад: у відомому рішенні 2014 року у справі *Yukos Universal Limited v. Russian Federation* арбітри розглядали питання про те, чи було належним і справедливим провадження про визнання ЮКОС банкрутом? Позивач характеризував банкрутство як «фінальний акт руйнування і експропріації ЮКОС». Трибунал погодився та встановив, що Російська Федерація порушила статтю 13(1) ДЕК про експропріацію, але дії судів розглядалися в цій справі лише як аспект у більш широкому контексті [23].

Знову ж таки основним питанням залишається таке: чи повинен позов про «судову експропріацію» встановлювати відмову у правосудді? Якщо це не обов'язково і достатньо встановити протиправну експропріацію без компенсації, то така протиправність має бути відмінною від відмови в правосудді.

* * *

Таким чином, зазначені чотири види позовів мають спільне — всі вони спрямовані проти однієї категорії порушень і дають міжнародно-правові підстави для кваліфікації арбітражним трибуналом відповідальності держави за порушення міжнародного права з боку національних судів. Відмінності стосуються юридичних нюансів обґрунтування позовів, але кожна з цих підстав може бути використана позивачем-інвестором. Це мають знати і розуміти національні судді, а не тільки фахівці в міжнародному інвестиційному арбітражі.

Використані джерела

- [1] Наприклад, в: *Amco v. Indonesia*, *Maffezini v. Spain*, *Vivendi v. Argentine*, *Azinian v. Mexico*, *Lowen Group v. USA*, *Waste Management v. Mexico* (No. 1), *Feldman v. Mexico*, *Mondev v. USA*, *Genin v. Estonia*, *Middle East Cement v. Egypt*, *ADF v. USA* тощо. Зокрема, знаменитий *Mondev test* сформульовано таким чином: «The test is not whether a particular result is surprising, but whether the shock or surprise occasioned to an impartial tribunal leads, on reflection, to justified concerns as to the judicial propriety of the outcome, bearing in mind on the one hand that international tribunals are not courts of appeal, and on the other hand that Chapter 11 of NAFTA (like other treaties for the protection of investments) is intended to provide a real measure of protection. In the end the question is whether, at an international level and having regard to generally accepted standards of the administration of justice, a tribunal can conclude in the light of all the available facts that the impugned decision was clearly improper and discreditable, with the result that the investment has been subjected to unfair and inequitable treatment. This is admittedly a somewhat open-ended standard, but it may be that in practice no more precise formula can be offered to cover the range of possibilities» (*Mondev v. USA*, Award, 2002, para. 127).
- [2] Зокрема, у справах *Tokios Tokelés v. Ukraine*, *Amto v. Ukraine*, *GEA v. Ukraine* позови про відмову в правосудді були відхилені, а в справі *Western NIS Enterprise Fund v. Ukraine* трибунал не мав процесуальної можливості визначитися в цьому питанні.
- [3] Зазначалося, що судові упущення і порушення, які можуть бути усунені в рамках самої внутрішньодержавної судової системи в порядку апеляції, касації тощо, не підлягають розгляду в міжнародних трибуналах у контексті відмови у правосудді (див.: рішення в *Azinian v. Mexico* (5 ICSID Reports, p. 289, 293); *ADF v. USA* (6 ICSID Reports, p. 532); рішення щодо юрисдикції в *Maffezini v. Spain* (5 ICSID Reports, p. 402); *Loewen v. USA* (параграфи 54, 142, 154, 156 (42 ILM (2003)).
- [4] G. Sampliner. Arbitration of Expropriation Cases Under U.S. Investment Treaties — A Threat to Democracy or the Dog that didn't Bark? — 18 ICSID Rev. — FILJ (2003), p. 35.
- [5] Див.: *Amto v. Ukraine*, Final Award, 26 March 2008, para. 75.

- [6] У будь-якому випадку «інвестору не гарантують, що він здобуде перемогу в судовому розгляді за будь-яких обставин» (Mohammad Ammar Al-Bahloul v. Tajikistan, SCC Case No. V (064/2008), Partial Award on Jurisdiction and Liability, 2 September 2009, para. 246).
- [7] Jan Paulsson. Denial of Justice in International Law, Cambridge University Press, 2005, pp. 107—112.
- [8] Jan Paulsson. Denial of Justice in International Law, Cambridge University Press, 2005, p. 113.
- [9] Наприклад, у випадку необґрунтованого затягування судового провадження, що унеможливило вичерпання місцевих засобів (Jan de Nul v. Egypt, Award, 6 November 2008, para. 256).
- [10] Although the fair and equitable treatment standard «is commonly understood to include a prohibition of denial of justice, it would be significantly diminished if it were limited to claims for denial of justice» (Vivendi v. Argentine, Award, 20 August 2007, para. 7.4.11).
- [11] Bosh v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/11, Award, 25 October 2012, paras. 276—286.
- [12] Amto v. Ukraine, Final Award, 26 March 2008, para. 87 (підкреслено автором).
- [13] Amto v. Ukraine, Final Award, 26 March 2008, para. 88.
- [14] У справі Chevron порушенням ефективності також стали багаторічні (на 13 років) затягування в судовому процесі. Ні складність процесу, ні процесуальна поведінка учасників не виправдовувала в очах арбітрів таких тривалих затягувань. У справі White Industries порушенням стандарту ефективних засобів (інкорпорованого через клаузулу найбільш сприятливої нації) було визнано затягування у виконанні арбітражного рішення на дев'ять років. Стандарт ефективних засобів коротко розглядався також у справі Duke Energy v. Ecuador, але трибунал не знайшов його порушення державою-відповідачкою.
- [15] Chevron v. Ecuador, Partial Award on the Merits, 30 March 2010, paras. 242, 244, 275; White Industries v. India, Final Award, 30 November 2011, paras. 11.3.2—11.3.3.
- [16] Див., наприклад, Jessica Wirth. «Effective Means» Means? The Legacy of Chevron v. Ecuador. — Columbia Journal of Transnational Law, 2013, pp. 325—367.
- [17] Стаття II(7) американсько-еквадорської угоди про захист інвестицій у справі Chevron: «Each Party shall provide effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to investment, investment agreements, and investment authorizations». Стаття 4(5) кувейтсько-індійської угоди про захист інвестицій у справі White Industries: «Each Contracting State shall, in accordance with its applicable laws and regulations, provide effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to investments...».
- [18] Chevron v. Ecuador, Partial Award on the Merits, 30 March 2010, para. 244.
- [19] Chevron v. Ecuador, Partial Award on the Merits, 30 March 2010, para. 244.
- [20] Chevron v. Ecuador, Partial Award on the Merits, 30 March 2010, paras. 321, 326.
- [21] Трибунал у справі Saipem зробив висновок: «expropriation by the courts presupposes that the courts' intervention was illegal, this does not mean that expropriation by a court necessarily presupposes a denial of justice. Accordingly, it tends to consider that exhaustion of local remedies does not constitute a substantive requirement of a finding of expropriation by a court» (Saipem v. Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/7, Award, 30 June 2009, para. 181).
- [22] Sistem v. Kyrgyzstan, ICSID Case No. ARB(AF)/06/1, Award, 9 September 2009, paras. 117—122.
- [23] Yukos Universal Limited v. Russian Federation, Final Award, 18 July 2014, para. 1888.

ДЕНЬ ДРУГИЙ 20.03.2015

СЕСІЯ II

СЕКЦІЯ 3 ЦИВІЛЬНИЙ І ГОСПОДАРСЬКИЙ ПРОЦЕСИ



МОДЕРАТОРИ

АЛЛА ОЛІЙНИК

кандидат юридичних наук, суддя Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ

ГАННА ОЛІФІРЕНКО

радник LCF

ПРОБЛЕМИ СУДОВОГО ЗАХИСТУ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ ПОЗИЧАЛЬНИКА ЯК СТОРОНИ КРЕДИТНОГО ДОГОВОРУ, УКЛАДЕНОГО В ІНОЗЕМНІЙ ВАЛЮТІ



АЛЛА ОЛІЙНИК

кандидат юридичних наук, доцент,
суддя Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ

Інфляційні процеси, що супроводжують перехід економіки України до ринкових відносин, призвели до знецінення національної грошової одиниці. Унаслідок світової фінансової кризи, яка торкнулася й України у 2008 році, курс іноземної валюти підвищився, а рівень доходів фізичних та юридичних осіб знизився. Такі обставини зумовили збільшення кількості справ у судах щодо виконання зобов'язань, зокрема виражених в іноземній валюті.

Національна економіка на сьогодні переживає серйозні за глибиною та масштабами перетворення, спричинені низкою політичних й економічних чинників, які суттєво впливають і впливатимуть на виконання зобов'язань з кредитних договорів, укладених у валюті, а це призведе до подальшого збільшення кількості судових спорів у таких категоріях справ.

Аналіз структури спорів із кредитних правовідносин вказує на превалювання способів захисту, пов'язаних із забезпеченням виконання зобов'язань за кредитними договорами, визнанням недійсними кредитних договорів чи їхніх окремих умов, їхнім розірванням та виконанням судових рішень у таких справах.

Судова практика щодо виконання зобов'язань в іноземній валюті є суперечливою та неоднаковою.

Загальними судами розглядаються спори з кредитних договорів, укладених в іноземній валюті, переважна більшість яких є споживчими договорами, що кваліфікуються як договори приєднання (частина 2 статті 634 Цивільного кодексу України; далі — ЦК України).

У кредитних договорах, навіть незалежно від кваліфікації кредитного договору як споживчого, особа, яка приєднується, — позичальник є слабшою стороною договору. Нерівність переговорних можливостей при укладенні кредитного договору завідомо ставить сторону, яка приєдналася, у більш не вигідні умови при укладенні договору та при виконанні зобов'язань із кредитного договору. Заборона надання (отримання) споживчих кредитів в іноземній валюті на території України у 2011 році системно проблему не розв'язала, адже основну масу кредитних договорів у валюті було укладено раніше і вони передбачають повернення грошових коштів протягом тривалого періоду.

Триваючий характер відносин із кредитного договору зумовлює розмежування способів захисту прав позичальника, пов'язаних з укладенням кредитного договору та виконанням зобов'язань за кредитним договором.

Застосування таких способів захисту прав позичальників, як визнання кредитного договору чи його окремих умов недійсними, є відносно ефективним щодо відносин із споживчих кредитних договорів в іноземній валюті, які містять несправедливі умови (частина 5 статті 11, стаття 18 Закону України «Про захист прав споживачів» від 12 травня 1991 року; далі — Закон), іншим чином порушують права споживача тощо. Водночас не завжди суди дають належну оцінку умовам договору з точки зору їх справедливості чи несправедливості, всіх обставин у справах про визнання кредитного договору недійсним унаслідок введення в оману, при вирішенні спору не застосовують загальні засади цивільного законодавства: справедливості, добросовісності та розумності.

До 2011 року, тобто і до заборони укладення споживчих кредитів у валюті, Закон визначав, що перед укладенням договору про надання споживчого кредиту кредитодавець зобов'язаний повідомити споживача у письмовій формі, зокрема, про:

- мету, для якої споживчий кредит може бути витрачений;
- форми його забезпечення;
- наявні форми кредитування з коротким описом відмінностей між ними, в тому числі між зобов'язаннями споживача;
- тип відсоткової ставки;
- суму, на яку кредит може бути виданий;
- орієнтовну сукупну вартість кредиту та вартість послуги з оформлення договору про надання кредиту (перелік усіх витрат, пов'язаних з одержанням кредиту, його обслуговуванням та поверненням, зокрема таких як адміністративні витрати, витрати на страхування, юридичне оформлення тощо);
- строк, на який кредит може бути одержаний;
- варіанти повернення кредиту, включаючи кількість платежів, їх частоту та обсяги;
- можливість дострокового повернення кредиту і того, чи відповідає це умовам;
- переваги та недоліки пропонованих схем кредитування.

Недотримання вказаних вимог Закону може бути підставою для визнання кредитного договору та його окремих умов недійсними.

Оцінюючи обов'язок банку надати споживачеві інформацію про всі фінансові умови кредитування та обов'язок банків у разі надання кредиту в іноземній валюті під час укладення кредитного договору попередити споживача, що валютні ризики під час виконання зобов'язань за цим договором несе споживач (статті 11, 18, 21 Закону), а також пункт 3.8 Правил надання банками України інформації споживачу про умови кредитування та сукупну вартість кредиту, затверджених постановою правління Національного банку України від 10 травня 2007 року № 168, зареєстрованих у Міністерстві юстиції України 25 травня 2007 року № 541/13808 (щодо договорів, укладених після набуття постановою чинності), виникає закономірне

запитання, чи повинен банк під час укладення договору враховувати спроможність позичальника виконувати зобов'язання за кредитним договором, укладеним у валюті, чи має позичальник джерело доходів у валюті для виконання умов такого договору, у протилежному випадку, чи будуть умови такого договору справедливими для позичальника і чи можна говорити про зловживання банком правом?

Банк як професійний учасник ринку повинен був передбачати можливість невиконання споживачем умов кредитного договору у майбутньому та значні майнові ризики і втрати для споживача у зв'язку із невиконанням такого договору.

Відповідно до частини 3 статті 13 ЦК України, має місце зловживання правом, яке характеризується формальною правомірністю та водночас порушує національні (стаття 5 Закону) та міжнародні засади захисту прав споживачів і засади справедливості, добросовісності та розумності (пункт 6 частини 3 статті 3 ЦК України).

На нашу думку, ознаки зловживання правом мали також звернення банків з вимогами до позичальників протягом надто тривалих строків невиконання зобов'язань. Усуненню наслідків зловживання правом сприяла постановка Верховного Суду України у справі № 6-116цс13 від 6 листопада 2013 року, в якій Верховний Суд України висловив правовий висновок щодо застосування позовної давності та її перебігу за вимогами кредитора, які випливають з порушення боржником умов договору (графіка погашення кредиту) про погашення боргу частинами (щомісячними платежами).

Верховний Суд України в справі № 6-80цс13 від 25 вересня 2013 року висловив правовий висновок про те, що умови договору є несправедливими, якщо всупереч принципу добросовісності його наслідком є істотний дисбаланс договірних прав та обов'язків на шкоду споживача.

На наш погляд, умови кредитного договору у валюті, які вказують на зловживання правом банком при наданні такого кредиту, є несправедливими, якщо вони мають наслідком істотний дисбаланс договірних прав та обов'язків на шкоду споживача, отже, можуть бути визнані недійсними за позовами споживачів відповідно до частини 4 статті 18 Закону.

Необхідно підкреслити, що у Директиві 2002/65/ЄС Європейського парламенту і Ради від 23 вересня 2002 року про дистанційний маркетинг споживчих фінансових послуг та внесення змін до Директиви Ради 90/619/ЄЕС та Директиви 97/27/ЄС звернено увагу на підтримання високого рівня захищеності споживачів щодо інвестиційних послуг та фінансових кредитів. Відповідно до Директиви Ради 87/102/ЄЕС від 22 грудня 1986 року щодо координації законів, підзаконних актів та адміністративних положень про правила Спільноти щодо кредиту споживача зазначено, що держави-члени мають гарантувати, що кредитні угоди не повинні укладатися зі збитками для споживача, відповідно до положень національного законодавства та положень цієї Директиви (пункт 1 статті 14 Директиви), за змістом Директиви 2008/48/ЄС Європейського парламенту та Ради від 23 квітня 2008 року про кредитні угоди для споживачів важливим для забезпечення довіри споживачів є пропонування ринком достатнього ступеня їхнього захисту.

Вітчизняна банківська практика надання кредитів у валюті без урахування ризиків, які несе споживач, і попередження про них банком у письмовій формі, офіційно підтверджених джерел доходів у валюті, практика укладення кредитних договорів у валюті із одночасним проведенням операцій обміну валюти на гривню, внесення додаткових змін до правил та умов надання кредитів без повідомлення про це позичальника, не відповідає вимогам вищезазначених міжнародних актів. У постанові Верховного Суду України від 11 лютого 2015 року в справі № 6-240цс14 було звернено увагу на те, що умови надання споживчого кредиту фізичним особам, які не підписані позичальником, не можуть вважатися складовою частиною кредитного договору як підстави виникнення прав і обов'язків сторін. Якщо в умовах надання споживчого кредиту фізичним особам, які не підписані позичальником, містяться положення, що визначають істотні умови кредитного договору (частина 2 статті 11 Закону), такий договір вважається неукладеним (частина 1 статті 638 ЦК України) та є підставою для застосування способів захисту, передбачених статтею 1212 ЦК України.

Загальні умови виконання зобов'язань (стаття 526 ЦК України) також мають відповідати загальним засадам цивільного законодавства (стаття 3 ЦК України), зокрема вимогам справедливості, добросовісності та розумності. Відповідальність за невиконання зобов'язань із кредитних договорів, укладених в іноземній валюті, застосовується з урахуванням такого зобов'язання, як грошового, на підставі норм ЦК України,

які мають дуже жорсткий характер навіть порівняно з аналогічними нормами пострадянських та зарубіжних країн [1, с. 258—24]. Визначивши вину як підставу цивільної відповідальності відповідно до статті 614 ЦК України «Вина як підстава відповідальності за порушення зобов'язання», законодавець встановив виняток для грошових зобов'язань у статті 625 ЦК України. Те, що особа вжила всіх залежних від неї заходів для належного виконання зобов'язання, ніяк не впливає на звільнення її від відповідальності за невиконання грошового зобов'язання, зокрема в іноземній валюті.

Відповідно до частини 3 статті 551 ЦК України, з урахуванням положень статті 3 ЦК України щодо загальних засад цивільного законодавства та частини 4 статті 10 ЦПК України щодо обов'язку суду сприяти сторонам у здійсненні їхніх прав, позитивно є судова практика зменшення розміру неустойки за умови, що він значно перевищує розмір збитків, та за наявності інших обставин, які мають істотне значення, що відповідає і правовому висновку Верховного Суду України від 3 вересня 2014 року в справі № 6-100цс14.

Ураховуючи вимоги статті 42 Конституції України, статті 18 Закону України «Про захист прав споживачів», рішення Конституційного Суду України від 10 листопада 2011 року № 15рп/2011 (справа про захист прав споживачів кредитних послуг), у рішенні суду доцільно надавати оцінку умовам кредитного договору, на підставі яких банками заявляються вимоги про стягнення грошових коштів, що становлять непропорційно велику суму компенсації у разі невиконання споживачем зобов'язань за договором та обґрунтованості нарахованим сумах неустойки і доказам, які надаються на підтвердження вимог банку.

Особливе місце в системі способів захисту прав сторін кредитних договорів займає розірвання договору (статті 651—654 ЦК України). Розірвання договору, з одного боку, вносить елементи нестабільності у відносини сторін, але з іншого — надає можливість не виконувати договір у тих випадках, коли його виконання унеможливило досягнення мети договору [2, с. 5]. Пошук конструктивних елементів інституту розірвання договору, які сприятимуть формуванню стабільних зобов'язальних правовідносин, є завданням як законодавця, так і судової практики.

На сьогодні судова практика як загальних судів, так і судів господарської юрисдикції виходить із того, що зміна економічної ситуації та коливання курсу іноземної валюти стосовно національної валюти України є ризиками сторін договору та не можуть бути підставами для зміни чи розірвання кредитного договору, оскільки це не є істотною зміною обставин у розумінні статті 652 ЦК України; коливання курсу валют є потенційними ризиками при укладенні кредитного договору в іноземній валюті для обох сторін.

У науковій літературі висловлюється точка зору, що причиною розірвання договору може бути різка зміна валютного курсу [3, с. 104].

Погоджуємося, що коливання курсу валют не є підставою для розірвання договору. Водночас, можливо, необхідно переглянути підходи щодо розірвання кредитних договорів, укладених в іноземній валюті у зв'язку із різкою зміною валютного курсу та «обвального» знецінення гривні.

Основною проблемою у таких цивільних справах є застосування оціночної категорії «різка зміна валютного курсу» та складність доведення одночасно всіх чотирьох умов розірвання договору відповідно до частини 2 статті 652 ЦК України. Девальвація гривні протягом 2014—2015 років у межах 500—700 %, порівняно з курсом іноземних валют на час укладення основної кількості кредитних договорів в іноземній валюті, однозначно підтверджує наявність «різкої зміни курсу», тож логічно припустити, що сторони не могли передбачити такої зміни обставин.

Сукупність існування всіх чотирьох умов розірвання договору відповідно до частини 2 статті 652 ЦК України може доводитися сторонами, зважаючи на такі обставини:

- 1) з огляду на відносну стабільність національної валюти і конституційне право на її стабільність, яке забезпечується обов'язком Національного банку України забезпечувати стабільність гривні (стаття 99 Конституції України), позичальники виходили з того, що зміна обставин у вигляді девальвації гривні на 500—700 % не настане;
- 2) за всієї турботливості та обачливості позичальники не можуть усунути наслідки різкої девальвації гривні;
- 3) девальвація гривні, істотне зменшення цін на об'єкти забезпечення виконання зобов'язань, загальний рівень падіння доходів населення позбавляють заінтересовану сторону того, на що вона

розраховувала при укладенні договору. Тоді як банки отримують рефінансування з Державного бюджету України, компенсуючи втрати від неповернення валютних кредитів, знецінення гривні. Так, Національний банк України у 2014 році, порівняно з 2013 роком, збільшив обсяг рефінансування банків утричі — до 222,3 млрд грн, обсяг операцій з мобілізації ресурсів з ринку — в п'ять разів, до 1,473 трлн грн. Обсяг рефінансування банків у 2014 році став найбільшим після 169,5 млрд грн у кризовому 2008-му. Обсяг мобілізаційних операцій також став найбільшим після 270,407 млрд грн у 2013 році [4];

- 4) покладення ризиків різкої девальвації гривні на позичальників не узгоджується з метою забезпечення захисту законних інтересів вкладників і клієнтів банків (стаття 1 Закону України «Про банки і банківську діяльність»).

У рішенні Конституційного Суду України від 10 листопада 2011 року № 15рп/2011 (справа про захист прав споживачів кредитних послуг) визначено, що держава, встановлюючи законами України засади створення і функціонування грошового та кредитного ринків (пункт 1 частини 2 статті 92 Конституції України), має підтримувати на засадах пропорційності розумний баланс між публічним інтересом ефективного перерозподілу грошових накопичень, комерційними інтересами банків щодо отримання справедливого прибутку від кредитування та охоронюваними законом правами й інтересами споживачів їх кредитних послуг. На необхідність досягнення справедливого балансу та розумної пропорційності між засобами, що використовуються, та цілями, які переслідуються, зокрема для усунення наслідків банківської та фінансової кризи, вказував Європейський суд з прав людини (рішення у справі «Шестаков проти Росії»).

Застосування механізму розірвання договору відповідно до статті 652 ЦК України у наведеному вище випадку, на нашу думку, відновлюватиме баланс інтересів сторін договору. Звичайно, така думка є дискусійною і спірною.

Не сприяє захисту прав позичальників, які отримали кредити в іноземній валюті, застосування судами Закону України «Про мораторій на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті», оскільки немає єдиної практики у його застосуванні та є різні підходи суддів щодо тлумачення його положень та їхнього застосування.

Використані джерела

- [1] Відповідальність у приватному праві: монографія / [І. Безклубий, Н. Кузнецова, Р. Майданик та ін.]; за заг. ред. І. Безклубого. — К.: Грамота, 2014. — С. 258—274.
- [2] Соменков С.А. Расторжение договора в гражданском обороте: теория и практика. — М.: МЗ-Пресс, 2002. — С. 5.
- [3] Спасибо-Фатеева І.В. Розірвання договору: підстави, порядок, наслідки / І.В. Спасибо-Фатеева. — 2012. — № 9. — С. 104.
- [4] [Електрон. ресурс] Режим доступу: <http://economics.unian.ua/finance/1037021-natsbank-oprilyudniv-spisok-bankiv-yakim-vidav-kredit-refinansuvannya.html>.

ЗЛОВЖИВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИМИ ПРАВАМИ У ГОСПОДАРСЬКОМУ ПРОЦЕСІ



НІНА КУЧЕРУК

керівник судової практики ЮК Jurimex,
провідний науковий співробітник Національної школи суддів України

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод гарантує кожному право на справедливий і публічний розгляд його справи впродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом. Однак непоодинокими є випадки, коли остаточне рішення у справі не може бути прийняте не лише протягом кількох місяців, але й декількох років. Досить часто саме зловживання учасниками судового процесу своїми процесуальними правами стає причиною такого затягування судового розгляду справ.

І хоча на практиці зловживання процесуальними правами досить поширене, до цього часу Господарський процесуальний кодекс України (далі — ГПК України) таке поняття взагалі не використовує. Законодавець лише у частині 3 статті 22 ГПК України встановлює обов'язок сторін добросовісно користуватися належними

їм процесуальними правами, виявляти взаємну повагу до прав і охоронюваних законом інтересів другої сторони, вживати заходів до всебічного, повного та об'єктивного дослідження всіх обставин.

Недотримання цього обов'язку призводить до різних видів зловживань (правом на пред'явлення позову, правом на відвід судді, на апеляційне та касаційне оскарження судових рішень, правами при сплаті судового збору, при доказуванні тощо).

Поширеними є випадки зловживання процесуальними правами шляхом подання зустрічних позовів з недотриманням вимог ГПК України (наприклад, при несплаті зустрічним позивачем судового збору, ненадісланні ним копії позову з додатками іншим учасникам судового процесу тощо). У цьому разі суд своєю ухвалою повертає зустрічний позов заявнику, яка ним оскаржується та у подальшому стає підставою для зупинення провадження у справі.

Цікавим є те, що суди в основному зупиняють провадження у справі, хоча «законних» підстав для такого зупинення немає, а подання зустрічних позовів з недотриманням вимог ГПК України прямо визначено як зловживання процесуальними правами в Інформаційному листі Вищого господарського суду України «Про деякі питання запобігання зловживанню процесуальними правами у господарському судочинстві» від 15 березня 2010 року № 01-08/140.

Так, у постанові Вищого господарського суду України від 23 жовтня 2007 року у справі № 26/79 зазначено, що зустрічний позов має на меті захист від первісного позову, а тому розгляд апеляційної скарги на ухвалу про повернення зустрічного позову є безумовною підставою для зупинення провадження за первісним позовом. При цьому суд посилається на частину 1 статті 79 ГПК України.

Однак стаття 79 ГПК України, яка встановлює вичерпний перелік підстав для зупинення провадження у справі, не передбачає можливості зупиняти провадження до розгляду апеляційної скарги на ухвалу про повернення зустрічної позовної заяви.

Виходячи зі змісту частини 1 статті 79 ГПК України, для зупинення провадження на підставі вказаної правової норми необхідна одночасна наявність таких умов:

- 1) пов'язаність справ;
- 2) неможливість розгляду даної справи до вирішення пов'язаної з нею іншої справи;
- 3) розгляд іншої пов'язаної справи іншим судом.

При цьому повернення позовної заяви не може свідчити про наявність іншої справи, адже розгляд справи може мати місце з часу порушення у ній провадження (прийняття позовної заяви до розгляду). Тому застосування судами статті 79 ГПК України у цьому випадку є помилковим, оскільки факт оскарження зазначеної ухвали не є доказом наявності іншої справи.

Також є випадки зупинення провадження у справі у зв'язку з «необхідністю» надіслання матеріалів справи до апеляційної інстанції. Так, у постанові від 23 листопада 2011 року № 29/18 Вищий господарський суд України дійшов висновку про необхідність направлення до апеляційного суду оригіналів матеріалів справи первісного позову разом з апеляційною скаргою на ухвалу про повернення зустрічного позову. При цьому суд виходив із того, що ухвали про повернення позовної заяви не віднесено до передбачених частиною 3 статті 106 ГПК України переліку документів, при оскарженні яких направляються копії матеріалів справи.

Проте такий правовий висновок суду не зовсім узгоджується з чинним законодавством, оскільки, перше, нормами статті 106 ГПК України не встановлено вимог щодо надіслання оригіналів матеріалів справи первісного позову до суду апеляційної інстанції; по-друге, частина 3 статті 106 ГПК України застосовуватися не може, оскільки до прийняття зустрічного позову до спільного розгляду з первісним він не є та не може бути частиною матеріалів справи первісного позову; по-третє, надіслання документів до суду апеляційної та/або касаційної інстанції не передбачено статтею 79 ГПК України як підставу для зупинення провадження у справі.

Крім того, варто зазначити, що Вищий господарський суд України у своєму листі від 14 грудня 2007 року № 01-8/973 «Про деякі питання практики застосування у вирішенні спорів окремих норм процесуального права» роз'яснив, що в разі оскарження ухвали про повернення зустрічної позовної заяви до прийняття рішення за первісним позовом розгляд первісного позову може бути відкладений до розгляду скарги на названу ухвалу (частина 1 статті 77 ГПК України). Проте необхідно враховувати, що можливість відкладення

розгляду справи обмежена встановленим процесуальним законом строком розгляду справи, який становить не більше двох місяців і 15 днів від дня одержання позовної заяви.

Необхідно відзначити, що зупинення провадження у справі у таких випадках призводить до порушення прав інших учасників судового процесу, зокрема передбаченого статтею 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод права кожного на розгляд його справи судом упродовж розумного строку. Що ж стосується зустрічного позивача, то його права можуть бути захищені шляхом розгляду окремого позову, а рішення щодо первісного позову може бути переглянуте за нововиявленими обставинами.

Не менш поширеним видом зловживань процесуальними правами, що пов'язані з перебігом процесуальних строків, є заявлення клопотань про зупинення провадження у справі до вирішення пов'язаної справи. Як правило, це зупинення провадження у справі про стягнення заборгованості за договором до вирішення пов'язаної з нею справи про визнання недійсним договору, на підставі якого така заборгованість стягується.

Про можливість такого зупинення йдеться, зокрема, у постанові пленуму Вищого господарського суду України від 29 травня 2013 року № 11 «Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними», у пункті 2.17 якої роз'яснено, що якщо спір про визнання недійсною угоди (господарського договору) вирішується одночасно з розглядом іншим судом іншої справи, позовні вимоги в якому ґрунтуються на цій же угоді (зокрема, про стягнення коштів, витребування майна), то наведене згідно з частиною 1 статті 79 ГПК України з урахуванням обставин конкретної справи є підставою для зупинення провадження у такій іншій справі до закінчення розгляду справи про визнання угоди (господарського договору) недійсною.

Однак останнім часом суди відмовляють у задоволенні цих клопотань, посилаючись на відсутність такої необхідної умови для зупинення, як неможливість розгляду справи. При цьому суди виходять із наявності у господарського суду передбаченого пунктом 1 частини 1 статті 83 ГПК України права визнавати пов'язані з предметом спору договори недійсними за власною ініціативою, якщо вони суперечать законодавству України.

Про відсутність підстав для зупинення провадження у справі в цьому випадку йдеться також у пункті 2.8 постанови пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з кредитних договорів» від 24 листопада 2014 року № 1, де зазначено, що, вирішуючи питання щодо зупинення провадження у справі на підставі частини 1 статті 79 ГПК України, господарським судам потрібно враховувати викладене в підпункті 3.16 пункту 3 постанови пленуму Вищого господарського суду України від 26 грудня 2011 року № 18 «Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України» та виходити з того, що порушення провадження у справі, предметом спору в якій є визнання недійсним кредитного договору, не перешкоджає з'ясуванню обставин у справі, в якій предметом спору є повернення кредиту та сплата відсотків за ним.

Можна стверджувати, що така правова позиція судів є ефективною у боротьбі зі зловживаннями процесуальними правами на заявлення клопотань про зупинення провадження у справі. Однак водночас вона не є досконалою, а у випадках добросовісного використання сторонами своїх процесуальних прав також не виправданою, адже реалізація права визнавати договори недійсними за ініціативою суду порушує принципи рівності і змагальності учасників судового процесу. Так, сторони дізнаються про те, що суд визнав недійсним пов'язаний з предметом спору договір під час оголошення судового рішення, коли сторони не можуть навести суду першої інстанції свої доводи і міркування, подати докази на підтвердження дійсності договору тощо.

Не менш значимими при зяттяванні розгляду справ є зловживання при апеляційному та касаційному оскарженні судових рішень. Найпоширенішими серед них є неодноразове оскарження всіх без винятку процесуальних документів. Так, наприклад, у справі № 37/265 скаржник подавав до суду касаційної інстанції касаційні скарги десять разів. Такі дії призвели до того, що лише передача справи з апеляційного суду до касаційної інстанції тривала близько півтора року (з квітня 2012-го по грудень 2013 року), а розгляд справи за цей час не розпочався по суті. У результаті ухвалою від 20 грудня 2013 року у цій справі Вищий господарський суд України лише стягнув зі скаржника 1 700,00 грн штрафу.

Необхідно зазначити, що у деяких випадках закон прямо сприяє учасникам судового процесу зловживати процесуальними правами. Так, відповідно до частини 2 статті 101 ГПК України, апеляційний

господарський суд не зв'язаний доводами апеляційної скарги і перевіряє законність та обґрунтованість рішення місцевого господарського суду в повному обсязі. У такому разі сплата судового збору за перегляд усього рішення є не обов'язковою. Скаржник може визначити незначну оспорювану суму (у разі наявності вимог майнового характеру), необхідну для сплати мінімального розміру судового збору, або ж оскаржувати рішення в частині однієї вимоги немайнового характеру (при наявності декількох вимог немайнового або вимог майнового і немайнового характеру), адже апеляційний господарський суд у будь-якому разі переглядатиме справу в повному обсязі.

Порівняно новим для правозастосовної діяльності та невідомим для українського законодавства є поняття «процесуальна диверсія», яке використовують при позначенні зловживань процесуальними правами. Процесуальною диверсією є вид зловживання процесуальними правами, що спрямоване на досягнення іншої, ніж вирішення (сприяння вирішенню) спору по суті, мети (наприклад, на затягування судового процесу). У зв'язку з тим, що цей термін невідомий українському законодавству, більшість вважає, що він використовується лише науковцями у своїх роботах. Однак, за даними Єдиного державного реєстру судових рішень, цей термін зустрічається у 25 судових рішеннях (ухвалах, постановках), серед яких десять — у господарських справах.

Так, в ухвалі від 22 квітня 2010 року у справі № 4/88-ПД-09 Господарський суд Херсонської області розглядає як процесуальну диверсію, спрямовану на затягування розгляду справи, заяву про відвід судді. Повторне заявлення відводу суддям з одних і тих самих підстав розглядається як зловживання процесуальними правами, і у постанові пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої інстанції» від 26 грудня 2011 року № 18, відповідно до пункту 1.2.5 якої треба розцінювати як зловживання учасником судового процесу своїми процесуальними правами, зокрема, подання ним другої і наступних заяв про відвід судді (суддів) господарських судів з одних і тих самих підстав (у тому числі, з викладенням відповідної заяви в іншій стилістичній формі) або хоча й з інших підстав, ніж у первісній заяві, але з таких, що з урахуванням обставин справи були або мали бути відомі заявникові під час подання ним первісної заяви і, отже, повинні були зазначатися саме в ній.

У рішенні від 23 липня 2009 року у справі № 15/197-09 Господарський суд Сумської області вказав на те, що подання відповідачем апеляційної скарги на ухвалу про порушення провадження у справі є зловживанням учасником процесу (відповідачем) своїми процесуальними правами, і є процесуальною диверсією (дією з використанням не за призначенням процесуальних прав).

Зважаючи на відсутність у чинному законодавстві України поняття «процесуальна диверсія», досить важко визначити межу між зловживаннями процесуальними правами, які входять у це поняття, і ті, що залишаються поза ним. Ускладнює цей процес і неможливість визначення всіх видів таких зловживань.

Виходячи із розуміння процесуальних диверсій як реалізації процесуальних прав, не спрямованих на вирішення (сприяння вирішенню) спору по суті, такі диверсії можуть виражатися в діях учасника судового процесу, спрямованих на: неможливість початку розгляду судом порушеної провадженням справи; неможливість прийняття судом рішення в даному судовому засіданні; створення інших перешкод у вирішенні спору по суті з метою недосягнення результатів такого вирішення протягом установлених законом процесуальних строків.

До найпоширеніших їх видів можна віднести: подання клопотань про зупинення провадження у справі до вирішення іншої пов'язаної справи; неодноразове заявлення одних і тих самих клопотань, у задоволенні яких судом було відмовлено; ухилення учасника судового процесу від участі у судових засіданнях; оскарження всіх ухвал суду, що підлягають оскарженню окремо від рішення суду; неподання або несвоєчасне подання доказів; залучення до участі у справі якомога більшої кількості учасників (співвідповідачів, третіх осіб тощо); заявлення клопотань (заяв) про вчинення господарським судом не передбачених ГПК України процесуальних дій; подання другого і наступних клопотань (заяв) з одного й того самого питання, яке вже вирішено господарським судом; подання апеляційних і касаційних скарг на процесуальні документи, дія яких на момент подання такої скарги закінчилася (вичерпана) (наприклад, на ухвалу про зупинення провадження у справі після поновлення провадження в останній) тощо.

Окремо необхідно приділити увагу питанням щодо визначення правових наслідків зловживання процесуальними правами. Оскільки поняття «зловживання процесуальними правами» у чинному господарському процесуальному законодавстві не використовується, то, відповідно, і спеціальної норми, яка визначала б наслідки таких зловживань або ж встановлювала б відповідальність за них, закон не передбачає. На сьогодні наявність таких законодавчих прогалин заповнюється роз'ясненнями Вищого господарського суду України.

Так, зі змісту вищезазначених постанови пленуму Вищого господарського суду України від 26 грудня 2011 року № 18 та інформаційного листа Вищого господарського суду України від 15 березня 2010 року № 01-08/140 вбачається, що відповідні дії або бездіяльність з урахуванням конкретних обставин справи можуть спричинити, зокрема, такі наслідки, як стягнення штрафу з винної сторони в дохід Державного бюджету України (пункт 5 статті 83 ГПК України); винесення у встановленому порядку окремих ухвал (стаття 90 ГПК України), а за наявності підстав — також і надіслання повідомлень органам внутрішніх справ чи прокуратури; залишення позову без розгляду на підставі пункту 5 частини 1 статті 81 ГПК України; покладення на особу, що припустилася зловживання, судового збору незалежно від результатів вирішення спору.

Постановою пленуму Вищого господарського суду України «Про внесення змін і доповнень до деяких постанов пленуму Вищого господарського суду України» від 16 січня 2013 року № 3 вказаний перелік було розширено надсиланням окремих ухвал до кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури для вирішення питання про притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності в порядку статей 33—36 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» у разі зловживань процесуальними правами з боку учасників судового процесу, представлених адвокатами.

Однак застосування вищевказаних заходів не завжди правомірне при зловживанні процесуальними правами. Так, стаття 49 ГПК України передбачає покладення судового збору на особу, внаслідок неправильних дій якої виник спір, а не на особу, яка зловживає процесуальними правами. Для накладення штрафу на підставі статті 83 ГПК України необхідним є «попереднє» покладення судом на особу обов'язку вчинити певні дії, адже відповідно до вказаної правової норми господарський суд має право стягувати штраф у розмірі до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян лише за ухилення від вчинення дій, покладених господарським судом на сторону.

Підсумовуючи наведене, можна зробити висновки, що питання зловживання процесуальними правами на законодавчому рівні не врегульоване. Ті правові норми, які рекомендує застосовувати Вищий господарський суд України у разі зловживання процесуальними правами, не завжди можуть бути застосовані до таких правовідносин. Крім того, наявні на сьогодні заходи протидії вказаним зловживанням не можна назвати ефективними, адже навряд чи штраф у розмірі 1 700,00 грн буде перешкодою для затягування розгляду багатомільйонних справ. Тому до ГПК України необхідно внести зміни шляхом закріплення поняття «зловживання процесуальними правами», встановлення конкретних заходів відповідальності у разі таких зловживань залежно від виду зловживань, ціни позову тощо. Так, доцільно було б надати судам повноваження стягувати штраф (за повторне оскарження судових актів з одних і тих самих підстав однією і тією ж особою, неодноразове подання учасником судового процесу однакових клопотань, у задоволенні яких цим судом вже було відмовлено тощо) за умови попереднього письмового роз'яснення учаснику судового процесу його обов'язку добросовісно користуватися належними йому процесуальними правами та попередження про те, що вчинення подібних дій повторно матиме наслідком стягнення штрафу.

