



ЧЕРНІВЕЦЬКИЙ
НАЦІОНАЛЬНИЙ
УНІВЕРСИТЕТ
ІМЕНІ ЮРІЯ ФЕДЬКОВИЧА



КАФЕДРА
ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА

CHERNIVTSI
LAW SCHOOL



The European Law Students' Association
CHERNIVTSI



СУЧАСНІ ВИКЛИКИ ТА АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ СУДОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ

IV Міжнародна
науково-практична конференція

УДК 342(477)(082)

МЗ4

Редакційна колегія:

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

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

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

Остафійчук Людмила Аурелівна, кандидат юридичних наук, доцент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича;

Бутирська Ірина Анатоліївна, кандидат юридичних наук, асистент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича;

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

Каланча Інга Георгіївна, кандидат юридичних наук, прокурор Київської місцевої прокуратури №2 м. Київ, асистент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича;

Мойсей Георгій Георгійович, асистент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича.

ISBN 978-617-7627-38-7

Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні: Матеріали IV Міжнар. наук.-практ. конф. (Чернівці, 16 жовтня 2020 р.); [редкол.: О. В. Щербанюк (голова), А.Г. Бзова (відпов. секр.) та ін.]. Чернівці: Чернівецький нац. ун-т, 2020. 406 с.

До збірника увійшли матеріали IV Міжнародної науково-практичної конференції «Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні» (Чернівці, 16 жовтня 2020 р.).

Редколегія не несе відповідальності за науковий зміст і виклад матеріалу, що подано у рукописах. Для науковців, аспірантів та студентів.



Організація з безпеки та співробітництва в Європі
Координатор проектів в Україні

Видано за підтримки Координатора проектів ОБСЄ в Україні. У цій публікації висловлено виключно погляди авторів. Вони не обов'язково збігаються з офіційною позицією Координатора проектів ОБСЄ в Україні.

Зміст

Вітальне слово Президента Національної академії правових наук України.....	9
---	----------

Секція 1 АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ФУНКЦІОНУВАННЯ СИСТЕМИ СУДОУСТРОЮ ТА РЕГЛАМЕНТУВАННЯ СТАТУСУ СУДДІВ	10
---	-----------

Азаренко Т.І. Вплив збройного конфлікту на сході України на доступ осіб до системи правосуддя.....	10
Байранча Л.К. Притягнення до відповідальності Голови Конституційного Суду України: критичний огляд.....	13
Гиляка О.С. Окремі аспекти функціонування електронного правосуддя в Україні.....	17
Грищук О.В. Окремі теоретичні аспекти питання довіри до суду у суспільстві, що трансформується.....	21
Ромовська З.В. Судова влада: про те, що болить.....	27
Ірха Ю.Б. Сучасні підходи до розуміння поняття «доступ до правосуддя».....	29
Остафійчук Л.А. Проблеми доступу до правосуддя.....	35
Перемот С Третейський суд, сторони третейської угоди та треті особи: чи виправдана вузька <i>in personam</i> юрисдикція суду?.....	38
Смокович М.І. Електронне судочинство в Україні.....	50
Стефанчук М.М. Реформування системи правосуддя в Україні: сучасні виклики.....	55
Тюфтії П.В. Електронні судові повістки – прогресивні плоди розвитку новітніх інформаційних технологій в судовій системі.....	60
Фідра Ю.О. Заборона втручання у здійснення правосуддя: до питання ефективності гарантії.....	63
Хотинська-Нор О.З. Модернізація статусу Вищої кваліфікаційної комісії суддів України.....	66

Секція 2 ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД ТА ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ ОРГАНІЗАЦІЇ СУДОВОЇ ВЛАДИ: ІДЕЇ ДЛЯ УКРАЇНИ.....	71
---	-----------

Birke R. Die einstellung des strafverfahrens bis zur mittleren kriminalität.....	71
---	----

Hartmann R. Verfahrensgrundsatz der abgabenordnung in Deutschland.....	80
Remco van Rhee. The benefits of mediation: why going to court is often not in your best interest.....	83
Wedde R. Die rolle Europäischen Gerichtshofs.....	86
Wölk C. Die Begründung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Wirtschaftssachen in Deutschland.....	92
Вольська І.В. Порівняльно-правовий аналіз структури конституційних судів європейських держав.....	99
Громовчук М.В. Роль та місце Європейського суду з прав людини у механізмі реалізації людиною біомедичних прав: загальні засади.....	102
Казакевич П.В. Проблемні питання створення судових електронних систем у Європі та Україні.....	107
Калужна О.М. Організація Верховного Суду Польщі.....	110
Кокочко М.В. Особливості здійснення ювенальної юстиції за законодавством Федеративної Республіки Німеччини.....	114
Паскар А.А. Цифрове правосуддя: європейські стандарти vs українські реалії.....	118

**Секція 3 НОВІ ВИКЛИКИ ІНСТИТУТУ АДВОКАТУРИ
ТА ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ.....122**

Вільчик Т.Б. Самоврядні корпорації адвокатів: історичні аспекти і реалії сьогодення.....	122
Горбань Н.С. Гарантії незалежності адвокатської діяльності: міфи та реальність.....	128
Каланча І.Г. Сучасний стан застосування практики Європейського суду з прав людини в кримінальному провадженні.....	132
Ковальова Я.О. Доступ до професії адвоката – сучасність та преспективи розвитку.....	136
Крайник Г.С. Конкурс на посаду прокурора Офісу Генерального прокурора (другий добір, 2020 рік): очікування та реальність.....	139
Крайній П.І., Торончук І.Ж. Аналіз судової практики щодо реалізації органами прокуратури України функції представництва.....	142
Лапкін А.В. Щодо створення судово-прокурорських округів в умовах децентралізації.....	145
Москвич Л.М. Звільнення прокурорів: проблеми сучасного правового регулювання та практики.....	149

Мухатаєва Я.І. Актуальні питання розгляду скарг про неналежну поведінку адвокатів, пов'язану з розголошенням адвокатської таємниці.....	152
Подкопаєв С В Правові засади та напрямки модернізації прокуратури в Україні.....	154
Русанова І О Проблеми сучасної кадрової політики в органах прокуратури.....	158
Фляжнікова Я В Професійні якості адвоката: соціокультурний код.....	161
Шуміло О М Судовий захист екологічних прав громадян шляхом краудфандингу.....	164

Секція 4 ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ СУДОВОГО ПРАВА ТА СУДОВОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ В УКРАЇНІ ПРОБЛЕМИ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ІНСТИТУТУ КОНСТИТУЦІЙНОЇ СКАРГИ СУДОВА АРГУМЕНТАЦІЯ.....168

Vzova L.G. Principiul valabilității în deciziile Curții Constituționale.....	168
Mishyna N. Constitutional values' conflicts in the practice of the Constitutional Court of Ukraine.....	176
Берченко Г.В. Дієвість конституційної скарги крізь призму перегляду судових рішень за виключними обставинами.....	178
Бутирська І.А. Забезпечення Верховним Судом єдності судової практики: актуальні питання.....	181
Вдовічена А.І. Судові правові позиції щодо уточнення нотаріальної юрисдикції.....	184
Гаврилюк Р.О. Ціннісна протилежність правових культур медіації та судочинства.....	188
Гончарук Ю.Г. Деякі аспекти розвитку правничих професій інституту конституційної скарги.....	194
Єгорова В.С. Деякі аспекти міжнародного досвіду інституту конституційної скарги.....	197
Івановська А.М. Об'єкт процесуальних відносин у сфері реалізації конституційного контролю.....	199
Курандо К.В. Процесуально-правові гарантії доступу іноземних осіб до правосуддя (на прикладі господарського судочинства).....	203
Мерник А.М. Американська судова практика 1917-1919 років з розгляду справ щодо обмеження прав і свобод людини й громадянина в умовах особливих режимів.....	205
Ремінська Ю.Ю. Передбачувані обмеження у практиці ЄСПЛ: підходи до розуміння та перспективи використання в межах вітчизняного конституційного судочинства.....	209
Рожок А.П. Європейський конституціоналізм – інтеграційне явище.....	212

Руснак А.В. Інститут конституційної скарги в Конституційному Суді України та Федеральному Конституційному Суді Федеративної Республіки Німеччини: порівняльний аналіз.....	215
Савчин М.В. Основні критерії забезпечення єдності судової практики та пряма дія норм Конституції.....	218
Самбор М.А. Обмеження здійснення права на свободу мирних зібрань в умовах карантину та роль судової гілки влади.....	223
Селіванов А.О. Конституційний контроль за судовими рішеннями останньої інстанції відповідно до скарг фізичних і юридичних осіб.....	229
Совгіря О.В. Інститут референдуму у позиціях зарубіжних конституційних судів: перспективи розвитку судового конституціоналізму в Україні.....	231
Щербанюк О.В. Вплив конституційних судів на процеси реалізації цінностей та принципів права (проблеми аргументації).....	235

Секція 5 ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ.....242

Божик В.І. Актуальні проблеми здійснення виконавчого провадження як орієнтир законодавчого удосконалення інституту виконання судових рішень.....	242
Габрієвська М.Б. Окремі аспекти доступу до правосуддя у цивільному судочинстві.....	245
Гафич І.І. Реалізації презумпції невинуватості у діяльності прокурора щодо закриття кримінального провадження.....	247
Гетманцев О.В. Договірне регулювання процесуальної діяльності учасників справи в цивільному судочинстві.....	251
Дорохіна Ю.А. Окрема ухвала суду як процесуальний спосіб судового впливу.....	254
Кабенок Ю.В. Безспірність як критерій для відкриття провадження у справі про банкрутство.....	258
Кондрат'єва Л.А. Інститут спрощеного порядку розгляду малозначних справ в країнах Європейського Союзу та Україні.....	262
Корунчак Л.А. Висновок експерта у цивільному процесі: теоретичні надбання та порівняльний аналіз.....	267
Лата Н.Ф. Особливості оскарження ухвал у господарському судочинстві.....	270
Муза О.В. Процесуальні аспекти застосування судових правових позицій в адміністративному судочинстві України .	274
Ніколенко Л.М. Особливості спрощеного позовного провадження у господарському судочинстві.....	276

Овчаренко О.М. Актуальні правові позиції Верховного Суду з виконавчого провадження.....	279
Петренко Н.О. Щодо практичних аспектів застосування електронних доказів в господарському судочинстві.....	284
Піддубна В.Ф. Правові проблеми компенсації моральної шкоди в судовому порядку.....	287
Плахотнік О.В. Імплементация конституційних функцій прокурора у кримінальне процесуальне законодавство та Закон України «Про прокуратуру».....	290
Саленко О.В. Окремі питання про право на ефективну, реальну та практичну правову допомогу в кримінальному провадженні у практиці Європейського суду з прав людини .	293
Смітюх А.В. Щодо порядку розгляду господарських справ про зобов'язання корпоративної господарської організації забезпечити можливість проведення аудиту (перевірки) на вимогу учасника (акціонера, члена).....	298
Степанова Т.В. Щодо формування вітчизняної процесуально-правової політики.....	301
Татулич І.Ю. Процесуальні строки як гарантія здійснення ефективного цивільного судочинства.....	304
Трач О.М. Повноваження суду щодо розгляду цивільних справ в порядку наказного провадження: проблемні аспекти реалізації.....	308
Турман Н.О. Реалії законодавчого закріплення інституту медіації у кримінальному процесуальному праві України.....	312
Чебан В.М. Основні підходи при обранні запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою.....	316
Юрійчук І.В. Особливості застосування медіації в адміністративному судочинстві України.....	323
Ющик О.І. Участь присяжників у здійсненні правосуддя.....	327
Явор О.Я. Адміністративна відповідальність за несплату аліментів: практичні питання.....	330
Секція 6 ПЕРШІ КРОКИ В НАУЦІ.....	334
Бакун В.І. Міжкультурний інтепретаційний аргумент у діяльності конституційних судів.....	334
Банар О.В. Проблеми застосування процесуального законодавства України.....	337
Барило Д.М. Основи юридичної аргументації.....	340
Гончар О.О. Угоди в кримінальному процесі.....	342
Демецький В.Д. Обмеження розміру суддівської винагороди як вплив на незалежність судової влади.....	346
Драгомерецька Д.В. Публічно-правові спори як предмет адміністративної судової юрисдикції.....	349

Ілаш В.О. Невідповідність норм Кодексу адміністративного судочинства України нормам Конституції України.....	353
Клурак М.І. Einschränkungen des rechts, einen beklagten strafverfahren zu wählen.....	355
Коваль Ю.О. Електронне судочинство: історія виникнення та перспективи розвитку в Україні.....	357
Коцур І.С. Особливості участі адвоката у справах про розподіл спільного майна подружжя.....	361
Лавренюк М.О. Актуальні питання реалізації суддівського самоврядування в Україні.....	364
Лири А. Formation of the principles of the judiciary in accordance with the doctrine of modern constitutionalism: practice of constitutional constitutionalism.....	367
Манайку Т.В. Європейський досвід організації судової влади: ідеї для України.....	370
Мукомела К.О. Актуальні проблеми імплементації інституту конституційної скарги в Україні.....	374
Надієнко Ю.А. Висновок експерта у галузі права в адміністративному судочинстві.....	377
Оношко В.А. Зарубіжний досвід законодавчого врегулювання інституту адміністративної відповідальності.....	381
Падамарчук А.І. Участь адвоката при визнанні шлюбного договору недійсним.....	383
Пастух Д.М. Інститут відводу (самовідводу) судді в цивільному процесі: теоретичний і практичний аспекти.....	385
Паш Я.В. Повноваження Державного бюро розслідування як спеціального органу досудового розслідування.....	389
Процюк А.І. Судова аргументація як особливий вид юридичної аргументації.....	393
Савчук М.В. Порядок реалізації принципу законності при здійсненні оперативно-розшукової діяльності за законодавством країн Європи.....	396
Сичов Б.С. Приватизація правосуддя в Україні, або «парадокс процесуального безумства».....	399
Смолій С.М. Електронне правосуддя в Україні.....	401
Солтис Х.П. Аргументація та доказування в кримінальному процесі на стадії судового розгляду.....	404



ШАНОВНІ УЧАСНИКИ, ГОСТІ ТА ОРГАНІЗАТОРИ!

Від імені Національної академії правових наук України щиро вітаю учасників IV Міжнародної науково-практичної конференції «Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні», яка проводиться кафедрою процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича разом з Німецько-українською асоціацією юристів за підтримки проекту ЄС «Право-Justice» та іншими партнерами.

Проведення судової реформи в Україні є однією з ключових вимог, на яких наполягає як українське експертне середовище, так і міжнародні партнери України. Позицію щодо необхідності та нагальності перетворень у судовій системі поділяє і українське суспільство. Без сумніву, основним завданням судової реформи є утвердження справедливого суду та вдосконалення вітчизняної судової системи. Проблематика здійснення судової реформи та підвищення ефективності правосуддя завжди була й залишається актуальною серед науковців.

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

Бажаю всім учасникам конструктивного діалогу і плідної праці, всебічного обговорення проблем, які турбують не лише практичних працівників, а й науковців, пошуку шляхів їх вирішення. Переконаний, що дискусії будуть надзвичайно цікавими, а підсумковим документом роботи стануть відповіді на актуальні питання, які потребують вирішення.

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

О В Петришин

СЕКЦІЯ 1

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ

ФУНКЦІОНУВАННЯ СИСТЕМИ

СУДОУСТРОЮ ТА РЕГЛАМЕНТУВАННЯ

СТУТУСУ СУДДІВ

Азаренко Тетяна Ігорівна

*науковий співробітник Державного
науково-дослідного інституту МВС України,
(м. Київ, Україна)*

ВПЛИВ ЗБРОЙНОГО КОНФЛІКТУ НА СХОДІ

УКРАЇНИ НА ДОСТУП ОСІБ ДО

СИТЕМИ ПРАВОСУДДЯ

Право на справедливий судовий розгляд є частиною звичаєвого міжнародного права і звичаєвого міжнародного гуманітарного права. На сьогоднішній день укладено значну кількість міжнародних договорів, прийнято безліч нормативно-правових актів на державних рівнях, які направлені на захист прав осіб як у мирний час, так і під час збройних конфліктів.

Так, наприклад, Загальна декларація прав людини в статті 10 гарантує кожній людині, для визначення її прав і обов'язків і для встановлення обґрунтованості пред'явленого їй кримінального обвинувачення, право, на основі повної рівності, на те, щоб її справа була розглянута прилюдно і з додержанням усіх вимог справедливості незалежним і безстороннім судом.

Стаття 3, спільна для чотирьох Женевських конвенцій про захист жертв війни від 12 серпня 1949 року забороняє засудження та застосування покарання без попереднього судового рішення, винесеного судом, який створено належним чином і який надає судові гарантії визнані цивілізованими народами як необхідні. Крім того доступ до правосуддя гарантовано статтею 49 Женевської конвенції (I) про поліпшення долі поранених та хворих в регулярних арміях; статтею 50 Женевської конвенції (II) про поліпшення долі поранених, хворих і осіб, потерпілих корабельну аварію, зі складу озброєних сил на морі; статтями 102–108 Женевської конвенції (III) про поведження з військовополоненими; статтями 5, 66–75 Женевської конвенції (IV) про

захист цивільного населення під час війни; статтею 75 Додаткового Протоколу (I); статтею 6 Додаткового Протоколу (II).

Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 року забороняє свавільний арешт та тримання під вартою, гарантує судовий контроль за позбавленням волі та наділяє осіб, яких притягають до кримінальної відповідальності, зокрема, правом бути повідомленим при арешті про причини арешту та про пред'явлене обвинувачення, а також про права заарештованої особи та про те, як ними скористатися. Цей документ також передбачає, що розгляд справи має бути справедливим та публічним і проводитися компетентним, незалежним і безстороннім судом, створеним на підставі закону. Особи не повинні бути примушені давати свідчення проти самих себе, і мають право на розгляд справи проти себе без невинуватої затримки, за їх присутності і захищати себе самостійно або за посередництвом самостійно обраного захисника, чи то найнятого, чи то призначеного, у разі відсутності коштів, щоб за нього платити. У випадку порушення їхніх прав, особи повинні мати доступ до засобу правового захисту.

Але дане правове регулювання не призвело до більшої захищеності людей під час війни та не забезпечило захист їх прав у повній мірі. Найбільш жорстокі та часті порушення прав людини відбуваються саме під час збройних конфліктів, які у XX–XXI ст. стали досить поширеним явищем.

Не минуло дана проблема й Україну. Збройний конфлікт в Донецькій та Луганській областях серед багатьох інших проблем поставив перед українською правовою системою складні завдання, вирішення яких лягло на вітчизняних суддів. Саме від готовності суддів до правильного розуміння застосування положень міжнародного гуманітарного права до збройного конфлікту в Україні, тлумачення відповідних норм міжнародного права та національного законодавства та їхнього безпосереднього застосування залежить виконання українською державою обов'язків, що вона має як перед своїми громадянами, так і перед міжнародним співтовариством в цілому [1].

Ускладнює вирішення даного питання й теоретична складова, а саме розбіжності у визначенні термінів: «воєнний конфлікт», «війна», «антитерористична операція», «збройний конфлікт», «локальна війна», «воєнна акція» тощо. Тут принципово важливо, що всі перелічені явища є не що іншим як різновидом конфлікту, головним чином у міжнародних відносинах. Такий конфлікт, як правило, зумовлений геополітичним суперництвом та боротьбою держав та/або транснаціональних корпорацій за ресурси і зони політичного, економічного чи ідеологічного впливу на світовому, регіональному чи локальному рівнях.

У XX ст., окрім класичних визначень поняття «війна», «громадянська війна» тощо, почали широко використовувати поняття «локальна війна», «економічна війна», «війна політичних інтересів», «терористична

війна» тощо [2]. Не залежно від їх змісту, характеру збройні конфлікти все ж суттєво впливають на права і свободи людини та серйозно їх порушують. Крім того в умовах збройних конфліктів, а понад усе відкритих воєнних протистоянь, проблеми прав і свободи людини постають у дещо іншому плані, ніж у мирний час, адже порушуються, в першу чергу, права людини на мирне та безпечне життя, на свободу та особисту недоторканність.

У своєму звіті Моніторингова місія Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) з прав людини зазначила, що порушення прав людини на окупованих територіях мають масовий характер. Моніторинг Управління Верховного комісара ООН з прав людини (далі – УВКПЛ) виявив численні порушення прав обвинувачених на справедливий суд, на свободу і на ефективний засіб правового захисту у кримінальних провадженнях, пов'язаних із конфліктом. Деякі порушення випливають із вад у законодавстві, інші – з практики його застосування. Через бойові дії частина судів опинилася на непідконтрольній Україні території, також є суди чію дію призупинено з метою збереження життя і здоров'я суддів, працівників апарату та відвідувачів суду, а розгляд справ підсудних перенесено до інших судів на мирних територіях [3]. Частина судів була переведена на підконтрольну територію

Справи судів які тимчасово припинили своє існування перенесли до інших судів. У зв'язку з чим виникла низка проблем, адже приміщення більшості судів не були пристосоване для додаткового навантаження, а частина з них були пошкоджені під час бойових дій. Штат таких судів виявився недоукомплектованим, адже навантаження на наявних суддів збільшилося, а додаткове фінансування при переведенні справ з небезпечних територій займає певний час. Ускладнило ситуацію й те, що архіви частково залишилися на непідконтрольних територіях, а деякі втрачені назавжди. Мешканці тих територій, де роботу суду припинено, а розгляд справ перенесено до іншого суду мають обмежений доступ до міжміського транспорту, пошти та банківської системи, що ускладнює доступ до правосуддя.

На території, яка не контролюється урядом України, ситуація з доступом до правосуддя на досить низькому рівні. УВКПЛ встановило, що ані «законодавство», ані практика його застосування не забезпечують дотримання базових елементів права на справедливий судовий розгляд та суміжні права людини осіб, «обвинувачених» у «злочинах», пов'язаних з конфліктом. УВКПЛ також відмічало, що «судові процеси» на території, яка контролюється самопроголошеними «республіками», характеризуються відсутністю доступу до самостійно обраного захисника, закритими «судовими засіданнями» та відсутністю незалежності та неупередженості «суддів» [4]. Численні порушення були зафіксовані на всіх стадіях кримінальних проваджень.

Отже, збройний конфлікт в Донецькій та Луганській області негативно вплинув на доступ осіб до системи правосуддя. Звичайно,

самопроголошені «республіки» не є сторонами міжнародних договорів з прав людини, але вони мають враховувати загальновизнані світові стандарти захисту прав і свобод людини, так як вони фактично мають контроль над певною територією, а їх діяльність впливає на права і свободи людей, що там проживають.

Використані матеріали:

1. Гнатівський М.М. Повага до прав людини в умовах збройного конфлікту в Україні. URL: https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2017/09/Report_Respect-for-HR-in-Conflict_Gnatovsky_UKR.pdf (дата звернення 12.10.2020).
2. Білоус А.О., Пастерна А.О. Специфіка порушення прав людини в умовах військових конфліктів: постановочно – концептуальний характер і особливості URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Npmaupr_2016_4_6 (дата звернення: 12.10.2020).
3. Розпорядження Голови Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 02.09.2014 № 27/0/3814. URL: www.sc.gov.ua/ua/rozporjadzhennja_vssu_pro_viznachennja_teritorialnoji_pidsudnosti_sprav.html (дата звернення: 13.10.2020).
4. Доповідь Управління Верховного комісара ООН з прав людини Права людини в контексті відправлення правосуддя у кримінальних справах, пов'язаних з конфліктами в Україні квітень 2014 – квітень 2020. URL: <https://www.ohchr.org/Documents/Countries/UA/Ukraine-admin-justice-conflict-related-cases-ukr.pdf> (дата звернення: 13.10.2020).

Байрачна Лариса Кімівна

кандидат філософських наук,

доцент кафедри конституційного права України

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

(м.Харків,Україна)

ПРИТЯГНЕННЯ ДО ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ГОЛОВИ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ: КРИТИЧНИЙ ОГЛЯД

Постанова Конституційного Суду України від 14 травня 2019 р. щодо звільнення з посади судді Конституційного Суду Шевчука С.В. стала наріжним каменем висвітлення проблеми притягнення до відповідальності Голови Конституційного суду.

Хоча порушене питання науковцями висвітлено доволі широко, зокрема важливими теоретичними підвалинами послужили праці таких вчених, як Дудченко О. Ю. «Питання щодо звільнення суддів з адміністративних посад», Подкопаєв С. В. «Дисциплінарна відповідальність

суддів: сутність, механізм реалізації», Овчаренко О. М. «Юридична відповідальність судді: теоретико-прикладне дослідження», питання правового статусу судді Конституційного Суду України, особливо його відповідальності, не отримало належного механізму функціонування в законодавстві.

Таким чином, мета дослідження – здійснити критичний огляд підстави і процедури притягнення Голови Конституційного Суду України до дисциплінарної відповідальності, а також визначити недоліки законодавства у цій сфері.

Голова Конституційного Суду України є особливим суб'єктом відповідальності. Відповідно до п. 69 Рекомендації CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки, «дисциплінарне провадження може бути ініційоване, якщо суддя не виконав свої обов'язки ефективно та належним чином»[1]. Це означає, що дисциплінарні провадження проти суддів повинні стосуватися випадків грубої та невибачної непрофесійної поведінки, які завдають шкоди репутації всього суддівського корпусу. Дисциплінарна відповідальність не повинна поширюватися на зміст рішень або вироків, в тому числі у випадках розбіжності юридичних таумачень між судами, а також на випадки судових помилок або критики судової системи.

Права судді щодо якого здійснюється дисциплінарне провадження, гарантовані Конвенцією, розвинені у практиці Європейського суду з прав людини або містяться у міжнародних документах. Так, відповідно до ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом [2]

З цього випливає, що компетентність, незалежність і неупередженість судових органів особливо важливі для захисту прав людини з огляду те, що реалізація всіх інших прав кінець кінцем залежить від належного здійснення судочинства та виконання судами їхньої ролі в підтримці конституціоналізму і верховенства закону.

Так, у п. 44 рішення *OLUJIĆ v. CROATIA* Європейський суд з прав людини констатував, що ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, яка гарантує право на справедливий суд, у частині захисту прав і обов'язків цивільного характеру застосовується до оскарження дисциплінарної процедури проти заявника, який обіймав посаду Голови Верховного суду Республіки Хорватія. У контексті поданої скарги суд звернув увагу, що відносно дисциплінарної процедури проти судді рівність сторін означає, що судді, який перебуває під загрозою втрати посади, має бути надано *належну можливість представництва у справі*, включаючи надання власних доказів, *за умов, що не є суттєво несприятливими у порівнянні з органами, які*

здійснюють провадження щодо судді (п. 78 рішення). У пункті 82 згаданого рішення Суд зазначив, що національні органи, зокрема в частині визначення прийнятності доказів, зобов'язані обґрунтовувати свої дії, наводячи мотиви прийнятих рішень. Щодо розумності строків дисциплінарного провадження, то Суд здійснює їх оцінку у світлі обставин конкретної справи, зокрема враховуючи її складність, поведінку заявника і уповноважених органів, важливість того, що заявник може втратити в результаті розгляду справи (п. 88 рішення)[3].

Важливою гарантією об'єктивного та справедливого розгляду і вирішення дисциплінарної справи щодо судді є *можливість оскарження прийнятого у справі рішення*. Так, у п. 20 Основних принципів незалежності судових органів (схвалені резолюціями Генеральної Асамблеї ООН 40/32 від 29 листопада та 13 грудня 1985 року) наголошується, що рішення про дисциплінарне покарання, усунення від посади чи звільнення повинні бути предметом незалежної перевірки. У свою чергу рішення спеціального повноважного органу, що накладає санкції та вживає дисциплінарні заходи, повинні контролюватися судовим органом найвищої судової інстанції [4].

Таким чином, загальні основоположні принципи, які регулюють дисциплінарне провадження щодо суддів: принцип рівності, принцип законності, принцип презумпції невинуватості, принцип належної правової процедури, принцип пропорційності, принцип незалежності та неупередженості, принцип публічності, принцип «in dubio pro geo» (сумніви тлумачаться на користь обвинуваченого), принцип транспарентності .

Проте, аналізуючи чинне законодавство України ,що регламентує статус Голови КСУ, а саме «Закон про Конституційний Суд України», слід зазначити, що можливості та детально регламентованої процедури усунення голови КСУ з посади не передбачено.

Відповідно до § 19 Регламенту Конституційного Суду України, Рішення про дострокове звільнення з посади Голови Суду, заступника Голови Суду вважається ухваленим, якщо за це проголосувала більшість суддів Конституційного Суду від його конституційного складу. Таке рішення ухвалюється у формі постанови Суду. Звільнення Судді з посади або припинення його повноважень, а також закінчення строку, на який Суддю обрано Головою Суду або заступником Голови Суду, є припиненням його повноважень на відповідній адміністративній посаді. Але, навіть за умови ухвалення рішення більшістю суддів повинна бути наявна особиста заява Голови Суду про звільнення з відповідної адміністративної посади. Саме тому навіть при висловленні недовіри Голові, такий акт не породжує жодних юридичних наслідків.

Підстави звільнення судді Конституційного Суду України і припинення його повноважень визначені у ст. 149 Конституції України. Серед підстав для звільнення судді, пов'язаних з його відповідальністю,

названо: 1) неспроможність виконувати свої повноваження за станом здоров'я; 2) порушення ним вимог щодо несумісності; 3) вчинення ним істотного дисциплінарного проступку, грубе чи систематичне нехтування своїми обов'язками, що є несумісним зі статусом судді Суду або виявило його невідповідність займаній посаді; 4) подання ним заяви про відставку або про звільнення з посади за власним бажанням.

Сьогодні ми можемо виявити багато прогалин у законодавстві, що регулює питання притягнення до відповідальності Голови Конституційного Суду України, серед них: - відсутність належного роз'яснення певних підстав притягнення судді до відповідальності в Законі «Про Конституційний Суд України» та в Регламенті КСУ; - відсутність дієвого механізму притягнення до відповідальності судді, який займає адміністративну посаду у КСУ; - відсутність належної диференціації різновидів відповідальності судді як судді й судді як управлінця; - порушення прав судді та міжнародних стандартів у сфері судочинства під час дисциплінарного провадження. Існування невизначеностей і колізій ускладнює конституційний процес, призводить до можливості маніпулювання та недотримання норм законодавства і проведення належної правової процедури.

Таким чином, існує нагальна потреба у внесенні змін в положення Регламенту КСУ та Закону України «Про Конституційний Суд України» щодо притягнення до відповідальності Голови Конституційного Суду України. Так, варто передбачити перелік дій, які є неприйнятними для голови суду, порушують порядок адміністративного управління судовою установою, і мають бути кваліфіковані як підстава для усунення голови суду з адміністративної посади. Закон також має передбачати можливість звільнення голови суду з адміністративної посади за ініціативи суддівського колективу, за аналогією із статтею 20 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» де регламентовано, що Голова Суду може бути достроково звільнений з посади за ініціативою не менш як однієї третини від загальної кількості суддів відповідного суду шляхом таємного голосування не менш як двома третинами суддів цього суду. Підставою для звільнення судді з адміністративної посади є його заява або триваюче незадовільне виконання обов'язків голови суду, заступника голови суду відповідно, систематичне або грубе одноразове порушення закону при їх виконанні[5].

Використані матеріали:

1. Рекомендації CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки : рекомендація Комітету Ради Європи від 17 листопада 2010 р. на 1098 засіданні URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38 (дата звернення: 15.10.2019)
2. Конвенція про Захист прав людини і основоположних свобод : підписана Урядами держав – членів Ради Європи від 4 листопада 1950 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 15.10.2019)

3. Case of OLUJIĆ v. CROATIA : European Court of Human Rights, 5 February 2009 : Application no. 22330/05 URL: https://www.legislationline.org/download/id/7033/file/ECHR_Olujic_v_Croatia_2009_en.pdf (дата звернення: 15.10.2019)
4. Основні принципи незалежності судових органів: Резолюції 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї від 29 листопада та 13 грудня 1985 року URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU85306.html (дата звернення: 15.10.2019)
5. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 05.08.2018 № 1402-VIII/ Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#n119> (дата звернення: 16.10.2019)

Гиляка Олег Сергійович

кандидат юридичних наук,

начальник управління планування та

координації правових досліджень в Україні

Національної академії правових наук України

(м. Харків, Україна)

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ФУНКЦІОНУВАННЯ ЕЛЕКТРОННОГО ПРАВОСУДДЯ В УКРАЇНІ

Електронне правосуддя можна вважати порівняно новим явищем в Україні, воно виникло та еволюціонує як невід’ємна частина загально-визнаної в сучасному інформаційному суспільстві моделі електронного уряду (e-government), тобто налагодженої системи надання швидких та ефективних державних послуг населенню. Досвід і результати розвитку електронної демократії в Україні добре видно при розробці та впровадженні саме концепції електронного уряду, під яким, до прикладу, А.О. Серенюк розуміє інформаційну систему взаємодії влади і громадян на основі поєднання внутрішньої урядової і зовнішньої суспільної інфраструктури через владні Інтернет-представництва (портали), що розширює доступність до державно-управлінських послуг у мережі Інтернет [1, с. 3]. Існують і інші більш розгорнуті підходи до визначення електронного уряду. Наприклад, А.М. Юртаєв під електронним урядом розуміє інноваційну систему державного управління, засновану на якісній перебудові всіх основних управлінських процесів за рахунок впровадження організаційно-управлінських інновацій та широкого використання інформаційно-комунікаційних технологій [2, с. 12]. Одне є очевидним – ця форма організації діяльності органів державної влади покликана забезпечити за рахунок широкого застосування інформаційно-комунікаційних технологій якісно новий рівень оперативності й зручності отримання громадянами і організаціями державних послуг та інформації про результати діяльності органів державної влади, зокрема судової влади.

У багатьох світових держав зі сталою демократією та економікою присутній багатий досвід застосування електронної системи здійснення правосуддя. Так, у федеральних судах США ще у 1988 році в якості експерименту були встановлені автоматизовані системи, що давали користувачам можливість отримувати відомості про судові справи і матеріали судових справ, а також подавати в суд документи в електронній формі. Тому американські суди, застосовуючи на практиці системи «електронної публікації» і «електронної подачі документів», сьогодні ближче всіх підійшли до універсального «електронного правосуддя».

Україна, як і весь світ, стрімко рухається вперед у напрямі побудови нового інформаційного суспільства. Суспільства, однією з ознак якого є переведення максимальної кількості комунікацій звичайної життєдіяльності людини в електронну, інформаційну форму. Однією з таких сфер є судочинство. Внаслідок судової реформи можна прогнозувати, що наслідком її успішності стане в тому числі і збільшення кількості звернень громадян до суду. Це в свою чергу призведе до збільшення навантаження на суддів, що негативно відіб'ється на оперативності реалізації права на судовий захист та отримання судового рішення у спірній справі.

Такий прогноз вимагає актуалізації питання пошуку нових методів підвищення ефективності роботи судів, в тому числі шляхом впровадження інноваційних технологій. Їх використання в діяльності органів судової влади можна розглядати в двох аспектах: 1) для задоволення внутрішніх управлінських потреб судової системи (внутрішня комунікація); 2) для комунікації з учасниками судового процесу та громадськістю (зовнішня комунікація). Проект запровадження інноваційних технологій у судочинство з метою оптимізації організаційних процесів роботи суду отримав назву «електронне правосуддя». В рамках реалізації Концепції галузевої програми інформатизації судів загальної юрисдикції та інших установ судової системи на 2013-2015 рр. у складі Єдиної судової інформаційної системи України було створено підсистему, яка отримала назву «Електронний суд». Влітку 2016 року було презентовано результати пілотного проекту, сутність якого полягала у спробі впровадження електронного документообігу як механізму взаємодії суду з учасниками процесу, а також з судом вищої інстанції.

Електронний суд, у його теперішньому вигляді, надає учасникам судового процесу такі можливості як: 1) отримання інформації щодо стадій розгляду судової справи; 2) надсилання процесуальних документів електронною поштою учасникам судового процесу; 3) надсилання судової повістки у вигляді SMS-повідомлень; 4) сплата судового збору онлайн; 5) прилюднення відомостей у справах про банкрутство.

На початку червня 2018 року в Україні почали тестувати відразу в 18 вітчизняних судах Єдину судову інформаційно-телекомунікаційну систему (ЄСІТС) – Електронний суд. Система запустилася в судах Києва, Одеси, Вінниці і навіть в Донецькому апеляційному адміністративному

суді (наразі працює в Краматорську). В рамках Проекту була забезпечена можливість подати позов та інші документи у електронному вигляді.

Аналізуючи рекомендації міжнародних експертів щодо впровадження систем електронного правосуддя, наголошується на необхідності зробити електронне судочинство обов'язковим, а паперовий обмін документами – винятком. Проте, якщо врахувати, що доступ до Інтернету за різними даними мають лише близько 60% населення нашої держави, то перехід на повний безпаперовий документообіг є на даному етапі неможливим, оскільки це фактично позбавить майже половину населення доступу до правосуддя. Інший варіант – покладання всіх заходів по переведенню паперових документів по судовій справі у їх електронну форму на суд. Однак обладнання, яке мають суди сьогодні, не дозволяє працювати зі значним обсягом електронних справ.

Поточна стадія розвитку електронного судочинства в Україні дає можливість виявити конкретні структурні інформаційні елементи, які потребують певного вдосконалення. Досвід останніх років свідчить, що попри усі очевидні переваги електронного судочинства проект «Електронний суд» (у вузькому розумінні) не набув широкої популярності і просування його відбувається вкрай повільно. Те саме стосується деяких інших загальнодержавних електронних проектів у судочинстві (обмін електронними документами із використанням ЕЦП, проведення судових засідань у режимі відеоконференцій, використання електронно-інформаційних кіосків тощо).

Узагальнення та аналіз наявної інформації з цього приводу дозволяє назвати такі основні стримуючі чинники.

По-перше, це відсутність єдиної уніфікованої інформаційної платформи для спілкування учасників процесу з судом та з іншими державними органами. Таке становище змушує користувачів використовувати різні програмні та апаратні засоби для одержання доступу до різних сервісів. Необхідність реєструватися в численних реєстрах, подавати різного роду заяви про забезпечення доступу до окремих сервісів, інстальювати різні програмні продукти, одержувати різні ідентифікатори, коди доступу, підтримувати їх в актуальному стані тощо в підсумку робить сучасне електронне судочинство більш клопітким та емким за часом, ніж звичайне паперове.

По-друге, це відсутність єдиних стандартів щодо інформаційного контенту, котрим мають відповідати відповідні судові інформаційні ресурси, електронні сервіси, та відсутність стимулів щодо їх покращення. Часто інформаційні сайти, електронні кіоски та інші судові ресурси наповнені або непотрібною або неактуальною інформацією, яка не несе корисного навантаження.

По-третє, це брак коштів. Відсутність належного фінансування судової системи взагалі і видатків на інформатизацію зокрема призводить до неспроможності задоволення потреб усіх охочих у користуванні

певними сервісами внаслідок недостатності потужностей відповідних програмно-апаратних комплексів та недостатності спеціалістів для їх обслуговування.

По-четверте, це дисонанс інформаційних технологій та процесуальних правил. Зараз домінуючою є тенденція вбудовування нових інформаційних технологій до існуючої системи процесуальних норм різних гілок судових юрисдикцій. Правила судового процесу, якщо і змінюються, то лише фрагментарно, в мінімально необхідному для того чи іншого нововведення обсязі. Судовий процес у цілому, вік основних норм якого налічує десятки років, а вік основних принципів – десятки сторіч, залишається незмінним. За таких обставин ККД від таких інформаційних технологічних вдосконалень є мінімальним. Це все одно, що гужовий транспорт оснастити новітніми засобами супутникової навігації, або стрілецький лук оснастити лазерним прицілом. Це незначно прискорить перший і не багато додасть ефективності другому [3, 4].

Використані матеріали:

1. Серенок А. О. Механізми взаємодії органів влади з громадянами в системі електронного уряду : автореф. дис ... канд. наук з держ. управління. Харків : Б. в., 2011. 20 с.
2. Юртаев А. Н. Моделирование инновационной деятельности в системе технологий государственного управления : автореф. дис. д-ра экон. наук : 08.00.05 І А.Н. Юртаев. Казань, 2009. 51 с.
3. Бринцев О. В. Електронне правосуддя. Проблеми та перспективи. URL: <http://hr.arbitr.gov.ua/sud5023/publication/258992/>.
4. Бринцев О. В. Процесуальна революція – єдиний шлях електронного судочинства» // Безпечне інноваційне суспільство: взаємодія у сфері правової освіти та правового виховання : матеріали міжнар. Інтернет-конф., 25 трав. 2016 р. / Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого, НДІ прав. забезп. інновац. розвитку Нац. акад. прав. наук України, Наук. б-ка. Харків, 2016. С. 24–26. URL: <http://dspace.nlu.edu.ua/handle/123456789/10858>.

Гришук Оксана Вікторівна

доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри теорії та філософії права
Львівського національного
університету імені Івана Франка,
(м. Львів, Україна)

ОКРЕМІ ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ ПИТАННЯ ДОВІРИ ДО СУДУ У СУСПІЛЬСТВІ, ЩО ТРАНСФОРМУЄТЬСЯ

Зміцнення довіри до судової влади набуло особливої актуальності останнім часом та проявилось в активній роботі над змінами законодавчої регламентації судоустрою та статусу суддів в Україні. Підкреслюючи важливість довіри для ефективного функціонування судової влади та нормального існування суспільства в цілому, видається за потрібне проаналізувати *позаправові соціальні чинники, які є важливим фактором для самої можливості існування конституційної демократії* як такої. Ті історичні виклики, які стоять сьогодні перед суспільством є унікальними і новими для людства, а їх виникнення пов'язують із зміною філософської парадигми сприйняття реальності, виникненням філософії постмодернізму та новим ставленням до правди чи правд. Постмодернізм, що займає сьогодні домінуючі позиції у філософському осягненні правової реальності, як відомо, «в своїй основі містить релятивізм, байдужість до проблеми відділення правди від брехні або навіть наполягає на неможливості такого відділення». [4]

У 2016 редакція Оксфордського словника оголосила термін «*пост-права*» словом року. Він означає «те, що пов'язане або описує обставини, за яких *об'єктивні факти мають менший вплив на формування громадської думки, аніж звернення до емоцій і суб'єктивних переконань*». Хоча цей неологізм відомий більше 10 років, однак його вживання зросло на 2000% в 2016 році завдяки двом політичним рішенням: референдуму у Великобританії щодо членства в ЄС (Брексіт) та обрання президентом США Дональда Трампа.

Серед факторів, які спричинили появу та активну практику цього феномену виділяють: глобалізацію, інтернет та популізм. [2] Роль глобалізації та інтернету пояснюється наслідками цивілізаційного зсуву, суть якого складають революційні трансформації, що визначають наш час: революція збільшення, яка характеризується зростанням у всьому починаючи від кількості країн до чисельності населення, рівня життя та рівня грамотності; революція мобільності та інформаційна революція, в наслідок якої люди, ідеї та цінності як ніколи раніше переміщуються світом; революція ментальності, показує суттєві зміни світогляді, соціальних очікувань, сподіваннях, [8] та суттєво модифікує політичну

культуру суспільства. *«Монополія на правду» переходить від носіїв державної влади до соціальних медіа, які поступово перетягують на себе соціальний вплив і владу.*

Політичний популізм, який є наслідком цих процесів, руйнує насамперед раціональну складову політичної культури суспільства, «актуалізуючи авторитарні тенденції, зумовлюючи зниження громадянської активності та рівня критичного мислення, підриваючи авторитет демократичних політичних інститутів, формуючи запит на тактичні рішення, а не політичну стратегію».[10] Це сигнал про необхідність перегляду й корекції правлячими елітами встановлених на попередньому етапі правил гри і принципів політики. Яскравим прикладом популізму є відомий вислів Жана Марі Ле Пена: *«Популізм є відображенням думки народу. Чи має людина при демократії право дотримуватися своїх поглядів? Якщо це так, то так, я - популіст».*

Погодимось, що сьогодні вистачає причин не довіряти політикам і можновладцям *«справа не тільки в продажності і брехливості, але і в банальному невмінні урядів добре робити роботу, яку ми чекаємо від них як виборці. Більш того, інформація стає все доступнішим, а підвищена увага медіа до державного істеблїшменту швидко висвічує всі його помилки, огріхи і некомпетентність. В результаті низький рівень довіри до уряду, характерний для нашого часу, стає нормою».* [8] Крім цього, нерідко має місце *«своєрідна інтерпретація фактів соціальними медіа, яка не завжди відображає факти, а може містити вибіркове і не повне їх тлумачення в стилі пост-правди».*

Це призвело до того, що *«під удар потрапила вся традиційна система цінностей, оскільки факти вже не займають провідне місце в західних ліберальних демократіях. «Якщо колись було схоже, що демократія пішла не туди, коли виборцями маніпулювали або політики уникали від питань, ми зверталися за порятунком до фактів. Але вони, схоже, втратили здатність підтримувати консенсус».* [1] Висловлюються міркування, що *«правда до політики надзвичайно чутлива. Відбувається зниження факту, з'являється держзамовлення на пропаганду: завданням провладних мас-медіа стає формування образу ворога (як зовнішнього, так і внутрішнього), змінюється стиль подачі інформації, він стає негативною лексикою, мовою ненависті».*[11]

Пост-правду називають «сірою етичною зоною», яка дозволяє маскувати брехню: *«коли наша поведінка конфліктує з нашими цінностями, то ми, швидше за все, переосмислимо наші цінності».* Тобто *«пост-правду розглядають набагато ширше сфер політичної та масової комунікації, виводячи її з сфери міжособистісних відносин. У сучасної людини сформована «альтернативна етика», яка дозволяє не відчувати душевних страждань, коли вона використовує брехню. Для самовиправдання в сучасній мові існують так звані перехідні стадії між правдою і брехнею: «альтернативна правда», «своя правда», «я так бачу», «альтернативна версія реальності» та ін. Це поступово призводить до появи «суспіль-*

ства підозри», в якому зруйновані механізми довіри один одному: «чим більше людина обманює сама, тим більше підозрілою вона стає до оточуючих».[4]

Філософію пост-правди пов'язують з новим витком «готтентотської моралі», або з подвійними стандартами, згідно з якими «зло - це коли сусід вкрав у мене корову, добро - коли я вкрав у сусіда корову». Поділ на «своїх» і «чужих» вже не визначається расовою, національною чи класовою приналежністю, а лише переконаннями. Прибічники таких міркувань посилаються на Ніцше, який у своїй праці «До генеалогії моралі» (1887 р.) стверджував, що: «все на світі - питання інтерпретації. Все відносно. Істини немає, і все дозволено».[6] Ніцше вважав ілюзією існування абсолютної істини і пов'язував виникнення цієї ілюзії з волею до влади, особливостями суб'єктивного досвіду, ідеями вічної зміни, повернення, становлення і переоцінки цінностей.

В результаті поширення пост-правди співтовариство зіткнулося з такими проблемами: потужний розкол суспільства за принципом «свої-чужі»; підміна журналістської діяльності пропагандою, маніпулятивними технологіями, емоційним впливом замість збалансованого раціонально-емоційного висвітлення подій, ситуацій і проблем; падіння значимості фактичної інформації; падіння авторитету ЗМІ, журналістів, експертів і політичних діячів; одночасно з тотальною недовірою, некритичне сприйняття інформації від джерел, які розпізнаються як «свої»; неможливість повноцінного і конструктивного суспільного діалогу.[7]

Погодимось, що сприйняття навколишнього світу в умовах пост-правди проходить через зростання розриву між колективним знанням людства і можливостями конкретної людини досягнути інформацію, що призводить до втрати можливості контролю і людина все частіше покладається власну інтуїцію. *Реакція ж постмодерної держави проходить через юридикалізацію, тобто перетворення політичних, соціальних та економічних питань на юридичні, коли повноваження щодо прийняття рішень щодо визначення засад і напрямків державної політики передаються судам.* [3] Часто така позиція призводить до зменшення довіри до судової влади, як от зменшення публічної підтримки Верховного Суду США з майже 70% у 80-і роки до 42% в 2016 році.

Однак піднесення судів на рівень установ прийняття рішень у сфері державної політики, а в сфері конституційної юрисдикції поступове набуття конституційними судами ознак позитивного законотворення на додаток до класичної кельзенівської функції негативного законодавця, зробило суди вразливими для негативної дії умов суспільства пост-правди та породило феномен конституційного популізму як реакції на процеси юридикалізації. [5]

Яскравим прикладом конституційного популізму є рішення Конституційного Суду Російської Федерації, який розглянувши «справу щодо перевірки конституційності міжнародного договору, який не набрав

чинності, між Російською Федерацією та Республікою Крим про приєднання до Російської Федерації Республіки Крим та утворення у складі Російської Федерації нових суб'єктів», ухвалив Постанову від 19 березня 2014 року № 6-П, якою визнав цей договір таким, що відповідає Конституції Російської Федерації, визнавши таким чином міжнародну правосуб'єктність адміністративно-територіальної одиниці України, чим фактично легітимізував анексію Криму.

Дослідженням проблеми поширення *пост-правди у судовій сфері*, зокрема розпалювання ненависті і дезінформації в ЗМІ в судовій сфері присвячений Звіт Міжнародного товариства захисту прав людини. [9] Зокрема, в ньому наголошується, *в Україні здійснюється тиск на всі сторони судових процесів, але перш на суддів*. Неодноразово спостерігачі стикалися з ситуацією, коли журналісти присутні не на всьому засіданні, а лише на його частині, робили згодом помилкові висновки або подавали інформацію занадто суб'єктивно.

Особливої уваги заслуговують тенденційні коментарі для ЗМІ у яких безапеляційно заявляють, що «...вся система судова існує і живе на хабарах. Це факт. Це те, що всі знають, і що не вимагає доведення». Подібні формулювання, особливо з позначкою «не потребують доведення», «це факт», які не підкріплені жодними фактами, сприяють створенню іміджу судової системи як корупційної і несправедливої. Деякі ресурси дозволяють собі скептичні формулювання на адресу всієї судової системи і окремих судів, називаючи, наприклад, суди «скандальними», а суддів - «одіозними».[9] Таким чином, *окремі ЗМІ, публікуючи дезінформацію, або ж неперевірені, не підкріплені фактами дані, вкрай негативно впливають на рівень правосвідомості суспільства та рівень довіри до судової влади*.

Як бачимо, пост-правда як соціально-філософська криза торкається базових суспільних та правових інститутів і процесів, без яких існування суспільства видається сумнівним. Дослідники відзначають, що незважаючи на заглибленість в процеси пост-правди, суспільство не втратило інтерес до того, як «все відбувається насправді» та про «жадодобу правди». Тому пост-правду розглядають як «соціальну хворобу», [7] придбати імунітет до неї можна лише нею перехворівши.

Проте не всі одноставні у цьому твердженні. Зокрема із заявою на захист пост-правди виступив генеральний директор Міжнародного інформаційного агентства «Росія сьогодні» телеведучий Дмитро Кисельов, який стверджує, що: «об'єктивність - це міф, який нам пропонують і нав'язують. Час дистильованої неупередженої журналістики пройшов».[11]

В той же час потрібно зауважити, що *Європейський суд з прав людини гостро негативно реагує на подібні тенденції* і вказує, що хоча підтримує свободу вираження поглядів що не тільки прихильно сприймають або вважається нешкідливими або нейтральними, але і ображають, шокують

або заподіюють занепокоєння. Такі, на думку ЄСПЛ, вимоги плюралізму, терпимості і широти поглядів, без яких неможливо демократичне суспільство. Проте, Європейський суд наполягає на тому, що преса не повинна виходити за рамки, в тому числі щодо репутації та прав окремих осіб і використовувати надійні джерела, що підтверджують інформацію, здатну завдати шкоди чиєсь репутації («Лендон, Очаківський-Лоран і Іюлі проти Франції», «Передсен і Бодсгор проти Данії»).

Також Європейський суд велику увагу приділяє роботі судів, які, на думу суду, виступають гарантими справедливості і відіграють основну роль в державі, а тому повинні користуватися громадською довірою. При цьому судді повинні бути захищені від необґрунтованих нападів, безпідставної деструктивної критики («Скалка проти Польщі», «Прагер і Обершлік проти Австрії»).

Усвідомлюючи цей соціальний контекст та нові умови постмодерного суспільства, судова влада і кожен суддя сьогодні повинні бути готові до можливих викликів, які із ними пов'язані. Як видається, ці виклики можуть бути двох видів: пов'язані із доброчесністю суддів і пов'язані із комунікацією з представниками громадянського суспільства із важливих соціально-правових питань, які цікавлять громадськість.

Велике значення для формування і підтримки довіри суспільства до судової влади мають, перш за все, позаправові соціальні чинники, які є важливим фактором для самої можливості існування конституційної демократії як такої. Активний розвиток постмодерного суспільства ставить перед нами все нові виклики, одним із яких є феномен «пост-правди», який породжує ситуацію за якої об'єктивні факти мають менший вплив на формування громадської думки, аніж звернення до емоцій чи суб'єктивних переконань. Це призводить до того, що відбувається своєрідна інтерпретація фактів соціальними медіа, яка не завжди відображає факти, а може містити вибіркове і не повне їх тлумачення. Таким чином, під удар потрапила вся традиційна система цінностей, оскільки факти вже не займають провідне місце в західних демократіях.

Проблема поширення пост-правди у судовій сфері, зокрема розпалювання ненависті і дезінформації в ЗМІ, призводить до тиску на суддів, негативно впливає на рівень правосвідомості суспільства та рівень довіри до судової влади. Європейський суд з прав людини гостро негативно реагує на подібні тенденції і вказує, що преса не повинна виходити за рамки, в тому числі щодо репутації та прав окремих осіб і використовувати надійні джерела, що підтверджують інформацію, здатну завдати шкоди репутації. Європейський суд велику увагу приділяє також роботі судів, які виступають гарантими справедливості і відіграють основну роль в державі, а тому повинні користуватися громадською довірою. При цьому судді повинні бути захищені від необґрунтованих нападів, безпідставної і деструктивної критики.

Усвідомлюючи цей соціальний контекст та нові умови постмодерного

суспільства, судова влада і кожен суддя сьогодні повинні бути готові до можливих викликів, які із ними пов'язані. Як видається, ці виклики можуть бути двох видів: пов'язані із *доброчесністю суддів* і пов'язані із *комунікацією* з представниками громадянського суспільства.

Використані матеріали:

1. Davies W. The Age of Post-Truth Politics / W. Davies // The New York Times.— URL: <https://www.nytimes.com/2016/08/24/opinion/campaign-stops/the-age-of-posttruth-politics.html>
2. Gikchrist A. Post-truth: an outline review of the issues and what is being done to combat it. <https://www.ibersid.eu/ojs/index.php/ibersid/article/view/4601/3932>
3. Hirschl, Ran (2004) «The Political Origins of the New Constitutionalism.» Indiana Journal of Global Legal Studies: Vol. 11: Iss. 1, Article 4 <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=ijgls>
4. Keyes R. Post-Truth Era: Dishonesty and Deception in Contemporary Life / R. Keyes.— New York: St. Martin's Press, 2004.
5. Водяніков О. Корупція, цивілізація і конституційна демократія. Вступне слово. Науково-практичний коментар до Закону України «Про запобігання корупції» / Наук. ред. Хавронюк М. І. – К.: Ваіте, 2018. – 472 с. с.13.
6. Ефимов А. Платон мне друг, но истины не надо. <https://nplus1.ru/material/2016/11/21/post-truth-world>
7. Жолудь Р.В. «Эра постправды» в западной журналисти- ке: причины и последствия <http://www.vestnik.vsu.ru/pdf/phylogog/2018/03/2018-03-29.pdf>
8. Наим М. Конец власти. <http://flibusta.site/b/453158/read>
9. Проблема разжигания ненависти и дезинформации в СМИ в судебной сфере https://hcj.gov.ua/sites/default/files/nastyasmi_sud-2.pdf
10. Прядко Т. П. Популізм як ризик демократичного розвитку і засіб політичної мобілізації електорату. Дис. на здобуття наукового ступеня кандидата політичних наук за спеціальністю 23.00.03. Київ, 2017. https://npu.edu.ua/images/file/vidil_aspirant/dicer/D_26.053.12/dis_Priadko.pdf
11. Резник Г. Журналистика в мире постправды. <https://newtimes.ru/articles/detail/181003/>

Ромовська Зорислава Василівна

*доктор юридичних наук, почесний професор
Академії адвокатури України, заслужений професор Львівського
національного університету імені Івана Франка
(м. Львів, Україна)*

СУДОВА ВЛАДА: ПРО ТЕ, ЩО БОЛИТЬ

1. Реальна незалежність суддів в Україні – це наша дуже далека перспектива. Пришвидшення її залежить від багатьох чинників.

Суддя часто як вовк, оточений червоними прапорцями. Він мусить зважати на прокурора, начальника поліції чи СБУ, на вище судове керівництво та на інших посадовців, які досі прагнуть тримати суди на короткому повідку. І лише одиниці здатні вирватися з цього зачарованого кола.

Нещодавне небажання Президента України зустрітися з Головою Верховного Суду України підкреслило, що у стосунках цих двох високих органів державної влади не все гаразд.

Задля виправлення ситуації звертаюся до з такими закликами до тих, компетенції кого вони стосуються:

Перестаньте втручатися у діяльність судів!

Перестаньте зводити порахунки з «непокірними» суддями!

Поверніть у ЦПК норму щодо обов'язкового перегляду справи у разі написання одним із суддів особливої (окремої) думки.

Запровадьте шкалу негативних балів за кожне скасоване рішення, встановіть максимум цих балів, за яких неминучим було б відкриття справи проти судді!

Створіть реальні умови для здійснення правосуддя. Науково обґрунтуйте максимальну кількість справ, які суддя (суд) може реально, без шкоди для якості ухваленого рішення та свого здоров'я, розглянути і вирішити протягом року.

Негайно припиніть політику огульного охаювання судів. Слова «суди корумповані», «суди продажні», без прив'язки до конкретного судді, які часто з різних уст лунають в ефірі, дискредитують суд як державну інституцію, а заодно дискредитують й державу загалом. Втім багатьом людям сьогодні це подобається. Й вони, як сказав політолог Тарас Возняк, «регочуть від задоволення». Їм би нагадати слова Миколи Гоголя: «Над ким смієтесь? Над собою смієтесь»!

На жаль, жоден суддя як носій індивідуального і суспільного інтересу не мав досі відваги вимагати від такого лихослівця вибачення за неповагу до суду. Позов судді, поданий суду на захист судової влади, – міг би стати для нього дієвим гальмуючим засобом.

За суддями слід визнати право публічно відстоювати свої оскаржені рішення, зокрема право на подання заперечень щодо апеляційної чи касаційної скарги та щодо рішення, ухваленого судом вищої інстанції. Трактувати такі дії судді як порушення Кодексу честі суддів, на мою думку, немає підстави. Таке публічне змагання позицій здатне, як ніщо інше, забезпечити справедливість судових вердиктів.

Припиніть проведення соціологічних опитувань громадян щодо довіри до суду, оскільки оцінювати діяльність судів може лише той, хто хоча б раз брав участь у судовому процесі. Оцінка діяльності суду має опиратися на кількості оскаржених та скасованих рішень.

1. «Щоб тебе поважали інші, поважай себе сам!»

Це гасло сповна стосується суддів. Актів самозневаги у сфері судової влади чимало й вони різнопланові: несвоєчасний початок розгляду справи; необґрунтовані відкладення розгляду; вперте небажання суддів заздалегідь повідомляти учасників судового процесу про перенесення розгляду справи на інший день: «Мовляв, нічого, нехай прокатаються». У цьому разі позов учасників судового процесу про відшкодування здійснених затрат до Державної скарбниці чи до Судової адміністрації, з правом регресу до конкретного судді, міг би дуже швидко змінити ситуацію.

У цьому ж контексті – й той гіркий післясмак, який залишається після прочитання багатьох судових рішень. Чимало суддів досі не збагнули, що ні секретар судового засідання, ні адвокати-захисники, ні, тим більше, сторони не беруть участь у розгляді справи. Вони – лише учасники судового процесу. А розгляд справи є виключною компетенцією суду.

Чимало суддів досі не сприйняли правило оновленого ЦПК щодо процедури залучення до судового процесу третіх осіб, а заодно й усталеного розуміння того, хто може бути такою особою. І все тому, що довіряються адвокатам, до яких все це, на жаль, ще «не дійшло».

Не приділяється належна увага якості викладу судових рішень. Дуже часто вони нагадують набір витягів із текстів законів, без зв'язку з обставинами справи. І цим «грішать» не лише місцеві суди.

Дуже часто в рішеннях судів апеляційної інстанції дублюються, слово в слово, рішення районних судів, без щонайменшої власної аргументації. Ця хиба властива й багатьом рішенням Верховного Суду.

Багатьом суддям виявилось не під силу розуміння верховенства права, зокрема того, що чинний закон може бути несправедливим для конкретної особи чи щодо конкретної ситуації. Тому слова академіка С. Дністрянського про те, що рішення суду може бути спрямоване проти закону, залишаються актуальними.

Верховному Суду давно варт би продемонструвати усім судам свою відвагу щодо застосування аналогії закону та аналогії права.

Її давно слід би перенести із академічних підручників на сторінки судових рішень.

Судам варт не боятися аргументувати свої рішення думками видатних людей світу та України.

2. Призначення суддям «захмарної» заробітної плати, яка не йде в жодне порівняння із грошовою оцінкою праці професора права чи навіть самого Президента України, не може само по собі зробити суддю доброчесним. Пояснення, мовляв, для того, щоб суддя був таким, треба зробити його незалежним від поборів, не витримує критики.

За такою філософією, бідній людині, щоби вона не крала, треба також у кілька разів збільшити заробіток чи пенсію. Відповідно, жебрака не можна карати за крадіжку, адже сама держава штовхнула його на цей крок. Та чи знайдеться суддя, який виправдає того, хто вкрав тому, що був голодний?

3. Бути суддею – престижно! А тим, хто себе поважає й кого поважає громада, – й поготів.

Тих, хто огульно охаює будь-яку державну інституцію в Україні, в тому числі й судову, слід би давно показати на двері.

Ірха Юрій Богданович

*кандидат юридичних наук, заслужений юрист України,
т.в.о. начальника науково-дослідного відділу
Державного науково-дослідного інституту МВС України,
(м. Київ, Україна)*

СУЧАСНІ ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ ПОНЯТТЯ «ДОСТУП ДО ПРАВОСУДДЯ»

Розвиток соціально-економічних та суспільно-політичних відносин, наукової думки, права, державних інститутів сприяв виробленню у суспільстві стійкого переконання, що побудова демократичної і правової держави не можлива без забезпечення ефективних механізмів реалізації, охорони та захисту прав, свобод та законних інтересів фізичних і юридичних осіб відповідно до принципу верховенства права.

Європейська комісія за демократію через право (Венеційська комісія) у своїй доповіді «Про верховенство права» вказала, що верховенство права саме по собі є невід’ємною частиною будь-якого демократичного суспільства. Поняття верховенства права вимагає, щоб усі відповідальні за прийняття рішень особи ставились до будь-якої людини з повагою до її гідності, з дотриманням принципу рівності, раціонально і відповідно до закону, а також щоб у кожного була можливість оскаржити будь-які незаконні рішення в незалежних і неупереджених судах за справедливою процедурою (пункт 16). Крім того, Венеційська комісія наголосила, що у державі, в основі якої лежить принцип верховенства права, ключове значення має роль судової влади. Саме вона є гарантом

справедливості – основоположної цінності правової держави. Життєво важливо, щоб судова система була наділена повноваженнями визначати які закони застосовуються і є дійсними для конкретної справи, вирішувати справи про встановлення фактів і застосовувати закон до фактів, відповідно до належної, тобто достатньо прозорої і передбачуваної, методології тлумачення (пункт 54) [1].

Світовий досвід, як зазначає В. Бойко, свідчить про те, що рівень демократії у суспільстві визначається місцем суду в системі органів державної влади, його спроможністю об'єктивно й неупереджено прийняти судові рішення виключно на основі норм права та відновити порушені права і свободи людини [2, с. 2]. Професор В. Городовенко наголошує, що для кожної людини у правовій державі насамперед важливо мати доступ до правосуддя і можливість вільно, швидко, безперешкодно реалізувати право на судовий захист незалежно від належності до певної соціальної групи або інших персональних характеристик особи [3, с. 178].

У процесі реалізації прав, свобод і законних інтересів, виконання своїх обов'язків жоден суб'єкт права не може уникнути ризику їх обмеження чи порушення органами державної влади, органами місцевого самоврядування, фізичними та юридичними особами, і, як наслідок, необхідності їх поновлення, охорони та захисту шляхом звернення до компетентного, незалежного і безстороннього суду, створеного на підставі закону, а також участі у судовому провадженні у разі вирішення судом питання про належні йому права, свободи, інтереси та/або обов'язки.

Право на судовий захист, поряд з правом на справедливий судовий розгляд, правом на ефективний засіб правового захисту та іншими складовими, стали основою концепції «доступу до правосуддя» (access to justice), формування якої відбулося у 70-ті роки ХХ століття під час реалізації так званого Флорентійського проекту під керівництвом М. Капелетті. Цей проект реалізовувався під егідою ЮНЕСКО та мав на меті осмислення універсальних фундаментальних основ судової влади, базових процесуальних прав. Як зазначає Є. Фокін, Флорентійський проект був направлений на формування нової філософії правосуддя. На підставі отриманих результатів був створений «рух за доступ до правосуддя» («access to justice movement») – комплекс заходів, спрямованих на забезпечення реального судового захисту [4, с. 100, 101].

Розроблена концепція «доступу до правосуддя» відображає існуючі тогочасні суспільні запити та очікування щодо правосуддя, і спрямована на підвищення реального рівня судового захисту, а також ефективності вирішення соціальних конфліктів, у тому числі за участю нових суб'єктів правовідносин – великих груп населення, у справах щодо захисту споживачів, учасників корпоративних відносин і навколишнього середовища. Вказана концепція охоплює не тільки порядок звернення до суду та отримання доступу до судового захисту, але й необхідність надання допомоги незахищеним верствам населення [5, с. 8].

У своєму дослідженні М. Капелетті дійшов висновку, що зміст поняття «доступ до правосуддя», хоч і не легко визначити, однак воно стосується якості правової системи – системи, за допомогою якої люди можуть захищати права та/або вирішувати суперечки під загальною егідою держави. Він стверджує, що правова система по-перше, має бути однаково доступною для всіх людей, а по-друге, має забезпечувати досягнення результатів, які є індивідуально та соціально справедливими. У своїй праці науковець наголошує на необхідності подолання існуючих бар'єрів, які перешкоджають різним категоріям громадян отримати доступ до правосуддя. Водночас, він звертає увагу на те, що реформи правової системи мають бути продуманими, враховувати ймовірні ризики, а також існуючі можливості та потенціал судів, процесуальних процедур та адвокатів [6, с. 182, 292].

Загалом, доступ до правосуддя є надзвичайно широким поняттям, яке розглядають як концепцію, принцип або право. У сучасних дослідженнях європейських фахівців вказано, що доступ до правосуддя є не лише самим по собі правом, він також забезпечує реалізацію інших прав. Доступ до правосуддя дозволяє людям захищатися від посягань на їхні права, відшкодувати шкоду, завдану цивільними правопорушеннями, притягувати до відповідальності виконавчу владу та захищати себе у кримінальних провадженнях. На переконання експертів доступ до правосуддя є важливим елементом верховенства права та пронизує адміністративне, кримінальне, цивільне та інші галузі права. Доступ до правосуддя одночасно є і процесом і метою, він має вирішальне значення для осіб, які прагнуть скористатися іншими процесуальними та матеріальними правами [7, с. 11, 16].

В умовах ліберальної демократії справжній доступ до правосуддя вимагає, щоб усі люди мали рівне право брати участь у роботі кожної установи, де закон адмініструється, застосовується, обговорюється, організовується, створюється чи тлумачиться [8, с. 82]. Канадський професор І. Дандуранд аргументовано стверджує, що доступ до правосуддя, як концепція, має містити елементи, необхідні для того, щоб люди могли визначати та керувати повсякденними юридичними потребами, вирішувати юридичні проблеми, вимагати задоволення скарг і дотримання своїх прав. Науковець дійшов висновку, що система правосуддя має охоплювати необхідні інститути, знання, ресурси та послуги, які допомагали б громадянам уникати або вирішувати повсякденні правові питання, проблеми та суперечки. З огляду на це рівень доступу до правосуддя доцільно вимірювати за чотирма показниками: поширеність правових проблем; реакція на юридичні потреби; справедливий і рівноправний доступ до правосуддя; соціально-економічні наслідки доступу до правосуддя [9, с. 1, 10].

На переконання американського професора Т. Марчіорі, здатність громадян звертатися до органів правосуддя з метою задоволення їх скарг та вирішення конфліктів, є суттєвим елементом верховенства права,

демократії, прав людини та розвитку загалом. Науковець наголошує, що доступ до правосуддя охоплює елементи, необхідні для того, щоб громадяни могли задовольняти свої скарги та вимагати дотримання їх прав. Для цього в державі мають існувати:

– законодавча база, яка забезпечує всебічні та рівні права усім громадянам відповідно до міжнародних стандартів у сфері захисту прав людини;

– висока правосвідомість та правова грамотність населення;

– доступні та посильні юридичні консультації та представництво;

– розроблені відповідно до міжнародних стандартів у сфері захисту прав людини доступні, посильні, своєчасні, ефективні, кваліфіковані, неупереджені, некорупційні механізми вирішення спорів, яким довіряють громадяни;

– ефективні та неупереджені механізми виконання судових рішень [10, с. 5].

Доступ до правосуддя, як вважає І. Жаровська, є складним правовим механізмом, що являє собою систему правових заходів та засобів, які забезпечують можливість особі або іншому суб'єкту безперешкодно звернутися до органів правосуддя та отримати захист свого права. Автор визначає доступ до правосуддя не тільки як можливість подання звернення до органу правосуддя, але і як право на отримання справедливого рішення у справі [11, с. 185].

Поняття «доступ до правосуддя» і «доступність правосуддя», як наголошує О. Михайленко, доцільно відрізнити. Доступ необхідно пов'язувати з відповідним дозволом тих, від кого залежить надання можливості звернутися до правосуддя для захисту своїх прав, свобод і законних інтересів. Доступність правосуддя можна тлумачити як одну із його засад, іншими словами, – це можливість усіх бажаючих вільно і без перешкод, на рівних умовах використати цей інститут для забезпечення своїх прав і законних інтересів [12, с. 40].

Доступність правосуддя, як зазначає Н. Сакара, є певним стандартом, який відбиває вимоги справедливого й ефективного судового захисту, що конкретизується в необмеженій судовій юрисдикції, належних судових процедурах, розумних строках і безперешкодного звернення будь-якої зацікавленої особи до суду. Дослідниця вважає, що доступність правосуддя складається з певних інститутів, функціонування яких забезпечує:

– реальну можливість особи звернутися до суду за захистом своїх прав;

– механізми захисту всіх прав людини, у тому числі й тих, які належать до так званих прав третього покоління;

– справедливий розгляд справи та ефективне відновлення порушених прав;

– усунення фінансових перешкод за рахунок звільнення певних категорій осіб повністю або частково від сплати судових витрат, надання відстрочки чи розстрочки у їх сплаті;

– можливість скористатися послугами представника або отримати правову допомогу іншим способом [13, с. 47].

Водночас, А. Лужанський стверджує, що доступ до правосуддя варто розглядати через рівень забезпеченості законом та практичної змоги безперешкодно звернутися до суду, отримати відповідне судове рішення по суті справи, примусове виконання якого забезпечено державою, а також у разі потреби мати можливість його оскаржити чи домогтися виконання. Автор вважає, що доступ до правосуддя, обумовлений також можливістю використання особою усіх міжнародних та національних гарантій права на справедливий суд у процесі звернення до суду та судового розгляду, включаючи процедури оскарження судового рішення і його виконання [14, с. 7].

Опрацювання доктринальних розробок вітчизняних та зарубіжних учених дає підстави стверджувати, що у світі не існує універсального визначення поняття «доступ до правосуддя». Розуміння його змісту постійно змінюється з огляду на розвиток правових відносин, інститутів держави, механізмів реалізації, охорони та захисту прав, свобод та законних інтересів.

У вузькому розумінні це поняття характеризує доступ індивідів до національних органів правосуддя, а також до міжнародних інститутів для охорони, захисту та відновлення їх прав і свобод. Водночас, у широкому розумінні доступ до правосуддя характеризує якісний стан правової системи (законодавство, органи державної влади, інститути громадянського суспільства, правова культура, правова свідомість, законність, правопорядок) та її здатність ефективно вирішувати правові потреби та проблеми осіб, які знаходяться під її юрисдикцією. Стан забезпечення доступу до правосуддя є лакмусовим папірцем демократичних перетворень, демократичного управління, соціальної спрямованості будь-якої держави.

На наше переконання, реалізація стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору не можлива без забезпечення соціально-справедливого вирішення юридичних спорів громадян відповідно до принципу верховенства права. У зв'язку з цим в нашій державі мають бути створені ефективні механізми реалізації, охорони та захисту прав, свобод та законних інтересів, які відповідали б існуючим потребам фізичних та юридичних осіб.

Використані матеріали:

1. Доповідь Європейської Комісії «За демократію через право» (Венеційська комісія) від 4 квітня 2011 року № 512/2009, схваленої

- Комісією на 86-му пленарному засіданні 25–26 березня 2011 року «Верховенство права» (CDL-AD (2011) 003rev). URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-ukr) (дата звернення: 10.10.2020).
2. Бойко В.Ф. Відбувається поступова трансформація сутності суду, який з органу примусу перетворюється на орган захисту прав і свобод людини: Виступ на урочистостях, присвячених 10-й річниці незалежності України. *Вісник Верховного Суду України*. 2001. № 4. С. 2–3.
 3. Городовенко В. Принцип рівності громадян перед законом і судом. *Вісник Конституційного Суду України*. 2012. № 1. С. 178–186.
 4. Фокин Е. Эволюция идей доступности правосудия в правовой науке и практике Европейского Суда по правам человека. *Международное правосудие*. 2018. № 4 (28). С. 97–112.
 5. Стандарты справедливого правосудия (международные и национальные практики) / кол. авторов; под. ред. Т.Г. Морщаковой. Москва: Мысль, 2012. 584 с.
 6. Garth Bryant G. and Cappelletti Mauro. «Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective». *Buffalo law review*. 1978. Vol. 27. P. 181–292. URL: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2140&context=facpub;The> (Дата звернення: 10.10.2020).
 7. Handbook on European law relating to access to justice. Luxembourg: Publications Office of the European Union. 2016. 214 p. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_access_justice_ENG.pdf (дата звернення: 10.10.2020).
 8. Leitch Jennifer. Having A Say: «Access To Justice» As Democratic Participation. *Journal of Law and Jurisprudence*. 2015. Vol. 4. P. 76–108. URL: https://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/1469726/1/04_Access_to_Justice_w_DOI.pdf. DOI: 10.14324/111.2052-1871.031 (дата звернення: 10.10.2020).
 9. Dandurand Yvon and Jahn Jessica Access to Justice Measurement Framework Measurement Working Group. 2017. 35 p. URL: https://www.researchgate.net/publication/329881785_Access_to_Justice_Measurement_Framework_Measurement_Working_Group_1. DOI: 10.13140/RG.2.2.10066.81608 (дата звернення: 10.10.2020).
 10. Marchiori Teresa. A Framework for Measuring Access to Justice Including Specific Challenges Facing Women. October 2015. 147 p. URL: <https://rm.coe.int/1680593e83> (дата звернення: 10.10.2020).
 11. Жаровська І.М. Доступність права: теоретико-правові проблеми : монографія. Львів : Вид. АКА, 2007. 208 с.
 12. Михайленко О. Про систему елементів доступності громадян до

- правосуддя. *Вісник Академії прокуратури України*. 2007. № 3. С. 39–43.
13. Сакара Н. Ю. Проблема доступності правосуддя у цивільних справах: монографія. Харків : Право, 2010. 256 с.
14. Лужанський А.В. Конституційно-правові засади доступу до правосуддя в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. Київ, 2013. 20 с.

Остафійчук Людмила Аурелівна
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича, адвокат
(м. Чернівці, Україна)

ПРОБЛЕМИ ДОСТУПУ ДО ПРАВОСУДДЯ

Забезпечення кожному права на найкращі умови відправлення правосуддя, гарантування судового захисту і доступу до правосуддя проголошено в міжнародних актах, Конституції України і законах України.

Право кожного на доступ до правосуддя – один із наріжних каменів, що гарантує верховенство права. Цьому присвячені ст. 8 Загальної декларації прав людини, ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та інших актів.

Міжнародні органи із захисту прав людини неодноразово підкреслювали про важливість реального, а не формального доступу до правосуддя. Право доступу до суду ЄСПА розуміє в тому значенні, що заінтересована особа повинна мати можливість домогтися розгляду своєї справи у суді, і їй не повинні ставати на заваді надмірні правові або організаційні перешкоди, чому повинні сприяти держави (справа «Голдер (Golder) проти Об'єднаного Королівства» від 21.02.1975 р. [1]).

Однак, суть питання не в тому, щоб суд просто прийняв до розгляду заяву і відкрив провадження у справі. Доступ до правосуддя має зміст лише тоді, коли суд дійсно в змозі поновити порушене право. Рішення суду повинно ґрунтуватися на засадах верховенства права, бути законним і обґрунтованим (ч. 1 ст. 242 КАС України, ч. 1 ст. 263 ЦПК України, ч. 1 ст. 236 ГПК України), в кримінальному процесі – законним, обґрунтованим і вмотивованим (ч. 1 ст. 370 КПК України).

Відповідно до процесуальних законів України, обґрунтованим є рішення, ухвалене на підставі повно і всебічно з'ясованих обставин, на які сторони посилаються як на підставу своїх вимог і заперечень, підтверджених тими доказами, які були досліджені в судовому засіданні, з наданням оцінки всім аргументам учасників справи (ч. 3 ст.

242 КАС України, ч. 5 ст. 263 ЦПК України, ч. 5 ст. 236 ГПК України). В кримінальному процесі обґрунтованим є рішення, ухвалене судом на підставі об'єктивно з'ясованих обставин, які підтверджені доказами, дослідженими під час судового розгляду та оціненими судом відповідно до статті 94 цього Кодексу, а вмотивованим є рішення, в якому наведені належні і достатні мотиви та підстави його ухвалення (ч. 3, 4 ст. 370 КПК України). Таким чином, процесуальний закон вимагає від суду належне обґрунтування прийнятого рішення. І це закономірно, тому що ЄСПЛ визнає порушенням права особи на доступ до суду коли рішення є необґрунтованим. У справі «Проніна проти України» ЄСПЛ встановив, що українські суди не вчинили жодної спроби проаналізувати позов з точки зору, що пенсія заявниці була нижчою за прожитковий мінімум і це було порушенням ст. 46 Конституції України, попри пряме посилення у кожній судовій інстанції. Ігноруючи це, вони не виконали свої зобов'язання щодо п. 1 ст. 6 Конвенції. ЄСПЛ вказав у рішенні, що «п. 1 ст. 6 Конвенції зобов'язує суди давати обґрунтування своїх рішень, але це не може сприйматись як вимога надавати детальну відповідь на кожен аргумент. Межі цього обов'язку можуть бути різними залежно від характеру рішення... та ... положень законодавства, юридичні традиції викладення та формулювання рішень»[2].

З цього можна зробити висновки: 1) розгляд по суті позовної заяви, апеляційної чи касаційної скарги (в передбачених законом випадках) є складовою доступу особи до суду і обов'язком для національних судів; 2) в силу приписів процесуального законодавства, судові рішення має бути ухвалені на основі тих відомостей, доказів і аргументів, які суддя почерпнув із матеріалів конкретної справи. Додатково зазначимо, що проф. С.Б. Поляков такі дії як «немотивованість судових актів, тобто відсутність в судовому акті висновків відносно будь-якого доводу сторони по справі і/або про значення цього доводу для вирішення справи, або відсутність посилання на закон або інший нормативно-правовий акт, яким керувався суд при прийнятті судового рішення» [3, с. 213–214], – визнає винуватими діями судді, який прийняв таке рішення. Змагальність сторін у судовому процесі – один із аспектів принципу рівності всіх перед законом і судом. Від судді вимагається, щоб він надав рівні можливості сторонам для відстоювання своїх доводів і заперечень. А в судовому рішенні має бути надана їм належна оцінка, мотиви відхилення або врахування доказів (групи доказів).

В цьому ракурсі, темою для дискусії слід вважати положення ч. 5, 6 ст. 13 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», згідно яких висновки щодо застосування норм права, викладені у постановях Верховного Суду, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права та враховуються іншими судами при застосуванні таких норм права; положення ч. 5 ст. 242 КАС України, ч. 4 ст. 263 ЦПК України, ч. 4 ст. 236 ГПК України, згідно яких

при виборі і застосуванні норми права до спірних правовідносин суд враховує висновки щодо застосування норм права, викладені в постановках Верховного Суду; а також п. 1, 2, 3 ч. 4 ст. 328 КАС України, п. 1, 2, 3 ч. 2 ст. 389 ЦПК України, п. 1, 2, 3 ч. 2 ст. 287 ГПК України щодо допуску до касаційного перегляду і такої підстави для скасування судового рішення як: не правильне застосування, не застосування або відсутність висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного у постанові Верховного Суду; п. 6 ч. 1 ст. 333 КАС України, п. 5 ч. 2 ст. 394 ЦПК України, п. 5 ч. 1 ст. 293 ГПК України, якими передбачено відмову у відкритті касаційного провадження у справі Верховний Суд уже викладав у своїй постанові висновок щодо питання застосування норми права у подібних правовідносинах, порушеного в касаційній скарзі на судове рішення, і суд апеляційної інстанції переглянув судове рішення відповідно до такого висновку (крім випадку наявності постанови Верховного Суду про відступлення від такого висновку або коли Верховний Суд вважатиме за необхідне відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах).

На практиці всі ці норми означають, що основним завданням судів першої та апеляційної інстанцій є не вирішення спору по суті з детальним дослідженням всіх обставин у справі та належним аргументуванням судового рішення, а пошук в Єдиному державному реєстрі судових рішень постанови Верховного Суду з аналогічного питання і застосування його правових позицій при розгляді чи апеляційному перегляді справи.

Чи можемо ми за таких обставин вважати правосуддя доступним? Чи можемо ми із впевненістю говорити про реальну незалежність судді в таких випадках, маючи на увазі незалежність від правових висновків щодо питання застосування норми права у подібних правовідносинах? Очевидно, що відповіді на ці питання не просто, адже, в більшості випадків, зазначені вище процесуальні норми змусять суддю вирішити спір згідно з правилами гри і не шукати самостійно правди та справедливості в конкретній судовій справі. На практиці саме так і відбувається – в більшості судових рішень судів першої, апеляційної та касаційної інстанцій, є посилання на правові позиції Верховного Суду з аналогічних питань. Чи це вірно? Ні. Тому що вимоги процесуальних законів до змісту судового рішення не містять обов'язку суду зазначити їх в тексті судового рішення, напротивагу встановлення відповідних обставин справи належними, допустимими, достовірними і достатніми доказами, їх мотивованій оцінці чи відхилення; а також вказівки на норму права, мотивів її застосування чи незастосування.

В цивілізованому суспільстві суду належить центральне місце у всій правовій системі. Саме суд уособлює істинне право, істинну справедливість. Чим вище роль та авторитет суду і правосуддя в цілому, чим більшою самостійністю і незалежністю володіє суд навіть у внутрішніх взаємовідносинах, тим вище в країні рівень законності і демократії,

тим надійніше захищені від будь-яких посягань права і свободи громадян. Судовий розгляд справ, який має чітку, детально врегульовану процесуальну форму дійсно найкращий спосіб вирішення спорів та встановлення істини. Однак, застосування цього способу можливе лише тоді, коли суду забезпечена реальна незалежність, коли він приймає судові рішення керуючись верховенством права, на основі доказів, що були досліджені в процесі розгляду справи, за власним переконанням, по совісті і справедливості, і вільний від будь-якого тиску зовні, в тому числі від Верховного Суду і його правових позицій. Лише в таких умовах суд виступає надійним гарантом прав і свобод людини і є доступним.

Використані матеріали:

1. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Голдер (Golder) проти Об'єднаного Королівства» від 21.02.1975 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980_086
2. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Проніна проти України» (Заява N 63566/00) від 18.07.2006 URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/974_096
3. Поляков С.Б. Принцип взаимной ответственности государства и личности: понятие и пути реализации. М.: Юрлитинформ, 2011. 296 с.

Сергій ПЕРЕМОТ

*LLM, національний спеціаліст програм з юридичних питань
Координатора проектів ОБСЄ в Україні, здобувач Інститут держави
і права ім. В. М. Корецького НАН України
(м. Київ, Україна)*

ТРЕТЕЙСЬКИЙ СУД, СТОРОНИ ТРЕТЕЙСЬКОЇ УГОДИ ТА ТРЕТІ ОСОБИ: ЧИ ВИПРАВДАНА ВУЗЬКА IN PERSONAM ЮРИСДИКЦІЯ СУДУ?

В квітні 2020 року Кабінетом Міністрів України до Верховної Ради України було внесено Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо вдосконалення порядку утворення та діяльності третейських судів з метою відновлення довіри до третейського розгляду» (реєстраційний № 3411)¹. Цей Проект втілює в собі Т Далі – «Проект» або «Проект 3411». Варто, разом з тим, зазначити, що Проект Закону України №3411 є майже повним текстуальним відтворенням більш раннього, також ініційованого Урядом України Проекту Закону України №3045 («Про внесення змін до деяких законів України (щодо вдосконалення порядку утворення та діяльності третейських судів з метою відновлення довіри до третейського розгляду)'), внесеного в лютому 2020 року та пізніш відкликаного з огляду на правила Статті 105(3) Регламенту Верховної Ради України (затвердженого Законом України «Про Регламент

частину урядових ініціатив, спрямованих, як було декларовано під час їх оприлюднення в кінці 2019 року², на розвиток національної судової системи через розвиток системи так званих «приватних» – третейських та арбітражних – судів³. Положення Проекту 3411 містять ряд досить сміливих, однак не позбавлених дискусійності, ідей як щодо розширення юрисдикції третейських судів, так і щодо модифікації процедури розгляду справ, якою мають оперувати такі суди.

До таких змін, *inter alia*, відносяться зміни, які Проектом пропонуються внести до пункту 5 частини третьої Статті 51 Закону України «Про третейські суди»⁴, та які полягають у зміні передбаченої нею підстави для судового оскарження рішення третейського суду. Якщо чинна редакція пункту 5 (Стаття 51(3)(5)) виходить лише з того, що підставою для оскарження може бути винесене третейським судом рішення про «права та обов'язки осіб, які не брали участь у справі», то запропонована Проектом редакція розширює коло підстав для оскарження⁵. В якості додаткової підстави правила Проекту розглядають також і випадок «вирішення питання» третейським судом щодо «осіб, які не є сторонами третейської угоди (третейського застереження)»⁶.

Верховної Ради України»; від 10 лютого 2010 року, № 1861-VI).

2 Щодо змісту та деталей цих урядових ініціатив, спрямованих на модернізацію та модифікацію національної судової системи України, див. інтерв'ю Міністра юстиції України Д. Малюська, від 12 грудня 2019 року, на https://www.youtube.com/watch?v=mRfoYwM6ahQ&feature=emb_title.

3 Як зазначив з цього приводу Д. Малюська, Міністр юстиції України, «[п]риватні – це такий зворот, що був використаний для загалу. Мова йде про арбітражі та третейські суди. Так, вони й зараз є, однак усі вони функціонують далеко від того стану, яким би можна було пишатися чи який би серйозно впливав на інвестиційний клімат» (цит. за згаданим вище інтерв'ю від 12 грудня 2019 року).

4 Від 11 травня 2004 року, № 1701-IV; далі – «Закон».

5 Чинна редакція пункту п'ятого частини третьої Статті 51 («Оскарження рішення третейського суду») Закону передбачає наступне:

Рішення третейського суду може бути оскаржене сторонами, третіми особами, а також особами, які не брали участь у справі, у разі якщо третейський суд вирішив питання про їх права і обов'язки, у випадках, передбачених цим Законом [...]

...

5) третейський суд вирішив питання про права і обов'язки осіб, які не брали участь у справі.

6 В свою чергу, в запропонованій Проектом редакції, Стаття 51(3)(5) Закону має наступний зміст (передбачене Проектом доповнення позначене курсивом):

Рішення третейського суду може бути оскаржене сторонами, третіми особами, а також особами, які не брали участь у справі, у разі якщо третейський суд вирішив питання про їх права і обов'язки, у випадках, передбачених цим Законом [...]

...

5) третейський суд вирішив питання про права і обов'язки осіб, які не

Щодо запропонованих Проектом правил Статті 51(3)(5) Закону слід, перш за все, зазначити, участь «третьої особи» – тобто особи, яка не була формальною стороною арбітражного застереження / третейської угоди⁷ – в арбітражному (третейському) розгляді може виникати в двох умовно загальних випадках, а саме⁸:

I. Притягнення «третьої особи» до участі в розгляді справи арбітражним / третейським судом; та

II. Індивідуальний (самостійний) вступ деякої «третьої особи» до справи, розгляд якої здійснюється третейським/ арбітражним судом.

Перший випадок – який вище було ідентифіковано як випадок «притягнення» – полягає в тому, що третейський суд або (під час ініціації розгляду справи) сторони третейської угоди розглядають таку «іншу третю сторону» як належну сторону третейської угоди попри те, що вона, формально, не була стороною такої угоди. В цьому випадку, в загальному сенсі, відбувається свого роду перехід обов'язків та пов'язаної з ними відповідальності від особи, яка є формальною стороною третейської угоди, до такої «іншої третьої сторони».

В свою чергу, другий випадок – випадок «вступу» особи у справу, розгляд якої здійснюється третейським судом – концептуально здебільшого зводиться до того, що така третя особа заявляє про своє право приймати участь в розгляді відповідної справи. Як наслідок, вступаючи у справу вона, в певному сенсі, вимагає надати їй (або, *vice versa*, визнати за нею) певний самостійний процесуальний статус зі всіма пов'язаними з ним правами безпосередньої сторони справи/спору.

I Притягнення третьої особи до участі в розгляді справи третейським / арбітражним судом

Найбільш широко визнаний загальний стандарт, застосовуваний до визначення того, чи буде арбітражне застереження зобов'язуючим для деякої «третьої особи», яка не була його підписантом – і, відтак, чи розповсюджується на неї юрисдикція відповідного арбітражного (тре-

брали участь у справі або осіб, які не є сторонами третейської угоди (третейського застереження).

- 7 Оскільки з концептуальної точки зору третейське судочинство (в тому розумінні, в якому ним оперує національна правова система України) та арбітражний процес (в його класичному, усталеному та універсальному розумінні) є, *de facto*, тотожними, для цілей цієї Статті вони розглядатимуться саме так – як тотожні, рівнозначні та аналогічні (в загальному сенсі) процесуальні моделі.
- 8 В доктрині континентальної правової сім'ї випадки розгляду арбітражним (третейським) судом справи, стороною якої виступає є особа (суб'єкт), яка ніколи формально не виступала в ролі «підписанта» арбітражного застереження, зазвичай позначаються терміном «застосування розширеного арбітражного застереження» (англ. – *extended clause*). В свою чергу, в праві США ці-ж випадки відомі як «приєднання невідписантів до розгляду справи» (англ. – *joining of non-signatures*). Більш детально щодо цього див. Park W., 'Non-Signatories and New York Convention', (2008) 2 *Disp. Resol. Int'l* 84, 84ff.

тейського) суду – було сформульовано в рішенні федерального окружного суду США в Окрузі Коннектикут, винесеного у справі *DiGhello v. Busconi*⁹. Торкаючись питання про те, наскільки юрисдикція арбітражного суду може поширюватись на осіб, які не були сторонами відповідного арбітражного застереження, суд у справі, який визначав наявність між сторонами спору арбітражної угоди¹⁰, дійшов загального висновку про те, що «арбітражна угода є [зобов'язуючою] для корпоративних утворень навіть тоді, коли вони не були її [безпосередніми] підписантами, оскільки вони «прямо отримують зиск» від угоди та вони, очевидно [та безумовно], «знаходяться у власності, на них вчиняється [вирішальний] вплив або вони контролюються сторонами [такої] арбітражної угоди»¹¹.

Таким чином загальний стандарт розповсюдження юрисдикції арбітражного (третейського) суду на третіх осіб, які, формально, не є сторонами деякого арбітражного (третейського) застереження, який існує в сучасному праві, зводиться до того, що за певних умов юридичного чи фактичного зв'язку (чи взаємозалежності) між стороною угоди та третьою особою на останню може бути розповсюджено юрисдикцію арбітражного (третейського) суду у спорі, пов'язаному з формальною стороною такої угоди¹². При цьому – з точки зору класичних підходів

⁹ *DiGhello v. Busconi*, 673 F. Supp. 85 (D. Conn. 1987). Див. також рішення суду апеляційної інстанції в тій самій справі: *Busconi v. DiGhello*, 849 F.2d 1467 (2d Cir. 1988); та *Busconi v. DiGhello*, 39 Conn. App. 753, 668 A.2d 716 (Conn. App. Ct. 1995).

¹⁰ В цьому контексті слід побіжно зазначити, що в праві США визначення того, чи існує між сторонами арбітражна угода – та, відповідно, чи володіє арбітражний суд компетенцією переглядати спір між ними – належить до юрисдикції «загальних» федеральних судів. Це питання становить собою, в загальному сенсі, звичайний спір щодо існування між сторонами контрактних відносин, опосередкованих арбітражною угодою як елементом договірної права. З іншого боку, в правовій традиції більшості країн Європи, які належать до сім'ї континентального права, питання про наявність між сторонами арбітражної угоди та, відповідно, існування юрисдикції в арбітражному суду розглядати такий спір зазвичай вирішується самим арбітражним судом через застосування доктрини, відомої в німецькому праві як *Kompetenz-Kompetenz* (або, у франкомовній доктрині, як *Compétence sur la Compétence*). Більш детально див., наприклад, в *Sentner J. Jr., 'Who is Bound by Arbitration Agreements - Enforcement by and against Non-Signatories'*, (2005) 6 *Bus. L. Int'l* 55, 57ff. Щодо застосування доктрини *Kompetenz-Kompetenz* див., наприклад, *Carbonneau T., Sheldrick A., 'Tax Liability and Inarbitrability in International Commercial Arbitration'*, (1992) 1 *J. Transnat'l L. & Pol'y* 23, 25ff.

¹¹ Цей підхід до розуміння стандарту рішення у справі *DiGhello* цитовано за *Rubino-Sammartano M., International Arbitration Law and Practice* (2nd edition) (Kluwer Law International, Dordrecht, 2001), 294.

¹² Разом з тим див. з цього приводу рішення окружного Суду США в Окрузі Нью-Йорк у справі *FIAT S.p.a. v. the Ministry of Finance and Planning of the Republic of Suriname. Suriname Rice Export Co. N.V., ONYX Development Corporation at al.*, 88 Civ. 6639 (SWK 1989). Торкаючись питання про ототожнення – для цілей виконання рішення арбітражного суду – декількох формально різних осіб та контроль, реалізовуваний однією з них щодо ін-

цивільного чи корпоративного права – такі «сторона арбітражної угоди» та «третя особа, на яку розповсюджується юрисдикція третейського суду» можуть бути формально різними та самостійними суб'єктами.

Загалом, для обґрунтування подібного «розповсюдження» юрисдикції арбітражного (третейського) суду на «третіх осіб», які не були формальною стороною арбітражного застереження, було сформульовано цілий ряд теоретичних моделей, які виправдовують та пояснюють їх легітимність. Більшість з них, узагальнено, ґрунтується на деяких концепціях ототожнення особи, яка є безпосередньою стороною («підписантом»¹³) арбітражної угоди та третіх осіб, на яких поширюється її дія; ряд інших, навпаки, виходить з концепції конклюдентних дій або естопеля. Найбільш поширеними з таких «моделей розповсюдження», як здається, виступають наступні¹⁴:

і). Опосередкована договірна інкорпорація

Модель опосередкованої договірної інкорпорації¹⁵ є, вірогідно, однією з найпростіших моделей ототожнення. Вона полягає в тому, що один («похідний») контракт може містити, в умовах про розгляд пов'язаних з його виконанням спорів, відсилку до іншого («базового») контракту чи

ших як принциповий критерій такого ототожнення, Суд зазначив наступне (at 89-90):

[Обставини, за яких було винесене рішення у справі] DiGhello відрізняються від цієї справи тим, що [в цій справі] немає доказів того, що арбітражне застереження мало своєю метою [чи цілком] зобов'язати Fiat. Арбітражний суд у DiGhello не перевищив свої повноваження, вносячи рішення щодо чотирьох [компаній] які не були [безпосередніми] сторонами [арбітражної угоди] та на які, тим не менш, поширювалась дія арбітражної угоди. В цій справі арбітражний суд перевищив свої повноваження, коли він поширив зобов'язуючу [дію] арбітражної угоди на осіб, які безпосередньо не були її сторонами. Взаємовідносини між ONYX та Fiat не були такими тісними, як між DiGhello та чотирма його дочірніми компаніями. Хоч ONYX та Fiat очевидно отримували зиск від транзакцій кожної з них, та певний зв'язок між ними існує, їх взаємозв'язок був не таким тісним як той, який [було констатовано] у випадку DiGhello.

- 13 В англійській доктрині використання терміну «непідписант» (англ. – non-signatory) є усталеним. Він використовується для позначення «неочевидних» учасників певної угоди чи арбітражного застереження – тобто осіб (юридичних або, у відповідних випадках, фізичних), які, формально, не підписували певну угоду але які, тим не менш, можуть бути кваліфіковані як її сторона або учасник з огляду на певні специфічні фактичні обставини справи, пов'язані зі змістом чи природою їх взаємовідносин з іншими учасниками справи. Більш детально див., наприклад, Park W., 'Non-Signatories and the New York Convention', (2008) 2 Disp. Resol. Int'l 84, 89.
- 14 Для цілей цієї Статті зміст моделей «розповсюдження та ототожнення» подано відносно загальним чином, з побіжним викладенням змісту їх основних компонентів та інструментів. У випадку необхідності щодо них (тобто щодо їх змісту, історії, концептуальних підвалів, на яких вони ґрунтуються, можливих моделей застосування тощо) може бути надане більш розгорнуте пояснення.
- 15 Англ. – 'Incorporation By Reference'.

навіть безпосередньо арбітражного застереження. Відтак особа, яка є стороною похідного контракту, погоджуючись на його умови, погоджується, серед іншого, на ті правила такого контракту, які передбачають певну процедуру розгляду пов'язаних з ним спорів і, відтак, де-факто погоджується на ту процедуру розгляду спорів, яка передбачена іншим юридичним інструментом (базовим контрактом або арбітражним застереженням). Як наслідок застосування цієї моделі особа, яка, формально, не є стороною («підписантом») арбітражного застереження, визнає для себе його обов'язковість і, як наслідок, на таку особу можуть бути розповсюджені всі наслідки застосування такого застереження, включаючи обов'язок приймати участь в арбітражному розгляді спору¹⁶.

ii). **Визнання зобов'язань**

В найбільш загальному сенсі, концепція «визнання зобов'язань»¹⁷ отримуватиме застосування в тих випадках, коли третя сторона – тобто особа, як не є безпосереднім або формальним учасником (підписантом) комерційної угоди – приймає на себе, прямо або опосередковано, юридичні зобов'язання тієї особи, яка є первинною стороною основної угоди¹⁸. При цьому для застосування цієї концепції в якості фактору «визнання зобов'язання» третьою стороною може виступати також і поведінка такої особи, очевидно спрямована на концепції виконання основної угоди.

Разом з тим, визнання зобов'язань за основною угодою априорі не означає визнання обов'язків, що виникають з пов'язаного з основною угодою арбітражного застереження. Дії «третьої сторони», на які зацікавлена особа посилається як на підставу розповсюдження на неї дії арбітражного застереження (та пов'язаного з цим обов'язку визнати наслідки дії такого застереження, включаючи обов'язок приймати участь в арбітражному розгляді певного спору), повинні «чітко та недвозначно» вказувати на намір «третьої сторони» розглядати, на підставі такого арбітражного застереження, ті спори, які, вірогідно, можуть виникати з основної угоди, зобов'язання по якій визнала така третя сторона¹⁹.

16 Див. рішення окружного федерального апеляційного суду США в Другому Окрузі у справі Import Export Steel Corporation v. Mississippi Valley Barge Line Company, 356 F.2d 109 (2d Cir. 1965).

17 Англ. – ‘Assumption’.

18 Щодо тлумачення змісту цього підходу див., наприклад, рішення окружного федерального апеляційного суду США в Другому Окрузі у справі Thomson-csf, S.a., v. American Arbitration Association, 64 F.3d 773 (2d Cir. 1994). В цій справі Суд, узагальнюючи зміст моделі “визнання зобов'язань”, вказав наступне:

У випадку, якщо особа не [була безпосередньо стороною угоди та не підписувала / укладала її], така сторона не може бути зобов'язана арбітражною угодою [за виключенням тих випадків коли] її наступна поведінка вказує на те, що вона визнає [приймаючи на себе] зобов'язання приймати участь в арбітражі. [...]

19 Див., наприклад, рішення окружного федерального апеляційного суду

iii). **Естопель**

Доктрина естопелю²⁰ обмежує особу, яка, не будучи підписантом певного контракту, свідомо погодилась та прийняла той зиск, який надає участь у виконанні такого контракту, в можливості відмовитись від участі в арбітражному розгляді спорів, що виникають з такого контракту, на підставі правил, що викладені в пов'язаному з ним арбітражному застереженні.

Загалом, в судовій практиці²¹ було сформульовано дві моделі обмеження – через застосування доктрини естопелю – права та можливості особи відмовитись від участі в арбітражному розгляді на підставі арбітражного застереження, підписантом якого вона не була. Перша полягає в тому, що особа, яка свідомо та безпосередньо скористалась перевагами (зиском) контракту, який містить арбітражне застереження, не може відмовитись від участі в арбітражному розгляді справи на підставі того, що вона не була підписантом такого застереження. Друга модель є наслідком першої. Вона, узагальнено, полягає в тому, що особа, яка виступала підписантом арбітражного застереження, не може відмовитись від участі в арбітражному розгляді справи, ініційованому непідписантом на підставі такого застереження, якщо в ході виконання непідписантом відповідного контракту, з яким пов'язане таке застереження, підписант та не підписант були тісно пов'язані або безпосередньо взаємодіяли зі спірною питання, з яким пов'язано такий ініційований непідписантом арбітражний розгляд²².

США в Другому Окрузі у справі *Gvozdencovic v. United Air Lines, Inc.*, 933 F.2d 1100 (2d Cir. 1991).

20 Англ. – «Estoppel / Equitable Estoppel».

21 В даному випадку в якості реферативної судової практики йдеться про згадану вище судову практику федеральних апеляційних судів США, пов'язану з оцінкою наявності в арбітражного суду юрисдикції в певній справі.

22 Щодо застосування цього підходу див., наприклад, рішення федерального апеляційного суду США в Другому Окрузі у справі *Astra Oil Company Inc v. Rover Navigation LTD*, 344 F.3d 276 (2d Cir. 2003). Один з найбільш авторитетних тестів, застосовуваних для визначення того, чи може особа, яка не була стороною («підписантом») арбітражної угоди, притягнута до арбітражного розгляду, було сформульовано в рішенні окружного федерального апеляційного суду США в Одиннадцятому Окрузі у справі *MS Dealer Service Corp. v. Franklin* (177 F.3d 942 (11th Cir. 1999)); як зазначив з цього приводу суд (at 947),

Існуюча прецедентна практика вказує на те, що [застосування концепції] естопелі, який ґрунтується на міркуваннях справедливості, дозволяє особі, яка не була стороною [арбітражної угоди, тобто не виступала в якості її «підписанта»], зобов'язати [інших до участі в арбітражному розгляді] у двох різних [сукупностях] обставин [а саме]. По-перше, [такий] естопель [що виходить з міркувань справедливості] при його застосуванні [означає], що особа, яка є підписантом письмової [арбітражної] угоди, що містить арбітражне застереження, «повинна спиратись на умови письмової угоди, подаючи свій позов» проти особи, яка не підписантом [такої угоди] ... По-друге, «застосування [такого] естопелю здійснюється ... у тих випадках,

iv). ***Представник / Агент***

Ця модель ґрунтується на загальній концепції представництва, при-
таманній цивільному праву, відповідно до якої представник (агент²³),
який діє на виконання волі принципала, в межах повноважень, наданих
йому принципалом, та для досягнення ціле, встановлених (прямо або
опосередковано) принципалом, створює юридичні наслідки безпосе-
редньо для принципала. Ця логіка дозволяє поширити дію арбітражної
угоди, підписаної представником (агентом) на його принципала, який,
формально, не був її стороною²⁴. Питання про те, чи буде представник,
який уклав таку угоду, зобов'язаний особисто приймати участь, в якості
сторони, у відповідному арбітражному розгляді, ініційованому на під-
ставі такої угоди, залежить від того, чи розкриє він особу принципала в
тому момент, коли він здійснює укладення відповідної основної угоди²⁵.
В тих випадках, коли таке розкриття буде здійснене, фактична відпо-
відальність за виконання такої основної угоди – і, так само, поширення
дії арбітражної угоди, пов'язаної з нею – розповсюджуватиметься на
принципала, тим самими, звільняючи представника від відповідальності
або обов'язку виступати стороною арбітражного спору²⁶.

коли підписант [угоди, яка містить арбітражне застереження] висуває [по-
зовні] вимоги ... які стосуються істотною мірою пов'язаних [між собою] ...
неналежних дій, вчинених як непідписантом, так і одним або декількома
підписантами угоди. ...

23 Англ. – 'Agency'.

24 Domke M., Commercial Arbitration (Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1965),
Sec 10:01/ Chapter 10 (p 4).

25 Sentner J. J., 'Who is Bound by Arbitration Agreements – Enforcement by and
Against Non-Signatories', (2005) 6(1) Business Law International 55, 66.

26 Так, в рішенні, винесеному у справі E.I. Dupont E.I. Dupont De Nemours
and Company, a Delaware Corporation v. Rhone Poulenc Fiber and Resin
Intermediates (32 269 F 3d 187 (3rd Cir 2001)), окружний федеральний суд
США в Третньому Окрузі, торкаючись питання стандарту, який дозволяє
перенесення відповідальності за угодою з представника на іншу особу, яка
для нього виступала в якості принципала у відповідних правовідносинах,
сформулював його наступним загальним чином (at 198ff):

... одна корпорація – повністю незалежна від іншої корпорації – може ви-
конувати роль агента [такої] другої корпорації під час однієї чи декількох
специфічних транзакцій. Ці обмежені агентські взаємовідносини можуть
виникати тоді, коли дві окремі корпорації виступають як материнська та
дочірня корпорації або можуть бути повністю не пов'язаними між собою
поза контекстом таких обмежених агентських взаємовідносин. В межах
[такого другого контексту взаємовідносин] тотальне домінування [контр-
олою першого суб'єкта за діяльністю другого] або критерію Alter Ego [(який
зводиться до повного ототожнення дій двох формально незалежних суб'єк-
тів)] не потрібно доводити.

Тоді, коли одна корпорація діє як агент корпорації-принципала, [статус]
якої [у відповідних правовідносинах] було розкрито, остання корпорація
може бути зобов'язана угодами, укладеними агентом. Відповідальність [за
такими угодами] може бути розповсюджена на корпорацію-принципала
навіть попри те, що вона не є стороною, вказаною у відповідній угоді.

v). *Alter Ego*

Модель ототожнення *Alter Ego*, серед всіх моделей ототожнення, є найбільш складною у застосуванні та, одночасно, найбільш концептуально спірною²⁷. Коротко кажучи, вона – за певних умов – дозволяє відкрити класичну для цивільного та корпоративного права доктрину розрізнення та розмежування юридичних статусів окремих корпоративних утворень (а також самого корпоративного утворення та його засновників чи учасників) та ототожнити їх для цілей притягнення до участі в арбітражному розгляді спору.

Загальна максима, якою оперує корпоративне право, розглядає юридичну особу (та, власне, будь-які корпоративні утворення) в якості суб'єкта, юридично незалежного від її акціонерів (учасників), керівників та представників²⁸. З огляду на це зобов'язання такої юридичної особи залишаються лише її зобов'язаннями, та не поширюються на акціонерів (учасників), керівництво чи представників, які володіють частками такої особи чи діють від її імені. Разом з тим, модель *Alter Ego* зводиться до санкціонованого судом виключення з цього загального правила, яке – на підставі оцінки індивідуальних обставин кожного окремого випадку – дозволяє поширити на таких акціонерів (учасників) або інших суб'єктів, які здійснюють вирішальний вплив на дії такої особи, відповідальність за дії такої юридичної особи так само, якби розглядувані дії були вчинені безпосередньо цими «контролюючими» суб'єктами²⁹.

— На відміну від [концепції] *Alter Ego* / проникнення крізь корпоративну вуаль*, в тих випадках, коли йдеться про вірогідні класичні агентські взаємовідносини [між двома суб'єктами], [особа, яка намагається довести їх існування] повинна [переконливо] [продемонструвати [перед судом] взаємозв'язок між діями корпорації та причиною її дій [яка спонукала її на їх вчинення]. Між двома корпораціями повинні існувати не лише підготовлені [та узгоджені] наміри [вчинити певні дії в межах агентських взаємовідносин], [структуровані таким чином, що] одна з них діятиме на користь іншої в межах звичайних принципів діяльності агента, але і щотакі [узгоджені наміри] повинні мати належне відношення [та взаємозв'язок] з вимогами позивача [до арбітражного суду] про вчинене порушення.

* Примітка, додана при підготовці цієї Статті (в тексті рішення відсутня): в даному випадку йдеться про згадувану вище теорію «проникнення крізь корпоративну вуаль», яка в англійській доктрині відома як *Piercing the Corporate Veil Concept*.

27 Щодо критики принципових вад цієї доктрини див., наприклад, точку зору Судді Бенджаміна Кардозо (на той час – судді Апеляційного Суду міста Нью-Йорк) в рішенні у канонічній – для застосування «доктрини проникнення» – справі *Berkey v. Third Avenue Railway Co*, 244 N.Y. 602 (1927).

28 Власне, саме ця ідея лежить в підґрунті логіки «обмеженої відповідальності» корпоративного утворення. Більш детально див., наприклад, в *Blumberg P., 'Limited Liability and Corporate Groups'*, (1986) 11 J. Corp. L. 573, 587-91.

29 Див., наприклад, *Thompson R., 'Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study'*, (1991) 76(5) *Cornell Law Review* 1036.

Таким чином безпосередній учасник угоди, з якою пов'язаний спір, розглядається як *Alter Ego* або «інструментарний придаток»³⁰ іншої, формально відокремленої особи³¹.

Головним критерієм здійснення такого ототожнення є настільки інтенсивні відносини контролю між двома суб'єктами, що вони виключають (майже повністю або вирішальною мірою) самостійність контрольованого суб'єкта у здійсненні ним, в певних випадках, самостійної діяльності. При цьому сам по собі факт наявності домінуючої (або навіть повної) участі певного суб'єкта в корпоративній структурі іншого суб'єкта³² ще, за загальним правилом, не означає того, що такий вплив може бути доведено або визнано. В будь-якому разі, навіть наявність можливості здійснення домінуючого впливу на діяльність іншої особи становить собою, при максимально інтенсивному стандарті застосування, спростовувану презумпцію, в межах якої тягар наявності первинних критеріїв її поширення лежить на особі, зацікавленій у застосуванні цього стандарту ототожнення.

II Індивідуальний (самостійний) вступ «третьої особи» до справи, розгляд якої здійснюється третейським/ арбітражним судом

На відміну від наведених вище моделей розповсюдження на третю особу обов'язку приймати участь в арбітражному розгляді справи, існують також випадки, за яких особа, яка не була формальним підписантом арбітражного застереження чи стороною основної угоди, за певних обставин може самостійно заявити про своє право ініціювати арбітражний розгляд або вступити, з самостійними правами, до вже відкритого провадження.

За загальним правилом, для того, аби така третя особа могла заявити про своє право ініціювати арбітражний розгляд або приєднатись до триваючого розгляду, така особа має довести те, що сторони основної угоди розглядали її (таку третю особу) в якості безпосереднього бенефіціара основної угоди³³. Однак, так само як і у випадку застосування моделі *Alter Ego*, доведення наміру сторін залежить від конкретних

³⁰ Щодо цього див., наприклад, Hamilton R., 'The Corporate Entity', (1971) 49 Tex. L. Rev. 979, 979ff.

³¹ В доктрині корпоративного права США такого роду ототожнення є одним з наслідків доктрини «проникнення крізь корпоративну вуаль» (англ. – Piercing the Corporate Veil Concept). В свою чергу, хоч в праві ЄС відсутня самостійна доктрина «проникнення», в певних випадках дії «дочірньої» компанії можуть бути ототоженні з діями «материнської» компанії – тобто будь-якої компанії чи особи яка, в широкому сенсі, повністю контролює діяльність такої «дочірньої» компанії (див. з цього приводу рішення Суду Справедливості ЄС у справі C508/11 P Eni SpA v European Commission, EU:C:2013:289).

³² Наприклад, шляхом володіння більшістю його корпоративованих інструментів чи компонентів – часток, долей, акцій тощо.

³³ Sentner J. Jr., 'Who is Bound by Arbitration Agreements - Enforcement by and against Non-Signatories', (2005) 6 Bus. L. Int'l 55, 68 – 70.

індивідуальних обставин кожної окремої справи і, зазвичай, є досить складним³⁴.

Нарешті, тоді, коли третя особа виступає принаймні прямим правонаступником прав та обов'язків сторони основної угоди та пов'язаного з нею арбітражного застереження, вона приймає на себе не лише відповідні обов'язки первинної сторони таких договірних відносин, але також і ті права, які з них виникають³⁵. Серед іншого – якщо, звичайно, основна угода не передбачає обмеження цієї³⁶ – особа, якій передаються

³⁴ Sentner J. Jr. (cited above), 68. Відносно узагальнені критерії визнання за третьою особою права заявити про пряму участь в арбітражному розгляді (ініціюючи його або приєднуючись до триваючого розгляду справи) були сформульовані в рішенні в справі Mississippi Fleet Card, LLC v. Bilstat, Inc. (175 F. Supp. 2d 894 (S.D. Miss. 2001)). У винесеному рішенні суд у справі (Окружний суд США у Південному Окрузі штату Міссісіпі) вказав на три кумулятивні критерії, наявність яких має бути доведена в кожному випадку, коли йдеться про визнання за третьою особою відповідного процесуального статусу та пов'язаних з ним прав (at 902; узагальнено, цей елемент стандарту рішення у справі Mississippi Fleet може бути зведено до наступного):

1) правила основної угоди достатньо широко та відкрито сформульовані для того, або охоплювати третю особу в якості одного з учасників такої угоди – або прямо згадуючи її серед них або розглядаючи її як одного з представників певної категорії суб'єктів, які охоплюються дією такої угоди; та

2) правила основної угоди свідомо включали таку третю особу (з огляду на її індивідуальні ознаки або ознаки приналежності до відповідної категорії суб'єктів) до категорії бенефіціарів цієї угоди; та при цьому

3) одна з осіб, яка була безпосередньою стороною основної угоди, насправді мала істотний та ясно виражений інтерес у створенні привілеїв (зиску) для такої третьої особи внаслідок виконання / укладення основної угоди.

Заради збереження повноти аргументації варто зазначити, що в цій справі суд, формулюючи стандарт визнання самостійного процесуального статусу третьої особи, спирався на законодавство штату Міссісіпі. Разом з тим цей стандарт визнається як авторитетна модель в праві США в цілому; див. Sentner J. Jr., «Who is Bound by Arbitration Agreements – Enforcement by and against Non-Signatories», (2005) 6 Bus. L. Intl 55, 69.

³⁵ Варто зазначити, що загальна концепція правонаступництва відображена на рівні правил чинної редакції Статті 13 («Третейська угода і правонаступництво сторін») Закону, які передбачають наступне:

Якщо третейська угода укладена у вигляді третейського застереження, то вона вважається невід'ємною частиною угоди і щодо неї діють такі самі правила правонаступництва, що й до угоди в цілому.

Якщо третейська угода укладена у вигляді окремої угоди, то у разі заміни кредитора у зобов'язанні останній повинен повідомити нового кредитора про її існування. Зміна третейської угоди в такому випадку можлива лише за умови явно вираженої згоди іншої (інших) сторони (сторін) угоди.

³⁶ В цьому сенсі варто нагадати, що Стаття 512(3) Цивільного Кодексу України (від 16 січня 2003 року, № 435-IV) припускає можливість та право сторін угоди заборонити заміну кредитора у зобов'язаннях, що виникають з такої угоди. Загалом правила Статті 512 передбачають наступне :
Стаття 512. Підстави заміни кредитора у зобов'язанні

права вимоги за основною угодою, та яка приймає на себе такі права та обов'язки, набуває, відповідно, всі права, які стосуються участі в арбітражному розгляді спірів, які стосуються такої основної угоди³⁷.

III Узагальнені висновки

Повертаючись, в світі викладеного вище, до оцінки запропонованих Проектом змін до правил Статті 51 Закону, слід, узагальнено, констатувати наступне.

Зміни до Статті 51 Закону, запропоновані Проектом, не дозволяють охопити ті «моделі ототожнення», яким оперує доктрина та практика сучасного приватного права. Це пов'язано з тим, що запропоновані Проектом правила оперують концепцією «сторони третейської угоди» як головним критерієм виконання або, *vice versa*, заборони примусового виконання рішення. Відповідно, в тих випадках, коли третейський суд застосує одну зі згаданих вище моделей ототожнення та залучить «третю особу», яка не була підписантом (стороною) третейської угоди до участі в розгляді спору в якості самостійного суб'єкта, проти такої особи рішення, винесене таким судом, навряд чи може бути виконане примусово з огляду на те, що така «третя особа» формально не була стороною третейської угоди. Таке рішення, відповідно до правил Статті 51 Закону, може бути оскаржене майже будь-якою зацікавленою в запереченні виконання стороною. Відповідно, в тих випадках, коли така «третя особа» не зацікавлена в виконанні рішення вона, навіть попри її участь в розгляді спору (наприклад, у випадку примусового залучення до розгляду спору в якості самостійного суб'єкта), може відносно легко, та майже безумовно успішно блокувати рішення, у виконанні якого вона не буде зацікавлена. Як наслідок, це ставить під сумнів саму філософію арбітражного (третейського) розгляду як інструменту правосуддя.

Цей наслідок також виникатиме тоді, коли «третя особа», яка не була підписантом третейського застереження, самостійно ініціює арбітражний (третейський) розгляд справи або вступає в триваюче провадження. Якщо третейський суд вирішить «питання про права і обов'язки такої третьої особи (що відбудеться майже безумовно), це може бути підставою для будь-якої зацікавленої в цьому особі для формального

1. Кредитор у зобов'язанні може бути замінений іншою особою внаслідок:

- 1) передавання ним своїх прав іншій особі за правочином (відступлення права вимоги);
 - 2) правонаступництва;
 - 3) виконання обов'язку боржника поручителем або заставодавцем (майновим поручителем);
 - 4) виконання обов'язку боржника третьою особою.
2. Кредитор у зобов'язанні може бути замінений також в інших випадках, встановлених законом.
3. Кредитор у зобов'язанні не може бути замінений, якщо це встановлено договором або законом.

37 Див., наприклад, *Cedrela Transport Ltd v Banque Cantonale Vaudoise*, 67 F Supp 353 (SDNY 1999).

блокування виконання такого рішення на підставі запропонованих Проектом правил.

Варто також зазначити, що чинні правила Статті 51, які оперують, як підставою оскарження, виключно критерієм «участі у справі»³⁸ сторони, прав та обов'язків якої стосується винесене судом рішення, позбавлені згаданих вище вад. Це, очевидно, пов'язане з тим, що застосування будь-якої зі згаданих вище моделей ототожнення і розповсюдження, на їх підставі, юрисдикції третейського суду на деяку «третю особу»-непідписанта арбітражного застереження, апріорі вестиме до «участі» такої особи в третейському розгляді і, як наслідок, виключатиме можливість оскарження рішення, винесеного третейським судом, на підставі правил пункту 5 частини третьої Статті 51 Закону. В цьому сенсі чинні правила Статті 51 здаються набагато більш концептуально зваженими, несуперечливими та прийнятними.

Зважаючи на викладене вище, запропоновані Проектом зміни до Статті 51 Закону здаються вкрай дискусійними і вони навряд-чи дозволятимуть досягти заявленої авторами Проекту мети – посилення ефективності функціонування національної системи третейських судів. Як мінімум, подібного роду звуження юрисдикції третейського суду у відношенні третіх осіб вимагає чіткого та несуперечливого обґрунтування для того, аби воно могло б бути принаймні додатково оціненим, а виправданість його введення – належним чином перевірена.

Смокович Михайло Іванович

*Голова Касаційного адміністративного
суду у складі Верховного Суду,
доктор юридичних наук,
заслужений юрист України
(м. Київ, Україна)*

ЕЛЕКТРОННЕ СУДОЧИНСТВО В УКРАЇНІ

Цифрові технології невпинно проникають у всі сфери нашого життя, і правосуддя не є виключенням. Інформаційне забезпечення судочинства та інформатизація судів є елементами та проявами електронного правосуддя.

Створення дієвої системи інформаційного забезпечення діяльності адміністративних судів є гарантією безперервності та оперативності врегулювання публічно-правових спорів в цілому [1, с. 120].

Забезпечення дієвих інформаційних ресурсів адміністративного

³⁸ Варто нагадати, що зміни до пункту 5 частини третьої Статті 51, запропоновані Проектом, оперують дома альтернативними критеріями оскарження винесеного третейським судом рішення: (i) критерієм «участі у справі» та (ii) критерієм «сторони арбітражного застереження».

судочинства гарантує дотримання принципів гласності, відкритості та транспарентності розгляду та вирішення публічно-правових спорів [2, с. 359].

Ідеї впровадження в Україні системи електронного судочинства не нова, проте фактичного розвитку вона набула із прийняттям Закону України «Про доступ до судових рішень» від 22 грудня 2005 року № 3262-IV, на виконання положень якого було прийнято Указ Президента України «Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів».

Хочу підкреслити, що створення ефективної та якісної системи інформаційного забезпечення діяльності адміністративних судів є міжнародним стандартом захисту суб'єктивних публічних прав учасників суспільних правовідносин. Зокрема, згідно із Рекомендацією № R (84) 5 від 28 лютого 1984 року, схваленої Комітетом міністрів Ради Європи, визначено застосування найсучасніших технологій зв'язку є передумовою створення сприятливих умов доступу до правосуддя [3].

Сьогодні ключовим елементом електронного судочинства є єдина телекомунікаційна система, однією з підсистем якої є «Електронний суд».

Наказом ДСА України від 22 грудня 2018 року № 628 «Про проведення тестування підсистеми «Електронний суд» у місцевих та апеляційних судах» (зі змінами, внесеними наказом ДСА України від 26 квітня 2019 року № 429) запроваджено тестовий режим експлуатації підсистеми «Електронний суд» у всіх місцевих та апеляційних судах України.

У Касаційному адміністративному суді тестову експлуатацію підсистеми «Електронний суд» розпочато 02 травня 2019 року.

На шляху до впровадження Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи, яка довгий час чекала на свій запуск, взагалі, та «Електронного суду» зокрема, виникали та виникають різноманітні перепони як об'єктивного, так і суб'єктивного характеру.

Цьогоріч, в умовах оголошеного загальнодержавного карантину, Вища рада правосуддя, як орган суддівського врядування, оперативного здійснила низку кроків та зрушила цю проблему з неохитного місця, щоб частково запустити «Електронний суд».

Зокрема було ініційовано звернення до Президента України, Верховної Ради України із пропозицією внести відповідні зміни до процесуальних кодексів, які б забезпечили право осіб на доступ до правосуддя в умовах карантину; звернення до Державної судової адміністрації України, яка мала невідкладно надати на затвердження положення про Єдину судову інформаційно-телекомунікаційну систему в рамках забезпечення участі осіб у судових засіданнях дистанційно та надання можливості подачі документів в електронній формі.

Задля оперативного напрацювання органами системи правосуддя пропозицій щодо здійснення ефективних заходів, спрямованих на

забезпечення стабільної роботи судів, органів системи правосуддя в умовах карантину, при Вищій раді правосуддя було створено координаційну раду у складі голів Верховного Суду та апеляційних судів, до роботи якої були залучені й представники Національної школи суддів України та інших інституцій. Також судам було надано рекомендації невідкладно запровадити спеціальні заходи щодо організації роботи судів та доступу до приміщень, де розташовані суди.

На сьогодні можна констатувати, що електронне правосуддя в Україні поки що знаходиться на початковому етапі становлення, проте доцільно вказати, що відповідні карантинні заходи надали поштовх для подальшого активного впровадження підсистеми «Електронний суд».

Звичайно, під час освоєння судами процесу дистанційної роботи, виникало безліч питань, насамперед які стосувалися ідентифікації та авторизації осіб, використання певного програмного продукту державними органами, безпеки і захисту інформації, збереження персональних даних тощо. Окремо слід звернути увагу на те, що нагальною проблемою залишається неготовність інфраструктури судів до дистанційної роботи в повній мірі – досі не всі суди забезпечені відповідним технічним обладнанням.

Утім у квітні 2020 року українськими судами було апробовано систему відеоконференцз'язку EasyCon, яка працює за допомогою кваліфікованого електронного підпису та дозволяє судам ідентифікувати особу.

Надзвичайно важливо, що ці технологічні зміни в роботі судів стають реаліями сьогодення, хоча донедавна були чимось недосяжним. Адміністративні суди, ставлячи життя і здоров'я людини як найвищу соціальну цінність на перше місце, в умовах пандемії, змогли забезпечити і гарантувати людям обидва права – життя і здоров'я, що є першочерговим, а також право на захист – право на справедливий суд. Це є безумовним досягненням.

Впевнений, питання діджиталізації судочинства буде актуальне і після завершення карантину. Новітні технології, які судами впровадженні в умовах пандемії, можливо стануть більш «популярними» та застосовними, ніж судовий процес в класичному його розумінні. Час покаже.

У нинішній ситуації, судова система також використовує позитивний досвід зарубіжних країн у впровадженні цифрових технологій в судах, де така модель успішно працює, залучаємо ініціативи, які дають результат.

Прикладом сказаного може слугувати апробація Вищою радою правосуддя системи документообігу COURTAL, яка в Естонії була впроваджена декілька років тому. Система COURTAL – це система документообігу для створення судових справ у суді та управління ними, використання якої дало змогу в Естонії витрачати на різні процеси у суді на 32 % менше часу, ніж витрачається у середньому в Європі.

Разом з тим COURTAL – це зручна інтеграція взаємодії між судом та суміжними інститутами: прокуратурою, поліцією, адвокатурою, іншими інститутами сектору юстиції та зацікавленими сторонами, офіційними базами даних тощо.

Впровадження електронного судочинства – це майбутнє, яке вже сьогодні дає можливість оперативню та максимально зручно для сторін вирішити спір, а в сучасних умовах пандемії забезпечити безпеку всім учасникам процесу.

Звісно на шляху впровадження таких новітніх форм правосуддя постає багато питань. Задля їх розв'язання маємо набувати досвіду, у тому числі й переймаючи найкращі практики світу. Так, наприклад в окремих країнах, в яких можна виділити правосуддя, що реалізується в самостійній електронній формі, існують певні процесуальні способи захисту забезпечення конфіденційності персональних даних учасників судочинства.

Зокрема, в Канаді застосовуються спеціальні рекомендації, підготовлені Судовим консультативним комітетом (Use of Personal Information in Judgments and Recommended Protocol), в яких містяться орієнтири для судів, які мають показати належний рівень відкритості своєї роботи і в той же час забезпечити захист особистих даних.

Слід наголосити, що Україна, як і весь світ, стрімко рухається вперед у напрямі побудови нового інформаційного суспільства. Суспільства, однією з ознак якого є переведення максимальної кількості комунікацій звичайної життєдіяльності людини в електронну, інформаційну форму. І адміністративне судочинство є однією з таких сфер.

Окремі кроки на цьому шляху вже зроблено. І саме пандемія стала, можна сказати, «повітряною» для більш швидкого розвитку у цьому напрямі, оскільки парламент, ухваливши «антикоронавірусний» закон, надав сторонам більше можливостей брати участь у процесах дистанційно. Раніше ця можливість також була, але учасник процесу мав з'являтися до найближчої судової установи, де ідентифікували його особу і забезпечували його віддалену участь у процесі, що відбувся в іншому суді. Зараз процедуру спростили. І за допомогою різних програм відеоконференцз'язку сторони отримали більше можливостей на проведення дистанційних засідань, а суди – більше інструментів для ідентифікації сторін.

Зокрема європейські експерти неодноразово наголошували, що чотири рівні електронної взаємодії між громадянами та владою, що розроблені в ЄС, а саме: перший рівень: онлайн інформація про загальнодоступні послуги; другий рівень: одностороння взаємодія: завантаження форм із сайтів; третій рівень: двостороння взаємодія: обробка форм (у тому числі аутентифікація), процесуальні дії в цифровій формі; четвертий рівень: транзакція: робота зі справою, прийняття та оголошення рішення, оплата тощо, запорука ефективності будь-якої

системи, у тому числі й судової.

Тим більше, що в окремих країнах вже апробовані системи електронного правосуддя, які відповідають усім названим вище рівням інформатизації судочинства. Зокрема в цьому аспекті доцільно згадати сингапурську Систему електронної подачі документів (Electronic Filing System); Інтегровану електронну систему цивільних позовів (Integrated Electronic Litigation System); Службу електронного вилучення документів (Electronic Extract Service); Електронну інформаційну службу (Electronic Information Service), яка дає можливість дізнаватися про всі процесуальні дії суду в режимі реального часу; Сайт системи LawNet, який є єдиною точкою доступу до судових сервісів. Електронний інформаційний сервіс «Судовий кабінет», який реалізований в Республіці Казахстан, – єдине вікно для доступу до електронних сервісів судових органів, американську систему «Зал суду 21»; британську – «Суд швидкий і невідворотний» (Swift and Sure Justice), стрижнем яких є максимальна діджиталізація судового процесу.

Разом з тим, сьогодні триває виборчий процес. У зв'язку з чим, хочу підкреслити, що електронне судочинство як форма розгляду та вирішення виборчих спорів безумовно сприяє досягненню забезпечення оперативності його врегулювання.

Досвід врегулювання виборчих спорів порядку реалізації електронної форми судового провадження є притаманним для більшості зарубіжних європейських країн. Зокрема, в Іспанії будь-який виборець сприяє забезпеченню належної реалізації виборчих прав сприяє встановлення можливості реалізації активного виборчого права через відповідне повідомлення, незалежно від місця знаходження виборця [4].

Звісно новітні технології – це, передусім, нові можливості та оптимізація процесу, проте, безумовно, реалізація ідеї електронного судочинства має здійснюватися одночасно із створенням правової та матеріальної бази щодо захисту електронної інформації, оскільки від цього залежить безпека учасників адміністративно-процесуальних відносин, а також справедливість, рівність, законність та неупередженість судового процесу та рішень.

Отже, незважаючи на те, що криза, викликана пандемією, виявила проблеми, пов'язані з недосконалістю правового регулювання, технічною неготовністю судів переходити до електронного судочинства, що є нагальною потребою часу, держава потужно підтримує та розвиває цей напрям. Зокрема створено Міністерство та Комітет цифрової трансформації, а також у Комітеті Верховної Ради України з питань правової політики створено робочу групу з цифровізації судочинства, де обговорюються питання інновацій для запуску ЄСІТС.

Використані матеріали:

1. Пчелін В. Правові засади інформаційного забезпечення адміністративного судочинства України. Підприємництво, господар-

- ство і право. 2016. № 8. 2016. С. 120–124.
2. Блінова Г.О. Адміністративно-правові засади інформаційного забезпечення органів публічної адміністрації в Україні : актуальні питання теорії та практики : дис. ... д.ю.н. 12.00.07. Запоріжжя, ЗНУ, 2019. 545 с.
 3. Рекомендация R (84) 5 Комитета министров государствам-членам относительно принципов гражданского судопроизводства, направленных на совершенствование судебной системы от 28 февраля 1984 г. URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_126
 4. Поняття, принципи і стадії, суб'єкти виборчого процесу: URL.: <http://radnuk.info/pidrychnuku/konct-protsec/466-konst-protsec/7975-s-5>

Стефанчук Марина Миколаївна

*доктор юридичних наук, доцент
професор кафедри нотаріального,
виконавчого процесу та адвокатури, прокуратури, судустрою
Інституту права Київського національного університету імені
Тараса Шевченка,
(м. Київ, Україна)*

РЕФОРМУВАННЯ СИСТЕМИ ПРАВОСУДДЯ В УКРАЇНІ: СУЧАСНІ ВИКЛИКИ

Система правосуддя в Україні перебуває в перманентному стані реформування, обумовленого, зокрема, кризою її легітимності. З огляду на те, що система правосуддя є визначальним елементом національного механізму юридичного захисту, рівень її легітимності є показником ефективності її функціонування крізь призму ст.3 Конституції України, за змістом якої – утвердження та забезпечення прав та свобод людини – є головним обов'язком держави та визначає зміст і спрямованість її діяльності, зокрема щодо забезпечення кожному права на справедливий суд. Оцінити ефективність виконання цього обов'язку можна, зокрема, спираючись на результати певних соціологічних досліджень та спостережень, як міжнародних, так і національних.

Так, у 2020 році Україна посідає 72-у позицію серед 128 країн світу у рейтингу верховенства права 2020 року. Результати рейтингу оприлюднені на сайті міжнародної неурядової організації World Justice Project [1]. У таких сегментах рейтингу, як ефективність правосуддя у справах цивільної юрисдикції – 61-у позицію, а ефективність системи кримінальної юстиції – 90- у позицію зі 128 країн світу, в яких здійснювалось таке дослідження.

Водночас результати дослідження, проведеного соціологічною службою Центру Разумкова спільно з Фондом «Демократичні ініціативи» імені Ілька Кучеріва» з 3 по 9 липня 2020 року щодо оцінки громадянами діяльності влади, рівня довіри до соціальних інститутів, засвідчили недовіру, висловлену у тому числі судовій системі загалом (77,5%), Прокуратурі (73%) [2].

Привертає увагу той факт, що саме незадовільний рівень довіри до судової системи та прокуратури в Україні (за результатами дослідження, проведеного соціологічною службою Центру Разумкова з 6 по 11 вересня 2019 року, недовіра найчастіше висловлювалась судовій системі загалом - 72%, прокуратурі - 61% [3]) був одним із визначальних приводів для здійснення їхнього чергового реформування, ознаменованого положеннями Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування» від 16 жовтня 2019 року № 193-IX (далі – Закон № 193-IX) [4] та Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури» від 19 вересня 2019 року № 113-IX [5].

Таким чином, можна констатувати зростання показнику недовіри до судової системи та прокуратури попри заходи, спрямовані на реформування цих інституцій з метою підвищення їхньої легітимності, як одним із визначальних викликів реформування системи правосуддя в Україні на сучасному етапі.

З іншого боку, в професійних колах висловлюються застереження про те, що наразі саме суддям бракує державного захисту, з огляду на те, що «... в Україні, як і всюди у світі, люблять нарікати на судову систему» [6]. На противагу такому твердженню представляють інтерес дані Стандарту Євробарометр, згідно з методикою якого здійснюється, соціологічне дослідження думки суспільства держав-членів ЄС та країн-кандидатів, зокрема, стосовно довіри до інституцій, що репрезентують правосуддя. Так, станом на листопад 2019 року найвищий рівень довіри до правосуддя та національної правової системи у цілому було зафіксовано в Королівстві Данія - 86% опитаних респондентів прагнуть довіряти вказаним інституціям. Дещо нижчий показник спостерігається у Фінляндській Республіці, Королівстві Швеція, Королівстві Нідерланди та у Великому Герцогстві Люксембург -84%, 77%, 76% та 70% відповідно. Дослідження у Федеративній Республіці Німеччини та Республіці Австрія демонструють, що 69% респондентів у цих державах прагнуть довіряти вказаним інституціям[7].

Тому, цілком виправданим видається позиціонування безпосередньої залежності між рівнем ефективності системи правосуддя в Україні та релевантним рівнем довіри громадянського суспільства.

Способи досягнення високого рівня довіри суспільства до системи правосуддя в Україні різняться: від радикального «перезавантаження»

до формування позиції, за якою недовіра громадянського суспільства до судів в Україні не є достатньою підставою для їхнього «перезавантаження» через кризу, в якій перебуває наразі судова влада. Слід принагідно нагадати, що ця криза спровокована, почасти, її реформою щодо удосконалення діяльності органів суддівського врядування, правове закріплення якої знайшло своє втілення в положеннях Закону № 193-IX щодо зміни кількісного складу та суб'єктів призначення Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. Положення цієї реформи вже отримали свою правову оцінку у Рішенні Конституційного Суду України від 11 березня 2020 року № 4-р/2020. Зокрема заслуговує на увагу позиція, за якою зміна кількісного складу та суб'єктів призначення членів Вищої кваліфікаційної комісії суддів України без запровадження відповідного перехідного періоду визнана такою, що створила істотні перешкоди для функціонування ефективного судочинства та в окремих випадках унеможливила реалізацію права кожного на доступ до правосуддя як вимог принципу верховенства права[8].

Слід зауважити, що подібна позиція була попередньо викладена у Висновку Венеціанської комісії щодо змін до законодавчих актів України, які регулюють статус Верховного Суду та органів суддівського врядування, прийнятому на її 121-му пленарному засіданні (Венеція, 6-7 грудня 2019 р.), в якому, зокрема, акцентувалась увага також на тому, що довіра до судової влади може зростати лише в рамках стабільної системи, оскільки стійка інституційна нестабільність, коли реформи слідує за змінами політичної влади, також може бути шкідливою для довіри суспільства до судової влади як незалежної та неупередженої інституції (п. 13 Висновку)[9].

Отже, наступним викликом реформування системи правосуддя в Україні на сучасному етапі є стійка інституційна нестабільність її складових, яка опосередковано впливає на рівень суспільної недовіри.

Дискусійним також видається доцільність залучення міжнародних експертів з правом вирішального голосу до процесу формування органів суддівського врядування в Україні. Так, згідно з положеннями Закону № 193 – IX оцінювати кандидатів до нової Вищої кваліфікаційної комісії суддів України мала конкурсна комісія, яка повинна була складатися із шести членів, у тому числі - трьох міжнародних експертів, запропонованих міжнародними та іноземними організаціями, з якими Україна співпрацює у сфері запобігання та протидії корупції відповідно до міжнародних договорів України, до складу Громадської ради міжнародних експертів, утвореної відповідно до Закону України «Про Вищий антикорупційний суд». Водночас жодна із міжнародних організацій не подала своїх пропозицій щодо представників у цій конкурсній комісії. Певне пояснення цього факту можна віднайти у Висновку Венеціанської комісії (CDL-AD(2019)027-е), у якому нею звертається увага на те, що участь міжнародних експертів у процедурі формування суддівського корпусу на постійній основі може порушити питання конституційного

суверенітету (п. 24).

З огляду на таку позицію Венеціанської комісії та з урахуванням вимог, яким має відповідати член конкурсної комісії для проведення конкурсу на зайняття посади члена Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, зокрема суспільний авторитет, логічним видається, що і суб'єкт, який його пропонує, має також користуватися суспільним авторитетом. Тому, не досить переконливим видається положення проекту Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законів України щодо діяльності Верховного Суду та органів суддівського врядування» № 3711 від 22 червня 2020 року [10], за яким у разі якщо суб'єкти формування конкурсної комісії у визначений строк не запропонували осіб до складу конкурсної комісії чи запропонували недостатню кількість осіб для формування повноважного складу конкурсної комісії, таких осіб протягом п'ятнадцяти днів пропонує виключно Уповноважений Верховної Ради України з прав людини. У цьому аспекті привертають уваги результатами нещодавніх соціологічних досліджень щодо оцінки громадянами діяльності влади, рівня довіри до соціальних інститутів, які засвідчили недовіру, висловлену Омбудсмену - 40,5%, важко відповісти на це питання було майже 30% опитаних респондентів [2]. Водночас, з огляду на те, що члени цієї конкурсної комісії мають бути правниками із визнаним рівнем компетентності, видається доречним залучення до цього процесу також представників юридичних закладів вищої освіти та наукових установ.

Підсумовуючи, слід зауважити, що у Пояснювальній записці до п. 10 Бордоської декларації «Судді та прокурори у демократичному суспільстві» стверджується, що передумовою довіри суспільства до суддів і прокурорів та основою їхньої легітимності та повноважень є найвищий рівень професійної компетенції осіб, що обіймають такі посади [11]. Саме тому реформа системи правосуддя в Україні повинна бути на сучасному етапі опосередкована кадровим перезавантаженням її органів, однак поступовим шляхом із застосуванням принципу індивідуальної відповідальності, із дотриманням права кожного на повагу до приватного життя. Важливе значення у цій реформі має також системна зміна спеціальної професійної підготовки осіб, які претендують на посади суддів та прокурорів, та подальшої професійної підготовки діючих суддів та прокурорів з метою досягнення високого рівня їхньої професійної компетенції, як передумови зростання рівня довіри громадянського суспільства, а також забезпечення інституційної стабільності органів системи правосуддя при збереженні конституційного суверенітету.

Використані матеріали:

1. WJP Rule of Law Index 2020. URL: <https://worldjusticeproject.org/our-work/research-and-data/wjp-rule-law-index-2020> (дата звернення: 08.10.2020).
2. Початок нового політичного року: довіра до соціальних інститу-

- тив (липень 2020 р.). URL: <https://razumkov.org.ua/napriamku/sotsiologichni-doslidzhennia/pochatok-novogo-politychnogo-roku-dovira-do-sotsialnykh-institutiv-lypen-2020r> (дата звернення: 08.10.2020).
3. Рівень довіри до суспільних інститутів та електоральні орієнтації громадян України. URL: <http://razumkov.org.ua/napriamku/sotsiologichni-doslidzhennia/riven-doviry-do-suspilnykh-institutiv-ta-elektoralni-oriientatsii-gromadian-ukrainy> (дата звернення: 08.10.2020).
 4. Про судоустрій і статус суддів» та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування: Закон України від 16 жовтня 2019 року № 193-IX. Відомості Верховної Ради України. 2019. № 50. Ст. 354.
 5. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури»: Закон України від 19 вересня 2019 року № 113-IX. Відомості Верховної Ради України. 2019. № 42. Ст. 238.
 6. Судді — не вороги держави, але і не перебувають на службі у правоохоронних органах. URL: https://zib.com.ua/ua/144475-suddi_ne_vorogi_derzhavi_ale_i_ne_perebuvaють_na_sluzhbi_u_.html (дата звернення: 08.10.2020).
 7. Public Opinion. Justice the (NATIONALINY) legal system (11/2009). URL: <https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/Chart/getChart/themeKy/18/groupKy/100> (дата звернення: 08.10.2020).
 8. У справі за конституційним поданням Верховного Суду щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень законів України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 року № 1402-VIII, «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування» від 16 жовтня 2019 року № 193-IX, «Про Вищу раду правосуддя» від 21 грудня 2016 року № 1798-VIII: Рішення Конституційного Суду України від 11 березня 2020 року № 4-р/2020. Справа № 1-304/2019(7155/19). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v004p710-20#n2> (дата звернення: 08.10.2020).
 9. CDL-AD (2019)027-e Ukraine - Opinion on the Legal framework in Ukraine governing the Supreme Court and judicial self-governing bodies, adopted by the Venice Commission at its 121st Plenary Session, Venice, 6-7 December 2019. URL: [https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2019\)027-e](https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2019)027-e) (дата звернення: 08.10.2020).
 10. Проект Закону України «Про внесення змін до Закону України

«Про судоустрій і статус суддів» та деяких законів України щодо діяльності Верховного Суду та органів суддівського врядування» № 3711 від 22.06.2020 року. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69228

11. Opinion No.12 (2009) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) and Opinion No.4 (2009) of the Consultative Council of European Prosecutors (CCPE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe «On the relations between Judges and Prosecutors in a democratic society». URL: <https://rm.coe.int/1680747391> <https://rm.coe.int/opinion-no-12-2009-on-the-relations-between-judges-and-prosecutors-in-16806a1bfd> дата звернення: 08.10.2020).

Тюфтій Павло Вячеславович

*Заступник начальника територіального управління
Державної судової адміністрації України
в Чернівецькій області
(м. Чернівці, Україна)*

ЕЛЕКТРОННІ СУДОВІ ПОВІСТКИ - ПРОГРЕСИВНІ ПЛОДИ РОЗВИТКУ НОВІТНІХ ІНФОРМАЦІЙНИХ ТЕХНОЛОГІЙ В СУДОВІЙ СИСТЕМІ

Беззаперечно головною метою будь – якого суду є захист прав та інтересів громадян. Істотно розширює функціональні можливості судочинства, оптимізує його діяльність та сприяє відкритості судової системи застосування новітніх інформаційних технологій. Особливої актуальності це питання набуває нині в умовах запровадження заходів карантину з метою запобігання поширенню коронавірусу, а також зважаючи на значний дефіцит коштів на закупівлю поштових марок та оплату послуг поштового зв'язку для надсилання судових повісток. Альтернативними шляхами направлення інформації про судові засідання учасникам справи можуть бути надсилання SMS – повідомлень, а також звичайно ж використання сервісу «Електронний суд».

Новітні технології швидкими темпами заповнюють нашу країну. Всі державні органи крок за кроком переходять на електронні системи документообігу. Не виключенням є і суд. Суди технічно оснащені для обміну електронними документами. Нині існує послуга надсилання SMS - повідомлення учасникам судового процесу, а також практично у всіх судах запроваджено відеоконференцзв'язок. SMS – повідомлення це - судові повістки про виклик до суду, які надсилаються судом учаснику судового процесу у вигляді SMS-повідомлення на його номер мобільного телефону.

Можливість інформування про дату та час слухання справи SMS-повідомленням для учасників процесу вже тривалий час використовується в суді та отримала схвальні відгуки. Порівняно з надсиланням судової повістки поштовим повідомленням SMS-інформування виграс як за часом, так і за вартістю. Так, суд досить швидко отримує підтвердження про доставку повідомлення, а учасник процесу завчасно може запланувати судові засідання. Крім того, вартість SMS-повідомлення дозволяє суттєво зекономити бюджетні кошти. Для того, аби отримувати повідомлення у такому форматі, слід лише подати заяву до суду про отримання судової повістки в електронній формі за допомогою SMS-інформування, в якій вказати номер телефону для повідомлень. У такому випадку будуть надходити повідомлення щодо засідань по справі. Територіальне управління кожного року забезпечує можливість надання такої послуги у судах області Державним підприємством «Інформаційні судові системи».

Як відомо наказом ДСА від 01.06.2013 № 73 було затверджено Порядок надсилання учасникам судового процесу (кримінального провадження) текстів судових повісток у вигляді SMS-повідомлень. Але за яких умов надсилання SMS буде вважатися належним повідомлення про розгляд справи? Розглянемо приклад із судової практики.

Відповідно до постанови Великої Палати Верховного Суду від 12 грудня 2018 року у справі № 752/11896/17-ц (провадження № 14-507цс18) вказано, що у матеріалах справи міститься довідка про доставку SMS, згідно якої позивачам було доставлено SMS-повідомлення про судові засідання. Проте ця довідка не може вважатися доказом належного повідомлення про дату, час і місце судового засідання, оскільки згідно пункту 2 Порядку надсилання учасникам судового процесу (кримінального провадження) текстів судових повісток у вигляді SMS-повідомлень, затвердженого наказом Державної судової адміністрації України від 01 червня 2013 року № 73, текст судової повістки може бути надісланий судом Учаснику SMS-повідомленням лише після подання ним до суду заявки про намір отримання судової повістки в електронному вигляді за допомогою SMS-повідомлення. Така заявка оформляється безпосередньо в суді або шляхом роздруковування та заповнення Учасником форми, яка розміщена на офіційному веб-порталі судової влади України. У матеріалах справи відсутня заява про намір отримання судової повістки в електронному вигляді за допомогою SMS-повідомлення. За таких обставин не можна вважати, що апеляційний суд належним чином повідомив позивача про дату, час і місце судового засідання.

Тобто з вищенаведеного можна зробити логічний висновок, що надсилання судових повісток вигляді у SMS-повідомлень буде вважатися належним чином зробленим повідомленням учасника про розгляд справи у разі наявності в матеріалах справи його заявки про намір отримання судової повістки в електронному вигляді за допомогою SMS-повідомлення та довідок про доставку SMS. Аналогічно така практика може

застосовуватися також при надсиланні повідомлень за допомогою електронного сервісу «Електронний суд» якщо особа виявила бажання використовувати даний функціонал шляхом реєстрації.

Окрім цього поштове пересилання рішень усім сторонам судового процесу також не завжди перебивається судовим збором, тому перехід в електронний формат шляхом використання функціоналу сервісу «Електронний суд» допоможе значно зекономити бюджетні кошти.

Практика електронного судочинства поширена в межах судових систем закордонних країн: США, Канада, Великобританія, Італія, Німеччина та інші. Однак найбільш повно та ефективно система електронного судочинства розвинена в Сингапурі, де судочинство повністю здійснюється в електронній формі, а паперові носії взагалі не використовуються. Розвинений обмін процесуальними документами також в Норвегії, де електронний суд реалізований через закриту систему електронного порталу.

Наразі всі суди України активно впроваджують у свою роботу проєкт «Електронний суд» аби спростити доступ громадян до інформації щодо руху справи в суді, щодо обміну документами між учасниками справи та судом. «Електронний суд» – це один із сервісів Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи (ЄСІТС), яка забезпечує функціонування електронного судочинства в Україні. Електронний суд дозволяє подавати учасникам судового процесу до суду документи в електронному вигляді, а також надсилати таким учасникам процесуальні документи в електронному вигляді, паралельно з документами у паперовому вигляді відповідно до процесуального законодавства. Суд після виготовлення та підписання процесуального документа, надсилає електронні копії процесуального документа, скріплені електронним цифровим підписом судді електронною поштою на поштову скриньку учасника судового процесу, якщо такий учасник зареєстрований в системі. Після отримання електронного підтвердження доставки електронного листа в поштову скриньку користувача відповідальний працівник суду роздруковує таке повідомлення та долучає його до матеріалів справи.

Для користування даним сервісом потрібно лише зареєструватися в «Електронному кабінеті» («офіційна електронна адреса»), що відкривається на сторінці офіційного веб-порталу Судової влади України. Процес реєстрації в електронному кабінеті дуже простий, але для цього необхідно мати електронний цифровий підпис (ЕЦП, який тепер називається КЕП – кваліфікований електронний підпис). Отримати його можна в будь-якому Центрі сертифікації електронних ключів. В свою чергу на номер і електронну адресу, які користувач зазначить реєструючись у «кабінеті», будуть надходити повідомлення щодо руху судової справи.

Додатково для системи сповіщення було розроблено безкоштовний мобільний додаток, який називається «Судова влада». Даний додаток

розроблений для інформування сторін. У випадку його завантаження на телефон сповіщення вже не надходитимуть на електронну пошту. Їх можна перевіршити самостійно в персональному «кабінеті».

Отже вищенаведене доводить той факт, що поштові пересилання є не єдиним та й далеко не самим оперативним видом сповіщення сторін і учасників про рух справи в суді. Адже такі повідомлення значно поступаються більш сучасним і новітнім інформаційним ресурсам у швидкості, економії коштів затрачених на їх відправлення, доступності та зручності. Не викликає жодних сумнівів, що сьогодні ми в десятки разів частіше користуємося мобільним телефоном та іншими гаджетами ніж звичайною поштовою скринькою для листування. Окрім цього не варто забувати і про обмежувальні заходи під час карантину. Отже нині перехід на електронний варіант повідомлення про судові засідання не тільки зручний і економний, а ще й життєво необхідний для зведення до мінімуму контактних відносин та збереження здоров'я людей.

Фідря Юлія Олександрівна

*кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри кримінального права і процесу
Волинського національного університету
імені Лесі Українки
(м. Луцьк, Україна)*

ЗАБОРОНА ВТРУЧАННЯ У ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВОСУДДЯ: ДО ПИТАННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ ГАРАНТІЇ

Незалежність судді – основа його правового статусу, яка носить універсальний характер і забезпечується як на міжнародному, так і національному рівні через функціонування відповідної системи гарантій. Однак не завжди вказаний гарантійний механізм функціонує чітко й злагоджено: через різні причини політичного, соціально-економічного, правового, ідеологічного характеру він дає збої. Це, у свою чергу, негативно впливає на усі сфери державного та суспільного життя, адже ставить під загрозу реалізацію судовою владою надважливого завдання – забезпечення кожному права на справедливий суд та повагу до інших прав і свобод шляхом здійснення правосуддя на основі Конституції і законів України та на засадах верховенства права.

Чому так відбувається і що необхідно зробити задля недопущення зниження рівня незалежності суддів в Україні? Розберемося на прикладі функціонування однієї з гарантій незалежності суддів – заборони втручання у здійснення правосуддя. Адже цілком очевидно, що виведення з ладу або неповноцінне функціонування хоча б одного з елементів гарантійного механізму позначається на роботі цілої системи.

Насамперед ми звикли шукати корінь проблеми у недосконалої нормативно-правового забезпечення, нечіткості та непослідовності правового регулювання певного виду суспільних відносин. Проте на перший погляд під заборону втручання у здійснення правосуддя як гарантію незалежності суддів в Україні закладено досить потужний фундамент: статті 126, 129 Конституції України, статті 6, 48, 56 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», статті 73, 74 Закону України «Про Вищу раду правосуддя», стаття 376 Кримінального кодексу України, рішення Конституційного Суду України від 01.12.2004р. №19-рп/2004 (справа про незалежність суддів як складову їхнього статусу), постанова Пленуму Верховного Суду України від 13.06.2007 р. №8 «Про незалежність судової влади», а також практика Європейського суду з прав людини (рішення у справах «Агрокомплекс проти України», «Олександр Волков проти України», «Салов проти України» та ін.).

Та все ж аналізована гарантія незалежності суддів залишається досить слабкою. Справа у надзвичайно низькій ефективності закріплених у законодавстві механізмів реагування на випадки втручання у здійснення правосуддя. Закон зобов'язує суддю (під загрозою притягнення до дисциплінарної відповідальності) повідомити Вищу раду правосуддя та Генерального прокурора про факти втручання в його діяльність щодо здійснення правосуддя. У свою чергу Вища рада правосуддя веде і оприлюднює на своєму офіційному веб-сайті Реєстр повідомлень суддів про втручання в діяльність судді щодо здійснення правосуддя, а також проводить перевірку таких повідомлень, оприлюднює результати та ухваляє відповідні рішення.

Наявність Реєстру та своєрідне «стимулювання» суддів до повідомлення про факти втручання варто розцінювати як дієвий практичний інструмент гарантування суддівської незалежності. Хоча й тут є нюанси, коли обрані суб'єктом форми реалізації своїх прав розцінюються суддями як засоби втручання у їхню професійну діяльність, що тягне подання ними безпідставних та необґрунтованих повідомлень. Поза тим слід визнати, що тонка грань між формою й способом реалізації своїх прав учасниками провадження, з одного боку, та варіаціями зловживання своїми правами цими ж суб'єктами, з іншого, все ж таїть у собі ризики для суддівської незалежності.

Але далі, як вбачається зі змісту статей 73, 74 Закону України «Про Вищу раду правосуддя», заходи щодо забезпечення незалежності суддів та авторитету правосуддя, які може вживати Вища рада правосуддя, фактично зводяться до звернення про надання інформації або ж про вжиття заходів іншими органами державної влади або ж органами професійного самоврядування. Такі механізми самі по собі можуть бути валідними, однак в сучасних умовах є малоефективними через відверте ігнорування надісланих звернень їх адресатами, на що звертає увагу й сама Вища рада правосуддя. На жаль, абсолютно безсилою у цих випадках виглядає передбачена статтею 188-32 КУпАП адміністра-

тивна відповідальність за невиконання законних вимог Вищої ради правосуддя, її органу або члена Вищої ради правосуддя.

Відповідно до ст. 6 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» втручання у здійснення правосуддя забороняється і має наслідком відповідальність, установлену законом. Насамперед йдеться про ст. 376 КК України, яка встановлює кримінальну відповідальність за втручання в діяльність судових органів. Та незважаючи на суворість заборони, кримінально-правовий механізм забезпечення аналізованої гарантії незалежності суддів є вкрай неефективним. Така ситуація складається через розмитість формулювання диспозиції кримінально-правової норми («втручання в будь-якій формі...»), а також недоліки у роботі правоохоронних органів, а іноді й відвертий саботаж та затягування розслідування фактів втручання у здійснення правосуддя. Зокрема, повідомлення суддів про втручання, як і звернення Вищої ради правосуддя щодо надання інформації про розкриття та розслідування злочинів проти суддів, залишаються без належного реагування з боку Генерального прокурора.

Як зазначається у Щорічній доповіді про стан забезпечення незалежності суддів в Україні за 2019 рік [1, с. 82], Вищій раді правосуддя не відомо про жоден факт проведення Генеральною прокуратурою України (на сьогодні – Офісом Генерального прокурора) службового розслідування у зв'язку з поданням Вищої ради правосуддя про виявлення та притягнення до встановленої законом відповідальності посадових осіб, які допустили бездіяльність, що порушує гарантії незалежності суддів, у частині невнесення до Єдиного реєстру досудових розслідувань відомостей про вчинене кримінальне правопорушення за ознаками, передбаченими частиною першою статті 376 КК України, за повідомленням судді.

Наведена інформація зайвий раз підкреслює, що на сьогодні Офіс Генерального прокурора та Вища рада правосуддя дивляться у протилежні сторони на питання реального забезпечення незалежності суддів. Проте своєрідний «місточок взаєморозуміння» вже прокладено у вигляді наказу Генерального прокурора № 126 від 15 липня 2019 року «Про окремі питання організації роботи органів прокуратури щодо додержання вимог законодавства про гарантії недоторканності і незалежності суддів» [2], відповідно до якого прокурорам в межах компетенції слід організувати роботу щодо належного розгляду звернень суддів з метою недопущення фактів незаконного тиску на них, порушення їхньої недоторканності та незалежності, а також ефективної співпраці з Вищою радою правосуддя із цих питань.

Очевидно, що стан забезпечення незалежності суддів та авторитету правосуддя в Україні залишає бажати кращого. На прикладі такої гарантії незалежності як заборона втручання у здійснення правосуддя бачимо, що попри створення хоча й не бездоганного нормативного підґрунтя ефективність реалізації цієї гарантії надзвичайно низька. На-

гальним завданням на сьогодні є налагодження конструктивного діалогу між окремими державними органами в умовах чіткого усвідомлення необхідності забезпечення функціонування незалежного суду в Україні.

Використані матеріали:

1. Про стан забезпечення незалежності суддів в Україні. Щорічна доповідь за 2019 рік. Затв. рішенням Вищої ради правосуддя від 9 квітня 2020 року № 933/0/15-20. 160 с. URL : <https://hcj.gov.ua/page/shchorichna-dopovid-pro-stan-zabezpechennya-nezalezhnosti-suddiv-v-ukrayini> (дата звернення 07.10.2020р.)
2. Про окремі питання організації роботи органів прокуратури щодо додержання вимог законодавства про гарантії недоторканності і незалежності суддів : наказ Генерального прокурора № 126 від 15 липня 2019 року. URL : https://www.gp.gov.ua/ua/iord?_m=publications&_t=rec&id=242880 (дата звернення 07.10.2020р.)

Хотинська-Нор Оксана Зіновіївна

доктор юридичних наук,

завідувачка кафедри нотаріального, виконавчого процесу та адвокатури, прокуратури, судоустрою

Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

(м. Київ, Україна)

МОДЕРНІЗАЦІЯ СТАТУСУ ВИЩОЇ КВАЛІФІКАЦІЙНОЇ КОМІСІЇ СУДДІВ УКРАЇНИ

Із набранням чинності Закону України від 16 жовтня 2019 року № 193-IX «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування» (Закон № 193) склад Вищої кваліфікаційної комісії суддів України (ВККСУ) припинив здійснювати свої повноваження внаслідок чого діяльність ключового у питаннях кадрового забезпечення судової системи органу зупинилася. Намагання Вищої ради правосуддя сформулювати новий склад були марними з ряду причин. А вже 11 березня 2020 року Конституційний Суд України виніс рішення № 4-р/2020 у справі за конституційним поданням Верховного Суду щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень законів України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 року № 1402-VIII, «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування» від 16 жовтня 2019 року № 193-IX, «Про Вищу раду правосуддя» від 21 грудня 2016 року № 1798-VIII, в якому, зазначив: «що зміна частиною першою статті 94 Закону № 1402 кількісного

складу та суб'єктів призначення членів Вищої кваліфікаційної комісії суддів України без запровадження відповідного перехідного періоду призвела до зупинення виконання конституційних функцій щодо добору та оцінювання суддів, неможливості здійснення Вищою радою правосуддя її окремих конституційних повноважень, а також створила істотні перешкоди для функціонування ефективного судочинства та в окремих випадках унеможливила реалізацію права кожного на доступ до правосуддя як вимог принципу верховенства права» [1].

Тож події навколо ВККСУ актуалізували питання щодо її статусу та його окремих складових.

Відповідно до ст. 92 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» (Закон про ССС) ВККСУ є державним колегіальним органом суддівського врядування, який на постійній основі діє у системі правосуддя України. Водночас, положення Закону про ССС не визначають мети функціонування ВККСУ, на відміну від усіх інших органів, що діють у системі органів судової влади. Так, вказівка на мету, задля якої діє той чи інший орган, є у законодавчих положеннях, що закріплюють статус Вищої ради правосуддя (ст. 1 Закону України «Про Вищу раду правосуддя»), Державної судової адміністрації України (ст. 151 Закону про ССС), Національної школи суддів України (ст. 104 Закону про ССС) і Служби судової охорони (ст. 161 Закону про ССС). Фактично ВККСУ серед них є єдиним органом, мета функціонування якого стає зрозумілою лише в результаті системного аналізу повноважень, що на нього покладаються. Вони закріплені у ст. 93 Закону про ССС і у своєму взаємозв'язку вказують на провідну роль ВККСУ у процесі добору, призначення та кар'єрного зростання суддів.

Відповідно до приписів Великої хартії суддів (Основоположних принципів), затвердженої Консультативною радою європейських суддів (КРЕС) 17 листопада 2010 року, зазначені процедури формування суддівського корпусу повинні забезпечуватись органом, відповідальним за гарантування незалежності суддів, як гарантія такої незалежності [2]. КРЕС вважає, що «будь-яке рішення, пов'язане з призначенням судді чи з просуванням судді по службі, повинно ґрунтуватися на об'єктивних критеріях і прийматися незалежним органом, або має виходити з гарантій, що воно приймається виключно на підставі цих критеріїв» [3].

Таким органом, у розумінні КРЕС, є «судова рада» – узагальнююча назва органу, що уособлює різноманітні, зокрема за складом і функціями, органи різних держав, відповідальних за забезпечення незалежності судової влади в державі.

Одними з перших завдань, виконання яких, на переконання КРЕС, повинна забезпечувати «судова рада» визначено: добір та призначення суддів; просування суддів по службі; оцінювання суддів. Незалежність у призначенні та просуванні суддів по службі, вважає КРЕС, є визначальною для підтримки незалежності судової влади. «Бажано, щоб це

було завданням судової ради» [4].

З наведеного випливає, що ВККСУ за своїм функціональним призначенням у розумінні міжнародних інституцій є органом, який відповідає ознакам «судової ради». Хоча «класичним» втіленням останньої в Україні є ВРП.

Таким чином, в Україні модель функціонування «судової ради» відзначається своєю особливістю, проявом якої є існування двох окремих органів, відповідальних за формування кадрової політики у сфері судової влади, що іменуються органами суддівського врядування, – ВККСУ та ВРП. Ця національна специфіка неодноразово ставала предметом уваги та критики міжнародних інституцій. Зокрема, у 2007 році Венеційська Комісія, надаючи висновок стосовно проектів законів про судоустрій і про статус суддів, ініційованих Президентом України, вказувала, що «немає потреби в окремій Вищій кваліфікаційній комісії та її повноваження необхідно передати Вищій раді юстиції, більшість якої складають судді» [5].

Послідовно сповідуючи свою позицію, у 2015 році Венеційська Комісія знову звернула увагу, що «їх паралельне існування як окремих органів замість спеціалізованих підрозділів ВРП утворює дуже складну систему, що формує дуалізм в адміністративному управлінні судової системи та підвищує ризик виникнення збігів та конфліктів. Однак це питання політики, обраної українською владою» [6].

Зрештою, у 2019 році Венеційська Комісія зазначила таке: «Усі органи, які наділені відповідними повноваженнями суддівського врядування, повинні бути створені та функціонувати відповідно до чинних міжнародних стандартів для судових рад. У численних висновках Венеційська Комісія наполягала на тому, що система судового врядування повинна бути узгодженою та рекомендувала спростити структуру органів судового врядування в Україні, зокрема, стосовно паралельного існування ВРП, яка є конституційним органом, і ВККС, яка має свою правову основу лише в законі. ВККС – це історичний релікт того часу, коли через конституційні обмеження вважалося складним реформувати ВРП» [7].

Висновок про відповідність ВККСУ за своїм функціональним спрямуванням рисам судової ради та вказівка щодо поширення на цей орган «міжнародних стандартів для судових рад» мають надзвичайно важливе значення для удосконалення його статусу. Першочергово це стосується складу ВККСУ.

Так, чинні норми Закону про ССС не передбачають жодних обмежень чи квот за професійною ознакою (приналежністю) представників правничої професії у складі ВККСУ.

Водночас, відповідно до рекомендацій, викладених у Висновку КРЄС № 10 (2007) про судову раду на службі суспільству (21-23 листопада 2007 року), судова рада може складатися або повністю з суддів, або

мати змішаний склад. В останньому випадку КРЄС вважає, що для запобігання будь-якому маніпулюванню чи неналежному впливу, значна більшість членів мають бути суддями, обраними іншими суддями [8]. Аналогічне бачення викладено Комітетом Міністрів Ради Європи у Рекомендації CM/Rec(2010)12, п. 46 якої передбачає, що орган влади, який приймає рішення щодо добору та підвищення суддів по службі, повинен бути незалежним від виконавчої та законодавчої влади. Для гарантування незалежності такого органу щонайменше половина його членів мають становити судді, обрані самими ж суддями [9].

У такому разі очевидно, що зазначений стандарт, який втілено відносно ВРП, повинен бути втілений і щодо ВККСУ.

Використані матеріали:

1. Рішення Конституційного Суду України від 11.03.2020 р. № 4-р/2020 у справі за конституційним поданням Верховного Суду щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень законів України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 року № 1402-VIII, «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування» від 16 жовтня 2019 року № 193-IX, «Про Вищу раду правосуддя» від 21 грудня 2016 року № 1798-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v004p710-20#top>.
2. Велика хартія суддів (Основоположні принципи): Консультаційна рада європейських суддів. 17.11.2010. // Документи Консультаційної ради європейських суддів: офіц. вид. / упоряд. А.О. Кавакін. 2-ге вид., допов. К.: Ін Юре, 2017. С.27-30.
3. Висновок № 1 (2001) Консультаційної ради європейських суддів до уваги Комітету міністрів Ради Європи про стандарти незалежності судової влади та незмінюваності суддів // Документи Консультаційної ради європейських суддів: офіц. вид. / упоряд. А.О. Кавакін. 2-ге вид., допов. К.: Ін Юре, 2017. С.56-76.
4. Висновок № 10 (2007) Консультаційної ради європейських суддів до уваги Комітету міністрів Ради Європи про судову раду на службі суспільству // Документи Консультаційної ради європейських суддів: офіц. вид. / упоряд. А.О. Кавакін. 2-ге вид., допов. К.: Ін Юре, 2017. С.452-473.
5. Висновок Венеціанської Комісії № 401/2006 щодо законопроекту про судоустрій та законопроекту про статус суддів в Україні. Страсбург, 20.03.2007. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/CDL_AD_2007_003_2007_03_20.pdf
6. Проміжний висновок Венеціанської комісії № 803/2015 щодо запропонованих змін до Конституції України в частині правосуддя. Страсбург, 24.07.2015. URL: <https://vkksu.gov.ua/>

userfiles/doc/promi_visnovok.pdf

7. Висновок Венеціанської Комісії № 969/2019 щодо змін до законодавчих актів, які регулюють статус Верховного Суду та органів суддівського врядування. Страсбург, 09.12.2019. URL: https://www.echr.com.ua/document/visnovok-shhodo-zmin-do-zakonodavchix-aktiv-yaki-regulyuyut-status-verhovnogo-sudu-ta-organiv-suddivskogo-vryaduvannya/#_ftn11
8. Висновок № 10 (2007) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету міністрів Ради Європи про судову раду на службі суспільству // Документи Консультативної ради європейських суддів: офіц. вид. / упоряд. А.О. Кавакін. 2-ге вид., допов. К.: Ін Юре, 2017. С.452-473.
9. Рекомендація CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки: ухвалена Комітетом міністрів Ради Європи 17.11.2010. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38

СЕКЦІЯ 2

ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД ТА ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ ОРГАНІЗАЦІЇ СУДОВОЇ ВЛАДИ: ІДЕЇ ДЛЯ УКРАЇНИ

Birke Rainer

*Dr. jur., Rechtsanwältin, Fachanwältin für Strafrecht, Partner
Wessing & Partner Rechtsanwältinnen m.B.B.
(Stadt Düsseldorf, Deutschland)*

DIE EINSTELLUNG DES STRAFVERFAHRENS BIS ZUR MITTLEREN KRIMINALITÄT

Im Jahr 2019 wurden durch deutsche Staatsanwaltschaften mehr als 4,9 Mio. Strafverfahren abgeschlossen³⁹. Lediglich bei 8,5% wurde Anklage erhoben, also die Durchführung einer Gerichtsverhandlung mit dem Ziel einer Verurteilung beantragt⁴⁰.

Ein ganz erheblicher Teil von zusammen 28% wurde nach sogenannten Opportunitätsvorschriften eingestellt, die es erlauben, das Verfahren ohne endgültige Klärung des Tatverdachts zu beenden. Dieser Anteil ist für die Strafverfolgungsbehörden von besonderer Bedeutung. Im Rahmen dieser Vorschriften kann – oft nach bereits erfolgten erheblichen Aufklärungsbemühungen und langer Verfahrensdauer⁴¹ – davon abgesehen werden, den Sachverhalt abschließend festzustellen. Eine besondere Rolle spielt hierbei mit 9,2% der Fälle die Einstellung wegen Geringfügigkeit nach 39 Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.6, Rechtspflege Staatsanwaltschaften, 2019, S. 14.

40 Statistisches Bundesamt, Fn. 1, S. 30; bei immerhin 11,1% wurde der Erlass eines Strafbefehls beantragt, darunter versteht man eine gerichtliche Verurteilung im schriftlichen Verfahren, in der nahezu ausschließlich Geldstrafen verhängt werden; in 4% der Fälle wurde der Anzeigerstatter auf den Privatklageweg verwiesen, wo er an Stelle der Staatsanwaltschaft selbst Anklage vor Gericht erheben kann; ein Teil von 5,2% der Verfahren wurde zur Verfolgung als Ordnungswidrigkeit an die Verwaltungsbehörden verwiesen; 28,5% der Verfahren wurden mangels Tatverdacht nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt.

41 Vgl. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Rechtssache Kaemena und Thöneböhn ./.. Deutschland, Beschwerden Nr. 45749/06 und 51115/06, Urteil vom 22.01.2009, Rn. 83.

§ 153 StPO. Mindestens ebenso wichtig für die Praxis ist die Einstellung des Verfahrens bei Erfüllung einer Auflage durch den Beschuldigten nach § 153a StPO, die in 3,4% aller beendeten Fälle des Jahres 2019 gewählt wurde und auch noch bei Vorwürfen bis zur mittleren Kriminalität möglich ist. Beide Alternativen – Einstellung bei Geringfügigkeit und bei Auflagenerfüllung – sind auch im gerichtlichen Verfahrensstadium noch möglich, nachdem bereits Anklage erhoben wurde oder das Amtsgericht einen Strafbefehl erlassen hat.

In absoluten Zahlen machten die Einstellung wegen Geringfügigkeit nach § 153 StPO und die Einstellung bei Erfüllung einer Auflage nach § 153a StPO in der Praxis der Staatsanwaltschaften zusammen immerhin reichlich 600.000 der im Jahr 2019 beendeten Strafverfahren bis hin zur mittleren Kriminalität aus.

Sind diese beiden Arten der Verfahrensbeendigung bei Beachtung rechtsstaatlicher Standards und Wahrung der Rechte des Beschuldigten möglich? Darum geht es in diesem Vortrag.

1 Straftatverdacht und Verfolgungspflicht in Deutschland

Gemäß 151 StPO wird in Deutschland ein gerichtliches Strafverfahren nur dann durchgeführt, wenn Anklage erhoben wurde. Die Aufgabe der Anklageerhebung wird durch § 152 Abs. 1 StPO der Staatsanwaltschaft zugewiesen. Die Staatsanwaltschaft ist gemäß § 152 Abs. 2 StPO auch verpflichtet, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen und das Gesetz nicht ausnahmsweise etwas anderes verlangt. Dies gilt beispielsweise bei dem Verbot, Tatsachen aus Steuerakten für die Strafverfolgung zu verwenden, wenn der Steuerpflichtige gesetzlich gezwungen war, in Erfüllung steuerrechtlicher Pflichten gegenüber den staatlichen Finanzbehörden belastende Informationen zu offenbaren⁴².

Ungeachtet solcher Ausnahmen gilt grundsätzlich das Legalitätsprinzip, also der Zwang zur Strafverfolgung, und zwar gleichmäßig gegen jeden Verdächtigen, ungeachtet seiner Person⁴³. In diesem Grundsatz unterscheidet sich die Strafprozessordnung auch grundlegend vom deutschen „Verwaltungsstrafrecht“ des Ordnungswidrigkeitengesetzes, welches es gemäß § 47 Abs. 1 OWiG in das pflichtgemäße Ermessen der Verwaltungsbehörde stellt, die Verletzung mit Bußgeld bewehrter Verwaltungsvorschriften zu verfolgen oder aber das bei ihr anhängige Verfahren einzustellen.

Eine Deliktssklasse für Bagatelldelikte mit einem gelockerten Legalitätsprinzip gibt es im deutschen Kernstrafrecht dagegen nicht. Die Kategorie der Übertretungen wurde schon vor Jahrzehnten durch das Zweite

⁴² § 393 Abs. 2 S. 1 Abgabenordnung; das Verwertungsverbot findet seine Grenze bei Straftaten, an deren Verfolgung ein zwingendes öffentliches Interesse besteht, §§ 30 Abs. 4 Nr. 5, 393 Abs. 2 S. 2 der Abgabenordnung; siehe hierzu Joecks, in Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), Steuerstrafrecht, § 393 Rn. 70.

⁴³ Meyer-Goßner, StPO Kommentar, 62. Aufl. 2019, § 152 Rn. 2.

Gesetz zur Reform des Strafrechts (2. StrRG) vom 04.07.1969 ersatzlos abgeschafft⁴⁴. Somit verblieben nur noch die beiden Deliktstklassen Vergehen und Verbrechen. Verbrechen im Sinne des § 12 Abs. 1 StGB sind Straftaten, die mit Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr oder darüber bedroht sind. Ist eine geringere Freiheitsstrafe oder eine Geldstrafe vorgesehen, handelt es sich um Vergehen⁴⁵.

Die bis 1973 vorgesehenen Übertretungen der §§ 360 bis 370 des Strafgesetzbuchs alter Fassung, die unter anderem Vorschriften gegen die Bettelei, Landstreicherei, Obdachlosigkeit und ruhestörenden Lärm vorsahen, wurden teilweise zu Vergehen hochgestuft, soweit sie als kriminelles Unrecht zu bewerten waren, wie z. B. bei den Tatbestände des Missbrauchs von Notrufen und Notzeichen und der gewerbsmäßigen Unzucht in einer Kinder oder Jugendliche sittlich gefährdenden Weise. Ein Teil der Übertretungen wurde in Ordnungswidrigkeiten umgewandelt. Die Vorschrift des § 153 Absatz 1 StPO alter Fassung, nach der Übertretungen grundsätzlich nicht verfolgt wurden, es sei denn, dass ein öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung bestand⁴⁶, wurde damit obsolet.

An der Abschaffung des sogenannten Mundraubes gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 5 StGB entzündete sich die Diskussion, ob für die Verfolgung der sogenannten Kleinkriminalität, namentlich von geringfügigen Vermögensdelikten, nicht besondere Verfahrensgestaltungen vorzusehen sind, die darauf abzielen, die Verfolgungsorgane und Gerichte insoweit zu entlasten und stattdessen eine intensivere Verfolgung der mittleren und schweren Kriminalität zu ermöglichen⁴⁷: Der Ausschuss für die Strafrechtsreform konnte diese Frage aus Zeitgründen nicht abschließend beraten; er ging davon aus, dass die Bundesregierung dies im Zusammenhang mit dem Entwurf eines Einführungsgesetzes zum reformierten Strafgesetzbuch prüfen wird. Die Antwort wurde in der Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch (EGStGB) vom 11.05.1973 gegeben: Die damals in § 153 StPO bereits existierende Möglichkeit, das Verfahren bei Vergehen einzustellen, wenn die Schuld des Täters gering ist und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht, sollte demzufolge

⁴⁴ Art. 1 des Zweiten Gesetzes zur Reform des Strafrechts vom 04.07.1969, Bundesgesetzblatt 1969 Teil I, S. 717.

⁴⁵ § 12 Abs. 2 StGB; Schärfungen oder Milderungen, die nach den Vorschriften des Allgemeinen Teils oder für besonders schwere oder minder schwere Fälle vorgesehen sind, bleiben gemäß § 12 Abs. 3 StGB für die Einteilung in Verbrechen und Vergehen außer Betracht.

⁴⁶ Vergleiche die Fassung des § 153 Abs. 1 StPO vom 17.09.1965, Bundesgesetzblatt 1965 Teil I, S. 1373, 1395.

⁴⁷ Zweiter Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform über den von den Abgeordneten Dr. Diemer-Nicolaus, Dr. h. c. Güde, Dr. Dehler, Dr. Wilhelmi und Genossen eingebrachten Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB), Bundestags-Drucksache V/4095, S. 49.

aufrechterhalten werden⁴⁸. Darüber hinaus sollte die Staatsanwaltschaft durch einen neu gefassten § 153 a StPO von der Erhebung der Anklage unter bestimmten Bedingungen absehen können, wenn der Beschuldigte dort genannte Auflagen erfüllt. Namentlich die in der Praxis bis heute unverzichtbare Möglichkeit der Zahlung eines Geldbetrages zugunsten einer gemeinnützigen Einrichtung oder der Staatskasse gehörte zu diesen Auflagen. Die neu vorgeschlagene Fassung der §§ 153, 153a StPO sollte nach dem Willen der Bundesregierung Hindernisse beseitigen, um eine weniger zurückhaltende Anwendung dieser Vorschriften zu ermöglichen⁴⁹.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass auch die sogenannte Kleinkriminalität in derselben Verfahrensart ermittelt und abgeschlossen wird wie die anderen Delikte. Die Staatsanwaltschaft und in späteren Verfahrensabschnitten auch das Gericht haben aber sehr flexibel einsetzbare Instrumente erhalten, um das Verfahren ohne Schuldspruch und Verhängung einer eigentlichen Kriminalstrafe abzuschließen – die immer mehr erweitert wurden und heute bis zur mittleren Kriminalität angewendet werden können.

2 Einstellung wegen Geringfügigkeit nach § 153 StPO

Gemäß § 153 Abs. 1 StPO kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des zuständigen Gerichts von der Verfolgung einer Straftat absehen, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht⁵⁰. Die gleiche Möglichkeit hat das Gericht nach § 153 Abs. 2 StPO, wenn bereits Anklage erhoben wurde und Staatsanwaltschaft und Angeschuldigter bzw. Angeklagter zustimmen⁵¹.

a) Anwendungsbereich

Die Einstellungsmöglichkeit des § 153 StPO betrifft die eigentliche sog. Bagatelldelinquenz. Die Schuld ist nach einer im Schrifttum gebräuchlichen Formel gering im Sinne des § 153, wenn sie bei Vergleich mit Vergehen gleicher Art nicht unerheblich unter dem Durchschnitt liegt⁵². Die Art der Tatausführung, verschuldete Auswirkungen der Tat, das Maß der Pflichtwidrigkeit und andere Strafzumessungskriterien des § 46 Abs. 2 StGB sind dabei zu berücksichtigen⁵³.

Ist die Tat nicht strafbar oder kann sie nicht verfolgt werden, scheidet die Anwendung dieser Einstellungsmöglichkeit jedoch aus⁵⁴. Es muss –

~~48~~ Bundestags-Drucksache Nr. 7/550 vom 11.05.1973, S. 297.

49 Am angegebenen Ort.

50 Der Zustimmung des Gerichtes bedarf es gemäß § 153 Abs. 1 S. 2 StPO nicht bei einem Vergehen, das nicht mit einer im Mindestmaß erhöhten Strafe bedroht ist und bei dem die durch die Tat verursachten Folgen gering sind.

51 Der Zustimmung des Angeschuldigten bedarf es nicht, wenn die Hauptverhandlung auf Grund seiner Abwesenheit oder anderer in seiner Person liegender Gründe gem. § 205 StPO nicht durchgeführt werden kann oder in den Fällen des § 231 Abs. 2 und der §§ 232 und 233 in seiner Abwesenheit durchgeführt wird.

52 Siehe Meyer-Goßner, Fußnote 5, § 153 Rn. 4.

53 Siehe Meyer-Goßner, Fußnote 5, § 153 Rn. 4.

54 Meyer-Goßner, Fußnote 5, § 153 Rn. 3.

zumindest – eine gewisse Wahrscheinlichkeit für einen Schuldnachweis bestehen, jedenfalls die Unwahrscheinlichkeit eines Freispruchs⁵⁵. Die Strafsache braucht jedoch nicht weiter aufgeklärt zu werden, als erforderlich ist, um beurteilen zu können, dass die Schuld bei entsprechendem Nachweis – hypothetisch - als gering anzusehen wäre⁵⁶.

Besteht ein öffentliches Interesse an der Verfolgung, darf keine Einstellung nach § 153 StPO erfolgen. Dies sei unter anderem dann der Fall, wenn trotz geringer Schuld das Bedürfnis für General- oder Spezialprävention oder ein großes Interesse der Öffentlichkeit an Aufklärung vorhanden ist⁵⁷.

b) Wirkung der Einstellung

Die Einstellung des Verfahrens ist – grundsätzlich – endgültig. Ein Rechtsmittel ist grundsätzlich auch nicht für den Beschuldigten oder Angeklagten vorgesehen⁵⁸, jedoch entfaltet eine Einstellung nach § 153 keine Rechtskraft wie ein freisprechendes Urteil und unter Umständen kann es sogar zur Fortsetzung des Verfahrens nach Einstellung durch Gerichtsbeschluss kommen⁵⁹. Der Beschuldigte kann gegen die Einstellung durch die Staatsanwaltschaft zumindest eine Dienstaufsichtsbeschwerde zum vorgesetzten Beamten erheben, die auch zur Abänderung der Entscheidung führen kann⁶⁰.

c) Motive für die Einstellung

Die gesetzgeberisch eröffnete sogenannte Opportunität legt die Initiative zur Einstellung im Ermittlungsverfahren nach § 153 in die Hände der Staatsanwaltschaft, die damit ein weites Ermessen für die Anwendung erhält, welches in gewisser Weise durch die gerichtliche Zustimmungspflicht eingeschränkt wird. Grund für die Einstellung kann im Einklang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auch eine überlange Verfahrensdauer sein⁶¹. Eine Einstellung wegen Geringfügigkeit kann auch im Rahmen einer Verständigung in Strafsachen gemäß § 257c StPO in der Hauptverhandlung erfolgen⁶².

d) Rechtsstellung des Beschuldigten bzw. Angeklagten

Die Unschuldsvermutung wird durch die Einstellung nach § 153

~~55 Meyer-Goßner~~, Fußnote 5, § 153 Rn. 3.

56 Meyer-Goßner, Fußnote 5, § 153 Rn. 3.

57 Meyer-Goßner, Fußnote 5, § 153 Rn. 7.

58 Vergleiche Verfassungsgerichtshof des Saarlandes, Beschluss vom 07.04.2014 – Lv 4/17, II.1., <http://files.vogel.de/iww/iww/quellenmaterial/dokumente/141479.pdf> (20.09.2020).

59 Ausnahmsweise soll das Verfahren sogar nach einer gerichtlichen Einstellung fortgesetzt werden können, siehe hierzu Bundesgerichtshof, Urteil vom 22.03.2002 - 4 StR 485/01, I.2.c), [bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de) (20.09.2020).

60 Verfassungsgerichtshof des Saarlandes, am angegebenen Ort.

61 Siehe Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Rechtssache Kaemena und Thöneböhn ./, Deutschland, Beschwerden Nr. 45749/06 und 51115/06, Urteil vom 22.01.2009, Rn. 83.

62 Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 21.04.2016 - 2 BvR 1422/15, Rn. 20 (www.bundesverfassungsgericht.de, 20.09.2020).

StPO nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht beeinträchtigt⁶³.

e) Rechtsstellung des Opfers

Die Verfahrenseinstellung nach § 153 sowie auch nach § 153a StPO ist für den Nebenkläger nicht anfechtbar und bedarf auch nicht seiner Zustimmung⁶⁴. Das Grundgesetz kennt nach der Überzeugung des Bundesverfassungsgerichts keinen grundrechtlichen Anspruch eines Dritten auf Strafverfolgung durch den Staat⁶⁵. Der Gesetzgeber habe sich dagegen für eine Beschränkung der grundsätzlich selbstständigen Rechtsmittelbefugnis des Nebenklägers entschieden, die sich nicht auf den Rechtsfolgenausspruch oder Ermessenseinstellungen erstreckt. Jedoch ist es nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verfassungsrechtlich geboten, dem Nebenkläger die Möglichkeit zu eröffnen, sich vor einer Verfahrenseinstellung nach §§ 153, 153a rechtliches Gehör zu verschaffen⁶⁶.

1 Einstellung bei Erfüllung einer Auflage nach § 153a StPO

Die Einstellungsmöglichkeit nach § 153a ist nicht nur im Bereich der sogenannten Bagatellkriminalität möglich. Der weitverbreitete Standard-Handkommentar zu Strafprozessordnung beschreibt sie als ein zweckmäßiges vereinfachtes Erledigungsverfahren im Bereich der kleineren bis mittleren Kriminalität mit Beschleunigungs- und Entlastungseffekt, um verurteilungslose Friedensstiftung mit Sanktionswirkung, aber ohne gerichtliche Vorstrafen zu ermöglichen⁶⁷.

Die gerichtliche Einstellung ist auch endgültig – insoweit vergleichbar mit einem rechtskräftigen Urteil: Durch die Erfüllung der Auflagen entsteht ein Verfahrenshindernis; die Tat kann nicht mehr als Vergehen verfolgt werden⁶⁸.

Die Einstellung erfolgt in zwei Schritten. In einem ersten Schritt werden dem Beschuldigten die Auflagen bzw. Weisungen erteilt, die als geeignet angesehen werden, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen. Hierzu werden die erforderlichen Zustimmungserklärungen des Beschuldigten sowie des Gerichts bzw. der Staatsanwaltschaft benötigt. Damit ist das Verfahren zunächst vorläufig eingestellt und wird nicht weiter aktiv betrieben. Im zweiten Schritt – nach Erfüllung der Auflagen bzw. Weisungen – wird das Verfahren endgültig eingestellt. Stellt sich später

63. Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 29.05.1990 - 2 BvR 254/88, 2 BvR 1343/88, Rn. 45, juris.

64 § 400 Abs. 2 Satz 2 StPO.

65 Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 27.08.2003, Rn. 7 (www.bundesverfassungsgericht.de, 20.09.2020).

66 Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 27.08.2003 - 2 BvR 911/03, am angegebenen Ort, Rn. 7.

67 Meyer-Goßner, Fußnote 5, § 153a StPO Rn. 2.

68 Amtliche Begründung zum Gesetzentwurf, Bundestags-Drucksache 7/550, S. 299.

jedoch heraus, dass die Handlung zugleich ein Verbrechen ist, wird es nach Maßgabe des Legalitätsprinzips weitergeführt⁶⁹. Bei Nichterfüllung tritt das Verfahrenshindernis dagegen gar nicht ein und das Verfahren kann wegen des Vorwurfs des Vergehens fortgesetzt werden.

a) Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der am 01.01.1975 in Kraft getretenen⁷⁰ Einstellungsmöglichkeit nach § 153a⁷¹ wurde seit der Einführung dieser Form der Verfahrenserledigung mehrfach erweitert. Die Änderung im Jahr 1993 lässt nunmehr eine Einstellung gegen Auflage bzw. Weisung bis in den Bereich der mittleren Kriminalität zu, solange gemäß Wortlaut des § 153a Abs. 1 S. 1 die „Schwere der Schuld“ nicht entgegensteht und kein Verbrechenstatbestand erfüllt ist. Aus der Begründung des Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege vom 27.09.1991 ergibt sich, dass § 153a StPO mittlerweile zur Verhinderung der Überlastung der Justiz unverzichtbar wurde⁷². Ferner ergibt sich aus der Gesetzesbegründung, dass ungeachtet der weiteren Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 153a die in Art. 6 Abs. 2 EMRK normierte Unschuldsvermutung unberührt bleibt⁷³. Durch Art. 3 des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17.08.2017⁷⁴ schließlich kann das Verfahren auch noch in der Revisionsinstanz nach § 153a eingestellt werden. Die Erweiterung des Jahrs 1993 hat erhebliche Praxisbedeutung. Seitdem gab es spektakuläre Beispiele der Verfahrensbeendigung gegen Geldauflage. Zu diesen zählt die Einstellung des Verfahrens gegen Bernie Ecclestone wegen Bestechung und Anstiftung zur Untreue in einem besonders schweren Fall durch das Landgericht München I gegen Zahlung einer Geldauflage in Höhe von 100 Millionen US-Dollar⁷⁵, das Ende des zweiten Mannesmann-Prozesses des Landgerichts Düsseldorf wegen Untreue gegen den Deutsche-Bank-Chef Josef Ackermann und andere gegen Zahlung von insgesamt 5,8 Mio. EUR⁷⁶, die Einstellung des Verfahrens wegen eines schweren ICE-Unfall in Eschede. Auch das Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Bonn gegen Helmut Kohl wegen der CDU-Spendenaffäre wurde gegen Zahlung einer Geldbuße in Höhe von 300.000 DM eingestellt⁷⁷. In sämtlichen genannten Fällen bestand sogar ein ganz erhebliches öffentliches Interesse

⁶⁹ Meyer-Gölsner, Fußnote 5, § 153a StPO Rn. 57.

⁷⁰ Gemäß Art. 326 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch vom 02.03.1974, Bundesgesetzblatt 1974 Teil I, S. 469.

⁷¹ Art. 21 Nr. 44 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch vom 02.03.1974, Bundesgesetzblatt 1974 Teil I, S. 469.

⁷² Vergleiche die amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege vom 27.09.1991, Bundestagsdrucksache 12/1217, S. 34.

⁷³ Amtliche Begründung, am angegebenen Ort, S. 34.

⁷⁴ Bundesgesetzblatt 2020 Teil I, S. 3202.

⁷⁵ Siehe Trentmann, ZStW 2016, 446, 447.

⁷⁶ Trentmann, Fn. 37.

⁷⁷ Trentmann, Fn. 37.

an der Strafverfolgung. Die jeweiligen Beschuldigten bzw. Angeklagten hatten im Ergebnis die Möglichkeit, sich mit großen Summen „freizukaufen“, wobei auch rechtlich nicht ausgeschlossen ist, dass ein privater Dritter die erforderliche Geldsumme zur Verfügung stellt⁷⁸.

b) Die Auflagen bzw. Weisungen

Die wichtigste, in der Praxis am häufigsten anzutreffende Auflage ist die Geldzahlung an die Staatskasse oder an eine gemeinnützige Einrichtung (§ 153a Abs. 1 Nr. 2 StPO). Die Vorschrift nennt ausdrücklich auch die Wiedergutmachung des durch die Tat verursachten Schadens durch eine bestimmte Leistung (Nr. 1); möglich sind ferner die Erbringung sonstiger gemeinnütziger Leistungen (Nr. 3); die Erfüllung von Unterhaltungspflichten in einer bestimmten Höhe (Nr. 4); das ernsthafte Bemühen, sich im Rahmen eines Täter-Opfer-Ausgleichs mit dem Verletzten auszusöhnen und den verursachten Schaden ganz oder überwiegend wiedergutzumachen bzw. dies anzustreben (Nr. 5); die Teilnahme an einem sozialen Trainingskurs (Nr. 6) oder an einem Aufbauseminar nach § 2b Abs. 2 Satz 2 oder an einem Fahreignungssseminar nach § 4a des Straßenverkehrsgesetzes teilzunehmen (Nr. 7). Die genannten Beispiele sind ausdrücklich nicht abschließend.

c) Verfahrensrechtliches

Zur Erfüllung der Auflagen und Weisungen setzt die Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten gemäß § 153a Abs. 1 S. 3 eine Frist, die in den Fällen des Satzes 2 Nummer 1 bis 3, 5 und 7 höchstens sechs Monate, in den Fällen des Satzes 2 Nummer 4 und 6 höchstens ein Jahr beträgt. Die Auflagen und Weisungen können nachträglich aufgehoben und die Frist einmal für die Dauer von drei Monaten verlängert werden; mit Zustimmung des Beschuldigten können auch nachträglich Auflagen und Weisungen auferlegt und geändert werden (§ 153a Abs. 1 S. 4). Bei Aufлагenerfüllung wird die Einstellung endgültig. Bei Nichterfüllung wird das Verfahren fortgesetzt, erbrachte (Teil-)Leistungen werden nicht erstattet.

d) Rechtsstellung des Beschuldigten bzw. Angeklagten

Der Beschuldigte bzw. Angeklagte ist bei Annahme des Angebots und nach erfolgter Einstellung nicht vorbestraft. Die Unschuldsvermutung wird nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁷⁹ ebenso wie nach der Begründung des Entwurfs des Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege vom 27.09.1991⁸⁰ nicht berührt. Eine Erfassung im Bundeszentralregister, welches sämtliche Verurteilungen bis zur sogenannten Tilgungsreife und Löschung speichert, erfolgt nicht. Disziplinarverfahren bei Beamten oder bei Berufen, die wie die Rechtsanwaltschaft einer besonderen Berufsaufsicht unterliegen, werden durch die Verfahrenseinstellung

⁷⁸ Siehe hierzu Pfordte, Insolvenzrecht und Strafverfahren: Bezahlung von Geldstrafen durch das Unternehmen – § 258 StGB oder § 266 StGB? Strafverteidiger 2010, 591.

⁷⁹ Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 16.01.1991 - 1 BvR 1326/90, Rn. 19f., juris.

⁸⁰ Oben in der Fußnote 34.

jedoch nicht ausgeschlossen. Allerdings kann das Berufsgeschicht in diesen Fällen nicht auf einen Schuldspruch und auch nicht auf rechtskräftige Sachverhaltsfeststellungen zurückgreifen, wie dies sonst meist möglich ist, und muss die Beweisaufnahme ähnlich einem Strafgericht selbst durchzuführen. Verwaltungsgerichte verwerten Verfahrenseinstellungen nach § 153a StPO ungeachtet der weitergeltenden Unschuldsvermutung bei der Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen – entgegen der klaren Linie des Bundesverfassungsgerichts - zum Nachteil⁸¹. Auch haben Einstellungen nach § 153a StPO oftmals indizielle Bedeutung: Je höher die Auflage ausfiel, umso stärker ist bei nachfolgenden Strafverfahren – sofern die Einstellung dort bekannt wird – die psychologische Neigung der Strafverfolgungsbehörden, nunmehr eine endgültige Verdachtsklärung herbeizuführen und dafür auch einen höheren Ermittlungsaufwand in Kauf zu nehmen.

2 Fazit

Die Möglichkeit der Beendigung des Strafverfahrens durch eine Geldzahlung nach § 153a StPO mag ebenso wie die Einstellung wegen Geringfügigkeit nach § 153 StPO in vielen Fällen ein zweckmäßiger Ausweg aus dem Strafverfahren sein. Dies namentlich dann, wenn die betroffene Person erstmalig beschuldigt wurde und der Vorwurf sowie die Folgen nicht dazu zwingen, Klarheit durch Freispruch oder Verurteilung zu schaffen. Solange diese Verfahrensbeendigungen die Ausnahme vom grundsätzlich geltenden Legalitätsprinzip bleiben und sie ermessensgerecht gehandhabt werden, mag daran im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das dem Einzelnen einerseits keinen Anspruch auf Strafverfolgung gegen Dritte gibt, dem Staat andererseits eine Schutzpflicht vor der Verletzung von Grundrechten durch private Dritte auferlegt, hinzunehmen sein. Diese Feststellung kann auch darauf gestützt werden, dass sämtliche Verfahren bei Straftatverdacht nach den gleichen Regeln der Strafprozessordnung für Sachverhaltsaufklärung und Beweiserhebung zu führen sind, egal ob es am Ende zur Einstellung des Verfahrens mangels Tatverdacht nach § 170 Abs. 2 StPO, einer Einstellung nach einer Opportunitätsvorschrift wie §§ 153, 153a StPO, zur Beantragung eines gerichtlichen Strafbefehls nach § 407 StPO oder zur Anklageerhebung kommt. Sind die Ermittlungsbehörden jedoch signifikant überlastet, wird sich der Qualitätsverlust der Ermittlungen ungeachtet der Möglichkeit der Einstellung wegen Geringfügigkeit oder gegen Auflage ergeben, und zwar aus der Ursache mangelnder Ressourcen, die auch durch eine immer größere Aufgabenlast der Staatsanwaltschaften verursacht werden kann, die nicht in gleichem Maß durch personelle Verstärkung und bessere Ausstattung kompensiert wird. Anzunehmen, dass die Einstellung nach §§ 153, 153a StPO die davon betroffenen Beschuldigten nicht belastet, da die Unschuldsvermutung ja weitergilt, ginge an der Sache vorbei:

⁸¹ Siehe VGH München, Beschluss v. 28.05.2019 – 10 ZB 19.436, Rn. 5, <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2019-N-13755?hl=true&SpaxAutoDetectCookieSupport=1> (20.09.2020).

Einerseits können die Auflagen zur Einstellung nach § 153a StPO dem Beschuldigten ganz erhebliche Opfer abverlangen, auch in wirtschaftlich-monetärer Hinsicht. Andererseits macht es durchaus einen Unterschied für den Betroffenen, wenn nach Abschluss der Ermittlungen festgestellt wird, dass das Verfahren keinen Tatverdacht erhärten konnte oder dieser sogar beseitigt wurde. Dass ein Beschuldigter jedenfalls der Einstellung gegen Geldauflage zustimmen muss, die er – theoretisch – auch verweigern kann, kompensiert dies nur partiell. Erteilung oder Verweigerung der Zustimmungserklärung sind für den Beschuldigten eine Risikoabwägung und können auch unter einem erheblichen Druck zu Stande kommen. Aus Opferperspektive muss es ebenso als unbefriedigend angesehen werden, wenn namentlich nach langer Verfahrensdauer kein klares Ergebnis steht, sondern letztlich Unklarheit verbleibt, ob das erlebte Tatgeschehen strafbares Unrecht war oder nicht. Auch im Bereich bis zur mittleren Kriminalität kann dies durchaus eine Belastungsprobe für den Rechtsfrieden sein, dem das Strafverfahren ja dienen muss. Vor diesem Hintergrund hat die Feststellung, dass die Einstellung nach den beiden Vorschriften der §§ 153, 153a StPO aus der Praxis unserer Strafrechtspflege gar nicht mehr wegzudenken ist, einen bitteren Beigeschmack – ungeachtet ihrer wichtigen Funktion.

Literatur:

1. *Franzen/Gast/Joecks* (Hrsg.), Steuerstrafrecht, Kommentar, 6. Aufl. 2005
2. *Meyer-Goßner*, StPO-Kommentar, 62. Aufl. 2019
3. *Pfordte*, Insolvenzrecht und Strafverfahren: Bezahlung von Geldstrafen durch das Unternehmen – § 258 StGB oder § 266 StGB? Strafverteidiger 2010, 591
4. *Trentmann*, § 153a StPO und das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung – Zum Vorwurf der Irrationalität und Paradoxie von Verfahrenseinstellungen gegen Geldauflage anlässlich des Falls Edathy, ZStW 2016, 446

Prof. Dr. Rainer Hartmann
Hochschule RheinMain
(Wiesbaden, Deutschland)

VERFAHRENSGRUNDSÄTZ DER ABGABENORDNUNG IN DEUTSCHLAND

Das Verfahrensrecht für das Besteuerungsverfahren trägt in Deutschland die Bezeichnung «Abgabenordnung». Dieses Gesetz wird auch als das Grundgesetz des Steuerrechts bezeichnet, weil dort die Verfahrensgrundsätze und die gegenseitigen Befugnisse und Pflichten des Steuerpflichtigen und der Finanzbehörde geregelt werden. Die Abgabenordnung existiert seit 1919 und ist in seinem grundsätzlichen Aufbau unverändert. Erst nach

fast 100 Jahren fanden punktuelle Neuerungen Eingang, um im Zeitalter der Digitalisierung nicht völlig außen vor zu bleiben.

Dieser Beitrag möchte die prägenden Verfahrensgrundsätze der Gleichmäßigkeit der Besteuerung, des Untersuchungsgrundsatzes seitens der Finanzbehörde und der Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen näher betrachten.

Die Gleichmäßigkeit der Besteuerung stellt nicht erst seit 1919 ein hohes Rechtsgut im deutschen Steuerrecht dar. Das Gesetz sagt, dass die Finanzbehörden die Steuern nach Maßgabe der Gesetze gleichmäßig festzusetzen und auch zu erheben haben. Dies wird auch als Gesetzmäßigkeit der Besteuerung bezeichnet. Mit Gründung der heutigen Bundesrepublik Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg hat dieser Ausspruch sogar Verfassungsrang erhalten. Denn nach der deutschen Verfassung sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich, wozu im Bereich des Steuerrechts die strikt gleichmäßige Vollziehung der Steuergesetze gehört. Viele andere Staaten beneiden uns um einen solch strengen Besteuerungsgrundsatz. So ist es in Deutschland völlig undenkbar, dass etwa von einem Staatspräsidenten oder von Regierungsmitgliedern keine oder viel zu geringe Steuern erhoben werden. Auch dürfen in Deutschland keine Steuerprivilegien dergestalt erlassen werden, um etwa besonders vermögende Personen mit niedrigsten Steuertarifen, beschränkt auf maximal 10 Jahre, zum Zuzug aus dem Ausland nach Deutschland zu bewegen. Dies ist zum Beispiel in der Steuergesetzgebung mancher Kantone in der Schweiz die Regel, um Musik- oder Sportstars zur Wohnsitznahme in der Schweiz zu bewegen. Aber die schweizerische Bevölkerung, die ebenfalls normale Steuern entrichtet, empfindet diese Sonderregelungen zunehmend als ungerecht.

Gleichheit der Besteuerung meint in Deutschland nicht, dass jeder die betragsmäßig gleiche Steuer entrichtet, sondern dass jeder die nach seiner persönlichen Leistungsfähigkeit gesetzlich festgelegte Steuer zahlt.

Grundsätzlich ermittelt die Finanzbehörde den steuerlichen Sachverhalt von Amts wegen selbst. Dies allein würde in der Praxis nie funktionieren. Daher gibt es zahlreiche Mitwirkungspflichten der Bürger. Die bekannteste Mitwirkungspflicht ist sicher die Verpflichtung zur Abgabe von Steuererklärungen. Damit wird deutlich, dass der Untersuchungsgrundsatz nur in Kombination mit der Mitwirkungspflicht der Steuerpflichtigen überhaupt Wirkung entfalten kann. Jenseits von erklärten Steuersachverhalten darf etwa das Finanzamt bei dem Verdacht, dass mögliche Einkünfte nicht der Finanzverwaltung gegenüber erklärt worden sind, eigenständig ermitteln.

Ferner bedeutet der Untersuchungsgrundsatz auch, dass das Finanzamt nicht einfach die eingereichten Steuererklärungen «durchwinken» darf. Die Angaben der Steuerpflichtigen müssen – in einem Rechtsstaat – grds. geprüft werden. Hier reicht aber eine Plausibilitätsprüfung aus, weil eine detaillierte Prüfung jeder einzelnen Steuererklärung aufgrund der hohen

Anzahl wiederum gar nicht denkbar ist. Diesen Spagat hat aber die Finanzverwaltung in den letzten 100 Jahren gut gemeistert.

Eine staatliche Verwaltung ist auch im Rechtsstaat nicht verpflichtet, seinen Personalbestand ins Unermessliche zu steigern, nur um jeden Einzelvorgang genau und zügig prüfen zu können. Vielmehr soll Personal zielgerichtet eingesetzt werden. Im Bereich des Steuerrechts gelangte man zunehmend zu der Erkenntnis, dass sich Steuerhinterziehung auf eher wenige Fälle beschränkt, deren finanzielles Ausmaß dann umso gravierender für den Staat ist. In der Breite werden nur unwesentlich Steuern hinterzogen. Ziel muss das Aufspüren der relevanten Fälle sein.

Seit 2017 erfolgen dieses Prüfen und Abgleiten der Steuererklärungen einschließlich der Einschätzung, ob ein unklarer Fall vorliegt, rein elektronisch. Da fast alle Steuererklärungen zwischenzeitlich elektronisch eingereicht werden müssen, übernimmt das IT-System der Finanzverwaltung diese Risiko-Überprüfung. Jedes Jahr definiert und programmiert die Finanzverwaltung ein anderes Stichwort für die Besteuerung, das automatisch zu einer manuellen Überprüfung aller Steuererklärungen führt, die genau dieses Merkmal aufweisen. Diese Stichworte, die zur Überprüfung von Steuererklärungen führen, bleiben geheim - und zwar selbst dann, wenn die Besteuerung gerichtlich überprüft wird. Als diese Gesetzesänderung erfolgte, war der Aufschrei in der Wissenschaft zunächst groß. Inzwischen bezweifelt kein Steuerjurist ernsthaft mehr die Zulässigkeit solcher IT-gestützter Verfahren in der Finanzverwaltung. Es war damals wohl die Neuartigkeit einer solchen Regelung, die zu fundamentaler Kritik hieran führte. Der Untersuchungsgrundsatz wird seither verändert gesehen, nämlich dergestalt, dass sich die Finanzverwaltung auf relevante und schwerwiegende Fälle mit ihrem Personal konzentrieren müsse. Denn weiterhin sind wissentlich falsche Angaben der Steuerpflichtigen im Besteuerungsverfahren mit Strafe belegt. Das gesetzlich verankerte Risikomanagementsystem der Finanzverwaltung ist also keinesfalls eine Einladung zu massenhaft falschen Steuererklärungen ohne irgendwelche Nachprüfung der Finanzverwaltung. Moderne Datenverarbeitung führt zu erleichterten Abläufen im Besteuerungsverfahren, baut nicht vorhersehbare Kontrollmechanismen ein und konzentriert die Personalressourcen auf die wichtigen Fälle.

Somit kann der moderne Untersuchungsgrundsatz der Abgabenordnung auch im Zeitalter der Digitalisierung die Gleichmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit der Besteuerung sicherstellen. Dies erfolgt naturgemäß heute anders als es noch vor 100 Jahren der Fall war, die rechtlichen Grundprinzipien indes sind unverändert geblieben und werden dies sicher auch in der Zukunft bleiben.

Prof. dr. Remco van Rhee serves as an international expert for the EU Project Pravo-Justice. He teaches comparative civil procedure at Maastricht University (Netherlands), and is involved in various law reform projects and in the drafting of European model rules of civil procedure within the context of UNIDROIT and the European Law Institute.

Alina Serhieieva serves as national expert for the EU Project Pravo-Justice. She is an attorney at law and mediator with extensive experience in the areas of administrative and commercial law as well as in alternative dispute resolution (ADR). She is a member of the Ministry of Justice of Ukraine working group on the preparation of proposals for the ratification of the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (the „Singapore Convention on Mediation“) and of the draft law on Mediation.diation“.

THE BENEFITS OF MEDIATION: WHY GOING TO COURT IS OFTEN NOT IN YOUR BEST INTEREST

Disputes may arise about all kinds of issues. Spouses file for a divorce and disagreement arises about parental access to the couple's minor children, or about child support, or the division of property between the spouses. Neighbors quarrel about noise pollution as one of them cannot resist playing a drum-set from early morning till late at night. Building companies quarrel with their suppliers about the inferior quality of the building materials delivered at the building site. And major disagreement may also arise within the context of companies, for example between co-owners, shareholders, company management and employees.

In all of these cases, parties may obviously go to a court of law to have a judge decide the matter. For many people, however, litigation is a very distressing experience. It may be expensive and time consuming, and it often does not provide a real solution to the problems that exist between the parties. One of the parties usually loses the case, and this leaves him or her with bitter feelings about the opponent. Especially in situations where the relationship of the parties will continue even after the case is decided, bringing court action may not be the best option. For example, after divorce proceedings, former spouses with young children will have to come to some kind of agreement about the education and further upbringing of their children, neighbors will have to agree on the maintenance of the common garden wall or other shared property, whereas building companies and suppliers may be interested in continuing their relationship since except for this particular instance, suppliers provide high quality building materials for very reasonable prices. It is, furthermore, obvious that disputes within companies also benefit from amicable settlement, because those who disagree will often have to continue to cooperate within the company, both during the dispute and after its settlement.

Fortunately, therefore, alternatives to court proceedings are available. These alternatives are commonly grouped under the heading of 'Alternative Dispute Resolution' or ADR, and one of the most known alternatives is Mediation. In Ukraine, as elsewhere, parties to a dispute have the right to opt for mediation in the majority of cases, and they should certainly ask their attorney or the judge about it when their cases are still fresh. Parties will discover that there is a sufficient number of qualified mediators available in Ukraine, able to help them solve their dispute in a friendly and satisfactory manner. Since there is currently no central website of mediators, parties could use websites of individual mediators and of local associations of mediators.

For parties interested in mediation, Draft Law No. 3504, registered at the Verkhovna Rada of Ukraine on 19 May 2020, may be of considerable interest. The implementation of mediation in Ukraine is actively supported by the EU-funded project Pravo-Justice. The authors of the present contribution serve as members of an expert team of the Project tasked with developing solutions for an efficient and smooth implementation of mediation in Ukraine.

The draft law lays down that mediation is a confidential form of dispute resolution which takes place outside the courtroom, that is to say, away from the public and the press that usually have access to court rooms. The public and the press may not enter the place where mediation takes place. This is, for example, interesting to businesses that do not want to discuss their business secrets out in the open.

Mediation takes place before a neutral third party who is called 'mediator'. This mediator helps the parties to settle their dispute amicably and speedily, without lengthy and expensive court proceedings. The mediator assists the parties in defining the issues that keep them divided, and exploring the various avenues towards a solution of the dispute. The mediator does not decide the matter like judges do, but only *facilitates* a discussion between the parties, a discussion which may go beyond the applicable law but which must comply with mandatory legal rules nevertheless. This approach leads to the 'self-empowerment' of the parties since it is in the end the parties who come to an agreement concerning their dispute; it is not the State in the person of a judge who takes control and decides. In this way, bitter feelings that often remain after court proceedings can be avoided. It is, therefore, often in the best interest of the parties to actively avoid court proceedings and to get involved in mediating their dispute.

Mediation is not only attractive for parties, but also for courts and attorneys. In many jurisdictions, courts favor mediation since it helps them to reduce their case overload and, as a consequence, crippling backlogs in handling cases. In many jurisdictions, judges provide the parties with information about mediation. In such a way, judges help reduce the number of cases in court, allowing them to reserve the necessary time for cases that cannot be mediated or solved otherwise.

Attorneys benefit from mediation since they are able to provide their clients with tailor-made services for the specific dispute at hand. As there is no losing party in mediation, attorneys can be sure that their clients remain satisfied. In many jurisdictions, attorneys even act as qualified mediators, a successful example being attorneys who specialize in family law in the Netherlands. Such attorneys advertise themselves usually not only as attorneys but also as family mediators, and this has been a huge success, reducing the number of adversarial divorce cases before the Dutch courts tremendously.

Ideally, mediation replaces court litigation altogether. This happens when the parties are made aware of the availability of mediation at an early stage, for example by legal professionals such as attorneys and other legal aid providers. It may happen, however, that parties are only made aware of mediation after their case has been brought to court, for example by judges indicating that mediation is a good alternative to court proceedings. Under such circumstances, mediation is only successful if court cases can be interrupted for a sufficient period of time when mediation is attempted.

In Ukraine, mediation has been introduced in larger cities. Some cities have set up pilot projects and have provided mediation rooms in court buildings. This is a positive development, and such facilities should also become available elsewhere. This may obviously happen at court houses, but other places that are easily accessible to the public may also be suitable. In times of COVID-19, facilities for electronic mediation, through the Internet, should be provided as well. This may solve problems in areas where mediators are scarce.

The Ukrainian Draft law may be a helpful tool to make mediation more popular. It helps to make the general public aware of mediation as an alternative to court proceedings, especially when combined with targeted information campaigns in the public media. Judges, attorneys and other legal aid providers informing individual litigants about the possibility of mediation, are also crucial, something that may be stimulated by paying attention to mediation at law schools and in other forms of (permanent) legal education and training. Obviously, this does not mean that all legal professionals should be trained as mediators, but it means that they should at least acquire some basic knowledge of this type of dispute resolution.

Official websites of the judiciary and the executive could also be used to disseminate information about mediation. Further to this, relevant websites could be linked to a central website – yet to be created – to ensure easy access and publicity. This approach will allow the public to have a better choice and, consequently, opt for qualified mediators.

Given all the benefits, it is striking that mediation is not as frequently used in Ukraine as one may expect. In order to address this issue, the Draft Law provides that parties who have started court proceedings will be returned 60% of their court fees if they opt for mediation. Further

incentives should be explored, for example, free mediation in insolvency cases. The availability of state-funded legal aid for indigent parties who want to make use of mediation is also helpful. For commercial entities, raising awareness of the fact that mediation provides them with a confidential type of dispute resolution may be crucial when litigation is about business secrets and other sensitive subject matter. Finally, speedy enforcement may make mediation attractive. That would mean that a mediated agreement that has followed the rules of the draft law should become enforceable within a short period of time (e.g. by the court approving (rubber stamping) the agreement).

Prof. Dr. Rainer Wedde

*lehrt Wirtschaftsrecht an der Wiesbaden Business School;
es ist Schriftführer der Deutsch-Ukrainischen Juristenvereinigung*

DIE ROLLE DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS

1. Einführung

Der Europäische Gerichtshof (EuGH)⁸² ist das oberste Rechtsprechungsorgan der Europäischen Union. Er sorgt für die einheitliche Auslegung des Rechts dieser supranationalen Organisation. Dem EuGH kommt daher eine ausgesprochen bedeutsame Rolle im Gefüge der EU-Organen zu. In den ersten Jahren der EU hat der EuGH eine ausgesprochen wichtige Funktion bei der Durchsetzung des Anwendungsvorgangs der Normen von EUV und AEUV wahrgenommen. Mittlerweile gibt es aber auch häufig Kritik an seiner Rechtsprechung.

Die Ukraine ist kein Mitgliedstaat der EU und unterliegt damit auch nicht unmittelbar der Rechtsprechung des EuGH. Sie hat sich aber 2004 und 2014/15 politisch für eine Annäherung an die Europäische Union entschieden. Deutlich wird dies durch das umfassende Assoziierungsabkommen,⁸³ das 2017 in Kraft getreten ist. Es bringt auch für die Ukraine zahlreiche Pflichten im Verhältnis zur EU mit sich. Entscheidungen mit unmittelbarer Wirkung für die Ukraine kann der EuGH nicht erlassen, dennoch kommt der Rechtsprechung des EuGH für die Ukraine faktisch eine enorme Bedeutung zu, ist die EU doch mittlerweile der bei weitem größte Wirtschaftspartner des Landes.

Die Ukraine ist seit langem Mitglied des Europarats und unterliegt damit

⁸² Siehe die Selbstdarstellung auf <https://curia.europa.eu>.

⁸³ „Assoziierungsabkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Ukraine andererseits“, vollständig in Kraft seit 01.09.2017; dieses sieht für die Streitbeilegung in Art. 477 ein Konsultationsverfahren unter Beteiligung des Assoziationsrats vor. Für Fragen aus dem umfangreichen Titel IV (Handel und Handelsfragen) enthält Kapitel 14 (Art. 303 - 326) Regeln für Konsultationen und ein Verfahren vor einem Schiedspanel. Dem EuGH kommt insoweit keinerlei Kompetenz zu.

der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg.⁸⁴ Allerdings unterscheidet sich dessen Einfluss erheblich von den Regeln des EuGH als Justizorgan einer supranationalen Organisation.

2. Organisatorische Fragen

Der Europäische Gerichtshof hat seinen Sitz in Luxemburg, wo er 1952 zunächst als Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl eingerichtet wurde.⁸⁵ Seine Rechtsstellung ergibt sich insbesondere aus Art. 19 EUV, den Art. 256-281 AEUV und der auf Grundlage von Art. 281 AEUV erlassenen Satzung.⁸⁶

Der Gerichtshof besteht aus 28 Richtern, je einem aus jedem Mitgliedstaat der EU.⁸⁷ Die Richter werden für 6 Jahre bestellt, eine Wiederwahl ist möglich. Die Regierung der Mitgliedstaaten unterbreiten Vorschläge für Richter, die nach einer Anhörung und der Stellungnahme eines Ausschusses (nach Art. 255 AEUV) von den Mitgliedstaaten ernannt werden, Art. 253 AEUV. Alle drei Jahre wird die Hälfte der Richter neu bestellt.

Nach Art. 253 Abs. 1 AEUV müssen die Richter unabhängig sein. Zudem müssen sie die Befähigung zur Bekleidung der höchsten richterlichen Ämter in ihrem Staat erfüllen oder «Juristen von anerkannt hervorragender Befähigung» sein.

Die Richter des EuGH wählen einen Richter zu ihrem Präsidenten, dessen Amtszeit beträgt drei Jahre, eine Wiederwahl ist zulässig. Der Präsident des EuGH leitet die Arbeit des Gerichts. Seit 2015 nimmt der Belgier *Koen Lenaerts* diese Funktion wahr.⁸⁸ Für organisatorische Aufgaben wird ein Kanzler bestellt, der dem Apparat des Gerichtshofs vorsteht.

Am EuGH sind außerdem 11 Generalanwälte tätig, welche dieselben Voraussetzungen wie die Richter erfüllen müssen und auch dieselben Garantien genießen, Art. 252, 253 AEUV. Diese Institution ist nach dem französischen Modell der «*commissaire du gouvernement*» entwickelt worden. Die Generalanwälte sollen im Verfahren die Position der Europäischen Union einbringen, sie sind aber keine Staatsanwälte. In den meisten Fällen folgt der Gerichtshof den unabhängigen Schlussanträgen der Generalanwälte, eine Verpflichtung dazu besteht allerdings nicht.

Der EuGH behandelt knapp 1.000 Verfahren pro Jahr.⁸⁹ Die

⁸⁴ Siehe <https://www.echr.coe.int>.

⁸⁵ Zur Stellung der EuGH als Organ der EU, siehe Classen/Nettesheim in: Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 8. Auflage München 2018, S. 66ff.

⁸⁶ https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/tradoc-de-div-c-0000-2016-201606984-05_00.pdf.

⁸⁷ Damit wird sich die Zusammensetzung der Richterbank nach dem Brexit verändern.

⁸⁸ Kurzlebenslauf siehe: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/rc4_170566/de/.

⁸⁹ Im Jahr 2019 erledigte der EuGH 865 Verfahren, die Zahl der Neueingänge lag bei 966. Beim EuG waren es 874 erledigte Fälle und 974 neue Verfahren; siehe Jahresbericht 2019 auf: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/>

Arbeitsprache ist Französisch, die Verfahrenssprache können die Parteien aus einer der Amtssprachen in der EU auswählen. Der EuGH hat einen Apparat von über 2.000 Mitarbeitern. Etwa die Hälfte der Mitarbeiter gehört der Übersetzungsabteilung an, da sämtliche Dokumente in die französische Sprache übersetzt werden müssen.

Aufgrund der zahlreichen Verfahren gibt es mittlerweile auch ein Gericht (EuG), das in einigen Verfahren erstinstanzlich zuständig ist.⁹⁰ Ihm gehören zwei Richter pro Mitgliedstaat an, für welche dieselben Voraussetzungen wie für EuGH-Richter gelten. Art. 254 AEUV. Generalanwälte gibt es aber nicht. Der EuG entscheidet durch Einzelrichter, in Kammern mit drei oder fünf Richtern oder als Große Kammer (15 Richter). Das Gericht ist vor allem für Nichtigkeitsklagen von Einzelpersonen und Unternehmen zuständig. Es besteht ein Rechtsmittel zum EuGH (Art. 256 Abs. 2 AEUV).

Schließlich gibt es ein Gericht für den öffentlichen Dienst, das für Rechtsstreitigkeiten der Mitarbeiter der EU zuständig ist, Art. 257, 270 AEUV. Es hat damit in erster Linie eine interne Funktion. Weitere Fachgerichte könnten nach Art. 257 AEUV eingerichtet werden, derzeit ist dies aber nicht der Fall.

3. Verfahren

Der EuGH hat die Aufgabe, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge zu sichern, Art. 19 EUV. Ihm kommt also die Kompetenz zur Auslegung des EU-Rechts zu. Diese kann naturgemäß nicht durch nationale Gerichte erfolgen, um eine Rechtszersplitterung zu vermeiden.

Der EuGH entscheidet in unterschiedlichen Besetzungen, Art. 251 AEUV. Die meisten Fälle werden durch Kammern von drei oder fünf Richtern entschieden. Wenn ein beteiligter Mitgliedstaat oder eine EU-Institution es verlangen, ist eine Große Kammer von 13 Richtern zuständig. In besonders wichtigen Verfahren entscheidet der EuGH in voller Besetzung mit allen 28 Richtern.

Der EuGH kann nur in einer abschließend aufgezählten Zahl von Verfahrensarten entscheiden, Art. 19 Abs. 3 EUV und Art. 256, 258ff. AEUV:⁹¹

- Nicht selten kommt es in der Praxis zu einem sog. Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258-260 AEUV). Es wird meist von der Kommission, gelegentlich auch von einem Mitgliedsstaat initiiert, wenn eine Verletzung von EU-Recht durch einen Mitgliedsstaat im Raum steht. Es ist zwingend ein Vorverfahren bei der Kommission zu durchlaufen, in dem der Mitgliedstaat Stellung nehmen kann.

In diesem Verfahren werden die großen Konflikte entschieden, die

[application/pdf/2020-05/qd-ap-20-001-de-n.pdf](https://www.europa.eu/application/pdf/2020-05/qd-ap-20-001-de-n.pdf).

90 Dazu Classen in: Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, § 13 Rechtsschutz, S. 216ff.

91 Siehe ausführlich zu den Verfahren vor dem EuGH, Herdegen, Europarecht, 21. Auflage München, 2019, § 9.

auch politisch für Aufsehen sorgen. Die Kommission als „Hüterin der Verträge“ setzt so deren Geist durch. Bei Nichteinhaltung können Sanktionen wie ein Zwangsgeld verhängt werden, Art. 260 Abs. 2 AEUV. Eher selten ist es, dass Mitgliedstaaten gegen andere Mitgliedstaaten vorgehen, ein Beispiel war die Klage Österreichs gegen die deutsche Pkw-Maut.⁹²

- Die in der Praxis häufigste Verfahrensart ist das sog. Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV).⁹³ Es dient einer Prüfung der Auslegung des EU-Rechts, um eine einheitliche Anwendung in der EU sicherzustellen. Nationale Gerichte können, oberste Gerichte sind zT verpflichtet, Verfahren dem EuGH vorzulegen, wenn die Auslegung einer Norm des EU-Rechts streitentscheidende Bedeutung zukommt.⁹⁴ Der EuGH kann dabei nur über die Auslegung von EU-Recht entscheiden, indirekt überprüft er damit aber das nationalen Rechts im konkreten Verfahren
- Mit der Nichtigkeitsklage (Art. 263-264 AEUV) können Rechtsakte der EU überprüft werden. Dieses Verfahren können auch (betroffene) juristische oder natürliche Personen anstrengen. In diesem Verfahren, für das erstinstanzlich meist das EuG zuständig ist, können Maßnahmen der EU überprüft und für nichtig erklärt werden, die nur einzelne Personen betreffen. Hier liegt der Schwerpunkt bei Verfahren im Wettbewerbs- und Kartellrecht; verhandelt werden aber auch Klagen gegen Sanktionen, welche die EU verhängt hat.
- Eine eher untergeordnete Bedeutung kommt weiteren Verfahren wie der Untätigkeitsklage (Art. 265 AEUV), der Schadensersatzklage (Art. 268 AEUV) oder Verfahren zum Zusammenwirken mit der Europäischen Investitionsbank oder der EZB (Art. 271 AEUV) zu.

Die Einzelheiten des schriftlichen und mündlichen Verfahrens ergeben sich aus den genannten Artikeln des AEUV sowie aus den Art. 19ff. der Satzung des EuGH und der ausführlichen Verfahrensordnung des EuGH.⁹⁵

4. Rolle des Gerichtshofs

Eine supranationale Organisation wie die EU kann nur funktionieren, wenn eine einheitliche Anwendung ihrer Regeln in sämtlichen Mitgliedstaaten sichergestellt ist. Dabei hat der EuGH eine ausgesprochen wichtige Rolle gespielt.

Dies ist umso bemerkenswerter, als der EuGH durch seine Richterschaft

⁹² Siehe das aktuelle Urteil des Gerichtshofs (Große Kammer) vom 6. Oktober 2020 in der Rechtssache C-66/18, Europäische Kommission gegen Ungarn, veröffentlicht auf: <http://curia.europa.eu/>.

⁹³ Auf diese Verfahrensart entfallen etwa 2/3 aller Fälle, vgl. <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-05/qd-ap-20-001-de-n.pdf>.

⁹⁴ Zur Vorlagepflicht Classen in: Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, § 13 Rechtsschutz, S. 234.

⁹⁵ Siehe: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/rp_de.pdf.

mit den Rechtskulturen der Mitgliedstaaten in enger Beziehung steht. Es dürfte auf der Hand liegen, dass hier die Unterschiede zwischen Süd- und Nordeuropa, aber auch Besonderheiten Osteuropas zum Tragen kommen. Sie werden in politischen Entscheidungen besonders deutlich, tragen aber auch eine rechtliche Komponente in sich.

Die Letztentscheidung des EuGH über die Auslegung des europäischen Rechts hat zudem eine disziplinierende Wirkung auf die nationalen Gerichte, die gezwungen sind, das eigene Recht am Maßstab des EU-Rechts zu messen und sich damit an der Rechtsprechung des EuGH zu orientieren.

Die immer stärkere Einwirkung des EU-Rechts und damit der Rechtsprechung des EuGH auf die Wirtschaft, aber auch zahlreiche weitere Lebensbereiche führt allerdings auch zu Abwehrreaktionen. Die damit verbundene Beschränkung der nationalen Souveränität wird insbesondere in ostmitteleuropäischen Staaten als Bedrohung empfunden. So fühlen sich etwa Polen oder Ungarn⁹⁶ durch Entscheidungen des EuGH bevormundet. Auch beim Brexit diene die Rolle des EuGH den Austrittsbefürwortern als Argument. Zugleich kann die nationale Souveränität eine Verletzung von EU-Normen oder rechtsstaatlichen Standards nicht rechtfertigen.⁹⁷

5. Verhältnis zu nationalen Gerichten

Der EuGH ist kein allumfassend zuständiges Gericht wie etwa das Oberste Gericht der Ukraine. Er kann nur über die Anwendung und Auslegung des EU-Rechts entscheiden. Dabei sind die Verträge (EUV und AEUV) der Maßstab der Prüfung.⁹⁸ In diesen Verträgen haben die Mitgliedstaaten einen Teil ihrer Souveränität auf die EU übertragen, die insoweit unmittelbar geltendes Recht für Unionsbürger schaffen kann, das ohne nationalen Umsetzungsakt gilt. Darin liegt ein Teil des Wesens der EU als sog. «supranationale Organisation».

Ein aktuell heftig diskutiertes Thema zum EuGH ist die Frage des «letzten Worts», also die Klärung, wer über die Reichweite dieser Übertragung von Souveränität entscheidet. Der EuGH nimmt diese Kompetenz für sich in Anspruch, da sie sich aus den Verträgen ergebe, für deren Auslegung er zuständig sei. Das führt zum Konflikt mit den Verfassungsgerichten der Mitgliedsstaaten. Diese vertreten die Auffassung, die Souveränitätsübertragung ergebe sich aus den nationalen Übertragungsakten, also der Zustimmung zu den Verträgen. Infolgedessen

⁹⁶ Siehe das Urteil des EuGH vom 18.08.2019 in der Rechtssache C-591/17, NJW 2019, 2369, dazu Besprechung Kahle/Hafner, NJW 2019, 2353; in diesem Fall folgte der EuGH übrigens nicht den Schlussanträgen des Generalanwalts.

⁹⁷ Die Ukraine muss sich also bewusst sein, dass ein gewünschter Beitritt zur EU auch für sie eine Einbuße an nationaler Souveränität bedeutete, der allerdings massive Vorteile in anderen Bereichen gegenüberstünden. Auch mag mancher eine Kontrolle nationaler Instanzen durch europäische Institutionen durchaus für wünschenswert halten.

⁹⁸ Streinz/Huber, EUV, 3. Auflage München 2018, Art. 19 Rn. 38-42.

sei es ihre Aufgabe, über diese Frage zu entscheiden.⁹⁹

Verschärft wurde die Konfrontation dadurch, dass der EuGH in einigen Entscheidungen die Regeln der Verträge ausgesprochen weit ausgelegt hatte. Dies rief wenig überraschend Widerstand seitens der nationalen Verfassungsgerichte hervor.

Die Problematik hat durch eine aktuelle Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) an Bedeutung gewonnen. Das BVerfG hat im Mai 2020 entschieden, dass Beschlüsse der EZB zum Staatsanleihekaufprogramm unzulässig seien und sich damit explizit gegen eine Entscheidung des EuGH gestellt.¹⁰⁰ Die Mitwirkung deutscher Staatsorgane wurde an die Erfüllung bestimmter Voraussetzungen gebunden und damit in Frage gestellt. Im konkreten Fall wurde wohl eine einvernehmliche eine Lösung gefunden. Das Grundproblem aber besteht fort.¹⁰¹ Die nationalen Gerichte und der EuGH sind gehalten, eine Lösung im Dialog zu finden.¹⁰²

Nicht unproblematisch ist auch das Verhältnis zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg. Vorgesehen war ein Beitritt der EU zur Europäischen Menschenrechtskonvention, siehe Art. 6 Abs. 2 EUV. Das hätte bedeutet, dass der Gerichtshof in Straßburg auch Handlungen der EU am Maßstab der Konvention hätte überprüfen können. Aufgrund eines negativen Gutachtens des EuGH¹⁰³ wurde vom Beitritt aber wieder Abstand genommen. Damit bleibt das Verhältnis beider Gerichte ungeklärt. Den Menschenrechtsschutz innerhalb der EU stellt der EuGH über die Grundrechtscharta der EU sicher.¹⁰⁴

6. Ausblick

Die Bedeutung des EuGH für die Entwicklung des europäischen Rechts kann nicht überschätzt werden. Er sorgt dafür, dass EUV und AEUV in der gesamten EU einheitlich angewandt werden. Das ist eine wichtige Voraussetzung für das Funktionieren des Binnenmarktes, der auf einheitliche Regeln zwingend angewiesen ist. In diesem Bereich hat der EuGH gerade in den ersten Jahren des Bestehens der EU mit Leitentscheidungen Maßstäbe gesetzt.

Durch den EuGH und seine Rechtsprechung bilden sich zudem ein europäisches Rechtsverständnis und eine europäische Rechtskultur

⁹⁹ Zu dem Problemfeld ausführlich: Streinz/Huber, EUV, 3. Auflage München 2018, Art. 19 Rn. 64-96.

¹⁰⁰ Siehe Urteil des BVerfG (2. Senat) vom 05.05.2020, Az. 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15 und 2 BvR 1651/15, NJW 2020, 1647, aus den zahlreichen Besprechungen siehe etwa Nettesheim, NJW 2020, 1631.

¹⁰¹ Siehe auch Kirchhof, Die Rechtsarchitektur der Europäischen Union, NJW 2020, 2057.

¹⁰² Grabitz/Hilf/Nettesheim/Mayer, 70. EL Mai 2020, EUV Art. 19 Rn. 104.

¹⁰³ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=DE>.

¹⁰⁴ Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 (ABl. C 364 S. 1).

heraus.¹⁰⁵ Sie wirken unmittelbar auf die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ein und harmonisieren diese immer stärker. Mit dem Ausscheiden Großbritanniens aus der EU („Brexit“) könnte der EuGH diese Rolle noch verstärken. Der bisherige Zwang zu Kompromissen zwischen den Vorgehensweisen des kontinentaleuropäischen Rechts und des Common Law könnte einer einheitlicheren Rechtsprechung weichen.

Klar ist aber auch, dass der EuGH Grenzen unterliegt. So kann er nur über die Auslegung des vorhandenen EU-Rechts entscheiden. Zu Kompetenzerweiterungen ist er nicht befugt, die EU hat keine eigene Kompetenzausweitungsbefugnis. Hier wäre mitunter etwas mehr Zurückhaltung angebracht und zeichnet sich auch ab. Dabei wäre es wünschenswert den in Art. 5 EUV verankerten Subsidiaritätsgedanke nicht aus den Augen zu verlieren.¹⁰⁶

Im schwierigen Verhältnis zu den nationalen Verfassungsgerichten ist ein abgestimmtes Vorgehen wichtig. Die Europäische Union ist auch deswegen so attraktiv, weil sie rechtsstaatlich verfasst ist¹⁰⁷ und jedem Rechtsschutz bietet.¹⁰⁸ Daher ist es wichtig, Lösungen im Konsens zu suchen.

Dr. Wölk Cornelia

*Richterin am Landgericht Hamburg
(Hamburg, Deutschland)*

DIE BEGRÜNDUNG GERICHTLICHER NTSCHEIDUNGEN IN ZIVIL- UND WIRTSCHAFTSSACHEN IN DEUTSCHLAND

1. Einführung

Für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten in Zivil- und Wirtschaftssachen (die in Deutschland als Handelssachen bezeichnet werden) gibt es eine einheitliche Prozessordnung, nämlich die **Zivilprozessordnung**¹⁰⁹

¹⁰⁵ So schon formuliert von Odersky: Harmonisierende Auslegung und europäische Rechtskultur, ZEuP 1994, 1.

¹⁰⁶ Kadelbach, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage Baden-Baden 2015, EUV Art. 5, Rn. 25ff.

¹⁰⁷ Wegener in: Calliess/Ruffert, EUV/AEU, München 5. Auflage 2016, EU-Vertrag (Lissabon) Art. 19, Rn. 5.

¹⁰⁸ Bis hin zu der Möglichkeit für von Sanktionen betroffene Personen, dagegen Rechtsschutz zu verlangen (Art. 275 AEUV), siehe etwa die Entscheidung des EuGH zu den Russland-Sanktionen, Urteil des EuGH vom 17.09.2020, Rechtssache C-732/18 P, veröffentlicht auf: <http://curia.europa.eu/>; dies war übrigens ein Rechtsmittelverfahren gegen eine Entscheidung des EuG.

¹⁰⁹ Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember

(ZPO). Dementsprechend gelten für die Begründung von Urteilen in Zivil- und Wirtschaftssachen dieselben gesetzliche Regelungen. Auch in der Praxis gibt es bei der Begründung von Urteilen in Zivilsachen und der Begründung von Urteilen in Handelssachen keinerlei Abweichungen. Deshalb gelten die nachstehenden Ausführungen gleichermaßen für Zivil- und Handelssachen.

2. Bestandteile des Urteils

Auf der ersten Seite des Urteils eines deutschen Gerichts wird zunächst oben links das **Aktenzeichen** der betreffenden Sache aufgeführt. Oben in der Mitte befindet sich das **Wappen**: Handelt es sich um das Urteil des Bundesgerichtshofs, so befindet sich dort der Bundesadler. Handelt es sich um das Urteil eines Instanzgerichts (also um ein erstinstanzliches oder ein Berufungsurteil) befindet sich auf dem Urteil das Wappen des Bundeslandes, in dem das Gericht, welches das Urteil verkündet hat, seinen Sitz hat. Unter dem Wappen steht: „**Im Namen des Volkes**“. In Deutschland werden Urteile im Namen des Volkes (vgl. § 311 Abs. 1 ZPO) und nicht im Namen der Bundesrepublik Deutschland verkündet.

Anschließend folgen

- der **Urteilseingang (Rubrum)**,
- die **Urteilsformel** (der **Urteilstenor**),
- der **Tatbestand** und
- die **Entscheidungsgründe**.

3. Der Urteilseingang (Rubrum)

Nach dem Gesetz (§ 313 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) enthält der Urteilseingang (der als „Rubrum“ bezeichnet wird – ursprünglich wurde dieser mit roter Tinte geschrieben) die Bezeichnung

- der Parteien
- ihrer gesetzlichen Vertreter und
- deren Prozessbevollmächtigten.

Bei natürlichen Personen ist nicht nur der vollständige Vor- und Zuname, sondern auch die vollständige Anschrift des Wohnsitzes der Partei aufzuführen. Bei juristischen Personen ist die vollständige Bezeichnung anzugeben, die ihrer Rechtsnatur entspricht, sowie die vollständige Anschrift des Sitzes der juristischen Person. Auch bei den Prozessbevollmächtigten wird die vollständige Kanzlei-anschrift der Prozessbevollmächtigten im Rubrum aufgeführt.

In der Praxis hat es sich zudem eingebürgert, dass die Parteistellung der jeweiligen Parteien angegeben wird, sie also als „Kläger“ oder „Beklagter“ bezeichnet werden.

Es folgt sodann die

- die Bezeichnung des Gerichts und die Namen der Richter, die bei der Entscheidung mitgewirkt haben (§ 313 Abs. 1 Nr. 2 ZPO) sowie

2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), die zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 31. Januar 2019 (BGBl. I S. 54) geändert worden ist

- der Tag, an dem die mündliche Verhandlung geschlossen worden ist (§ 313 Abs. 1 Nr. 3 ZPO).

Beispiel für ein Rubrum:

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

der Frau A.B., Feldweg 3, 56789 Neudorf,

Klägerin,

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt C.D., Kanzleistraß 4, 67890 Altstadt,

gegen

die XYZ GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer F.G., Industriestraße 120, 34567 Großzechen,

Beklagte,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin K.L., Hauptstraße 20, 12345 Oberberg

hat das Landgericht xxx, Zivilkammer 25, durch die Vorsitzende Richterin am Landgericht Dr. Schlau, den Richter am Landgericht Meyer und den Richter Müller aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 1. April 2019 für Recht erkannt:

4. Die Urteilsformel (der Urteilstenor)

In Deutschland folgt die Urteilsformel bereits unmittelbar nach dem Rubrum und nicht (wie in vielen europäischen Staaten oder bei internationalen Gerichten üblich) erst am Ende der Entscheidung.

Die Urteilsformel besteht im Allgemeinen aus drei Teilen:

- a) dem **Ausspruch zur Hauptsache**,
- b) der Entscheidung über die **Kosten** des Rechtsstreits und
- c) dem Ausspruch über die **vorläufige Vollstreckbarkeit** der Entscheidung.
- d) Wenn der Klage stattzugeben ist, hat sich die Formulierung des Ausspruchs zur Hauptsache grundsätzlich an dem Klageantrag zu orientieren.

Verlangt der Kläger zum Beispiel die Zahlung von 500 Euro und ist die Klage begründet, lautet der Ausspruch zur Hauptsache:

„Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 500 Euro zu zahlen.“ Begehrt der Kläger eine Feststellung, könnte der Ausspruch zur

Hauptsache im Falle einer Stattgabe der Klage zum **Beispiel** wie folgt lauten:

„Es wird festgestellt, dass der Kläger Eigentümer des Personenkraftwagens (genaue Beschreibung des Pkw) ist.“

Bei klageabweisenden Urteilen lautet der Ausspruch zur Hauptsache immer:

„Die Klage wird abgewiesen.“

Ob die Klage als unzulässig oder als unbegründet abgewiesen wird, wird im Urteilstenor nicht kenntlich gemacht.

Bei einem teils zusprechenden und teils klageabweisenden Urteil (Beispiel: der Kläger begehrt die Zahlung von 1000 Euro. Er hat aber nur einen Anspruch auf Zahlung von 800 Euro) kann der Ausspruch zur Hauptsache zum **Beispiel** wie folgt formuliert werden:

„Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 800 Euro zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.“

a) *Der Ausspruch über die Kosten richtet sich in aller Regel nach dem Ausgang des Rechtsstreits.*

Obsiegt der Kläger in vollem Umfang, lautet der Ausspruch über die Kosten (im Regelfall):

„Der Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.“

Obsiegt der Beklagte in vollem Umfang, lautet der Ausspruch über die Kosten (im Regelfall):

„Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.“

Wenn beide Parteien teilweise obsiegen bzw. teilweise unterliegen, sind die Kosten des Rechtsstreits gegeneinander aufzuheben oder verhältnismäßig zu teilen (vgl. § 92 ZPO) und wird der Ausspruch über die Kosten in der Regel wie folgt formuliert:

„Von den Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger XX % und der Beklagte XX % zu tragen.“

b) *Im deutschen Recht besteht die Möglichkeit, ein Urteil unter bestimmten Voraussetzungen bereits vor Eintritt der Rechtskraft für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Unter welchen Voraussetzungen dies möglich ist, ist in den §§ 704, 708 ff. ZPO geregelt.*

Ist ein Urteil nach dem Gesetz ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar, lautet der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit wie folgt:

„Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.“

Ist das Urteil gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar (vgl. § 709 ZPO), lautet der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit in der Regel wie folgt:

„Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.“

Ist das Urteil ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar und darf der Schuldner die Vollstreckung gemäß § 711 ZPO durch Sicherheitsleistung oder Vollstreckung abwenden, lautet der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit in der Regel wie folgt:

„Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte (der Kläger) darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu

vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger (der Beklagte) vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.“

5. Der Tatbestand

Gemäß § 313 Abs. 2 ZPO sollen im Tatbestand die erhobenen Ansprüche und die dazu vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel unter Hervorhebung der gestellten Anträge mit ihrem wesentlichen Inhalt nach knapp dargestellt werden. In aller Regel geschieht das nach folgendem Schema:

Der Tatbestand beginnt mit einer Schilderung des zwischen den Parteien **unstreitigen Tatsachenvortrags**. In der Praxis beginnt die Schilderung des unstreitigen Tatsachenvortrags mit einem **Einleitungssatz**, welcher den Streit kennzeichnet, zum **Beispiel**: „Der Kläger verlangt von dem Beklagten Schadensersatz aus einem Verkehrsunfall.“

Nach der Schilderung des unstreitigen Tatsachenvortrages werden die (streitigen) **Behauptungen des Klägers** dargestellt.

Anschließend folgen die **Anträge der Parteien**, und zwar hervorgehoben. **Beispiel**:

Der Kläger beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 500 Euro zu zahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Nach den Anträgen werden die (streitigen) **Behauptungen des Beklagten** geschildert.

Rechtsansichten der Parteien sind grundsätzlich nicht im Tatbestand wiederzugeben. Etwas anderes gilt nur, wenn ohne die Mitteilung von Rechtsansichten der Streit der Parteien nicht verständlich wäre. Das ist zum Beispiel dann der Fall, wenn der Sachverhalt zwischen den Parteien weitgehend unstreitig ist und die Parteien allein darüber streiten wie der Sachverhalt rechtlich zu würdigen ist.

Die Entwicklung des Rechtsstreits von der Einreichung der Klageschrift bis zur Entscheidung des Gerichts (die sogenannte **Prozessgeschichte**) bedarf im Tatbestand nur insoweit einer Erwähnung, als sie für die Entscheidung von Bedeutung ist. Das ist zum **Beispiel** dann der Fall, wenn das Gericht eine Beweisaufnahme durchgeführt hat: „Das Gericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen X und Y sowie die Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens des Sachverständigen Z.“

Nach § 313 Abs. 2 Satz 2 ZPO soll wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes auf Schriftsätze, Protokolle und andere Unterlagen verwiesen werden. Am Ende des Tatbestandes befindet sich daher regelmäßig eine entsprechende **Bezugnahme**, die etwa wie folgt lauten kann:

„Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug

genommen.

Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 18.10.2018 sowie auf das schriftliche Sachverständigengutachten des Sachverständigen Z Bezug genommen.“

6. Die Entscheidungsgründe

Gemäß § 313 Abs. 3 ZPO sollen die Entscheidungsgründe eine kurze Zusammenfassung der Erwägungen, auf denen die Entscheidung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht beruht, enthalten.

Die Entscheidungsgründe werden im sogenannten Urteilsstil geschrieben. Es wird nicht die Frage aufgeworfen, ob eine bestimmte Anspruchsgrundlage einschlägig ist oder nicht, sondern es wird das Ergebnis der Prüfung mitgeteilt. Dieses Ergebnis wird am Anfang der Entscheidungsgründe in einem zusammenfassenden Satz vorangestellt. Dieser Satz kann (je nach Ergebnis des Rechtsstreits) etwa wie folgt lauten:

„Die Klage ist unzulässig.“

„Die Klage ist zulässig, aber unbegründet.“

„Die Klage ist zulässig, aber nur teilweise begründet.“

„Die Klage ist zulässig und begründet.“

Sodann wird dieses Ergebnis näher begründet. Ist die Klage begründet, wird ausgeführt, aus welcher Rechtsvorschrift bzw. aus welchen Rechtsvorschriften sich der Anspruch ergibt und weshalb die einzelnen Voraussetzungen dieser Rechtsvorschriften erfüllt sind. **Beispiel:**

„Der Kläger hat gegenüber dem Beklagten einen Anspruch auf Zahlung eines Kaufpreises von 10.000 Euro aus § 433 Abs. 2 BGB. Die Parteien haben am 20.05.2015 einen Kaufvertrag über den PKW Volkswagen Passat (genaue Beschreibung des Fahrzeugs) geschlossen. Der Kläger hat dem Beklagten den Verkauf des PKW zu einem Kaufpreis von 10.000 Euro angeboten. Der Beklagte hat sich damit einverstanden erklärt. Der Kläger hat dem Beklagten daraufhin dem PKW übergeben.“

Dabei muss sich der Verfasser des Urteils auch mit Einreden der Beklagtenseite auseinandersetzen. **Beispiel:** „Der Beklagte kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass der Kaufpreisanspruch des Klägers verjährt sei. Der Anspruch des Klägers war im Zeitpunkt der Erhebung der Klage noch nicht verjährt.“

Im Falle einer Klagabweisung muss sich der Verfasser des Urteils mit allen in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen – jeweils in einem gesonderten Abschnitt – auseinandersetzen und erläutern, weshalb ein Anspruch aus der in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage nicht gegeben ist. Das Nichtvorliegen eines Anspruchs aus der Anspruchsgrundlage kann sich daraus ergeben, dass

- der Kläger das Vorliegen einer der Anspruchsvoraussetzungen nicht vorgetragen hat (in diesem Fall ist die Klage „unschlüssig“);

Beispiel: „Der Kläger hat gegenüber dem Beklagten keinen Anspruch auf Zahlung eines Kaufpreises aus § 433 Abs. 2 BGB. Der Kläger hat nicht vorgetragen, einen Kaufvertrag mit dem Beklagten geschlossen zu haben. Aus dem Klagevorbringen ergibt sich vielmehr, dass Vertragspartner des Beklagten die Ehefrau des Beklagten ist. ...“

- der Kläger eine Tatsache nicht bewiesen hat;

Beispiel: „Der Kläger hat gegenüber dem Beklagten keinen Anspruch auf Zahlung eines Kaufpreises aus § 433 Abs. 2 BGB. Der Kläger hat nicht bewiesen, dass der Beklagte Käufer des Fahrzeugs gewesen ist. Die Beweisaufnahme hat ergeben, dass der vom Kläger benannte Zeuge Müller beim Vertragsschluss nicht anwesend war. ...“

- eine vom Beklagten gegen den Klageanspruch erhobene Einrede durchgreift.

Beispiel: „Der Kläger hat gegenüber dem Beklagten keinen Schadensersatzanspruch aus § 823 BGB, weil der Beklagte 12.05.2015 den Gartenzaun des Klägers beschädigt hat. Der vom Kläger erhobene Anspruch ist verjährt. Die Verjährungsfrist ist am 12.05.2018 abgelaufen. Der Kläger hat die vorliegende Klage nicht rechtzeitig vor Ablauf der Verjährungsfrist erhoben. ...“

Hat das Gericht Beweis erhoben, sind die Beweise in den Entscheidungsgründen zu würdigen. § 286 Abs. 1 ZPO schreibt insoweit vor: „Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses der Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob es die tatsächliche Behauptung, über die es Beweis erhoben hat, für wahr oder nicht für wahr erachtet. Im Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.“ Ein festes Schema, wie die Beweiswürdigung zu formulieren ist, gibt es nicht, weil die Beweiswürdigung frei ist. Es muss sich jedoch aus den Urteilsgründen ergeben, aufgrund welcher Umstände sich das Gericht seine Überzeugung gebildet hat.

Am Ende der Urteilsgründe werden die Nebenentscheidungen (die Entscheidung über die Kosten und die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit) kurz begründet.

7. Unterschriften

Am Ende des Urteils befinden sich die Unterschriften aller Richter, die bei der Entscheidung mitgewirkt haben (§ 315 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Вольська Інна Василівна

*помічник судді Господарського суду міста Києва,
аспірантка другого року навчання кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м.Київ, Україна)*

Науковий керівник: доктор юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича О.В.Щербанюк

ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ СТРУКТУРИ КОНСТИТУЦІЙНИХ СУДІВ ЄВРОПЕЙСЬКИХ ДЕРЖАВ

Проаналізувавши норми конституційного законодавство європейських держав можна дійти висновку, що обрання на посаду суддів Конституційних судів здійснюється наступними способами:

- пряме призначення органом виконавчої влади;
- виборне призначення законодавчим органом;
- спільне призначення, яке поділяється на дві групи: призначення законодавчого, виконавчого та судового органу; призначення законодавчого та виконавчого органу.

В Австрії, Словаччині, Бельгії, Данії, Іспанії пряме призначення здійснюється главою держави безпосередньо.

Найбільш очевидною відмінністю у виборчому призначенні є різноманіття органів влади, які мають право пропонувати кандидатам на вибори в якості суддів Конституційного Суду. Пропозиції можуть надходити від Президента країни і закінчуючи пропозиціями політичних партій (Ліхтенштейн), в Литві кандидатів на посаду суддів подають Президент, Парламент і Верховний суд.

Також змішані законодавчі, виконавчі та судові органи, які ми знаходимо в Болгарії, Іспанії, Італії. Спільне призначення законодавчим та виконавчим органом практикується в Андорі, Румунії, Франції.

Спільне призначення суддів Конституційного Суду поширюється в Республіці Молдова. Тому що два судді призначаються парламентом, два урядом і два Вищою радою магістратури.

Ще одне питання, яке необхідно обговорити, – чисельний склад Конституційного Суду. У країнах Центральної та Західної Європи кількість суддів в Конституційному суді відрізняється: у Франції-9, Греції-12, Бельгії-12, Іспанії-12, Португалії-13, Італії-15, Словенії-9, Угорщині-15.

Відповідно до статті 6 (1) (а) Положення (ЄС) No 208 л) Закон про Конституційний Суд, Конституційний суд Республіки Молдова скла-

дається з 6 суддів. Більшість держав мають Конституційні Суди, що складаються з непарної кількості суддів з причин сприяння прийняттю рішень у разі обміну голосами.

Виходячи з терміну дії мандату, ми можемо класифікувати призначення суддів на три групи:

1. Призначення на строк повноважень - у цих державах суддя виконує свою функцію до віку, встановленого для здійснення цієї функції, тобто до пенсійного віку (Австрія, Бельгія). В Естонії судді можуть залишатися на посаді до 5 років після досягнення пенсійного віку.
2. Призначення на строк повноважень, який не може бути продовжений чи поновлений. Термін, що не підлягає відновленню, становить 9 років у Болгарії, Італії, Литві; на 12 років - у Німеччині - в Іспанії члени Конституційного суду призначаються на 9 років, кожні три роки 1/3 поновлюється, те саме передбачає Конституція Литви.
3. Призначення на термін повноважень, який може бути продовжений або поновлений, наприклад: Білорусь, Естонія.

У Республіці Молдова судді Конституційного суду призначаються строком на 6 років. Суддя Конституційного Суду може обіймати цю посаду протягом двох строків, якщо він призначений і на дату призначення не перевищує вікової межі 65 років. Судді Конституційного Суду шляхом таємного голосування більшістю голосів обирають Президента Конституційного Суду строком на три роки.

Голові та суддям Конституційного Суду у їх діяльності допомагають 6 помічників суддів (ст. 35 закону).

Помічників суддів наймають за конкурсом. Кандидати на посаду судді-помічника повинні відповідати таким умовам: вища юридична підготовка; 10 років юридичної діяльності або вищої юридичної освіти.

Інформаційна, організаційна, наукова та інша допомога, організація слухань громадян, попередня перевірка деяких повідомлень, надання допомоги у підготовці справ забезпечується Секретаріатом Конституційного Суду. Положення про Секретаріат, його організацію, перелік посад затверджується Конституційним Судом.

Секретаріат очолює начальник, який відповідає за всю адміністративну роботу.

Прийняття на роботу та звільнення працівників Секретаріату, упорядкування бюджетних засобів Суду є відповідальністю Голови Конституційного Суду.

Окрім Конституційного Суду, існує Науково-консультативна рада відповідно до ст. 36 Закону «Про Конституційний Суд» - складається з науковців та фахівців у галузі права. Положення Науково-консультативної ради було затверджено Рішенням Конституційного Суду № 33

від 29.10.1998 р.

Конституційний Суд має власний бюджет, який є невід'ємною частиною державного бюджету. Бюджет Суду затверджується Парламентом одночасно з Державним бюджетом.

Необхідно проаналізувати критерії призначення суддів Конституційного Суду, як правило, подаються такі соціально-професійні вимоги: громадянство, вік, дієздатність, професійна компетентність, освіта, моральні якості, знання державної мови, постійне проживання у відповідній державі попередня домовленість. Вимога про громадянство відображена в законодавстві Іспанії та України.

Загальна перевага адвокатів спостерігається в декількох державах (Австрія, Німеччина). Однак існують держави, які також приймають нелегалів як членів Суду (Франція), але насправді ці суди складаються з адвокатів.

Загалом, максимальний вік суддів Конституційного суду коливається від 65 років (Туреччина) до 68 (Німеччина), 70 (Австрія, Бельгія) і навіть до відсутності будь-якого обмеження (Болгарія, Литва). У деяких державних законах також встановлений мінімальний ліміт, наприклад, в Угорщині 45 років.

Умови обіймання посади судді Конституційного Суду Республіки Молдова передбачені статтею 11 закону, а саме: висока професійна компетентність, стаж юридичної діяльності не менше 15 років, вища юридична освіта або наукова діяльність перевищувати віковий межа 65 років та попередню письмову згоду. Ця угода також повинна містити зобов'язання кандидата подати у відставку з посади або, залежно від обставин, припинити свою діяльність у партії або в будь-якій іншій політичній організації.

Використані матеріали:

1. Arseni A., Ivanov V., Suholitco L. "Dreptul constituțional comparat", Centrul editorial al USM, Chișinău 2003.
2. Eisseman Ch., „La justice constitutionnelle d’Austrie”, Sirez, Paris, 1989.

Громовчук Мирослава Володимирівна
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри конституційного
права та порівняльного правознавства
ДВНЗ «Ужгородський національний університет»
(м. Ужгород, Україна)

РОЛЬ ТА МІСЦЕ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ У МЕХАНІЗМІ РЕАЛІЗАЦІЇ ЛЮДИНОЮ БІОМЕДИЧНИХ ПРАВ: ЗАГАЛЬНІ ЗАСАДИ

У зв'язку з розвитком науково-технічного прогресу в сфері біології та медицини на сьогоднішній день постає питання дотримання біоетичних аспектів при реалізації людиною своїх соматичних прав. На початку ХХ ст. ці права виокремлюють в окрему категорію прав четвертого покоління та називають біомедичними правами.

У контексті правового регулювання біомедичних прав особливе значення має прийнята Радою Європи від 4 квітня 1997 р Конвенція про захист прав та гідності людини у зв'язку з використанням досягнень біології та медицини (Конвенція про права людини та біомедицину), так звана Конвенція Ов'єдо. Зокрема, в ст. 1 зазначено: «Сторони цієї Конвенції захищають гідність і тотожність усіх людей та гарантують кожній особі – без дискримінації – повагу до її недоторканності та інших прав і основних свобод щодо застосування біології та медицини».

Важливим питанням в реалізації людиною біомедичних прав є наявність міжнародних механізмів їх захисту. У рамках Конвенції 1997 р. створений спеціфічний механізм тлумачення її положень. Важливим положенням є ст. 29 Конвенції 1997 р., згідно з якою ЄСПЛ може робити висновки з правових питань, що пов'язані з тлумаченням її положень, які носять рекомендаційний характер. ЄСПЛ може, не посилаючись безпосередньо на якусь конкретну справу, що перебуває в судочинстві, надавати консультативні висновки з правових питань, які стосуються тлумачення Конвенції 1997 р., на прохання уряду однієї зі сторін Конвенції 1997 р., проінформувавши про це інші сторони Керівного комітету з біоетики¹¹⁰.

Є.В. Тарасянц акцентує увагу на тому факті, що ще в період розробки Конвенції 1997 р. ЄСПЛ розглядав значну кількість скарг і було б нерозумним надіятися його повноваженнями з розгляду додаткової категорії справ. Проте, недоліком Конвенції 1997 р. деякі автори вважають відсутність можливості звернення до ЄСПЛ для захисту по-
110 Хендлер Н.В. Захист біомедичних прав у Європейському суді з прав людини. URL: https://ukrainepravo.com/international_law/european_court_of_human_rights/zakhyst-biomedychnykh-prav-lyudyny-u-evropeys%60komu-sudi-z-prav-lyudyny/

рушених прав¹¹¹. Так само, заявник в ЄСПЛ не може обґрунтовувати свої вимоги виключно на нормах Конвенції 1997 р. у відповідності до ст. 35 Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 р.

Захист біомедичних прав безпосередньо Європейською конвенцією про захист прав людини та основних свобод 1950 р. не передбачено, але звернення можливо за низкою статей Конвенції 1950 р. Наприклад при порушенні статей 2 (право на життя), ст. 3 (заборона тортур), ст. 6 (право на справедливий судовий розгляд), ст. 8 (право на повагу до приватного та сімейного життя).

Зокрема, при застосуванні статті 2 Конвенції щодо захисту права на життя підпадають і питання, що стосуються штучного переривання вагітності та евтаназії. Стосовно справи *Boso v. Italy* та *Vo v. France* суду доводилося розглядати питання щодо того, з якого часу життя охороняється Конвенцією, і чи застосовується стаття 2 Конвенції щодо захисту ембріону. В обох випадках Суд відмовився вирішувати це питання та визнав, що, враховуючи різноманітність існуючих у Європі правових концепцій та культур, визначення точки, з якої починається життя, знаходиться у межах «свободи розсуду» держави. Інакше кажучи, згідно з усталеною практикою Суду, плід не може з точки зору Конвенції розглядатися як захищена особа, щодо якої держава має відповідні зобов'язання¹¹².

Цікаву позицію висловив Суд у справі *Paton v. the United Kingdom*¹¹³, у якій було вирішено, що аборт на 10-тижневому терміні в інтересах фізичного і психічного здоров'я вагітної жінки відповідно до британського законодавства не суперечить праву на життя, яке захищається Конвенцією, оскільки життя ембріона *нерозривно пов'язане з життям вагітної жінки і не може розглядатися у відриві від неї*.

Ще більш категоричний європейський стандарт викладений у справі *R. H. v. Norway*,¹¹⁴ де Кошишня Комісія встановила, що законний аборт, проведений на 14 тижні на визначених у законі підставах, серед яких

111 Тарасяк Е. В. Международно-правовые аспекты защиты прав человека при проведении биомедицинских исследований // Московский журнал международного права. 2008. № 2 (70). С. 69.

112 Akandji-Kombe J.F. Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights. Council of Europe : Human rights handbooks, 2007. P. 22

113 Case of Paton v. UK (Application no. 8416/78) Judgment European Commission on Human Rights, Strasbourg, 13 May 1980. Global Health and Human Rights Database. URL: <https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/10/EComHR-1980Paton-v.United-Kingdom-X.-v.United-Kingdom.pdf>.

114 Case of R. H. v. Norway (Application no. 17004/90): Judgment European Commission of Human Rights, Strasbourg, 19 May 1992 (decision as to the admissibility). Global Health and Human Rights Database. URL: <https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2016/12/H.v.-NORWAY.pdf>.

і така, «що вагітність, народження або турбота про дитину можуть поставити жінку у важку життєву ситуацію», не є порушенням Конвенції. Отже, ЄСПЛ визнав припустимими аборти не лише за медичними, а й за соціальними показниками. У справі *Vo v. France* (2004) Суд заявив: якщо у ненародженого все-таки є «право на життя», воно явно обмежене правами й інтересами матері (§ 80).

З приводу завершення життя, зокрема, що стосується «права на смерть», у справі *Pretty v. UK*, заявниця – смертельно хвора жінка – наголошувала на позитивному обов'язку захищати право вибору припинити жити, однак такий аргумент був відхилений Судом. Останній постановив, що право на життя, передбачене статтею 2 Конвенції, не може тлумачитися як таке, що включає «негативний аспект», і що «право на смерть», незалежно від того, ким вона заподіюється – від рук третьої особи або за допомогою державної влади, не може бути виведено з цієї статті. З цього випливає, що право на життя не містить негативного вмісту і держава не має позитивних зобов'язань щодо забезпечення права на свободу розпоряджатися своїм життям¹¹⁵.

Порушенням біомедичних прав є проведення біомедичних дослідів без згоди випробуваного, що можна віднести до нелюдського поводження, і дані дії підпадають під дію ст. 3 Конвенції 1950 р. У рішенні у справі *X. проти Данії*¹¹⁶ було визнано, що лікування експериментального характеру без згоди пацієнта може, в певних випадках, розглядатися як дія, яка суперечить ст. 3 Конвенції 1950 р. Зазначалось, що дане твердження не належить до випадків проведення, за згодою пацієнта, операції, під час якої лікар використовує новий інструмент.

Цікавими є висновки, до яких ЄСПЛ дійшов у 2016 році, розглянувши справу «*Чекуті та де Баррос і Васконселос Понта проти Італії*»¹¹⁷ щодо забезпечення права на життя доньки заявників, хворої на метакроматичну лейкоцистозу. У рішенні в цій справі від 31 травня 2016 року ЄСПЛ зауважив, що держава надала дозвіл на застосування терапевтичного методу лікування за допомогою стовбурових клітин під назвою «*Stamina*» (у перекладі з італ. «витривалість»), але пізніше компетентні державні органи встановили, що цей метод лікування становив реальну загрозу для життя пацієнтів, його подальше застосування стало неможливим, а осіб, які займалися організацією та проведенням

¹¹⁵ Христова Г. О. Доктрина позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини. Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук за спеціальністю 12.00.01 «теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень». – Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Міністерство освіти і науки України, 2019. С.217

¹¹⁶ Josef Prinz v. Austria : Judgment of 08/02/2000. §26 - 27. Hudoc; Josef Prinz v. Austria : Decision. 10/04/1997. Hudoc; D.V. v. Bulgaria : Decision of 16/04/1998. Hudoc.

¹¹⁷ Ceccuti et de Barros e Vasconcellos Ponta contre l'Italie: décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 31.05.2016. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164302>.

такого лікування, було притягнуто до відповідальності. Як зазначається у вказаному рішенні ЄСПЛ, в Італії використання генної терапії та соматичних клітин допускається за умови відсутності альтернативного способу лікування в невідкладних випадках, коли існує небезпека для життя пацієнта або загроза суттєвої шкоди його здоров'ю, а також у випадках серйозних захворювань, що швидко прогресують (пункт 28).

Задля вирішення питання про місце практики Суду в національному правопорядку України ухвалено окремий закон – Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р., який визнає юридичну можливість застосування практики ЄСПЛ судами України всіх юрисдикцій при здійсненні правосуддя. Згідно зі статтею 17 цього Закону, суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як *джерело права*. Це положення розвивають інші акти національного законодавства України (частина 2 статті 8 Кодексу адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р., частина 2 статті 8 та частина 5 статті 9 Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 р., частина 4 статті 10 Цивільного процесуального кодексу України від 18 березня 2004 р.). Причому поняттям «практика Суду» охоплюються не тільки рішення у справах проти України, а й уся юриспруденція ЄСПЛ та Комісії (стаття 1 вказаного Закону). Звичайно, передовсім ідеться про так звану *«усталену практику Суду»* (англ. *WEC cases, well-established case-law of the Court*)¹¹⁸.

Варто погодитись з М. Селівом, який зазначає, що багато європейських держав, зокрема їх судові органи, застосовували норми Конвенції у власній країні, ще до приєднання до неї. Дотримання її норм є індикатором ставлення влади до демократичних ідеалів, захисту прав і свобод людини, а отже, і власних громадян¹¹⁹.

Європейський Суд з прав людини при тлумаченні прав та обов'язків поширює дію ч.1 ст. 6 Конвенції на різні справи за галузями, таким чином захищаючи основні права та свободи людини. Застосовуючи практику Європейського Суду з прав людини у справах по реалізації особою своїх біомедичних прав національні суди в такий спосіб підсилюють свої рішення, а це в свою чергу сприяє формуванню судової практики у захисті прав та свобод людини.

Таким чином, на наш погляд, вкрай важливим питанням при реалізації людиною біомедичних прав є саме наявність міжнародних механізмів їх захисту. І, в першу чергу, у вказаному механізмі слід акцентувати увагу на функції Європейського суду з прав людини

¹¹⁸ Христова Г. О. Позитивні зобов'язання держави у сфері прав людини: сучасні виклики: монографія. Харків: Право, 2018. С.280

¹¹⁹ Селівон М. Вступне слово учасникам Міжнародної конференції «Вплив практики Європейського суду з прав людини на національне конституційне судочинство». Вісник Конституційного Суду України. 2005. № 6. С. 3–6.

розглядати та вирішувати конкретні справи щодо порушення біомедичних прав людини. Крім того, у рамках Конвенції Ради Європи про захист прав та гідності людини у зв'язку з використанням досягнень біології та медицини 1997 р. створений особливий механізм тлумачення ЄСПЛ її положень. При цьому, саме цей механізм є вкрай необхідним для розвитку біомедичних прав людини й, на нашу думку, сприятиме нормативному закріпленню положень самої Конвенції й на загальнодержавному, й на міжнародному рівнях.

Використані матеріали:

1. Селівон М. Вступне слово учасникам Міжнародної конференції «Вплив практики Європейського суду з прав людини на національне конституційне судочинство». *Вісник Конституційного Суду України*. 2005. № 6. С. 4–6.
2. Тарасьянц Е. В. Международно-правовые аспекты защиты прав человека при проведении биомедицинских исследований. *Московский журнал международного права*. 2008. № 2 (70). С. 62-81.
3. Хендель Н.В. Захист біомедичних прав у Європейському суді з прав людини. URL: https://ukrainepravo.com/international_law/european_court_of_human_rights/zakhyst-biomedychnykh-prav-lyudyny-u-evropeys%60komu-sudi-z-prav-lyudyny/
4. Христова Г. О. Позитивні зобов'язання держави у сфері прав людини: сучасні виклики: монографія. Харків: Право, 2018. 680 с.
5. Христова Г. О. Доктрина позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини. Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук за спеціальністю 12.00.01 «теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень». – Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Міністерство освіти і науки України, 2019. – 512с.
6. Akandji-Kombe J.F. Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights. Council of Europe: Human rights handbooks, 2007. 68 p.
7. Josef Prinz v. Austria : Judgment of 08/02/2000. §26 - 27. Hudoc; Josef Prinz v. Austria : Decision. 10/04/1997. Hudoc; D.V. v. Bulgaria : Decision of 16/04/1998. Hudoc.
8. Ceccuti et de Barros e Vasconcellos Ponta contre l'Italie: décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 31.05.2016. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164302>.
9. Case of *R. H. v. Norway* (Application no. 17004/90): Judgment European Commission of Human Rights, Strasbourg, 19 May 1992 (decision as to the admissibility). *Global Health and Human Rights Database*. URL: <https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2016/12/H.v.-NORWAY.pdf>.

10. Case of *Paton v. UK* (Application no. 8416/78) Judgment European Commission on Human Rights, Strasbourg, 13 May 1980. *Global Health and Human Rights Database*. URL: <https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/10/EComHR-1980Paton-v.United-Kingdom-X.-v.United-Kingdom.pdf>

Казакевич Поліна Віталіївна

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії права та політичних і міжнародних відносин
Відкритого міжнародного університету розвитку людини «Україна»,
ключовий національний експерт з електронного правосуддя
Проекту ЄС PRAVO JUSTICE
(Київ, Україна)*

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ СТВОРЕННЯ СУДОВИХ ЕЛЕКТРОННИХ СИСТЕМ У ЄВРОПІ ТА УКРАЇНІ

Перехід від постіндустріального до інформаційного суспільства знаменується ключовою роллю інформаційно-комунікаційних технологій в усіх сферах суспільного життя. У наш час темп життя є швидким, і судові процедури, наріжні камені демократії, повинні також відбуватися швидко. Завдяки повністю автоматизованим судовим процесам та засобам електронної комунікації, так званим рішенням електронного правосуддя, судові системи стають більш ефективними і орієнтованими на потреби користувачів.

В цьому контексті хотілося б розглянути досвід запровадження судових електронних систем у таких країнах як: Литва, Латвія, Естонія та Азербайджан. Аналіз найкращих європейських практик та рішень електронного правосуддя має стати у нагоді нашій державі на шляху до створення ефективної судової електронної системи.

Досвід Литви

У Литві вся інформація про кожну справу зберігається в централизованій інформаційній системі всіх судів, що називається LITEKO. Система була запущена в 2004 році і з тих пір підтримується та постійно оновлюється Національною судовою адміністрацією (НСА).

У 2011 р. Уряд Литви затвердив програму розвитку інформаційного суспільства Литви (2011-2019 рр.), в якій вказав конкретні цілі державного сектору щодо розширення сфери допустимості та застосування державних електронних послуг. Для просування державної стратегічної мети НСА реалізувала проект розвитку електронних послуг у судах, а 1 липня 2013 року було запущено портал державних електронних послуг судів (ЕРР) як окремий модуль LITEKO. З зазначеної дати через ЕРР [1] сторони можуть формувати та передавати процесуальні документи до суду в електронній формі, ознайомлюватись із документами електро-

ної справи, контролювати інформацію щодо судового збору, судових витрат та штрафів.

Протягом 2015-2017 років було здійснено інтеграцію ЛІТЕКО з 14 інформаційними системами та реєстрами інших установ. Також було створено нове, вдосконалене технологічне рішення/платформу ЛІТЕКО як основу ЛІТЕКО2.

Досвід Латвії

Відповідно до Закону про судову владу, Судова інформаційна система (СІС) Латвії є державною інформаційною системою, розробленою урядом Латвії (Міністерством юстиції). Завданням системи є забезпечення автоматизованого діловодства в рамках судового провадження з можливістю реєстрації справи, обробки та збереження даних, оперативного контролю за станом справи, ефективного обміну інформацією (даними) між судами та іншими установами, а також автоматичною підготовкою статистичних звітів.

У Латвії існує єдина централізована СІС, яка була розроблена в 1998 році і запроваджена в 1999 році (у судах по всій країні в 2003 році). Система підтримується та розробляється Судовою адміністрацією Латвії і наразі перенесена на нову платформу в рамках проекту E-case (Електронна справа).

Досвід Естонії

Інформаційна система суду в Естонії (KIS) – це сучасна система управління інформацією в естонських судах 1-ї та 2-ї інстанцій та у Верховного Суду, яка є єдиною інформаційною системою для всіх видів судових проваджень. KIS дозволяє реєструвати судові справи, засідання та судові рішення, забезпечує автоматичний розподіл справ між суддями, створення повісток, публікацію судових рішень на офіційному сайті та збір метаданих. Інформаційна система також має інструмент пошуку для судових документів, судових рішень, засідань та справ. Конфіденційні дані та справи може бачити лише суддя у справі та співробітники суду, пов'язані зі справою [2].

Досвід Азербайджану

В Азербайджані вся інформація про кожну справу зберігається в системі ведення справ (СВС) усіх судів під назвою AZEMIS (Електронна судова інформаційна система Азербайджану). Це інформаційна система Азербайджану. Система була створена в 2014 році [3] і з того часу підтримується та постійно розвивається Міністерством юстиції у рамках “Проекту щодо надання судових послуг та створення інтелектуальної інфраструктури” (JSSIP) спільно зі Світовим банком. 13 лютого 2014 року було запущено портал державних електронних послуг судів (Електронний кабінет) як окремий модуль AZEMIS. Починаючи з 2014 року по сьогодні AZEMIS був інтегрований з 30 інформаційними системами та реєстрами інших установ [4].

Україна

В Україні впровадження інформаційних технологій у роботу судів, а також автоматизація їх діяльності визначено у Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки, схваленої Указом Президента 20 травня 2015 року. Прийняття у 2016 році Закону України «Про судоустрій і статус судів» в новій редакції зумовило появу в судовій системі нової категорії – Єдина судова інформаційна (автоматизована) система, яка з моменту початку свого функціонування повинна носити назву Єдина судова інформаційно-телекомунікаційна система (ЄСІТС). Наприкінці 2017 року набули чинності зміни до процесуального законодавства, де інноваційним стало запровадження ідеї «електронного суду», регламентованої шляхом розбудови ЄСІТС [5].

ЄСІТС покликана стати інструментом підвищення ефективності діяльності, який забезпечуватиме функціонування у режимі реального часу і робитиме звернення до судів максимально простим і доступним для громадян. Відповідно до процесуального законодавства ЄСІТС мала почати функціонувати через 90 днів з дня опублікування ДСА у газеті «Голос України» та на веб-порталі судової влади відповідного оголошення. У зв'язку з такою публікацією 1 грудня 2018 року, початок дослідної експлуатації системи передбачався на 1 березня 2019 року.

1 березня 2019 року в газеті «Голос України» опубліковано повідомлення про відкликання ДСА України оголошення, опублікованого в газеті «Голос України» 1 грудня 2018 року, щодо створення та забезпечення функціонування Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи. Таким чином, ЄСІТС в установленому законом порядку не розпочала функціонувати.

Незважаючи на це в окремих судах продовжилась тестова експлуатація окремих підсистем та модулів ЄСІТС. Такий стан речей зумовлений тим, що у ході підготовки до запуску ЄСІТС, окремими наказами ДСА України вводилось пілотне використання складових елементів ЄСІТС. Наприклад, тестування підсистеми «Електронний суд» у всіх місцевих та апеляційних судах розпочало здійснюватися відповідно до наказу ДСА України від 22 грудня 2018 року № 628 [6].

Таким чином, ЄСІТС покликаний бути технічною опорою української судової системи, об'єднуючи всі суди та органи судової влади – Державну судову адміністрацію, Вищу кваліфікаційну комісію суддів та Вищу раду правосуддя – і забезпечити автоматизований обмін даними з зовнішніми партнерами. Її завдання полягає в тому, щоб зробити їхню спільну роботу більш ефективною шляхом впровадження сучасних технологій у їхню повсякденну діяльність [7].

Підсумовуючи, на прикладі впровадження таких систем у дружніх державах можна сказати, що нам потрібно вибудувати, по-перше, таку платформу, під час якої всі дотичні органи державної влади будуть

домовлятися щодо нормального ефективного механізму впровадження судової електронної системи. Коли це відбудеться і будуть поставлені чіткі строки та завдання, тоді система ЄСІТС зможе ефективно працювати. На даний момент вона працює в тестовому режимі».

Використані матеріали:

1. E-service portal of Lithuanian courts. URL: <https://e.teismas.lt/lt/public/home/> (дата звернення: 10.10.2020)
2. Estonian Court Information System. URL: <https://www.rik.ee/en/international/court-information-system> (дата звернення: 10.10.2020)
3. Наказ Президента Азербайджанської Республіки про створення інформаційної системи «Електронний суд». URL: <https://president.az/articles/11019> (дата звернення: 10.10.2020)
4. Наказ Президента Азербайджанської Республіки про затвердження «Положення про інформаційну систему «Електронний суд». URL: <http://www.e-qanun.gov.az/framework/45080> (дата звернення: 10.10.2020)
5. Проект ЄС «Право-Justice»: «Стратегія побудови Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи». URL: <https://www.pravojustice.eu/storage/app/uploads/public/5de/a5b/23b/5dea5b23bb507697347181.pdf> (дата звернення: 10.10.2020)
6. Проект ЄС «Право-Justice»: «Аналіз поточного стану впровадження Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи» (ЄСІТС). URL: <https://www.pravojustice.eu/storage/app/uploads/public/5f6/215/8e7/5f62158e761c7613462158.pdf> (дата звернення: 10.10.2020)
7. Проект ЄС «Право-Justice»: «Технічна оцінка Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи».

Калужна Оксана Михайлівна

кандидат юридичних наук

доцент кафедри кримінального процесу і криміналістики

Львівського національного університету

імені Івана Франка

(м. Львів, Україна)

ОРГАНІЗАЦІЯ ВЕРХОВНОГО СУДУ ПОЛЬЩІ

Передостаннім етапом судової реформи (2016-2017 рр.) видозмінено та впроваджено низку інституційних (організаційних) та процесуальних новацій, зокрема істотно трансформовано організацію Верховного Суду (далі – ВС) та механізм касаційного перегляду. Звісно, тоді у законопроектній роботі при пошуку оптимальної моделі роботи касаційної інстанції законодавець орієнтувався на успішні практики європейських

держав, проте, як показав навіть доволі короткий час роботи нового ВС далеко не усі нововведення, які у західному світі вважаються прогресивними, у вітчизняній правничій спільноті сприйняті позитивно, і навпаки до деяких історичних традицій радянської доби ми, немов, прикипіли і не можемо чи не хочемо від них відійти як світоглядно, так і на нормативному рівні. Так, наприклад, доволі поширеними є міркування, що (наче) вибір голови ВС за останні два десятиліття був/є модернованим з Адміністрації Президента; або, що ВС не може працювати без науково-консультативної ради, або що, немов, ВС стане «неповноцінним» Верховним Судом, якщо не видаватиме постанов Пленуму щодо розгляду окремих категорій справ чи з процедурних питань; середовище кар'єрних суддів радше не схвалило запровадження формування суддівського корпусу ВС з числа адвокатів та науковців, виходячи, вочевидь, з переконання, що «верховними судьями» мають мати право ставати виключно судді, які починали «від землі», з роботи у першій інстанції; юрисдикційні спори стали одними з найбільш проблемних, інформаційно часто згадуваних та навіть асоційованих з епохою нового ВС.

Безумовно, світоглядно та для юридичної ерудиції у цьому контексті інформативною є компаративістика щодо організації і функціонування касаційних судів у країнах Європи, адже це гарний орієнтир для всебічного, виваженого і поміркованого розуміння різних моделей тих чи інших аспектів їх роботи, що важливо для подальшого удосконалення правового регулювання.

Звернемося до досвіду нашого найближчого західного сусіда – Республіки Польща (РП), яка як країна Варшавського договору до кінця 80-х рр. XX ст. мала багато спільного у правовому регулюванні для країн соціалістичного табору, а сьогодні є однією з економік із найбільшим приростом ВВП.

♦ **Регулювання статусу СН.** Примітності касаційного суду Польщі найперше варто починати характеризувати з того, що його функції, внутрішню організацію, компетенцію структурних підрозділів, права, обов'язки та гарантії суддів, порядок набуття і припинення статусу судді СН, підстави та порядок їх дисциплінарної відповідальності, засади фінансування суду та ключові внутрішньо-управлінські питання регламентується окремим законом – уставою «O Sądzie Najwyższym» 2017 р. з поточними змінами в редакції 2020 р. Цікавинок у організації і роботі Суду Найвищого (далі - СН) надзвичайно багато, охопити які в обсязі доповіді абсолютно неможливо, тому дозволю собі зупинитись на найбільш прикметних, на власний суб'єктивний погляд.

♦ **Компетенція СН.** СН – це орган судової влади, покликаний: 1) здійснювати правосуддя а) для забезпечення законності та одноманітності судових рішень загальних та військових судів в спосіб їх скасування та прийняття постанов з юридичних питань, б) у формі надзвичайного контролю остаточних судових рішень у порядку забезпечення їх від-

повідності принципу демократичної держави за результатами надзвичайних скарг; 2) розгляд дисциплінарних справ, 3) розгляд виборчих протестів та підтвердження виборів до Сейму, Сенату, Президента, Європейського парламенту; протестів проти дійсності загальнодержавного та конституційного референдумів, підтвердження референдумів; 4) надання висновків на законопроекти та інші нормативні акти, на підставі яких функціонують суди, а також інші законопроекти, якщо вони стосуються питань, що підпадають під юрисдикцію СН; 5) виконувати іншу діяльність, передбачену у законах (art.1 Ustawy).

♦**Структура СН.** СН діє в складі палат (Izb): 1) цивільної, 2) кримінальної, 3) праці та соціального забезпечення, 4) надзвичайного контролю та справ публічних, 5) дисциплінарної (art.2). Роботою кожної палати керує голова, який за посадою є (спів)головою СН (Prezes Sądu Najwyższego) (art.15). Органами СН є Перший Голова СН (Pierwszy Prezes SN), голова СН (Prezes SN), загальні збори суддів СН (Zgromadzenie Ogólne Sędziów SN) збори суддів палати (zgromadzenie sędziów izby SN), колегія (Kolegium Sądu Najwyższego).

Перший Голова СН керує роботою Суду і представляє СН ззовні, а зокрема: призначає і звільняє за пропозицією Голів СН керівників відділів відповідної палати; представляє СН перед Конституційним трибуналом або у роботі парламентських та сенатських комітетів, дає висновки та представляє Президенту РР кандидатів на посаду Голови СН, обраного зборами суддів палати СН; представляє загальним зборам суддів СН проект інформації, якою звітуватиме перед Президентом РР та Національною радою судової влади; затверджує, проконсультувавшись із Колегією СН, регламент роботи канцелярії Першого голови СН; організує роботу секретаріатів та усіх структурних підрозділів СН, бюро вивчення та аналізу практики СН, а також правила роботи та оплати працівників СН, які не є судьями. Під час відсутності Першого голови СН його обов'язки виконує визначений ним Голова СН, а якщо такого визначено не було, - Голова СН, найстарший за службою на посаді судді (art.14).

Колегія СН складається з Першого голови СН, Голів СН та по 1 судді, обраному від кожної палати зборами суддів цієї палати на 3 роки. Перший голова СН головує на Колегії. Колегія надає висновки на законопроекти щодо роботи судів та СН; приймає проект доходів і витрат СН, визначає кількість народних засідателів СН, висловлює думки щодо кандидатів на адміністративні посади у підрозділах СН, обирає дисциплінарного прокурора СН та його заступника.

♦**Вибори Першого Голови ВС та Голів ВС.** Першого голову СН призначає Президент РР на 6-річний строк з поміж 5 кандидатів, вибраних Загальними зборами суддів СН, і може бути повторно призначений тільки раз. Кандидати обираються з числа суддів СН в стані чинному не пізніше як за 6 тижнів до завершення каденції Першого голови СН або протягом 14 днів після припинення ним статусу судді

СН (відставка, смерть, відмова від статусу судді) (арт. 12-14). Голови СН призначаються Президентом РП за згодою Першого голови СН на 3-х річний строк з поміж 3-х кандидатів, обраних судьями відповідної палати СН і може бути повторно призначений тільки 2 рази.

♦**Підвідомчість.** Юрисдикція цивільної палати охоплює цивільні, господарські, сімейні, соціальні питання, реєстрацію підприємств та застави (art. 23); кримінальна - переглядає справи про злочини, проступки та рішення військових судів (art. 24); *праці і соціального страхування* – в галузі трудового права, соціального забезпечення, винаходів, корисних зразків та промислових моделей. *Дисциплінарна палата* включає 2 відділи. Перший відділ розглядає дисциплінарні справи щодо а) суддів СН, б) переглядає справи про дисциплінарні проступки суддів, засідателів, прокурорів та засідателів прокуратури, що розглядались у 1-й інстанції СН, в) надає дозвіл до притягнення до кримінальності або затримання (цих осіб). Другий відділ розглядає оскарження рішень дисциплінарних судів 1-ї інстанції у справах суддів, засідателів, прокурорів та засідателів прокурора, касаційні скарги на дисциплінарні рішення щодо адвокатів, нотаріусів, юридичних радників; оскарження постанов Національної ради судової влади (art.27). *Палата надзвичайного контролю і справ публічних* розглядає надзвичайні скарги, виборчі протести і протести проти обґрунтованості референдуму; затверджує вибори та референдуми, справи публічного права – захисту конкуренції, енергетичного регулювання, телекомунікацій, залізниці; справи, у яких подано апеляцію на рішення Голови Нацради з питань мовлення; скарги на надмірну тривалість провадження у загальних та військових судах, а також у СН; заяви про відводи та відсутність незалежності суду чи судді (суд, який розглядає справу, негайно направляє заяву голові Палати надзвичайного контролю, подання заяви не зупиняє рух справи), скарги на рішення СН, загальних, військових та адміністративних судів, Вищого адмінсуду з мотивів оскарження статусу особи, покликаної діяти як суддя, яка винесла рішення (art.26).

♦**Юрисдикційні спори** в межах СН вирішує голова СН (Prezes СН), який керує палатою до якої подано скаргу: якщо він вирішить що справа не належить до юрисдикції палати, роботою якої він керує, - то передає справу компетентній палаті (art. 28 § 1). Якщо голова СН, який керує палатою, до якої передано справу, побачить, що справа не належить до компетенції його палати, він може звернутись для вирішення цього питання до Першого голови СН, який може відмовити у переданні справи іншій палаті. Юрисдикційні питання належності справи до дисциплінарної палати вирішує голова СН, який керує дисциплінарною палатою(art. 28 § 2).

♦**Хто може бути суддею СН?** – Особа, яка згідно арт.30: 1) має виключно громадянство Польщі і повну дієздатність; 2) не була правомірно визнана винуватою за умисний злочин або до якої застосовано умовне звільнення; 3) досягла віку 40 років; 4) має бездоганний характер; 5)

закінчила вищу юридичну освіту та здобула ступінь магістра права в РП або за кордоном, визнаний в РП; 6) вирізняється високим рівнем юридичних знань, 7) здатна за станом здоров'я виконувати обов'язки судді; 8) має принаймні 10 років досвіду роботи на посаді судді, прокурора, президента Генеральної прокуратури РП, її віцепрезидента, радника або працює як адвокат, юрисконсульт або нотаріус у Польщі не менше 10 років; 9) не служила та не співпрацювала з органами державної безпеки, зазначеними в ст. 5 Устави від 18.12.1998 р «Про Інститут національної пам'яті». Вимоги п.8 §1 арт30 не поширюються на осіб, які мають звання професора або вчене звання габілітованого доктора юридичних наук і працював у польському університеті, польській академії наук, науково-дослідному інституті чи іншій науково-дослідній установі.

СН негайно оприлюднює свої рішення, а після підготовки його обґрунтування – також обґрунтування рішення у *Бюлетені публічної інформації* та на власному веб-сайті СН (арт.8). СН може видавати збірки своїх рішень з назвою «*Практика СН*» з зазначенням відповідної палати. Назва зареєстрована і охороняється авторським правом.

Кокоско Мирослава Василівна

кандидат юридичних наук,

помічник-консультант народного депутата України

(м. Київ, Україна)

ОСОБЛИВОСТІ ЗДІЙСНЕННЯ ЮВЕНАЛЬНОЇ ЮСТИЦІЇ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ФЕДЕРАТИВНОЇ РЕСПУБЛІКИ НІМЕЧЧИНА

В умовах реформування кримінальної юстиції, законодавчого вдосконалення механізму забезпечення прав неповнолітніх, котрі потрапили у конфлікт із законом, доцільно звернутись до міжнародного досвіду в сфері ювенальної юстиції, зокрема до досвіду тих країн, в яких зміни в даній сфері перевірені часом і приносять позитивний соціальний ефект.

Науковий інтерес з вказаного питання викликає Федеративна Республіка Німеччина (далі ФРН), де успішно діє ювенальне правосуддя. Вибір Німеччини обумовлено насамперед належністю до однієї правової сім'ї, близькістю принципів правового регулювання, а також існування в Німеччині прогресивної системи ювенальної юстиції відновного характеру. Варто зазначити і про довгий історичний шлях розвитку ювенальної юстиції в Німеччині, починаючи з 1532 року. Саме у даній державі відправлення правосуддя відносно неповнолітніх зародилось в результаті культурного і соціального розвитку, еволюції та запровадження концепції прав людини. В науковій літературі розповсюджена ще назва Кельнська юстиція.

Як слушно відзначає І.А. Беленько, «Кельнська юстиція» є частиною міжнародного руху молодіжних судів, який зародився в кінці XIX століття та існує до цього часу. Так, 26 травня 2008 року у ФРН відзначали 100-річний ювілей молодіжних судів. Молодіжний суд вперше засновано у Франкфурті при суді 1-ї інстанції (Amtsgericht) у 1908 році. В подальшому аналогічний інститут створено при судах Кельна та Берліну. В 1912 році в Німеччині діяло 212 незалежних молодіжних судів. Однак на законодавчому рівні даний інститут запроваджено лише у 1923 році, із прийняттям закону про молодіжні суди (Jugendgerichtsgesetz), відповідно до якого в основі покарання неповнолітніх лежить принцип «виховання до покарання». Законодавець обґрунтовує вказаний підхід тим, що у молодих правопорушників, в силу їх психологічно-вікових особливостей, відсутня в повній мірі здібність розрізняти право і порушення права, тобто усвідомлення неправомірності діяння [1, с. 109]. Дійсно, неповнолітні – це особлива соціально-вікова категорія, яка потребує особливого підходу в кримінальному процесі. Зважаючи на те, що особи, які не досягли повноліття, перебувають в процесі психофізіологічного розвитку та соціальної адаптації, а тому у них інше сприйняття того, що відбувається.

Досліджуючи кримінальне судочинство щодо неповнолітніх варто зазначити, що в кримінально-процесуальному кодексі ФРН (далі – КПК ФРН) не закріплено положення щодо кримінального провадження відносно неповнолітніх. Вказані кримінально-процесуальні відносини врегульовані Законом про судочинство по справах неповнолітніх [*Jugendgerichtsgesetz – JGG*] (далі Закон) в редакції офіційного публікування закону від 11 грудня 1953 року з наступними змінами та доповненнями [2, с. 81]. Специфіка вказаного правового акту у тому, що він містить норми кримінального, кримінально-процесуального та кримінально-виконавчого права, відповідно приписи зазначеного закону регулюють питання кримінально-правового на протиправні діяння неповнолітніх, а також питання, пов'язані з порядком відправлення правосуддя у справах неповнолітніх та молоді. Крім того, на дітей, котрі потрапили у конфлікт із законом, розповсюджуються і загальні норми німецького процесуального законодавства у тій частині, в якій не суперечать або не врегульовані вищезазначеним нормативно-правовим актом.

Закон про судочинство у справах неповнолітніх встановлює пріоритет виховання перед покаранням, а також визначає міри виховного впливу на неповнолітніх, які опинилися в конфлікті із законом. Вказаним Законом виділено наступні категорії неповнолітніх: діти до 14 років – вважаються недієздатними (неправоздатними) та несамостійними, оскільки не можуть нести кримінальну відповідальність за вчинене діяння; підлітки 14–18 років несуть повну кримінальну відповідальність; дорослі від 18 до 21 року, які можуть нести кримінальну відповідальність як на підставі загальних норм кримінального права

ФРН, так і норм кримінального права неповнолітніх, що залежить від ступеню зрілості та дієздатності особи, а також відповідність її біологічного, психологічного і соціального віку [4, с. 7].

Як бачимо, нижній віковий поріг визначено як і в Україні на рівні 14 років. Однак, німецький законодавець розширив рамки застосування загального кримінально-процесуального права відносно неповнолітніх, до досягнення ними 21 року у виключних випадках, з метою допомогти ще не сформованим до кінця в своїх переконаннях молодим особам, зробити правильний вибір у своєму житті.

Особлива опіка щодо дитини, котра потрапила у конфлікт із законом, з боку держави прослідковується і в інших положеннях Закону. Так, § 34 Закону про судочинство у справах неповнолітніх встановлено, що молодіжний суддя по можливості повинен бути і суддею у справах опіки. Молодіжний суддя і прокурор повинні володіти здібностями до виховання та мати досвід в даній сфері. Згідно припису § 37, судовий розгляд повинен охоплювати не лише обставини вчиненого правопорушення, але й соціального життя обвинуваченого [4, с. 16].

Отже, відповідно до законодавства ФРН, у разі вчинення неповнолітнім протиправного діяння, попереднє розслідування проводить спеціальна прокуратура (у справах неповнолітніх), а розгляд кримінальних справ здійснює суд у справах неповнолітніх. В залежності від тяжкості вчиненого злочину, визначається, хто уповноважений розглядати таку категорію справ: одно особо суддя місцевого суду, суд присяжних у справах неповнолітніх чи колегія у кримінальних справах неповнолітніх. Судді та прокурори, які приймають участь у кримінальному судочинстві за участю дітей, призначаються із осіб, в яких є досвід та можливості по вихованню молоді [3, с. 26].

В аспекті особливих суддів, слідчих та прокурорів, слід відзначити, що український законодавець також передбачив таку спеціалізацію. Так, Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України» від 13 квітня 2012 року визначив внутрішню спеціалізацію судів загальної юрисдикції. Згідно з ч. 3 ст. 18 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» у місцевих загальних судах та апеляційних судах областей, міст Києва та Севастополя, Апеляційному суді Автономної Республіки Крим діє спеціалізація зі здійснення кримінального провадження щодо неповнолітніх. Статтею 484 КПК України визначено, що кримінальне провадження щодо неповнолітньої особи, в тому числі, якщо кримінальне провадження здійснюється щодо декількох осіб, хоча б одна з яких є неповнолітньою, здійснюється слідчим, який спеціально уповноважений керівником органу досудового розслідування на здійснення досудових розслідувань щодо неповнолітніх. Заслуговує на увагу підхід в німецькому законодавстві у сфері ювенального правосуддя ФРН щодо можливості відмови від кримінального переслідування підлітка без застосування до нього правових наслідків, передбачених Законом

про судочинство по справах неповнолітніх. Мова йде про процедуру diversion, яка застосовується з метою уникнути стигматизації підлітка і звести до мінімуму кримінальну репресію. Підставою для застосування даної процедури відповідно до § 7 Закону є визнання вини, відшкодування шкоди, малозначність діяння і т. д.

В доктринальному розумінні дане поняття визначається як відмова від кримінального переслідування переважно на користь ресоціалізації правопорушника чи вирішення конфлікту, внаслідок якого вчинено злочин. Повноваження на укладення процедури «диверсії» згідно німецького законодавства, належить прокурору [4, с. 8, 18–19]. Схожа процедура простежується і у вітчизняному кримінальному процесуальному законодавстві. Мова йде про клопотання про звільнення від кримінальної відповідальності, яке відповідно до норм КПК України також подається прокурором.

Однак, доцільно було б закріпити в КПК України саме німецьку модель процедури «диверсія» з метою врахування інтересів потерпілих та розвантаження судів загальної юрисдикції щодо розгляду кримінальних проваджень про вчинення злочинів невеликої та середньої тяжкості. Крім того, позитивним аспектом кримінального судочинства щодо неповнолітніх в Німеччині варто виділити діяльність Служби молодіжної судової допомоги (Jugendgerichtshilfe). Основна мета вказаної організації – це збір повної та достовірної інформації про обставини протиправного діяння та про особу правопорушника і його життя [4].

Використані матеріали:

1. Беленько И. А. Карать или воспитывать? (из опыта ювенальной юстиции Германии) / И. А. Беленько // Проблемы права. – 2014. – № 1. – С. 108–112.
2. Головненков П. Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной Республики Германия – Strafprozessordnung (StPO): научно-практический комментарий и перевод текста закона со вступительной статьей профессора Уве Хелльманна „Введение в уголовно- процессуальное право ФРГ” / П. Головненков, Н. Спица. – Potsdam: Umversitdtsverlag Potsdam. – 2012. – 405 с.
3. Пергатая А. А. Уголовная ответственность несовершеннолетних по законодательству Федеративной Республики Германии: дис. канд. юрид. наук :2.00.08 / Пергатая Анна Александровна. – Красноярск, 1999. – 180 с.
4. Law on juvenile courts (Jugendgerichtsgesetz, JGG). URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/jgg/gesamt.pdf>

Паскар Ауріка Лазорівна
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м. Чернівці, Україна)

ЕЛЕКТРОННЕ СУДОЧИНСТВО: ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ VS УКРАЇНСЬКІ РЕАЛІЇ

6 жовтня 2020 року відбувся Саміт Європейський Союз – Україна, на якому обговорювались питання політичної асоціації та економічної інтеграції нашої держави з ЄС. Серед пріоритетних сфер зазначено цифрову трансформацію, як запорука стійкості та сталого економічного зростання [1]. У цьому контексті вагому роль відведено обговоренню Доповнення XVII-3 до Угоди про асоціацію у частині правил, що застосовуються до телекомунікаційних послуг. Їх імплементація зумовить впровадження на державному рівні найсучасніших європейських стандартів у сфері електронних комунікацій з подальшою інтеграцією нашої країни до Єдиного цифрового ринку ЄС.

Особливо актуальним для України постало використання ІКТ у всіх сферах життя після заяви зробленої Президентом Володимиром Зеленським 5 жовтня 2020 року під час Diia Summit. За його твердженням «2021 рік стане початком входження у режим «paperless» [2]. Даний режим передбачає відмову від паперових документів у державних установах.

Цьогорічні надзвичайні умови пандемії та глобального карантину продемонстрували, що саме цифрові технології здатні розширити можливості людства, а їхній розвиток і збільшення сфери застосування визначені пріоритетними майже в усіх державах світу.

Глобальна діджиталізація та використання інформаційно-комунікаційних технологій (ІКТ) охопила всі сфери суспільного та державного життя, включаючи і правосуддя. Стратегією реформування судової структури, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки закріплена необхідність використання інформаційних систем для надання більшої кількості послуг «електронного правосуддя» [3, п. 5.4].

Щодо основних засад цифрового правосуддя (кіберправосуддя), то вони закріплені у висновках Консультативної ради європейських суддів, резолюціях Парламентської асамблеї Ради Європи, Комітету Міністрів Ради Європи, документах Європейської комісії з питань ефективності правосуддя Ради Європи та також інших актах, які заклали підвалини формування та розвитку європейської політики у цій сфері.

За результатами аналізу практики європейських держав у сфері запровадження інформаційно-комунікаційних систем у судовій владі

у грудні 2016 року Європейська комісія з питань ефективності правосуддя ухвалила Керівні принципи кіберправосуддя. По суті, це базові принципи, які адресовані національному законодавцю і спрямовані на забезпечення ефективного використання можливостей ІКТ в контексті удосконалення функціонування національних судових систем. Варто зазначити, що у даному документі наголошується на тому, що модернізація системи правосуддя повинна розпочатися із встановлення чітких цілей (поліпшення якості правосуддя), а технології розглядаються як засіб, а не як мета [4, п. 79]. Більш того, запровадження кіберправосуддя та його інструментів повинно керуватися судом, а не технологіями. Розробники технологій повинні прагнути краще розуміти правосуддя та співпрацювати із суддями та працівниками суду. ІТ технології повинні сприяти просуванню судових цінностей (неупередженість, незалежність, юридична визначеність, доступність), не порушувати гарантії та процесуальні права, такі як права на справедливий судовий розгляд [4, п. 81].

У червні 2019 році Європейською комісією з ефективності правосуддя було схвалено Інструментарій для імплементації принципів кіберправосуддя (цифрового, електронного правосуддя). Основні рекомендації та принципи щодо впровадження цифрового правосуддя адресовані судам та міністерствам юстиції і передбачають надання методичної допомоги в удосконалюванні своїх національних судових систем та оптимізації ефективності їх функціонування. Зазначений документ містить, зокрема, інструменти спрямовані на підтримку процесів розробки організаційних основ кіберправосуддя, інструменти оцінювання ІТ-проектів за наданою шкалою, інструменти перевірки кроків і дій, які є необхідними і використовуються при розробці та імплементації таких проектів в судочинстві тощо. Документи, що містяться в зазначеному інструментарії, підготовлено з метою підтримки органів судової влади держав-учасниць Ради Європи в ефективному управлінні процесами цифрової трансформації у сфері правосуддя. Їх головна мета – полегшити розуміння головних принципів та кроків щодо впровадження електронного правосуддя в судову систему, більш детально описаних у Керівних принципах електронного правосуддя, а також чітко визначити заходи, необхідні для впровадження різноманітних ІТ-проектів такого роду й допомогти державним органам у розв'язанні проблем, пов'язаних з впровадженням електронного правосуддя.

Ключовим актом у сфері встановлення та закріплення принципів цифрового правосуддя є прийнята у 2018 році Європейська хартія з етики щодо використання штучного інтелекту в судових системах. Так, основними етичними засадами використання штучного інтелекту в судових системах є: принцип дотримання фундаментальних прав людини – закріплює сумісність інструментів штучного інтелекту з основними правами; принцип недискримінації – покликаний запобігти прояви посилення будь-якої дискримінації між особами; принцип

якості та безпеки – встановлює, що обробка судових рішень та даних повинна здійснюватись в безпечному технологічному середовищі з використанням сертифікованих джерел; принцип прозорості, неупередженості та справедливості – спрямований на забезпечення можливості проведення зовнішнього аудиту; принцип «під контролем користувача» - передбачає виключення розпорядчого підходу та легалізує ключову роль користувача, який повинен бути «поінформованим актором» та контролювати свій вибір [6]. Будучи першим міжнародним документом, який на європейському рівні врегулював питання впровадження етичних принципів використання штучного інтелекту в судочинстві, зазначена хартія набуває історичного значення і вказує на глобальні трансформації всіх сфер суспільного життя та остаточний перехід людства до інформаційно-цифрової ери.

В аспекті впровадження європейських стандартів цифрового правосуддя в національну судову систему, слід зазначити, що Україна є однією з перших країн-партнерів ЄС, яка імплементує положення та засади Європейського кодексу електронних комунікацій. Це є прогресивним кроком, адже чинна нормативно-правова база у цій сфері є застарілою, не відповідає сучасним реаліям та вимогам ринку. Мова йде про ухвалення 30 вересня 2020 року Верховною Радою України закону «Про електронні комунікації», який наближує Україну до утвердження європейських стандартів у галузі електронних комунікацій. Також варто згадати про пілотний проект Мінцифри, який передбачає тестування сучасного правосуддя за цифровими документами і реалізується на базі П'ятого апеляційного адміністративного суду у м. Одеса. За допомогою застосування Дія генерується тимчасовий QR-код для перевірки дійсності документа для того, щоб потрапити у будівлю суду, його використання на усіх етапах подання документів, ознайомлення з матеріалами справи, участі у судових засіданнях тощо.

При використанні ІКТ у судовій системі дуже багато питань виникає у зв'язку із забезпеченням цілісності та безпеки бази даних, які формуються за результатами впровадження цифрового правосуддя. Усвідомлюючи ризик та небезпечність кібератак, урядом України схвалено дві постанови, які зміцнюють кібербезпеку та кіберзахист на національному рівні. Особливого кіберзахисту на державному рівні підлягають об'єкти критичної інформаційної інфраструктури. За словами Михайла Федорова, міністра цифрової трансформації, ці постанови запроваджують механізм та критерії віднесення об'єктів до цієї групи, передбачають створення Держреєстру таких об'єктів критичної інфраструктури, забезпечення його належного функціонування Держспецзв'язку [6].

Отже, Україна активно розпочала процес впровадження європейських стандартів цифрового правосуддя, що є запорукою протидії зловживанням у сфері судочинства, покращення доступності, відкритості та справедливості судового розгляду, адже рівень показників

ефективності та якості правосуддя є прямим відображенням рівня захисту прав і свобод осіб в державі.

Використані матеріали:

1. Спільна заява за підсумками 22-го Саміту Україна – ЄС. Веб-сайт Офіційного інтернет представництва Президента України URL: <https://www.president.gov.ua/news/spilna-zayuava-zapidsumkami-22-go-samitu-ukrayina-yes-64321> (дата звернення: 8.10.2020).
2. Зеленський: 2021 рік стане початком входження країни в режим «paperless». URL: <https://www.radiosvoboda.org/a/news-zelensky-paperless/30875976.html> (дата звернення: 8.10.2020).
3. Про Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки. Указ Президента України; Стратегія від 20.05.2015 № 276/2015. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/276/2015#Text> (дата звернення: 9.10.2020).
4. European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) (2017). Guidelines on How to Drive Change towards Cyberjustice: Stock-taking of Tools Deployed and Summary of Good Practices. As adopted at the 28th meeting of the CEPEJ on 7 December 2016. URL: <https://edoc.coe.int/en/efficiency-of-justice/7501-guidelines-on-how-to-drive-change-towards-cyberjustice-stock-taking-of-tools-deployed-and-summary-of-good-practices.html> (дата звернення: 7.10.2020).
5. European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) (2019). Toolkit for supporting the implementation of the Guidelines on how to drive change towards Cyberjustice. As adopted at the 32th plenary meeting of the CEPEJ 13 and 14 June 2019. URL: <https://rm.coe.int/cepej-toolkit-cyberjustice-en-cepej-2019-7/168094ef3e>
6. European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ). European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment. Adopted at the 31st plenary meeting of the CEPEJ (Strasbourg, 3-4 December 2018). URL: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>
7. Уряд посилює кіберзахист у країні. URL: <https://thedigital.gov.ua/news/uryad-posilyue-kiberzakhist-u-kraini> (дата звернення: 9.10.2020).

Секція 3

НОВІ ВИКЛИКИ ІНСТИТУТУ АДВОКАТУРИ ТА ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ

Вільчик Тетяна Борисівна

доктор юридичних наук, професор,

завідувач кафедри адвокатури

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

(м. Харків, Україна)

САМОВРЯДНІ КОРПОРАЦІЇ АДВОКАТІВ: ІСТОРИЧНІ АСПЕКТИ І РЕАЛІЇ СЬОГОДЕННЯ

Адвокатська діяльність в сучасному світі здійснюється за принципом самоорганізації адвокатів і адвокатських спільнот. Об'єднання адвокатів представляють собою унікальну форму громадської організації, яка офіційно визнається законодавством як структура громадянського суспільства, що бере участь в правозастосуванні [1]. У більшості країн держави делегували самоврядним корпораціям адвокатів досить широкі повноваження. Вони можуть контролювати доступ до професії (наприклад, обумовлюючи такий доступ членством в організації, а також шляхом введення вимог до такого членства); мати квазісудові повноваження (наприклад, дисциплінарне провадження щодо їх членів); встановлювати правила, які іноді повинні застосовуватися не тільки колом їх членів, а й дотримуватися судами та громадськістю. До найважливіших функцій професійної асоціації відносять корпоративний суд над тими членами спільноти, який допустили порушення професійної етики. Як зазначає соціолог Е. Фрейдсон (Freidson), формальний етичний кодекс мають багато професій, але відносно мало тих, у кого є реальні механізми відстеження випадків порушення і застосування санкцій [2]. Отже, в певній мірі корпорації адвокатів можуть мати законодавчі, виконавчі і судові прерогативи - і чим більше вони є, тим більше вони повинні нести відповідальність перед суспільством за правильне використання таких прерогатив. В якості основних функцій професійних співтовариств адвокатів можна виділити *соціальний контроль* (етичні норми і дисциплінарна практика) і *соціалізація* (іспити і навчання) членів.

Роберт Мертон (Merton) у своїй праці «Функции профессиональной

асоціації» вказує, що солідарність між представниками професії можлива тільки при наявності асоціації, яка забезпечує, часом примусово, прихильність ідеалам професії. Будь-яка професійна асоціація, щоб мати право говорити від імені всієї професії, повинна дістати в свої лани всіх потенційних членів, які задовольняють критеріям прийняття в неї. Далеко не кожній асоціації це вдасться, але вона, принаймні, повинна прагнути до повної комплектності (completeness) [3]. Під терміном «комплектність» Мертон має на увазі співвідношення актуальних і потенційних членів асоціації. Саме цей показник визначає авторитет асоціації в тій чи іншій сфері діяльності. Якщо звернутися до адвокатської професії в Україні, то вся історія її розвитку характеризується боротьбою за досягнення повної комплектності професійної асоціації. Адвокати тривалий час не мали єдиної корпоративної організації. Хоча в дореволюційний і радянський час існували ради присяжних повірених і колеги адвокатів, вони діяли тільки на регіональному рівні, носили більше формальний характер і знаходилися під контролем держави. Тільки зі створенням органів адвокатського самоврядування в 2012 році з обов'язковим членством в них кожного адвоката стало можливо говорити про запровадження повноцінної професійної асоціації. Однак повної перемоги в боротьбі за комплектність у адвокатів не відбулося, тому що існували і продовжують існувати групи юристів, які потенційно здатні увійти в адвокатуру, але не бажають цього робити.

Термін «незалежність» адвокатури цілком адекватно визначено в Рекомендації (2000) 21 як «свобода здійснення професії без недоречного втручання» [4]. Вимога незалежності покладає відповідальність не тільки на саму асоціацію адвокатів, а й на виконавчу і законодавчу владу, які повинні поважати цю незалежність, утримуватися від недоречного втручання, приймати відповідні законодавчі та інституційні гарантії та не порушувати їх на практиці. Президент Канадської асоціації правової етики, професор Річард Девлін (Richard Devlin), задається питанням: «чи є саморегулювання виправданим режимом організації в умовах демократії, де всі інститути повинні бути підзвітними?» [5]. І відповідає на нього негативно. За словами Девліна, складно мати один і той же орган, що представляє інтереси членів і суспільства, оскільки при цьому має місце внутрішній конфлікт інтересів. «Є дуже сильна спокуса і навіть ймовірність того, що інтереси юристів перевищать громадські» [6]. У цьому контексті цікаво зазначити, що Закон про адвокатуру Острова Принца Едуарда, вимагає, щоб регулюючий орган як «відстоював і захищав інтереси суспільства», так і «захищав інтереси своїх членів». Асоціація адвокатів Британської Колумбії повідомляє на своєму веб-сайті, що саморегулювання є частиною забезпечення незалежності адвокатів [6]. Основна ж мета Колегії адвокатів штату Флориди - захист суспільства і судової системи [7].

Обговорюючи проблему незалежності адвокатури, слід нагадати відома висловлювання британського політика Джона Актона (John Acton):

«Влада має тенденцію розбещувати, а абсолютна влада розбещує абсолютно» («Power corrupts; absolute power corrupts absolutely»). Звуження сфери державного диктату є явною і безсумнівною тенденцією розвитку демократичних громадських інститутів, включаючи адвокатуру. Однак ця тенденція не може бути безмежною. Ще Є.В. Васьковський писав: «З одного боку, держава, передавши дисциплінарну владу самому стану і не залишивши за собою право контролювати діяльність його, не матиме ніякої гарантії, що проступки адвокатів стануть переслідуватися з належною енергією і неупередженістю... З іншого боку, приватні особи, доручив захист своїх прав адвокатам, не будуть упевнені в об'єктивності оцінки зловживань останніх їх товаришами. Та й самі адвокати опиняться у складному становищі, бо їхня доля виявиться в руках товаришів по професії, обтяжених особистими симпатіями і антипатіями... [8]. Поклавши на дві шальки терезів контроль колег і контроль чиновників, ап'рїорі важко стверджувати, яка з них виявиться вагомішою і з яким знаком, - вважає І.С. Яртіх [9].

Як відмічалось, регулятивні та нормативні повноваження адвокатури вирішувати питання про права та обов'язки її членів, у більшості юрисдикцій є досить значними. Отже, незалежність адвокатури, принаймні в певних випадках, може розглядатися як можлива небезпека неконтрольованих та незаконних рішень, які можуть обмежити або порушити права та свободи її членів. У будь-якому випадку навіть законні рішення незалежної адвокатури насправді є обмеженням незалежності адвокатів - їх поведінка, їх особисте та професійне становище залежать від рішень професійної організації. Таким чином, незалежність адвокатури як організації певною мірою, суперечить незалежності адвокатів (принаймні тих, хто є членами корпорації). (На наш погляд, внутрішні норми адвокатури також повинні бути предметом перевірки щодо їх конституційності та законності. Посилання на «незалежність адвокатури» не може надати імунітет адвокатури у випадку порушення законних прав її членів та третіх осіб). І останнє, у тих юрисдикціях, де не має абсолютної адвокатської монополії (а таких більшість), функціонування корпоративних органів адвокатури може вплинути на незалежність інших практикуючих юристів, які, наприклад, можуть стверджувати, що мають більше прав вирішувати питання, які становлять спільний інтерес, ніж самоврядні асоціації адвокатів, і навпаки.

Говорячи про співвідношення повноважень, покладених на окремі корпорації адвокатів і необхідність громадського контролю за ними, професор юридичного факультету в Загребі, член Комітету експертів з ефективності правосуддя Алан Узелак (Alan Uzelak) зазначає: «Просте рівняння, яке ми хотіли б представити, виглядає наступним чином: чим менше повноважень у адвокатури, тим вище її шанси бути «незалежною»; чим більше прерогативи і влади, якими вона володіє, тим сильніше необхідність застосовувати певні зовнішні механізми контролю (тобто нагляд з боку державних органів - судів, міністерств юстиції)»

[10]. Деякою альтернативою саморегулювання є спільне регулювання або наглядове регулювання. Модель спільного регулювання передбачає, що право подати скарг на дії адвокатів може бути поділено між різними регулюючими органами, в той час як модель нагляду може дозволяти оскаржити рішення, прийняті корпоративними органами асоціацій адвокатів, в незалежний орган. Дане положення не входить в протиріччя із міжнародними стандартами, якими передбачено, що у вирішенні певних питань своєї діяльності асоціації адвокатів не можуть виступати в якості кінцевої інстанції. Наприклад, рішення щодо дисциплінарних стягнених своїх членів, надання дозволу на здійснення адвокатської діяльності «мають підлягати перегляду незалежним і безстороннім судовим органом» [4]. У будь-якому випадку, така доктрина «субсидіарності» залишається потенційною перешкодою для претензій на ідеальну «незалежність» та «автономію» корпоративних органів професійних асоціацій адвокатів. І.С. Яртих, досліджуючи проблеми взаємодії адвокатури та держави, розглядає питання теорії управління адвокатурою. Вчений зазначає подвійну природу цього управління - корпоративну (самоврядування) і державну [9, с.111–112]. Обсяг реалізації такого елемента принципу незалежності адвокатури, як незалежність від держави, збільшується пропорційно розширенню самоврядування адвокатури.

Хто є головним бенефіціаром професійної «незалежності» - адвокатура, адвокати, правова система чи суспільство в цілому? Вирази, що часто використовуються - «незалежність адвокатів» і «незалежність адвокатури» - можуть свідчити що ті, хто в першу чергу мають право на «незалежність», є або приватними адвокатами, або асоціаціями адвокатів. Однак, як і у випадку встановлення судової незалежності, самою причиною існування такої «привілеї» є виконання певної функції. У разі незалежності судової влади така функція забезпечує умови для справедливого та неупередженого вирішення конкретних справ. У разі незалежності адвокатської професії такою функцією має бути необхідність забезпечення середовища, в якому кожен мав би право на найкраще юридичне представництво у будь-якому виді судового провадження. «Адвокатська професія генетично пов'язана з судовою системою і не може не трансформуватися слідом за нею» [11]. Кінцевою метою незалежності адвокатури є досягнення такої системи судочинства, яка б належним чином сприяла дотриманню та захисту прав кожної особи. Отже, головним бенефіціаром будь-якої професійної «незалежності» є кожен окремих громадянин, оскільки така «незалежність» встановлюється та підтримується з метою гарантування кожному неупередженого, швидкого та доступного юридичного захисту належної якості [10]. Як зазначається у Висновках Багатосторонньої наради з питань «судової публічної політики» Ради Європи (Conclusions of the Multilateral meeting on 'judicial public policies' of the COE, Strasbourg, 2000), «незалежність повинна розглядатися не як привілей, наданий суддям, а як гарантія

для громадян. Отже, незалежність та відповідальність суддів не суперечать одна одній» [12]. Тільки за таких критеріїв можна оцінити окремі ситуації «залежних» або «незалежних» корпорацій адвокатів, і лише на такому тлі зміни в національних законодавствах мають сенс.

Можливості адвокатських корпорацій в тій чи іншій країні здійснювати вплив на суспільні процеси безпосередньо пов'язані з рівнем розвитку самого професійного співтовариства, наявністю в країні сильних адвокатських асоціацій, рівнем їх незалежності від правоохоронців і влади, наявністю попиту на послуги адвокатів з боку населення і бізнесу. Вплив адвокатських корпорацій, як зазначає Э. Фрейдсон, безсумнівно пов'язаний зі ступенем їх професіоналізації, вираженої в їх автономії, компетенції, етиці, розвитку професійної комунікації [3]. Як показують багато досліджень, адвокати зважаючи на значимість займаного ними соціального стану та наявності у них професійних компетенцій, пов'язаних з питаннями правозастосування, часто виступають ключовими акторами соціальних реформ (наприклад, реформи державного управління в Ізраїлі [13], правові реформи в Китаї [14], регулярні політичні ініціативи в США [15]). Позиція адвокатської спільноти може бути і підкреслено аполітичною, але навіть в цьому випадку вона через свою професійну діяльність здатна робити істотний вплив на суспільство (наприклад, через допомогу мало захищеним верствам населення) [1].

Проблема функціонування адвокатських корпорацій і перш за все їх незалежності, не є до кінця вирішеною ні в теоретичному, ні в практичному аспекті. В Україні її характеризує те, що на даний момент законодавство про адвокатуру та адвокатську діяльність хоча і відповідає в більшій частині міжнародним стандартам організації і діяльності адвокатури, одночасно повсюдно порушуються (з тенденцією збільшення чисельності) права адвокатів і гарантії їх незалежності [16]. Адвокати не завжди в повній мірі можуть брати участь у процесі обговорення законодавства про адвокатуру та адвокатську діяльність. Разом з тим, як зазначив Спеціальний доповідач у своєму повідомленні щодо незалежності суддів та адвокатів, адресованому Президенту України, «законодавство про адвокатуру повинні розробляти безпосередньо представники адвокатури. Якщо адвокатське самоврядування встановлено законом, з ним необхідно консультуватися на всіх етапах законодавчого процесу» [17]. Немає у теорії єдності поглядів щодо абсолютної або часткової незалежності адвокатури та, відповідно, вироблення критеріїв, згідно з якими втручання держави в діяльність адвокатури може розглядатися як допустиме. Принцип незалежності адвокатури не має однозначного розуміння у Законі «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» в частині розмежування повноважень з управлінням адвокатурою між державою і адвокатурою, що робить можливим довільне застосування Закону. І останнє, у зв'язку з тим, що найважливішою місією корпорацій адвокатів є захист інтересів своїх членів, існує необхідність внесення змін до Закону України «Про адвокатуру

та адвокатську діяльність» з метою відображення найважливішої ролі корпоративних адвокатських асоціацій в досягненні цієї мети.

Використані матеріали:

1. Яковлев А. А., Казун А. П., Ситкевич Д. А., Профессиональные организации как драйверы социальных изменений в развивающихся странах / Журнал конституциональных исследований. № 3. 2016. с. 47-71.
2. Freidson E. Professional Powers: A Study of the Institutionalization of Formal Knowledge. Chicago, Chicago University Press. 1988.
3. Merton R. The Functions of the Professional Association, The American Journal of Nursing, 1958.58 (1): 50-54 p.
4. Рекомендация Rec (2000) 21 О свободе осуществления профессии юриста.– Режим доступа: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/R_2000_21_2000_10_25.pdf
5. Self-regulation: the end of an era? Lawyer discipline and the role of law societies (By Anita Balakrishnan). 14 Nov 2019: <https://www.canadianlawyermag.com/resources/professional-regulation/self-regulation-the-end-of-an-era-lawyer-discipline-and-the-role-of-law-societies/321919>
6. Lawyer Independence and Self Regulation. / The Law Society of British Columbia. 2020. <https://www.lawsociety.bc.ca/our-initiatives/rule-of-law/lawyer-independence-and-self-regulation-of-law/>
7. Florida Board of Bar Examiners / <https://www.floridabarexam.org/web/website.nsf/rule.xsp>
8. Васьковський Е.В. Организация адвокатуры. В сборнике «Адвокат в уголовном процессе». М., 1997. С. 73-74.
9. Яртых И.С. Адвокатура и власть. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2003. - 176 с.
10. Alan Uzelak. The independence of the Bars and their relationship with the public authorities / The independance of lawyers: proceedings 28th Colloquy on European Law in co-operation with the University of Pau and [...] books.lawlegal.eu Retrieved 09, 2020, from <https://books.lawlegal.eu/the-independance-of-lawyers-proceedings-28th-colloquy-on-european-law-in-co-operation-with-the-university-of-pau-and-66148/> 106-123 p.
11. Т.Ю. Бочаров. Адвокатская профессия как сообщество практики/ Социология власти. Том. 28. № 3. 2016. С. 80-114.
12. Council of Europe document ADACS/DAJ Strasbourg mult.Concl. (2000), p. 4, §5.
13. Hajjar L. Cause Lawyering in Transnational Perspective: National Conflict and Human Rights in Israel/Palestine. Law and Society Review, vol. 31, no. 3, 1997. pp. 473–504.
14. Michelson E. Lawyers, Political Embeddedness, and Institutional Continuity in China's Transition from Socialism. American Journal

- of Sociology, vol. 113, no. 2, 2007. pp. 352–414.
15. Boukalas C. Politics as Legal Action/Lawyers as Political Actors. Towards a Reconceptualisation of Cause Lawyering. Social and Legal Studies, vol. 22, no. 3, 2013. pp. 395–420.
16. Між молотом та ковадлом: напади на адвокатів в Україні Звіт Місії МКЮ в Україні Квітень 2020 року. – URL: <https://zib.com.ua/files/Ukraine-Between-the-rock-and-the-anvil-Publications-Reports-Mission-report-2020-UKR.pdf>
17. Повідомлення Спеціального доповідача з питань незалежності суддів та адвокатів, адресоване президентові України. OL UKR 1/2019. 28 січня 2019 р. URL: <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gld=24313.c.6.i.7>

Горбань Наталія Сергіївна

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри нотаріального, виконавчого процесу та
адвокатури, прокуратури, судоустрою
Інституту права Київського національного
університету імені Тараса Шевченка
(м. Київ, Україна)*

ГАРАНТІЇ НЕЗАЛЕЖНОСТІ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ: МІФИ ТА РЕАЛЬНІСТЬ

За даними Єдиного реєстру адвокатів України станом на 11 вересня 2020 року в ньому налічується майже 58 тисяч адвокатів. Крім того, з початку 2020 року лави адвокатської спільноти поповнили 3 142 особи. Ще майже тисяча стажистів та близько 3 000 помічників адвокатів можуть долучитися до адвокатської спільноти найближчими місяцями. Якщо звернутися до інформаційних довідників[1], то стане відомо, що більше тридцяти країн у світі мають чисельність населення менше, ніж в Україні адвокатів. Отже, можна стверджувати, що за часів незалежності в Україні створилася своя власна «країна» адвокатів, яка існує на засадах, які, як це передбачено у п. 14 ч. 1 ст. 92 Конституції України, визначаються виключно законами.

Адвокатура в демократичному суспільстві функціонує як незалежна інституція, тобто не підпорядкована державі, забезпечена від будь-якого стороннього втручання та є особливим правозахисним інститутом. В процесі становлення та розвитку адвокатури в Україні, як недержавного самоврядного інституту, що забезпечує здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги на професійній основі, визначальне значення мала незалежність, як перша, головна її засада.

Досліджуючи генезу незалежності адвокатури, О. Фазекош зазначив: «правова держава без висококваліфікованої і незалежної адвокатури – просто фікція, яка не тільки не здатна забезпечити пріоритет прав і свобод людини, але і не в змозі забезпечити своє власне існування»[2].

Гарантії незалежності адвокатської діяльності, на думку вчених, «не є особистими привілеями адвоката, а служать засобом захисту публічних інтересів на отримання кваліфікованої юридичної допомоги»[3], реальність та повноцінність надання якої можлива лише в умовах гарантованості адвокатської діяльності.

Сьогодні значимість функціонування незалежної адвокатури закріплена в документах найширшого ступеню важливості, серед них: Основні положення про роль адвокатів, прийняті восьмим Конгресом ООН з попередження злочинів в 1990 р в Нью-Йорку, Основні принципи, що стосуються ролі юристів, прийняті Конгресом ООН щодо попередження злочинності та поводження з правопорушниками, що проходив в серпні-вересні 1990 р. в Гавані. Обов'язком кожної країни, яка позиціонує себе у світі як демократична, правова держава, привести своє законодавство до відповідності з ними.

Слід відмітити, фундаментом європейських стандартів адвокатської діяльності є положення про незалежність адвокатури та свободу професійної діяльності адвокатів. Так, зміст Рекомендації № R (2000) 21 Комітету Міністрів державам-членам про свободу професійної діяльності адвокатів містить загальні принципи свободи професійної діяльності адвокатів. Суть яких полягає в наступному:

1. «Слід уживати всіх необхідних заходів для забезпечення поваги до професії адвоката, її захисту та сприяння її свободі, без дискримінації та без неналежного втручання влади чи широкого загалу, зокрема в світлі відповідних положень Європейської конвенції про права людини.
2. Рішення щодо дозволу на адвокатську практику або приєднання до цієї професії мають прийматися незалежним органом. Такі рішення незалежно від того, приймаються вони чи не приймаються незалежним органом, мають підлягати перегляду незалежним і безстороннім судовим органом.
3. У адвокатів має бути свобода переконань, вираження поглядів, пересування, об'єднання та зібрань; зокрема, вони мають бути наділені правом брати участь у публічних дискусіях з питань, які стосуються права і відправлення правосуддя, і пропонувати реформи законодавства.
4. Адвокати не повинні потерпати або опинятися під загрозою санкцій чи тиску, якщо вони діють у відповідності зі своїми професійними стандартами.
5. Адвокатам слід забезпечити доступ до їхніх клієнтів, зокрема до

осіб, позбавлених свободи, що уможливить консультування клієнтів у приватній обстановці та представлення їхніх інтересів у відповідності зі встановленими професійними стандартами.

6. Слід вжити всіх необхідних заходів для забезпечення додержання конфіденційності відносин між адвокатом і його клієнтом. Винятки з цього принципу можна дозволяти, лише якщо вони сумісні з принципом верховенства права.
7. Адвокатам не можна забороняти доступ до суду, в якому вони можуть з'являтися в професійній якості відповідно до своєї кваліфікації, і потрібно забезпечити доступ до всіх матеріалів при захисті прав та інтересів їхніх клієнтів у відповідності з професійними стандартами.
8. Всі адвокати, які діють в рамках однієї справи, мають користуватися рівною повагою суду»[4].

Аналізуючи вітчизняне законодавство можна зазначити, що стаття 23 чинного Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» містить гарантії адвокатської діяльності, які в цілому увібрали в себе вищезазначені положення. Потрібно зауважити, що наявність лише норм, в яких визначені гарантії незалежності адвокатської діяльності недостатньо. Самі адвокати сприймають професійну незалежність не як самоцінність, а як гарантію дотримання принципу верховенства права, вважаючи, що тільки незалежний адвокат може повноцінно забезпечувати змагальність процесу.

Більшість адвокатів України переконана, що з дотриманням принципу незалежності адвоката в Україні є проблеми[5]. За висновками моніторингової місії Міжнародної комісії юристів, яка на прохання НААУ здійснювала моніторинг порушення прав адвокатів і гарантій адвокатської діяльності, стан захисту прав адвокатів в Україні перебуває на критичному рівні, адже держава не спроможна забезпечити їм ні фізичну безпеку, ні дотримання етичних стандартів[6].

Якщо порівняти статистичні дані, що містяться у Звіті НААУ «Про порушення прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності в Україні за 2013-2018 р.р.»[7], та звіт Комітету захисту прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності НААУ за 2019 рік щодо порушення прав адвокатів, то слід відмітити, що число звернень адвокатів з кожним роком зростає.

88 звернень про порушення прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності надійшло до Комітету захисту прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності НААУ за 2019 рік. Про погрози адвокатам заявляли 14 осіб, 30 випадків пов'язаних із втручанням у правову позицію адвокатів, відомості про кримінальне переслідування адвокатів містяться у 11 зверненнях, стільки ж повідомлень про обшуки у приміщеннях адвокатів.

Тривожні сигнали про порушення гарантій незалежності адвокатської діяльності постійно звучать із інтернет-джерел. Створення комітетів захисту прав адвокатів при НААУ, регіональних радах адвокатів, асоціацій адвокатів це реальні дії адвокатської спільноти, яка усвідомлює, що тільки власними цілеспрямованими зусиллями можна протистояти негативній практиці тиску на адвокатів з боку держави, особливо правоохоронних органів, проведенню безпідставних оперативно-розшукових та слідчих дій щодо адвокатів та членів їх сімей, посяганню на життя, здоров'я, особисту безпеку, недоторканість житла та іншого володіння адвокатів, на непорушність адвокатської таємниці та інших гарантій адвокатської діяльності.

Самі адвокати, їх представницькі органи, міжнародні організації констатують та заявляють про системне порушення в Україні гарантій незалежності адвокатської діяльності, вбачаючи в цьому загрозу правовим основам держави та закликають до вжиття необхідних заходів.

Маючи законодавство, що відповідає загальнонаціональним та європейським стандартам щодо незалежності адвокатури, в Україні має місце правовий нігілізм з боку правоохоронних, державних органів, які не усвідомлюють та не рахуються із значенням та роллю адвокатів. Це пов'язано, в тому числі, з тим, що залишаються невирішеними питання щодо відображення гарантій незалежності адвокатської діяльності в Кримінальному процесуальному кодексі України; відсутня судова практика притягнення до відповідальності осіб, винних в порушенні гарантій незалежності адвокатської діяльності.

Позитивною практикою стало обговорення існуючої проблеми представниками судової влади разом із представниками адвокатських об'єднань, Комітетом Верховної ради України з питань правової політики, Міністерством юстиції України, науковцями проблем, пов'язаних із порушенням прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності. Судьями запропоновано запровадити в Україні практику, коли за порушення не лише прав адвоката, а й прав людини загалом порушник повинен відшкодувати шкоду із власної кишені[8] Можливо в такий спосіб, перш ніж порушувати, передбачені законом норми щодо гарантій незалежності адвокатської діяльності, порушник буде пам'ятати про зазначений дієвий стримуючий фактор.

Використані матеріали:

1. Список країн за населенням. URL: <http://merkator.org.ua/dovidnyk/spysok-krajn-za-naselennam//>
2. Фазекош О. Проблема незалежності адвокатури від Давнього Риму до сьогодні. URL: https://zib.com.ua/ua/138956-problema_nezalezhnosti_advokaturi_vid_davnogo_rimu_do_sogode.html/
3. Рагулин А.В. Гарантії незалежності адвоката по російському законодавству: поняття и содержание / А.В. Рагулин // Новая правовая мысль. – 2011. – № 5 (48). – С. 56.
4. Рекомендація № R (2000) 21 Комітету Міністрів державам-членам

про свободу професійної діяльності адвокатів. Ухвалено Комітетом Міністрів Ради Європи на 727 засіданні заступників міністрів 25 жовтня 2000 року. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/R_2000_21_2000_10_25.pdf/

5. Лісова Ю. Незалежність адвоката у професійній діяльності та професійних асоціаціях. URL: <https://radako.com.ua/news/nezalezhnist-advokata-u-profesiyinyi-diyalnosti-ta-profesiyinyih-asociaciyah>
6. Декорації гарантій. URL: <https://zib.com.ua/ua/144681-sogodni-zahisnik-zavtra-nebizzhchik-mkyu-pro-te-scho-vryatue.html>
7. Звіт Про порушення прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності в Україні за 2013-2018 р. URL: [https://unba.org.ua/assets/uploads/news/novosti/UNBA_Zahyst_Adv_2018_UKR_WEB\(1\).pdf/](https://unba.org.ua/assets/uploads/news/novosti/UNBA_Zahyst_Adv_2018_UKR_WEB(1).pdf/)
8. Офіційна сторінка Верховного Суду. URL: https://m.facebook.com/story.php?story_fbid=800889320685955&id=101352490639645&anchored_composer=false

Каланча Інга Георгіївна,

кандидат юридичних наук,

прокурор Київської місцевої прокуратури №2 м. Київ,

асистент кафедри процесуального права Чернівецького

національного університету імені Юрія Федьковича

(м. Київ, Україна)

СУЧАСНИЙ СТАН ЗАСТОСУВАННЯ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Триваюче реформування кримінальної юстиції України потребує комплексного розуміння стану застосування практики ЄСПЛ під час кримінального провадження, що актуалізує з'ясування сучасного стану правозастосування в даній сфері.

З метою отримання відомостей про сучасний стан застосування практики ЄСПЛ під час кримінального провадження автором проведено соціологічне дослідження – Опитування експертного середовища щодо застосування практики ЄСПЛ під час кримінального провадження (далі – Опитування*), що організоване відповідно до профільної методології [1, с. 36-44, 67-72; 2, с. 274-281].

За результатами Опитування* (у період з 01.08.2020 по 31.08.2020) отримано відповіді від 393 респондентів. Репрезентативну вибірку для формування статистично вірогідних результатів встановлено щодо 364 респондентів, зокрема: 99 прокурорів, 104 адвокати, 69 суддів, 33 помічників суддів та 59 науковці. Географія опитування (тут і далі – за релевантними відповідями) охопила 24 області України та місто Київ а також рівномірно залучила всі вікові групи.

Опитування* ілюструє високі показники застосування учасниками

кримінального провадження практики ЄСПЛ. 89 % опитаних (328 респондентів) вказують про застосування практики ЄСПЛ у своїй професійній діяльності під час кримінального провадження. Також всі опитані науковці (59) зазначають про використання практики ЄСПЛ під час наукових досліджень кримінального процесу України (Рис. 4).

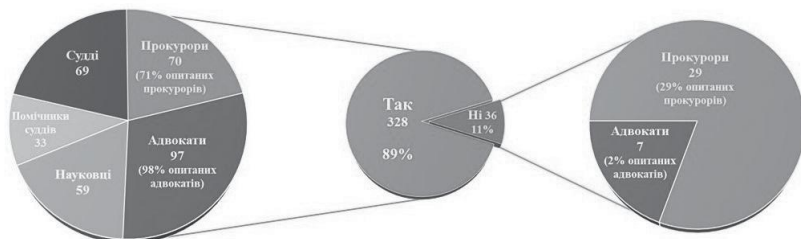


Рис 1 Використання респондентами практики ЄСПЛ у професійній діяльності під час кримінального провадження

Серед наведених даних (Рис. 4) необхідно звернути увагу на використання лише 71% прокурорів практики ЄСПЛ під час кримінального провадження, що потребує вжиття додаткових організаційних та навчальних заходів у даному напрямку, проведення подальших, зокрема внутрішньовідомчих, досліджень та моніторингу.

Частота використання респондентами практики ЄСПЛ під час кримінального провадження (за відповідями респондентів візуалізовано на Рис. 2) в середньому становить 36,8%, зокрема: адвокатами – 56,9%; науковцями – 34,8%; помічниками суддів – 29,5%; прокурорами – 24%; суддями – 20,4%. Високі показники використання адвокатами практики ЄСПЛ вказують на її визнання ефективним інструментом захисту прав і свобод людини під час кримінального провадження.



Рис 2 Частота використання респондентами практики ЄСПЛ під час кримінального провадження

На різних стадіях кримінального провадження частота використання респондентами практики ЄСПЛ відрізняється (див. Рис. 3), однак найчастіше про її використання вказують під час судового розгляду в суді першої інстанції (74%) та під час досудового розслідування (52%).

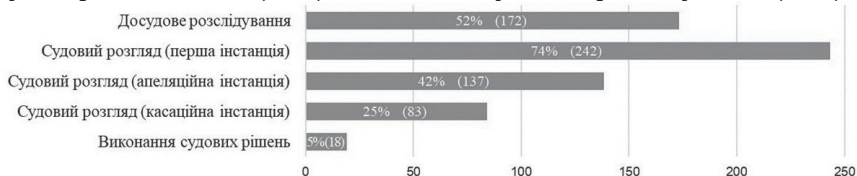


Рис 3 Частота використання респондентами практики ЄСПЛ на різних стадіях кримінального провадження

Такі результати корелюються із загальною тенденцією щодо завершення значної частини кримінальних проваджень саме під час досудового розслідування та судового розгляду в суді першої інстанції.

Для пошуку рішень ЄСПЛ респонденти найчастіше використовують вебсайт Міністерства юстиції України (67%) та ЄДРСР (61%) (див. Рис. 4), відтак їх технічна модернізація щодо удосконалення можливостей з пошуку та аналізу практики ЄСПЛ вбачається найбільш ефективною.



Рис 4 Інформаційні ресурси, що використовуються респондентами для пошуку практики ЄСПЛ

В даному випадку варто вказати на об'єктивно незручний функціонал веб-сайту Міністерства юстиції України, з огляду на відображення неструктурованих електронних даних різних форматів та відсутність можливості контекстного пошуку, що ускладнює його використання.

Результати Опитування* свідчать, що респонденти вивчають рішення ЄСПЛ переважно українською мовою (Див. Рис. 5). При цьому лише 32,6% респондентів вважають достатніми зусилля держави щодо забезпечення перекладу рішень ЄСПЛ українською мовою.

Високий попит суб'єктів кримінального провадження на офіційний переклад рішень ЄСПЛ українською мовою у поєднанні з досить низькою оцінкою респондентами зусиль держави в цьому напрямку вказують на

доцільність вжиття Міністерством юстиції України додаткових заходів щодо перекладу рішень ЄСПЛ українською мовою.



Рис 5 Мови, що використовуються респондентами для вивчають рішень ЄСПЛ

Для оцінки потреби вдосконалення електронного сегменту в досліджуваній сфері автором представлено кілька ідей технічного вдосконалення, що загалом позитивно оцінені респондентами. На підтримку ідеї щодо запровадження вимоги обов'язкового застосування національним судом гіперпосилання на рішення ЄСПЛ до бази даних ЄСПЛ «HUDOC» при застосуванні практики ЄСПЛ у судовому рішенні висловлюються 67,1% опитаних, 18,9% – не підтримують, 14% опитаним важко відповісти на це питання. Водночас серед суддів дану пропозицію підтримують лише 24,6% респондентів. Вказане технічне вдосконалення можна також розглядати як механізм підвищення релевантності застосування практики ЄСПЛ. Також 87,5% респондентів підтримують ідею створення в функціоналі ЄДРСР додаткового фільтру для пошуку практики ЄСПЛ, що вказує на необхідність технічного вдосконалення ЄДРСР в даному напрямі. Ідею створення порталу дистанційного навчання для постійного вивчення правниками практики ЄСПЛ підтримують 89% опитаних.

Отримані під час дослідження дані обумовлюють вжиття організаційних та навчальних заходів у напрямку застосування практики ЄСПЛ під час кримінального провадження, вжиття додаткових заходів щодо забезпечення офіційного перекладу рішень ЄСПЛ українською мовою та вдосконалення інформаційних ресурсів для пошуку та вивчення практики ЄСПЛ.

Використані матеріали:

1. Вербець В.В. Методика організації та проведення соціологічного дослідження: Навчально-методичний посібник. Березно. 2008. 231 с.
2. Марковець О.В., Березняк Є.Ю., Лисик Б.О., Кравець Р.Б. Інформаційна модель системи проведення соціологічних досліджень у веб-середовищі. *Вісник Національного університету "Львівська політехніка". Інформаційні системи та мережі.* 2016. № 854. С. 274-281.

Ковальова Яна Олександрівна

*кандидат юридичних наук., асистент кафедри адвокатури
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
(м. Харків, Україна)*

ДОСТУП ДО ПРОФЕСІЇ АДВОКАТА – СУЧАСНІСТЬ ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ

В процесі реформування системи правосуддя та адвокатури, як суміжного інституту, нагальним залишається питання удосконалення системи доступу до адвокатської діяльності.

Розділ II чинного Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визначає вимоги набуття права на заняття адвокатською діяльністю - щодо несумісності, позитивних та негативних вимог до кандидата, допуску та складання кваліфікаційного іспиту, проходження стажування [1]. Так, ст. 6. Закону встановлює наступне: «Адвокатом може бути фізична особа, яка має повну вищу юридичну освіту, володіє державною мовою, має стаж роботи в галузі права не менше двох років, складала кваліфікаційний іспит, пройшла стажування (крім випадків, встановлених цим Законом), складала присягу адвоката України та отримала свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю».

Чисельні дискусії точаться навколо стажу в галузі права – який саме стаж вважати юридичним? Проект Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» № 9055 в статті 6 пропонує стажем роботи в галузі права вважати стаж роботи особи як стажера адвоката та (або) на посаді судді, прокурора [2]. В рамках уніфікації юридичної професії така пропозиція вважається доцільною з урахуванням деяких доповнень. А саме, додати до цього переліку стаж діяльності приватного нотаріуса або на посаді державного нотаріуса, та за аналогією з доступом до професії судді (ст.ст. 28,38 Закону України «Про судоустрій та статус суддів») [3] науковий ступінь у сфері права та стаж наукової роботи у сфері права.

Наступним етапом набуття статусу адвоката є складання кваліфікаційного іспиту. Згідно чинного Закону та Порядку допуску до складення кваліфікаційного іспиту, порядок складення кваліфікаційного іспиту та методика оцінювання результатів складення кваліфікаційного іспиту для набуття права на заняття адвокатською діяльністю в Україні [4] кваліфікаційний іспит складається з двох частин: письмового іспиту та усного іспиту, які складаються окремо в кваліфікаційно-дисциплінарних комісіях регіонів.

7 лютого 2018 р. в Адміністрації Президента відбулося засідання Ради з питань судової реформи [5], на якому також обговорювались питання реформування адвокатури, і зокрема, пропозиція складання кваліфікаційного іспиту у вигляді письмового анонімного тестування.

На думку пані Ізовітової Л.П., запропонована модель не покращує, а погіршує сьогоденнє становище - «Запровадження тестового екзамену є доцільним, проте обов'язково повинен бути і письмовий, тому що ми говоримо про адвокатуру і адвоката, як професію, для якої, окрім юридичних знань, потрібні ще й певні професійні навички. Якщо ми говоримо про тести, то вони будуть визначати тільки рівень юридичних знань» [5].

Результатом цього обговорення стало прийняття 30 березня 2018 р. Рішення № 25 Національною асоціацією адвокатів України та Радою адвокатів України «Питання реформування процедури складення кваліфікаційного іспиту для отримання права на заняття адвокатською діяльністю», яким була прийнята Концепція реформування процедури складення кваліфікаційного іспиту для отримання права на заняття адвокатською діяльністю, зокрема, оновлений порядок подачі документів для складення кваліфікаційного іспиту (через офіційний веб-сайт НААУ у спосіб автоматичного розподілу заяви, з можливістю обрання дати і регіону складення іспиту), та удосконалену двоетапну процедуру складення кваліфікаційного іспиту (усний – тестування, письмовий – практичні завдання з вирішенням юридичних задач і складенням процесуальних документів), які в свою чергу мають виконуватись в он-лайн режимі. Як бачимо, це доволі масштабні та ґрунтовні зміни в підході до проведення кваліфікаційного іспиту, тому і заступник голови НААУ, РАУ В. Гвоздїй назвав дану Концепцію достатньо революційною [6], звернувши увагу на намір зробити процес повністю автоматизованим і комп'ютеризованим, задля чого мають бути залучені тестологи, а запуск системи передбачатиме розробку програмного забезпечення, обладнання приміщень КДКА необхідною технікою тощо.

На жаль, не зважаючи на те, що згідно Рішення РАУ № 25, складення кваліфікаційного іспиту за новою процедурою мало розпочатись 1 вересня 2018 року, за низки об'єктивних причин, це так і не відбулося, хоча саме в умовах «нової» реальності, в умовах пандемії та карантину, такий online підхід до складання кваліфікаційного іспиту є сучасним та дуже потрібним.

Наступним етапом набуття статусу адвоката є проходження стажування. Стаття 10 чинного Закону наголошує: стажування полягає в перевірці готовності особи, яка отримала свідоцтво про складення кваліфікаційного іспиту, самостійно здійснювати адвокатську діяльність. Стажування здійснюється протягом шести місяців під керівництвом адвоката за направленням ради адвокатів регіону. Від проходження стажування звільняються особи, які на день звернення із заявою про допуск до складення кваліфікаційного іспиту мають стаж роботи помічника адвоката не менше одного року за останні два роки.

Закон закріплює строк проходження стажування шість місяців. Звертаючись до досвіду зарубіжних країн, можна зробити висновок, що це самий короткий строк. Наприклад в Італії – рік, у Франції та Ні-

меччині – два роки, в Австрії – п'ять. Вважається за доцільне збільшити строк стажування в Україні до одного року, залишити звільнення від проходження стажування помічником адвоката, натомість зарахувати в якості стажування стаж на посаді судді, прокурора та стаж наукової роботи у сфері права, зобов'язавши проходити таких осіб стажування на протязі трьох місяців.

На моє переконання, дані зміни та удосконалення позитивно вплинуть на систему доступу до статусу адвоката, зменшать корупційні ризики та збільшать ефективність відбору майбутніх адвокатів.

Використані матеріали:

1. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/5076-17> (дата звернення: 09.10.2020)
2. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Проект Закону України № 9055. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64557(дата звернення: 09.10.2020)
3. Про судоустрій та статус суддів: Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19> (дата звернення: 09.10.2020)
4. Порядок допуску до складення кваліфікаційного іспиту, порядок складення кваліфікаційного іспиту та методика оцінювання результатів складення кваліфікаційного іспиту для набуття права на заняття адвокатською діяльністю в Україні: Затверджено рішенням Ради адвокатів України від 17 грудня 2013 року № 270 зі змінами та доповненнями. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/poryadki/2020-02-14-poryadki-28_5e5d2a24c9799.pdf (дата звернення: 09.10.2020)
5. Засідання Ради з питань судової реформи. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/rishennyua/2018-03-30-r-shennyua-rau-25_5acf55f8a1406.pdf (дата звернення: 09.10.2020)
6. Гвоздів «Ми готові до системних змін без перегляду положень профільного закону»: «Закон і бізнес» online. №22 (1372) 02.06—08.06.2018. URL: http://vkslaw.knu.ua/images/verstka/2_2016_Smituh.pdf(дата звернення: 09.10.2020)

Крайник Григорій Сергійович

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінально-правових дисциплін
та адміністративного права
Харківського університету
(м. Харків, Україна)*

КОНКУРС НА ПОСАДУ ПРОКУРОРА ОФІСУ ГЕНЕРАЛЬНОГО ПРОКУРОРА (ДРУГИЙ ДОБІР, 2020 РІК): ОЧІКУВАННЯ ТА РЕАЛЬНІСТЬ

Відповідно до наказу Генерального прокурора Ірини Венедіктової 9 червня 2020 року розпочався другий добір прокурорів на вакантні посади в Офісі Генерального прокурора [1]. Термін прийому документів було продовжено з 9 липня по 9 серпня 2020 р., що видається надто розтягнутим у часі.

491 особа виявили бажання брати участь у доборі. Перша та друга кадрові комісії з добору на вакантні посади прокурорів в Офісі Генерального прокурора опрацьовували надіслані в межах визначеного строку документи від кандидатів. **468 кандидатів допущено до проходження першого етапу добору**

20 серпня 2020 року кадрові комісії затвердили списки кандидатів, допущених до складення іспиту у формі анонімного тестування з використанням комп'ютерної техніки з метою виявлення рівня знань та умінь у застосуванні закону, відповідності здійснювати повноваження прокурора для кандидатів на посаду прокурора Офісу Генерального прокурора.

281 кандидат, які набрали 70 або більше балів, увійшли до рейтингу, що формується з розрахунку не більш як три кандидати на одну вакантну посаду, та були допущені до наступного (третього) етапу.

До рейтингу також було включено кандидатів, які у заяві про участь у доборі на посаду прокурора зазначили про зарахування результатів першого добору в Офіс Генерального прокурора – іспиту у формі анонімного тестування з використанням комп'ютерної техніки з метою виявлення рівня знань та умінь у застосуванні закону, відповідності здійснювати повноваження прокурора, якщо кількість отриманих ними балів є більшою за кількість балів кандидата, який є останнім у рейтингу.

Учасники пройшли такі етапи: 1) анонімний комп'ютерний тест на знання законодавства (прохідний бал 70); 2) комп'ютерний тест на загальні здібності та навички (прохідний бал 99); 3) співбесіда, частиною якої частиною якої були перевірка на добросовісність та виконання практичного завдання (незрозумілі критерії відбору – як з 200 осіб обрати

100 чи іншу кількість?). Учасникам другого добору залишилось ще два етапи: 4) навчання у Тренінговому центрі прокурорів; 5) стажування в Офісі Генерального прокурора.

Я проходив три етапи. Мої очікування – що візьмуть найбільш підготовлених та компетентних конкурсантів. Реальність – на двох перших етапах із залученням комп'ютерної техніки так і було (на першому етапі набрав 77 балів при прохідному балі 70; на другому етапі набрав 123 бали, посів 17 місце з 204 конкурсантів, що пройшли у третій етап).

Але третій етап добору усі очікування й здобуті на двох попередніх етапах досягнення перекреслив: по-перше, з 204 конкурсантів обрали **56 кандидатів** (офіційно анонсували добір 100 осіб, а обрали лише 56)! По-друге, багато конкурсантів, які набрали кращі бали за результатами перших двох етапів добору на третьому етапі визнані рішенням першої та другої кадрових комісій такими, що неуспішно пройшли добір. Найяскравіший приклад – конкурсант, який набрав найбільшу кількість балів за результатами як першого етапу (97 із 100 можливих), так і другого етапів добору (145 із 145 можливих) – Пукало Андрій Володимирович визнаний рішенням першої кадрової комісії від 25 вересня 2020 р. таким, що неуспішно пройшов добір. Судячи з декларації, цей кандидат цілком добросесний; ніколи не повірю, що здавши тест зі знання законодавства на 97 зі 100, він вперто мовчав на співбесіді, не бажаючи відповісти на питання; не виконати практичного завдання він теж не міг. Отож, рішення першої кадрової комісії щодо нього – суб'єктивне, неправомірне та упереджене. Аналогічно відмовили двом кандидатам юридичних наук (мені та Олійнику Петру Володимировичу, хоча ми увійшли до 20 кращих за показниками другого етапу) і багатьом практичним працівникам – слідчим, старшим слідчим тощо.

Третій етап складався з: 1) практичного завдання (три питання, давалось 45 хвилин); 2) перевірки на добросесність (за декілька днів до третього етапу на електронну пошту прийшли листи з питаннями по декларації доходів кожного кандидата, конкурсанти направили свої відповіді); 3) співбесіди (задавали питання по декларації, щодо знання законодавства, перспектив роботи в Офісі Генерального прокурора тощо).

Зміст нескладного практичного завдання (не дослівно, бо фотографувати не їх дозволяли) – прокурор ініціював питання укладення угоди про примирення між потерпілим та обвинуваченим щодо кримінального правопорушення, передбаченого ст. 126-1 Кримінального кодексу України (Домашнє насильство). Питання: а) чи правомірні дії прокурора? б) яка відповідальність прокурора? в) чи можливо укласти угоду про примирення та за яких умов?

Вважаю, що майже усі 204 кандидата, допущені до третього етапу, правильно вирішили практичне завдання, настільки легким воно виявилось. Перевірку на добросесність теж пройшли майже усі канди-

дати – нічого дивного, адже люди з мільярдними доходами та списку Форбс не подавали документів щодо участі у доборі. Тож доля 204 конкурсантів вирішували 5 членів першої та 5 членів другої кадрової комісії на співбесіді. Вердикт – із 204 конкурсантів проходить лише 56! Цікаво, що кожного дня з 30 конкурсантів обирали лише по 8, тобто в середньому по 4 з 15 кожна кадрова комісія у період з 21 по 29 вересня 2020 р. Постає питання – невже ніхто не зміг відповісти на питання співбесіди? Вважаю, що я та інші конкурсанти гідно відповіли на усі питання, проте через суб'єктивний критерій не добрали голосів членів кадрових комісій. Тому Порядок проведення добору на зайняття вакантної посади прокурора від 10 січня 2020 року № 11 зі змінами [2] потребує чергових принципових змін.

Висновки 1. Мої очікування від другого добору щодо обрання кращих до Офісу Генерального прокурора не справдилися, оскільки з 468 конкурсантів обрали не 100, а лише 56, та третій етап цього добору був суб'єктивний та з незрозумілими критеріями.

2. Слід припиняти подібне знуцання над конкурсантами до Офісу Генерального прокурора та до інших правоохоронних органів (щодо надто тривалих строків – з 9 липня по 1 жовтня; щодо кількості обраних – офіційно анонсували добір 100 осіб, а обрали лише 56; щодо незрозумілих критеріїв проходження третього етапу та мінімізації суб'єктивних оцінок членами кадрових комісій).

3. Пропоную внести зміни до Порядку проведення добору на зайняття вакантної посади прокурора від 10 січня 2020 року № 11 зі змінами [2], де поміняти місцями етапи добору та мінімізувати суб'єктивний критерій при прийнятті рішення кадровими комісіями. Зокрема, навіщо давати шанс кандидату, що на третьому етапі не пройде перевірку добросовісності? Перевірку добросовісності слід зробити на першому, а не третьому етапі. Обов'язково варто виключити з етапів добору практичне завдання: 1) для цього буде окремий етап – анонімний комп'ютерний тест на знання законодавства (на другому доборі з нього починали); 2) другий добір довів, що практично усі кандидати виконали це завдання – тобто практичне завдання виявилось марнуванням паперу й часу; 3) навіщо тоді навчання у Тренінговому центрі (думаю, щоб підготуватись саме до практичних завдань) та стажування?

4. Виходячи з моєї практики участі у доборі, доцільно визначити такі етапи наступних доборів в Офіс Генерального прокурора: 1) перевірка на добросовісність з чіткими критеріями; 2) анонімний комп'ютерний тест на знання законодавства; 2) комп'ютерний тест на загальні здібності та навички; 3) навчання у Тренінговому центрі прокурорів; 4) призначення на посаду прокурора в Офісі Генерального прокурора.

Використані матеріали:

1. Про проведення добору на зайняття вакантної посади прокурора в Офісі Генерального прокурора: наказу Генерального про-

курора від 4 червня 2020 р. № 266. URL: https://www.gp.gov.ua/ua/dob_2

2. Порядок проведення добору на зайняття вакантної посади прокурора від 10 січня 2020 року № 11 зі змінами, внесеними наказом Генерального прокурора від 03.06.2020 № 265. URL: https://www.gp.gov.ua/ua/dob_2

Крайній Павло Іванович

заступник декана юридичного факультету з навчально-виховної роботи, асистент кафедри публічного права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича (м. Чернівці, Україна)

Торончук Іван Желувич

заступник декана юридичного факультету з навчальної роботи, доцент кафедри Європейського права та порівняльного правознавства Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича (м. Чернівці, Україна)

АНАЛІЗ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ЩОДО РЕАЛІЗАЦІЇ ОРГАНАМИ ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ ФУНКЦІЇ ПРЕДСТАВНИЦТВА

Система органів прокуратури України кілька років поспіль перебуває в процесі постійних перетворень та змін. Як показує практика у суттєвих трансформаціях структур й напрямків функціонування правоохоронної системи, системи судових органів, органів прокуратури є дві великі групи осіб, які відображають сутність таких змін. З однієї сторони це представники політичних сил, які щоразу потрапляючи до стін українського Парламенту обіцяють в короткий термін, якісно та ефективно вирішити низку проблем, які стосуються діяльності вищевказаних систем та привести її у відповідність з Європейськими стандартами. З іншої - це безпосередньо працівники органів прокуратури, які на виконання вимог Конституції України, Закону України «Про прокуратуру», наказів Генерального прокурора України щодня виконують свій професійний обов'язок – захищають інтереси громадян та держави в судах. І в гонитві за швидким та «яскравим» результатом представники першого табору забувають важливу річ: постійні, часткові, безсистемні та беззмістовні зміни призводять до зменшення ролі органів прокуратури у можливостях використання правових засобів реагування на порушення прав і свобод громадян, свавілля окремих посадових осіб органів публічного врядування тощо. А виконання функції представництва скоріше нагадує марафон для працівників прокуратури, які знаходяться в постійному пошуку можливості подання позовної заяви.

Варто наголосити, що правовий статус органів прокуратури зазнав суттєвих змін після прийняття у 2014 році нового Закону України «Про прокуратуру». А в 2016 році до Конституції України внесено зміни, які стосуються правосуддя та змінюють правовий статус органів прокуратури.

Як нам відомо, до 2017 року працівники органів прокуратури брали участь в судових процесах виходячи із наявних матеріалів, які вони отримували за результатами перевірок, розгляду звернень громадян з того чи іншого питання. І, фактично, вимоги ст. 23 Закону України «Про прокуратуру» стосовно здійснення представництва інтересів громадянина або держави в суді виключно після підтвердження судом підстав для представництва. Однак, на практиці, вказана норма мала загалом декларативний характер. І суди лише в окремих випадках визнавали підстави для представництва недостатніми і безпідставними.

Як слушно зауважує Берназюк Я. «після прийняття нового Закону України «Про прокуратуру» роль прокуратури у сфері представництва інтересів держави носить допоміжний характер, оскільки передбачається, що основну роль відіграють профільні органи державної влади чи органи місцевого самоврядування, які самостійно звертатимуться до суду (для цього у відповідні закони, зокрема «Про центральні органи виконавчої влади», «Про місцеве самоврядування в Україні» та «Про місцеві державні адміністрації», були внесені зміни, які передбачають, що суб'єкти владних повноважень звертаються до суду, якщо це необхідно для здійснення їхніх повноважень у спосіб, що передбачений Конституцією та законами України)» [1]. Це знайшло своє відображення в практиці розгляду справ, де органи прокуратури реалізують функцію представництва.

Відповідно до ст. 131-1 Конституції України в Україні діє прокуратура, яка здійснює, зокрема, представництво інтересів держави в суді у виключних випадках і у порядку, що визначені законом [2].

Рішенням Конституційного Суду України від 8 квітня 1999 року № 3-рп/99 (справа про представництво прокуратурою України інтересів держави в арбітражному суді) визначено що являє собою «державний інтерес» [3]. Це дало змогу в певній мірі зрозуміти в чому конкретно полягає здійснення представництва органами прокуратури. Однак, рішення, яке вносилося більше двадцяти років тому очевидно не враховує зміни, що їх прийняв законодавець. Але завдяки рішенням судів вищих інстанцій цю проблему частково вирішено.

Об'єднана палата Касаційного господарського суду у постанові від 7 грудня 2018 року у справі № 924/1256/17, здійснюючи тлумачення ч. 3 ст. 23 Закону України «Про прокуратуру» визначила два випадки представництва: 1) якщо захист інтересів не здійснює або неналежним чином здійснює орган державної влади, орган місцевого самоврядування чи інший суб'єкт владних повноважень, до компетенції якого віднесені повноваження здійснювати такий захисту спірних правовідносинах; 2)

якщо немає органу державної влади, органу місцевого самоврядування чи іншого суб'єкта владних повноважень, до компетенції якого віднесені повноваження здійснювати захист законних інтересів держави у спірних правовідносинах [4].

Водночас, Велика Палата Верховного Суду у постанові від 26 червня 2019 року у справі № 587/430/16-ц деталізувала попередню позицію та вказала на необхідність у кожному конкретному випадку перевіряти наступні аспекти: 1) доводи сторін щодо наявності чи відсутності повноважень органів влади здійснювати захист законних інтересів у спосіб, який обрав прокурор; 2) доводи прокурора з приводу відсутності органу, до компетенції якого віднесені повноваження здійснювати захист законних інтересів держави [5].

У постанові Великої Палати Верховного Суду від 11 лютого 2020 року у справі № 922/614/19, звернуто увагу на те, що якщо підставою для представництва інтересів держави прокурор зазначив відсутність органу, до компетенції якого віднесені повноваження здійснювати захист законних інтересів держави у спірних правовідносинах, цей довід прокурора суд повинен перевірити незалежно від того, чи надав прокурор докази вчинення ним дій, спрямованих на встановлення відповідного органу [6].

Підсумовуючи вищевикладене, можна сказати, що представництво органами прокуратури має не основний, а скоріше факультативний характер. Це зумовлено тим, що саме органи публічної адміністрації або органи місцевого самоврядування, за наявності правових підстав, звертаються до суду за захистом публічного інтересу. А органи прокуратури виконують функцію представництва лише у виняткових випадках, за наявності достатніх підстав, які перевіряються судом.

Використані матеріали:

1. Берназюк Я. Особливості представництва прокурором інтересів держави в суді: нове законодавство та актуальні підходи Верховного Суду URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/168820-osoblivosti-predstavnitstva-prokurorom-interesiv-derzhavi-v-sudi-nove-zakonodavstvo-ta-aktualni-pidkhodi-verkhovnogogo-sudu?fbclid=IwAR2GLCdvo1RcMag26jNrBHYRKT6Yz-Dy6xwAJW6Kq0ogXRYvhcxnvziyvNc>.
2. Конституція України URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.
3. Рішення Конституційного Суду України від 8 квітня 1999 року № 3-рп/99 (справа про представництво прокуратурою України інтересів держави в арбітражному суді) URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-99#Text>.
4. Постанова Об'єднаної палати Касаційного господарського суду від 7 грудня 2018 року у справі № 924/1256/17 URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78749905>.

5. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 26 червня 2019 року у справі № 587/430/16-ц URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/84573553>.
6. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 11 лютого 2020 року у справі № 922/614/19 URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87857840>

Лапкін Андрій Васильович

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри судустрою та прокурорської діяльності
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
(м. Харків, Україна)*

ЩОДО СТВОРЕННЯ СУДОВО-ПРОКУРОРСЬКИХ ОКРУГІВ В УМОВАХ ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ

В умовах реформи децентралізації, яка відбувається в Україні, набуває актуальності питання про удосконалення мережі органів прокуратури та суду на місцевому рівні. Зокрема, щодо прокуратури це питання стоїть на порядку денному, зважаючи на проведення реформи її системи згідно із ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури» від 19.09.2019, після завершення якої в Україні має запрацювати нова мережа окружних прокуратур. Збіг цих реформ у часі, з одного боку, створює унікальну можливість гармонійної їх реалізації, а з іншого – викликає ризики зменшення ефективності кожної з цих реформ внаслідок їх неузгодженості між собою.

Можна вважати, що зазначене питання зводиться до розуміння дії принципу територіальності при побудові системи прокуратури та судустрою. Так, виходячи із ст. 7 ЗУ «Про прокуратуру» можна зробити висновок, що система прокуратури є триланковою та передбачає наявність спеціалізованого органу, яким є Спеціалізована антикорупційна прокуратура, що має власну територіальну структуру. Офіс Генерального прокурора поширює свою юрисдикцію на всю територію України; обласні прокуратури – на територію відповідної області, м. Києва, АРК та м. Севастополя; окружні прокуратури – на територію відповідного округу, до складу якого входять одна або декілька адміністративно-територіальних одиниць рівня району, міста, району у місті.

Слід звернути увагу, що подібну ієрархічну побудову мають й інші суб'єкти системи кримінальної юстиції: органи досудового розслідування та суди. Щодо останніх таке підпорядкування втілене у правилах ступінчастості та інстанційності, які проявляються в існуванні судів вищого рівня, наділених повноваженнями перегляду рішень нижчих судів. При цьому у науковій юридичній літературі обґрунтовується

необхідність побудови судової системи з дотриманням правила: одна ланка = одна інстанція [1, с. 43]. Уявляється, що аналогічне правило має додержуватися й відносно прокуратури, зважаючи на наділення повноваженнями щодо здійснення процесуального керівництва прокурорів усіх рівнів системи прокуратури та надто ускладнену організацію розподілу функціональних повноважень між ними, закріплену відомчими актами¹²⁰.

Враховуючи, що система кримінальної юстиції має діяти максимально узгоджено і гармонійно, її основні елементи мають організовуватися загалом на єдиних засадах та відповідати одне одному за структурною побудовою та рівнем функціональної компетентності. Це означає, що загалом при побудові відповідних органів має додержуватися правило: один рівень органу досудового розслідування = один рівень системи прокуратури = одна ланка судової системи = одна судова інстанція.

Відповідно, окружні прокуратури мають виступати загальним органом прокуратури у кримінальному провадженні, і здійснювати процесуальне керівництво досудовими розслідуваннями всіх кримінальних правопорушень, вчинених в межах їх територіальної юрисдикції, а також підтримувати у них публічне обвинувачення у відповідних місцевих судах; обласні прокуратури можуть виступати органом прокуратури у кримінальному провадженні лише у виключних випадках, пов'язаних зі здійсненням досудового розслідування органами досудового розслідування, територіальна юрисдикція яких виходить за межі юрисдикції окружної прокуратури, а також підтримувати публічне обвинувачення у відповідних апеляційних судах; Офіс Генерального прокурора може виступати органом прокуратури у кримінальному провадженні лише у виключних випадках, пов'язаних зі здійсненням досудового розслідування органами досудового розслідування, територіальна юрисдикція яких виходить за межі юрисдикції обласної прокуратури, а також підтримувати публічне обвинувачення у Верховному Суді.

Такий підхід передбачає, зокрема, скорочення чисельності і спрощення організаційної структури Офісу Генерального прокурора та обласних прокуратур на користь збільшення штатної чисельності окружних прокуратур, які мають розглядатися як основна ланка системи прокуратури. Уявляється, що в перспективі необхідно прагнути до приведення системи та структури органів досудового розслідування у повну відповідність до системи і структури прокуратури, а останньої – до системи судоустрою, що сприятиме спрощенню та підвищенню ефективності системи кримінальної юстиції в цілому.

Особливе значення така відповідність має на місцевому рівні як найбільш наближеному до населення та такому, на якому реалізується

¹²⁰ Наприклад, у Розд. IV «Організація діяльності прокурорів під час проведення досудового розслідування» Порядку закріплено 12 варіантів визначення суб'єктів та об'єктів прокурорського нагляду за додержанням законів під час досудового розслідування.

ся основний масив діяльності системи кримінальної юстиції. Водночас, внаслідок неузгодженості реформ різних складових останньої, сформульовані вище вимоги не дотримуються. Якщо до 2014 р. мережа місцевих судів, ОВС та прокуратур визначалася залежно від адміністративно-територіального поділу України на міста, райони та райони у містах, а тому була загалом гармонізована між собою як за чисельністю органів¹²¹, так і за сферою їх територіальної юрисдикції (за окремими винятками, які виявлялися в існуванні прокуратур міст з районним поділом [2], міжрайонних прокуратур, міськрайонних судів чи відділів ОВС тощо), то з прийняттям чинного ЗУ «Про прокуратуру» мережа прокуратур районної ланки була реформована за окружним принципом, що передбачало її скорочення до 178 місцевих прокуратур. Внаслідок цього територіальна юрисдикція місцевих прокуратур поширювалася на 5–7 адміністративно-територіальних одиниць рівня міста та/або району, що зумовлює її віддаленість від населення, судів, міськрайвідділів НП України та інших об'єктів її діяльності на 70–100 км, що ускладнює доступ громадян до прокуратури, а також реалізацію прокурорами покладених на них повноважень. З прийняттям ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» від 2016 р. аналогічний процес реформування за окружним принципом розпочався щодо мережі місцевих загальних судів. Хоча у науковій юридичній літературі висловлювалася думка, що реформування останньої повинно бути синхронізованим з проведенням адміністративно-територіальної реформи і відповідати побудові місцевої мережі суміжних із судовою владою інститутів, зокрема прокуратури [3, с. 8], отримані на сьогодні результати реформи показують інше, оскільки реорганізована мережа місцевих загальних судів лише частково співпадає з мережею окружних прокуратур.

Зрештою, обидві ці реформи не були узгоджені не лише між собою, а й з адміністративно-територіальною реформою в Україні, що змінила районування території країни та мала наслідком утворення 136 районів замість 490, які існували раніше [4]. Хоча у програмних документах судової реформи наголошувалося на тому, що територіальну організацію судів непотрібно жорстко прив'язувати до адміністративно-територіального поділу, зважаючи на необхідність забезпечення незалежності від місцевої влади [5], уявляється, що ризики впливу останньої на незалежність системи правосуддя не повинні превалювати над інфраструктурною зручністю, яка може бути досягнута лише в адміністративних центрах. Крім того, мережу місцевих судів не можна розглядати й реформувати ізольовано від мережі окружних прокуратур та органів досудового розслідування.

Таким чином, необхідною є комплексна і синхронна розбудова мережі судово-прокурорських округів, кожен з яких включав би: суд, прокуратуру, орган досудового розслідування, орган виконання судових

¹²¹ Наприклад, в цей період в Україні діяло 638 міських, районних, міжрайонних та районних у містах прокуратур та 663 місцеві загальні суди

рішень, центр безоплатної правової допомоги тощо. Погоджуючись, що в основі цього процесу мають лежати об'єктивні критерії, наближеність до людини та урахування приблизно однакової чисельності населення та транспортних зв'язків [5], не можна заперечувати, що ті самі фактори є визначальними при здійсненні реформи децентралізації. Тому закріплений в її результаті адміністративно-територіальний поділ повинен обов'язково враховуватися при створенні судово-прокурорських округів, що вимагає нового перегляду мережі окружних прокуратур, місцевих загальних судів та органів досудового розслідування відповідно до нового районування території України.

Формулюючи конкретні пропозиції щодо їх розбудови, можна запропонувати визначити центром судово-прокурорського округу центральне місто чи селище відповідного об'єднаного району, у якому має знаходитися головний офіс відповідних окружної прокуратури, місцевого суду та органу досудового розслідування. Винятком з цього правила є великі міста, де можуть окремо створюватися один або декілька відповідних органів кримінальної юстиції залежно від їх територіального поділу. У кожній об'єднаній територіальній громаді повинен діяти підрозділ дізнання. У віддалених об'єднаних територіальних громадах за необхідності можуть створюватися відділи окружних прокуратур, місцевих судів та слідчі підрозділи.

Використані матеріали:

1. Куйбіда Р. О. Реформування правосуддя в Україні: стан і перспективи: монографія. К. : Атіка, 2004. 288 с.
2. Лапкін А. До питання про визначення правового становища прокуратур міст з районним поділом. *Вісник прокуратури*. 2012. № 4-5. С. 145-152.
3. Дем'яненко І. В. Організаційно-правові основи діяльності місцевих загальних судів в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10. Х., 2017. 235 с.
4. Реформування адміністративно-територіального устрою суб-регіонального рівня (районів). URL: <https://decentralization.gov.ua/new-rayons>.
5. Концепція вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів: Схвалена Указом Президента України від 10.05.2006 р. № 361/2006. *Уряд. кур'єр (Орієнтир)*. 2006. № 95. С. 1-8.

Москвич Лідія Миколаївна

*доктор юридичних наук, професор,
завідуюча кафедри судоустрою та прокурорської діяльності
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
(м. Харків, Україна)*

ЗВІЛЬНЕННЯ ПРОКУРОРІВ: ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОГО ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТА ПРАКТИКИ

Реформа в системі органів прокуратури, розпочата з прийняттям в 2019 р. Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури» від 19 вересня 2019 року № 113-IX (далі - закон № 113-IX), викликає чимало дискусійних питань, зокрема в питанні законності звільнення прокурорів.

По-перше, щодо процедури звільнення прокурорів з адміністративної посади. Законодавець, прийнявши Закон № 113-IX, запровадив подвійне правове регулювання (як Законом України «Про прокуратуру» № 1697-VII (далі – закон № 1697-VII), так і Законом № 113-IX) одних і тих же питань, зокрема, в частині звільнення прокурорів з адміністративної посади. Так, ч.1 ст.41 Закону № 1697-VII передбачено, що звільнення прокурора з адміністративної посади здійснюється Генеральним прокурором з визначених ч.1 ст. 41 підстав. Водночас, п.п. 4 п. 21 розділу II Закону № 113-IX встановлено, що особи, які на день набрання чинності Законом № 113-IX займають адміністративні посади першого заступника Генерального прокурора, заступника Генерального прокурора, заступника Генерального прокурора – Головного військового прокурора, вважаються звільненими з указаних адміністративних посад. Дія цього пункту не поширюється на заступника Генерального прокурора – керівника Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, а також на першого заступника і заступників Генерального прокурора, призначених на посаду після 30 серпня 2019 року.

В свою чергу, Конституційний Суд України (далі – КСУ) в своєму рішенні від 3 жовтня 1997 року № 4-зп, звертав увагу, що конкретна сфера суспільних відносин не може бути водночас врегульована однопредметними нормативними правовими актами однакової сили, які за змістом суперечать один одному. Звичайною є практика, коли наступний у часі акт містить пряме застереження щодо повного або часткового скасування попереднього. Загальновизнаним є й те, що з прийняттям нового акту, якщо інше не передбачено самим цим актом, автоматично скасовується однопредметний акт, який діяв у часі раніше. Так само і в рішенні КСУ від 13 березня 2012 року зазначено, що «Оскільки Кодекс є основним актом цивільного законодавства, то

будь-які зміни у регулюванні однопредметних правовідносин можуть відбуватися лише з одночасним внесенням змін до нього...».

Слід зазначити, що до прийняття Закону № 113-IX питання кадрового характеру в прокуратурі, крім Закону № 1697-VII, регламентувалися і Кодексом законів про працю України, зокрема ст. 40 (щодо не допущення звільнення працівника з ініціативи власника або уповноваженого ним органу в період його тимчасової непрацездатності, а також у період перебування працівника у відпустці), ст. 42 (щодо переважного права залишення на роботі), ст. 492 (щодо персонального попередження про вивільнення не пізніше ніж за два місяці) та ін.

Так, у ст. 4 Закону № 1697-VII передбачено, що організація та діяльність прокуратури України, статус прокурорів визначаються Конституцією України, цим та іншими законами України, чинними міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Так само у п. 2 розділу 1 Положення про організацію кадрової роботи в органах прокуратури, затвердженого наказом Генеральної прокуратури України від 18 грудня 2017 року № 351, зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 26 січня 2018 року № 113/31565 наголошується, що правовою основою організації кадрової роботи в органах прокуратури, серед іншого, є Кодекс законів про працю України (далі – КЗпП). Водночас п. 1 розділу I Закону № 113-IX внесено зміни до ст. 40 КЗпП, зокрема її доповнено ч. 5, за якою особливості звільнення окремих категорій працівників з підстав, передбачених п. 1 ч.1 цієї статті, а також особливості застосування до них положень ч. 2 цієї статті, ст.ст. 42, 421, ч.ч. 1, 2 і 3 ст. 492, ст.74, ч. 3 ст. 121 КЗпП, встановлюються законом, що регулює їхній статус.

Слід також звернути увагу, що відповідно до ч. 2 ст. 15 Закону № 1697-VII прокурори в Україні мають єдиний статус незалежно від місця прокуратури в системі прокуратури України чи адміністративної посади, яку прокурор обіймає у прокуратурі. В даному контексті, очевидна колізія правових норм Законів № 1697-VII та № 113-IX.

По-друге, щодо звільнення прокурорів за результатами атестації. Відповідно до п. 7 розділу II Закону України № 113-IX прокурори, які на день набрання чинності цим Законом займають посади прокурорів у Генеральній прокуратурі України, регіональних прокуратурах, місцевих прокуратурах, військових прокуратурах, можуть бути переведені на посаду прокурора в Офісі Генерального прокурора, обласних прокуратурах, окружних прокуратурах лише у разі успішного проходження ними атестації, яка проводиться у порядку, передбаченому цим розділом. Отже, Закон № 113-IX встановлює виключне правило про проходження атестації усіма прокурорами. Одночасно з цим, пунктом 8 розділу II Закону № 113-IX від проходження атестації звільнені окремі категорії прокурорів, а саме Генеральний прокурор, а також особи, яких призначено на посади першого заступника, заступника Генерального прокурора у період з 30 серпня 2019 року, прокурори Спеціалізованої

антикорупційної прокуратури. Тобто, атестацію прокурорів відповідно до вимог Закону України № 113-IX не проходили голови кадрових комісій – заступники Генерального прокурора. В даному випадку, очевидним є порушення принципу єдності статусу прокурорів, вибірковості підходу в питаннях процедури переведення/звільнення прокурорів, що, з нашої точки зору, містить ознаки дискримінації.

КСУ у рішення від 7 липня 2004 року № 14-рп/2004 вказував, що мета встановлення певних відмінностей (вимог) у правовому статусі працівників повинна бути істотною, а самі відмінності (вимоги), що переслідують таку мету, мають відповідати конституційним положенням, бути об'єктивно виправданими, обґрунтованими та справедливими. Однак виключення з процедури атестації, і як можливе – виключення з числа прокурорів, що можуть втратити свою посаду за наслідками такої атестації, обмеженого кола прокурорських працівників, на наш погляд, грубо порушує принцип верховенства права, ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод про право на повагу до приватного життя, положення ст. ст. 24, 43, 46 Конституції України, ст. 15 Закону України «Про прокуратуру», які забороняють дискримінацію у будь-яких проявах та за будь-яких ознак, а також принцип єдності статусу прокурора.

Крім того, Законом України № 113-IX доповнено ч. 5 ст. 51 Закону № 1697-VII, відповідно до положень якої на звільнення прокурорів з посади з підстави, передбаченої п.9 ч.1 ст.51 (звільнення у разі ліквідації чи реорганізації органу прокуратури, в якому прокурор обіймає посаду, або в разі скорочення кількості прокурорів органу прокуратури), не поширюються положення законодавства щодо пропозиції іншої роботи та переведення на іншу роботу при звільненні у зв'язку із змінами в організації виробництва і праці, щодо строків попередження про звільнення, щодо переважного права на залишення на роботі, щодо переважного права на укладення трудового договору у разі поворотного прийняття на роботу, щодо збереження місця роботи на період щорічної відпустки та на період відрядження. Тобто, з моменту набрання чинності Законом України № 113-IX для прокурорів звужено зміст та обсяг існуючих гарантій трудових прав, однак таке звуження прямо заборонено ст. 22 Конституції України.

Мухатаєва Яна Ігорівна

аспірантка другого року навчання
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(м. Харків, Україна)

Науковий керівник: доктор юридичних наук,
професор, завідувач кафедри адвокатури

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
Т.Б.Вільчик

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ РОЗГЛЯДУ СКАРГ ПРО НЕНАЛЕЖНУ ПОВЕДІНКУ АДВОКАТІВ, ПОВ'ЯЗАНУ З РОЗГОЛОШЕННЯМ АДВОКАТСЬКОЇ ТАЄМНИЦІ

Положення Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» встановлюють, що «з метою забезпечення належного здійснення адвокатської діяльності, дотримання гарантій адвокатської діяльності, захисту професійних прав адвокатів, забезпечення високого професійного рівня адвокатів та вирішення питань дисциплінарної відповідальності адвокатів в Україні діє адвокатське самоврядування». Притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності є особливим інститутом, адже це спеціальний вид відповідальності, який регулюється Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (далі – Закон), а також Положенням «Про порядок прийняття та розгляду скарг щодо неналежної поведінки адвоката» (далі – Положення) та Правилами адвокатської етики. Оскільки адвокат здійснює незалежну професійну діяльність, рішення про накладення на нього дисциплінарних санкцій ухвалюють органи адвокатського самоврядування - кваліфікаційно-дисциплінарні комісії адвокатури за адресою робочого місця адвоката, зазначеного в Єдиному реєстрі адвокатів України.

Відповідно до Рекомендації (2000)21 Комітету Міністрів Держав-членам Ради Європи про свободу здійснення професії адвоката від 25 жовтня 2000 року зазначається про те, що «одним із положень принципу дисциплінарного провадження є те, що у випадках, коли адвокати не діють у відповідності з професійними стандартами, викладеними в кодексах професійної поведінки, які розроблені адвокатськими колегіями чи іншими професійними об'єднаннями адвокатів або встановлені законодавством, слід вживати належних заходів, включаючи дисциплінарне провадження» [4, с. 4]. Адвоката може бути притягнуто до дисциплінарної відповідальності лише в порядку дисциплінарного провадження, з підстав вчинення ним дисциплінарного проступку», що передбачено статтею 34 Закону [3, с. 281].

Дисциплінарне провадження стосовно адвоката - це процедура

розгляду дисциплінарною палатою КДКА письмової заяви (скарги), яка містить відомості про наявність в діях адвоката ознак дисциплінарного проступку. У Положенні, яке «може мати наслідком його дисциплінарну відповідальність продубльовано проступки, які є підставою для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності, а саме: 1) порушення вимог несумісності; 2) порушення присяги адвоката України; 3) порушення правил адвокатської етики; 4) розголошення адвокатської таємниці або вчинення дій, що призвели до її розголошення; 5) невиконання або неналежне виконання своїх професійних обов'язків; 6) невиконання рішень органів адвокатського самоврядування; 7) порушення інших обов'язків адвоката, передбачених законом». [1, с. 17]

Розглядаючи скарги щодо неналежної поведінки адвоката, кваліфікаційно-дисциплінарні комісії адвокатури повинні виходити із загальних положень, викладених у Законі щодо адвокатської таємниці. Вища кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури затвердила узагальнені дисциплінарної практики кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури щодо адвокатської таємниці, що знайшло своє відображення в рішенні від 25.07.2020 N VII-010/2020 [5, с. 3]. Проаналізувавши рішення Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури від 25.07.2020 р. N VII-010/2020, слід звернути увагу на такі висновки.

- Адвокат не несе відповідальності за відмову будь-яким особам, органам і установам в розкритті адвокатської таємниці і наданні доступу до неї за наявності дозволу клієнта або особи, яка звернулася за професійною правничою (правовою) допомогою, на розкриття адвокатської таємниці. У такому разі, адвокат може, але не зобов'язаний розкривати адвокатську таємницю.
- Інформація та документи можуть втратити статус адвокатської таємниці за згодою клієнта або особи, якій відмовлено в укладенні договору про надання професійної правничої (правової) допомоги, що викладена у її письмовій заяві.
- Адвокату забороняється використовувати свої права всупереч правам, свободам та законним інтересам клієнта; без згоди клієнта розголошувати відомості, що становлять адвокатську таємницю, використовувати їх у своїх інтересах або інтересах третіх осіб.
- У випадку відмови клієнта від надання правової допомоги, адвокат зобов'язаний зберігати адвокатську таємницю відносно такого клієнта. Крім того, адвокату забороняється укладати договір про надання правової допомоги і він зобов'язаний відмовитись від виконання договору, укладеного адвокатом, адвокатським бюро або адвокатським об'єднанням, у разі, якщо виконання договору про надання правової допомоги може призвести до розголошення адвокатської таємниці, крім випадків наявності письмової згоди клієнта, зацікавленого в збереженні конфіденційності такої інформації.

Таким чином, можна зазначити, що дисциплінарна відповідальність є певним засобом впливу на адвоката, який в свою чергу забезпечує належне виконання адвокатами своїх професійних обов'язків. Перелік підстав притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності не є вичерпним з огляду на ст. 34 Закону. Рішення про накладення на нього дисциплінарних санкцій ухвалюють органи адвокатського самоврядування – кваліфікаційно-дисциплінарні комісії адвокатури за адресою робочого місця адвоката, зазначеного в Єдиному реєстрі адвокатів України. Дотримання адвокатської таємниці адвокатом та забезпечення її недоторканості від будь-якого стороннього впливу є запорукою розвитку правової держави, формування демократичного громадянського суспільства і здійснення правосуддя на засадах рівності та змагальності.

Використані матеріали:

1. Положення про порядок прийняття та розгляду скарг щодо належної поведінки адвоката, яка може мати наслідком його дисциплінарну відповідальність: Положення від 30.08.2014 року. *Рада адвокатів України*. 2019. С. 17.
2. Правила адвокатської етики: Правила від 09.06.2017 року. З'їзд адвокатів України. 2019. С. 34.
3. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 року №5076. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. №27. С. 282.
4. Рекомендація NoR (2000) 21 Комітету міністрів державам-членам про свободу професійної діяльності адвокатів, ухвалена на 727 засіданні заступників міністрів 25.10.2000 року. С. 4.
5. Рішення Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури від 25.07.2020 р. N VII-010/2020. С. 3.

Подкопаяв Сергій Васильович

*кандидат юридичних наук, доцент,
старший науковий співробітник відділу дослідження проблем
кримінального процесу та судоустрою Науково-дослідного
інституту вивчення проблем злочинності імені академіка*

*В.В. Сташиса
НАПрН України,
заслужений юрист України
(м. Київ, Україна)*

ПРАВОВІ ЗАСАДИ ТА НАПРЯМИ МОДЕРНІЗАЦІЇ ПРОКУРАТУРИ В УКРАЇНІ

1. Прокуратура в країні знаходиться в стані перманентного реформування практично з самого початку формування української державності.

При цьому аналіз національного законодавства свідчить про поетапні зміни в обсязі та змісті її повноважень, а також у самому статусі прокуратури та прокурорів. Відповідні зміни зумовлені низкою факторів, насамперед політичними умовами (зобов'язаннями країни при вступі до Ради Європи), а також соціальними, економічними та правовими чинниками, формуванням і становленням судової влади тощо.

На сьогодні в Україні вже визначено конституційний статус прокуратури (ст. 131¹ розділ VIII (Правосуддя)) [1]. Відповідно вона відходить від інституції *sui generis* («сама по собі») та може розглядатися як єдиний автономний суб'єкт забезпечення правосуддя, що фактично створює умови для його здійснення (в кримінальній сфері), а також як представник державних (публічних) інтересів (у тому числі поза кримінальною сферою).

У свою чергу Закон України «Про прокуратуру», прийнятий у 2014 році, містить положення щодо зміни цільової спрямованості діяльності прокуратури, засад (принципів) організації та діяльності, а також ті положення, які свідчать про суттєве зменшення обсягу компетенції прокуратури поза кримінальною сферою та ті, які певною мірою свідчать про наближення статусу прокурора до статусу судді, передусім у частині нових гарантій незалежності та відповідних кадрових процедур [2].

Так само змін зазнав і процесуальний статус прокурора. Кримінальний процесуальний кодекс України 2012 року не лише змінив «соціальну парадигму кримінального процесу», а процедури досягнення процесуальних цілей за правовою природою наблизив до класичної змагальної моделі [3, с. 140], але й змістив акцент діяльності прокурора із суто наглядової на безпосереднє керівництво процесуальною діяльністю органу досудового розслідування щодо проведення слідчих (розшукових) дій, спрямованих на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів у кримінальному провадженні [4].

Як бачимо, існуюча глибина змін є доволі суттєвою та такою, що в цілому відповідає принципам і підходам, які містяться у міжнародних документах в сфері прокурорської діяльності та статусу прокурорів; зарубіжному досвіду. Водночас чи можна вважати сформовану на сьогодні модель прокуратури в Україні оптимальною, а саму діяльність органів прокуратури результативною та ефективною? Чи є прокуратура в Україні тією інституцією, яка викликає довіру суспільства?

Відповіді, на жаль, попри цілу низку наявних позитивних змін і досягнень, поки що невтішні. Рівень довіри громадян до прокуратури в Україні, як про це свідчать результати проведеного Центром Разумкова на початку 2020 року соціологічного дослідження, залишається невисоким – більшість (68 %) все ще не довіряють прокуратурі [5].

У цьому сенсі пошук засобів реального підвищення результативності та ефективності діяльності прокуратури в сучасних умовах актуалізує звернення уваги на питання пов'язані з удосконаленням існуючої моделі

прокуратури в цілому та її модернізацією зокрема.

Етимологічно термін «модернізація» (дія за значенням модернізувати) означає змінювати, удосконалювати відповідно до сучасних вимог; надавати минулому невластивих йому сучасних рис; осучаснювати [6, с.683]. У наукових джерелах, зокрема В.А. Миколенком, вона (правова модернізація) розглядається в якості діяльності уповноважених суб'єктів, спрямованої на удосконалення організації та діяльності органів «у відповідності до сучасного стану суспільних відносин», що ґрунтується на «інституціональних стандартах». До мети такої модернізації автор відносить «покращення іманентних якостей системи», тобто тих її характеристик, що притаманні їй *ipso facto* («у силу самого факту»), виходячи із правоохоронної функції держави як такої [7, с.21–22]. О.А. Линдюк визначає модернізацію як «постійний процес осучаснення, перехід до нової якості», який на відміну від інновації, завжди стосується чогось, що вже існує [8, с.112–113].

Враховуючи зазначене можна вести мову про модернізацію прокуратури як певний комплексний процес її системного удосконалення, «осучаснення» відповідно до дійсного стану суспільних відносин в країні та реальної потреби в підвищенні результативності та ефективності її функціонування у відповідних сучасному стану умовах.

2. До правових засад модернізації системи прокуратури України, на нашу думку, відносяться, зокрема:

а) положення міжнародних документів у сфері прокурорської діяльності та статусу прокурорів (міжнародні стандарти), прийняті різними за своєю природою та статусом органами: ООН, Міжнародною асоціацією прокурорів, Парламентською асамблеєю та Комітетом Міністрів Ради Європи, Європейською Комісією «За демократію через право» (Венеціанською комісією), Консультативною радою європейських прокурорів. Такі документи носять рекомендаційний характер, формують загальні, базові принципи та підходи щодо функціонування прокуратури в сучасній державі. Вони відносяться до категорії так званого «м'якого права», слугують свого роду орієнтиром для національних правових систем, задаючи певні інституціонально-функціональні параметри для формування національних моделей прокуратур;

б) положення національного законодавства, які на сьогодні в силу різних причин поки що не отримали своєї реалізації. Приміром, норми ч. 1 ст. 2, ст. ст. 22 – 25 Закону України «Про прокуратуру» не приведені у відповідність до ст. 131¹ Конституції України та, крім того, деякі з норм даного Закону, як то забезпечення незалежності прокурора «особливим порядком його ... звільнення з посади, притягнення до дисциплінарної відповідальності», «функціонуванням органів прокурорського самоврядування» (п. п. 1, 6 ч. 1 ст. 16) та ін. в реальності залишаються декларативними та, відповідно, слугують правовою основою для реалізації модернізаційного потенціалу;

в) Стратегія розвитку прокуратури на 2021–2023 роки, затверджена наказом Генерального прокурора 16 жовтня 2020 року [9] та інші документи концептуального, стратегічного характеру.

3. В свою чергу, основними напрямками модернізації прокуратури в Україні, на наш погляд, мають стати:

1) комплексне удосконалення законодавства з позиції його узгодження між собою, а також перегляду мети діяльності прокуратури та обсягу її компетенції, зокрема поза кримінальною сферою та, крім того, його доповнення задля посилення інституціональної незалежності прокуратури та незалежності прокурорів;

2) удосконалення кадрової політики щодо прокуратури та її стабілізація;

3) вироблення реальних засобів гарантування належного рівня ресурсного забезпечення прокуратури;

4) процес оптимізації внутрішньої структури апаратів прокуратур та удосконалення управлінських процесів і процедур у системі;

5) впровадження сучасних інформаційних технологій у повсякденні робочі процеси, зокрема системи *eCase Management System*;

6) вироблення засобів підвищення рівня професіоналізму прокурорів, у тому числі шляхом розроблення прокурорських професіограм із врахуванням багатоаспектності прокурорської діяльності та їх впровадження;

7) оптимізація системи суб'єктів та удосконалення відповідних кадрових процедур задля посилення гарантій статусу прокурорів.

Використані матеріали:

1. Конституція України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>
2. Про прокуратуру: Закон України від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18#Text>
3. Толочко О. Гуманізація процесуального статусу прокурора в кримінальному провадженні. *Юридичний вісник*. 2014. № 5. С. 140–145.
4. Кримінальний процесуальний кодекс України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>
5. Оцінка громадянами діяльності влади, рівень довіри до соціальних інститутів та політиків, електоральні орієнтації громадян (лютий 2020 р. соціологія). Разумков Центр. URL: <http://razumkov.org.ua/napriamky/sotsiologichni-doslidzhennia/otsinka-gromadianamy-diialnosti-vlady-riven-doviry-dotsialnykh-instytutiv-ta-politykiv-elektoralni-orientatsii-gromadian-liutyi-2020r>

6. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і гол. ред. В.Т. Бусел. Київ; Ірпінь: Перун, 2009. С. 683
7. Миколенко В.А. Правова модернізація органів прокуратури України в умовах європейської міждержавної інтеграції: загальнотеоретичне дослідження: дис. д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Івано-Франків. ун-т права ім. короля Данила Галицького. Івано-Франківськ, 2017. 373 с.
8. Линдюк О.А. Модернізація державної служби України в умовах глобалізації: дис. ... д-ра наук з держ. упр.: 25.00.03 / Нац. акад. держ. упр. при Президентові України. Київ, 2017. 420 с.
9. Генпрокурор Ірина Венедіктова затвердила Стратегію розвитку прокуратури на 2021–2023 роки. URL: https://www.gp.gov.ua/ua/news?_m=publications&_c=view&_t=rec&id=282096

Русанова Ірина Олександрівна

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри судоустрою та прокурорської діяльності

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

(м. Харків, Україна)

ПРОБЛЕМИ СУЧАСНОЇ КАДРОВОЇ ПОЛІТИКИ В ОРГАНАХ ПРОКУРАТУРИ

Прийняття у вересні 2019 року Закону України № 113-IX «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури» (далі – Закон № 113-IX) започаткувало собою сучасний етап реформи прокуратури в нашій країні. У пояснювальній записці до проекту вказаного Закону до його цілей і завдань віднесено: «...запровадження першочергових і, багато в чому, тимчасових заходів, пов'язаних передусім із *кадровим перезавантаженням органів прокуратури шляхом атестації* чинних прокурорів, а також надання можливості всім добросовісним кандидатам, які мають належні теоретичні знання та практичні навички, на конкурсних засадах зайняти посаду прокурора у будь-якому органі прокуратури». Водночас результат сучасного етапу реформи прокуратури, як і сам процес, отримали неоднозначні оцінки з боку юридичної спільноти та слугували підставою для звернення групи народних депутатів до Конституційного Суду України з конституційним поданням щодо відповідності Конституції України Закону № 113-IX.

Законом № 113-IX, серед іншого, передбачається, що прокурори можуть бути переведені на посаду прокурора в Офісі Генерального прокурора, обласних прокуратурах, окружних прокуратурах *лише у разі успішного проходження ними атестації* (п. 7 розділу II) та водночас встановлено перелік суб'єктів (прокурорів) на яких *не поширюється*

атестація (п. 8 розділу II). У Законі не наведено визначення атестації, а лише зазначається, що вона здійснюється згідно з Порядком проходження прокурорами атестації, який затверджується Генеральним прокурором (п. 9 розділу II), проводиться кадровими комісіями Офісу Генерального прокурора, кадровими комісіями обласних прокуратур (п. 11 розділу II), її предметом є оцінка професійної компетентності професійної етики та добросовісності прокурора, а сама вона включає два етапи (п.п. 12-13 розділу II). При цьому у останньому абзаці п. 13 розділу II Закону № 113-IX міститься застереження, що атестація може включати й інші етапи, не проходження яких може бути підставою для ухвалення кадровою комісією рішення про неуспішне проходження атестації прокурором. Перелік таких етапів визначається у Порядку проходження прокурорами атестації, який затверджує Генеральний прокурор.

Також слід звернути увагу на те, що п. 1 розділу I Закону № 113-IX внесено зміни до ст. 40 Кодексу законів про працю України (далі – КЗпП), зокрема її доповнено ч. 5, за якою особливості звільнення окремих категорій працівників з підстав, передбачених п. 1 ч.1 цієї статті, а також особливості застосування до них положень ч. 2 цієї статті, ст.ст. 42, 42¹, ч.ч. 1, 2 і 3 ст. 49², ст.74, ч. 3 ст. 121 КЗпП, встановлюються законом, що регулює їхній статус. Одночасно Законом України № 113-IX ст. 51 Закону України «Про прокуратуру» доповнено ч. 5, відповідно до положень якої на звільнення прокурорів з посади з підстави передбаченої п. 9 ч.1 ст.51 (звільнення у разі ліквідації чи реорганізації органу прокуратури, в якому прокурор обіймає посаду, або в разі скорочення кількості прокурорів органу прокуратури. – *I.P.*) не поширюються положення законодавства щодо пропозиції іншої роботи та переведення на іншу роботу при звільненні у зв'язку із змінами в організації виробництва і праці, щодо строків попередження про звільнення, щодо переважного права на залишення на роботі, щодо переважного права на укладення трудового договору у разі поворотного прийняття на роботу, щодо збереження місця роботи на період щорічної відпустки та на період відрядження. Тобто, за вказаним пунктом на прокурорів не поширюються гарантії працівників за КЗпП, а саме: 1) право на переважне залишення на роботі (ст. ст. 42, 49² КЗпП України); 2) переважне право на укладення трудового договору у разі поворотного прийняття на роботу протягом одного року (ст. 42¹ КЗпП України); 3) гарантії вивільнення працівників (ст. 49² КЗпП України) та інші.

На наш погляд, зазначені положення Закону № 113-IX звужує зміст та обсяг існуючих прав громадян, а також містить ознаки дискримінації за професійною ознакою та, крім того, порушує єдність статусу прокурорів.

Ще однією з важливих кадрових процедур є дисциплінарна відповідальність прокурорів, адже її особливий порядок, поряд з порядком призначення на посаду, звільнення прокурорів з посади визначається

у п. 1 ч. 1 ст. 16 Закону України «Про прокуратуру» у якості гарантії незалежності прокурора. У цьому сенсі важливе значення має не лише сама процедура, але й особливості організації суб'єктів вирішення питання щодо дисциплінарної відповідальності прокурорів, їх статусу. Донедавна головним суб'єктом вирішення питання щодо дисциплінарної відповідальності прокурорів була Кваліфікаційно-дисциплінарна комісія прокурорів (далі – КДКП), створення та функціонування якої передбачалося низкою статей Закону України «Про прокуратуру» 2014 року (в редакції станом на 01 січня 2019 року – *І.Р.*). Вона розпочала свою роботу у травні 2017 року, а безпосередньо з реалізації компетенції щодо дисциплінарної відповідальності у серпні того ж року.

Відповідно до Закону України № 113-IX, з дня набрання ним чинності члени і голова КДКП вважаються звільненими з посади, а їх повноваження вважаються достроково припиненими; у Законі України «Про прокуратуру» слова «Кваліфікаційно-дисциплінарна комісія прокурорів» в усіх відмінках замінені словами «відповідний орган, що здійснює дисциплінарне провадження». Водночас п. 22 розділу II установлено, що тимчасово, до 1 вересня 2021 року: в Офісі Генерального прокурора, у кожній обласній прокуратурі утворюються відповідні кадрові комісії як органи для забезпечення розгляду дисциплінарних скарг про вчинення прокурором дисциплінарного проступку та здійснення дисциплінарного провадження щодо прокурорів (п.п. 7), а Генеральний прокурор визначає перелік, склад і порядок роботи кадрових комісій Офісу Генерального прокурора, обласних прокуратур; порядок розгляду кадровою комісією скарг про вчинення прокурором дисциплінарного проступку та процедури здійснення дисциплінарного провадження; порядок прийняття кадровою комісією рішення за результатами дисциплінарного провадження і за наявності підстав, передбачених Законом України «Про прокуратуру», про накладення на прокурора Офісу Генерального прокурора, обласної та окружної прокуратури дисциплінарного стягнення або про неможливість подальшого перебування особи на посаді прокурора (п.п. 8). У цьому сенсі доводиться констатувати факт відходу від вже досягнутого рівня забезпечення незалежності прокурорів, адже на сьогодні питання про дисциплінарну відповідальність прокурорів вирішує суб'єкт – кадрова комісія, склад якої формується відповідно до наказу Генерального прокурора, тобто ним одноособово із фактично підпорядкованих йому працівників. Діяльність даної кадрової комісії згідно п. 22 розділу II Закону № 113-IX має тимчасовий характер – до 1 вересня 2021 року. Відповідно робота кадрової комісії припиниться і має почати своє функціонування «відповідний орган, що здійснює дисциплінарне провадження». Статус цього органу на сьогодні визначений ст. 73 Закону України «Про прокуратуру» і загалом він є тотожним до статусу КДКП, яка функціонувала раніше. Тому логіка законодавця щодо зміни назви для нас не є зрозумілою, адже порядок формування та компетенція відповідного органу залишається такою самою.

У підсумку слід зазначити, що недостатньо обґрунтовані та опрацьовані зміни законодавства, поверхові реформи, що мають в своїй основі політичну складову, лише розбалансовують систему прокуратури в Україні, зменшуючи ефективність її діяльності та, відповідно, й її можливості щодо захисту прав і свобод людини, інтересів суспільства та держави.

Фляжнікова Ярослава Василівна

*аспірант кафедри організації судових,
правоохоронних органів та адвокатури*

*Національного університету «Одеська юридична академія»
(м. Одеса, Україна)*

Науковий керівник: кандидат юридичних наук, доцент
*кафедри організації судових, правоохоронних органів та адвокатури
Національного університету «Одеська юридична
академія» А.В.Кубаєнко.*

ПРОФЕСІЙНІ ЯКОСТІ АДВОКАТА: СОЦІОКУЛЬТУРНИЙ КОД

Професійні якості сучасного адвоката – є новим викликом сьогодення. Це підтверджується постійною динамікою та бурхливим розвитком подій під час реформації адвокатури, де квінтесенція етико-правової проблематики набуває глобального значення. Зокрема, професійне середовище адвоката безпосередньо пов'язує його взаємодію із реальним навколишнім оточенням, яке ускладнене соціокультурною проблематикою.

Важливість виокремлення соціокультурного виміру глобалізації зумовлена необхідністю вироблення основи для утвердження реальної стабільності в умовах глобального багатопольярного світу, ефективної протидії глобальним викликам і загрозам, формування цінностей майбутньої цивілізації, зокрема й професійних якостей адвоката.

Практичний аспект у діяльності адвоката має етична складова. Правильна, свідомо й виважена поведінка адвоката – це об'єктивний показник його моральних якостей, що виражається через сукупність вчинків, які мають моральне значення. Етичний прояв у поведінці адвоката включає оцінку норм моралі у правовідношенні: «адвокат-суд», «адвокат-колега», «адвокат-клієнт» та «адвокат-інші особи, які його оточують».

Етичні категорії, складні та багатоаспектні, є об'єктом дослідження вчених та філософів починаючи з давніх часів. Адвокатська етика, під якою розуміють науку про моральні вимоги до адвоката, моральні відносини, які виникають під час здійснення адвокатської діяльності, моральні приписи, якими адвокат керується під час здійснення адво-

катської діяльності, пройшла тривалий шлях розвитку та становлення, поступово виокремившись з судової та юридичної етики [4, С. 51].

До того ж у практичній діяльності адвоката постійно мають місце складні життєві ситуації, а психологічна культура допомагає йому своєчасно виробити психологічну адаптацію до будь-яких несподіванок.

Водночас, важливо акцентувати на тому, що правник повинен бути готовий до будь-яких вказівок, умов праці і при цьому не повинен панікувати, гарячкувати. Наразі йдеться не про будь-яку, а саме про своєчасну адаптацію, з проявами швидкого реагування, приведення себе у стан професійної готовності. Також психологічна культура передбачає вміння юриста виробляти необхідну адаптацію у громадян.

Цікавим є міркування Олексія Резнікова – одного із найуспішніших адвокатів України, з приводу застосування правил професійної етики: «Людина, яка працює у цій сфері повина мати душевне покликання, інакше не довго думаючи піде працювати у бізнес. Для цього, звичайно необхідно мати терпіння, толерантність і звичайно, постійно працювати над собою» [5]. Така його позиція щоб досягнути успіху. Адвокат переконаний, що обрана професія має бути покликанням душі.

Свого часу Р. Гарріс у своїй відомій «Школі адвокатури» писав: «Вся робота адвоката йде в області людської природи. Люди – його робочий прилад, люди – то нива, над якою він трудиться. Вимірює він сили противника, настрої присяжних, чи оцінює розумові здібності і сумнінність свідка, все рівно – ключ до успіху лежить в знанні людської природи або людського характеру» [2, С. 21].

Якщо ж відштовхуватись від загальновідомого афоризму «Весь світ театр, а ми у ньому актори», то судочинство – це своєрідна сцена, де розігруються різноманітні ролі, а їх режисер – життя.

Центральним та одним із найголовніших персонажів на цій «сцені» є саме адвокат. До будь-якого судового засідання, у якому адвокат бере участь, необхідно готуватися належно, ґрунтовно та старанно, задля необхідного ефективного результату.

Адвокат не повинен залишати без уваги порушення закону, нетактовне і зневажливе ставлення суду та інших учасників процесу, до свого клієнта, його самого, або адвокатури в цілому і повинен реагувати на відповідні дії у формах, передбачених чинним законодавством та/або актами РАУ, НААУ.

У судовому засіданні, перед суддею та іншими учасниками процесу, адвокат має поважати процесуальні права адвоката, який представляє іншу сторону, і не вдаватись до дій, що грубо порушують останні. Адвокат не повинен вчиняти дій, спрямованих на не виправдане затягування судового розгляду справи. У відносинах з іншими учасниками судового провадження адвокат повинен: бути стриманим і коректним; реагувати на неправильні дії або вислови цих осіб у формах, передбачених

законом, зокрема у формі заяв, клопотань, скарг тощо; бути тактовним при допиті підсудних, потерпілих, сторін у цивільному процесі, свідків та інших осіб [1].

Як зазначає, адвокат О.І. Косаренко: «...здійснення правосуддя на засадах поваги до честі та гідності, рівності перед законом і судом має забезпечуватись не тільки положеннями закону, а й усією судовою діяльністю» [3, С. 189]. Дійсно, адже суд зобов'язаний поважати не тільки честь та гідність усіх учасників процесу, але й не допускати їх порушення зі сторони будь кого із тих, хто бере участь у розгляді справи.

Між адвокатами етичні аспекти взаємовідносин також відіграють важливу роль. Оскільки відносини між ними повинні будуватися на засадах розуміння представників адвокатської професії, дотримання професійних прав адвокатів, колегіальності, та слідування всім основним принципам адвокатської етики, які передбачені у ПАЕ.

Основними принципами взаємовідносин адвоката з клієнтами є: дотримання принципів компетентності та добросовісності під час прийняття адвокатом доручення клієнта, інформування адвокатом клієнта щодо ведення дорученої йому справи, дотримання принципу законності та дотримання принципу неприпустимості конфлікту інтересів на стадії прийняття доручення клієнта, дотримання принципу конфіденційності під час прийняття доручення клієнта, інформування клієнта про хід та результати виконання доручення, дотримання принципу добросовісності під час виконання адвокатом доручення клієнта, врахування принципів розумності гонорару та витрат, пов'язаних із виконанням доручення [1].

Отже, перспективність соціокультурного підходу сьогодні пов'язана з його багатомірністю та певним універсалізмом, оскільки він дає змогу поєднання устадених компонентів (антропологічних, етнічних, культурних) людської історії, до яких звертається цивілізаційний підхід, та мінливих (соціальних, особистісних), на яких концентрує увагу формаційний.

Таким чином, професійні якості адвоката – частина сучасної адвокатури. Відтак, досліджуючи професійні якості адвоката за допомогою соціокультурного підходу очевидно, що він проявляється у складній багаторівневій системі, яка включає в собі взаємодію індивіда з великою кількістю соціальних елементів.

Використані матеріали:

1. Правила адвокатської етики: затверджені звітно-виборним з'їздом адвокатів України 9.06.2017 р. URL: http://vkdka.org/wp-content/uploads/2017/07/PravilaAdvokatskojiEtiki_2017.pdf (дата звернення: 21.09.2020).
2. Гарріс Р. Школа адвокатури. Керівництво до ведення цивільних і кримінальних справ: пров. з англ. П. Сергеича. М.: Изд-во СГУ, 2008. С. 21.

3. Косаренко О. І. Суд і адвокат: проблеми етики взаємовідносин. *Вісник академії адвокатури України*. №22, 2011 р. С. 189.
4. Хижняк Є. С. Адвокатська етика як складова професійної підготовки адвокатів. *Вісник Одеської адвокатури. Спеціальний випуск: «Адвокатська етика»*. Одеса. 2019. С. 51-52.
5. Щоб стати успішним адвокатом, юристом потрібно бути в останню чергу. Сайт газети Закон і Бізнес від 12 липня 2013 року URL: http://zib.com.ua/ua/14258-schob_stati_uspishnim_advokatom_yuristom_potribno_buti_v_ost.html (дата звернення: 18.09.2020).

Шуміло Олексій Михайлович

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри правового забезпечення господарської діяльності
факультету № 6 Харківського національного
університету внутрішніх справ
(м. Харків, Україна)*

СУДОВИЙ ЗАХИСТ ЕКОЛОГІЧНИХ ПРАВ ГРОМАДЯН ШЛЯХОМ КРАУДФАНДИНГУ

Під краудфандингом зазвичай розуміють використання невеликих грошових сум, отриманих від великої кількості фізичних осіб або організацій через онлайн-платформу, для фінансування проекту, бізнесу, особистого кредиту або інших потреб. Як його різновид розглядається екологічний краудфандинг – збір грошей для здійснення громадських проєктів за допомогою інтернет-платформ, починає застосовуватися і у захисті екологічних прав громадян [1]. Найбільш затратними в разі реалізації екологічного проєкту є видатки щодо участі громадськості у судових процесах. Відомо, що такі судові процеси потребують багато часу, фінансів, досвідчених адвокатів та експертів. Найбільшими забруднювачами довкілля є хімічні концерни, транснаціональні корпорації, промислові підприємства, що виробляють екологічно небезпечну продукцію або суттєво впливають на стан довкілля. Тому компенсація матеріальних витрат, пов'язаних із судовими слуханнями, є однією із наболілих проблем екологічної громадськості. Але тепер можна намагатися вирішити цю проблему за допомогою створеної юристами краудфандингової онлайн-платформи для збору коштів CrowdJustice [2], яка спеціально розроблена для підтримки юридичних акцій зі слоганом: «Отримайте фінансування, вживайте юридичних дій!» [3]. Успішні кампанії на CrowdJustice дозволили передати кілька справ на розгляд Верховного суду Великобританії, адже загальна сума зборів платформи на сьогоднішній день становить \$ 3,5 мн. CrowdJustice започатковано у Великобританії, і це було пов'язано з тим, що британський уряд скоротив фінансування юридичної допомоги населенню. На думку

Amnesty International, що виникла після цього рішення, «дворівнева система» позбавила громадян доступу до правосуддя: «Правосуддя стало недоступним для людей, і це значною мірою залежить від наявності коштів. Занадто багато людей не можуть дозволити собі доступ до юридичних послуг, крім того, існує чимало бар'єрів для доступу до потрібної інформації. Таким чином, будь-які контакти зі «служителями закону» стають небезпечними і небажаними для багатьох людей. Довіра до правосуддя падає» [4].

Прикладом юридичних дій за допомогою краудфандингової платформи юридичного спрямування CrowdJustice може служити справа щодо позову до ЄСПЛ. Шість португальських дітей із провінції Лейрія (порт. *Leiria*), яка найбільше постраждала від пожеж, у результаті яких загинуло 62 особи, серед них четверо дітей [5; 6], через громадську організацію Global Legal Action Network (GLAN), based in London [7] вирішили подати позов до ЄСПЛ на 22 держави-члени Ради Європи у зв'язку із бездіяльністю з питань зміни клімату. GLAN запустила краудфандинг з метою зібрати £ 350,000 (\$ 475,000) через платформу для юридичних акцій CrowdJustice.

Наведена справа виникла після трагедії, що спричинила загибель людей та принесла шкоду довкіллю і наводиться як приклад у праці State Responsibility, Climate Change and Human Rights under International Law [8], де зазначається, що позов не подано, бо ініціатори справи ще не пройшли всі національні судові інстанції. Для європейських «pro bono» юристів це друга спроба подати колективний позов для притягнення до відповідальності групи держав. Перша спроба - це Кліматична справа людей (People's Climate Case) – судовий процес, ініційований 10 сім'ями з Португалії, Німеччини, Франції, Італії, Румунії, Кенії, Фіджі та молодіжної асоціації Саамі Самінуорра. Їхнє житло, засоби існування, традиційні сімейні заняття та культура залежать від негативного впливу на зміну клімату, і вони позивались через суд до інституцій ЄС для захисту своїх основних прав та запобігання небезпечним змінам клімату [9]. Однак вони зазнали невдачі у Суді ЄС (CJEU) 08.09.2019 р., коли не пройшли «тест Плаумана» [10] – тобто не було доведено, що кожен позивач постраждав індивідуально згідно з вимогами ст. 263 (4) Договору про заснування Європейської Спільноти. Завдання Суду ЄС, на відміну від ЄСПЛ, полягає у забезпеченні того, щоб: законодавство ЄС таумачилося та застосовувалося однаково у всіх країнах ЄС; країни та інститути ЄС дотримувалися законодавства ЄС.

Починаючи з 2015 року, у декількох судових інстанціях триває справа Джуліана проти США (JULIANA v. UNITED STATES Youth Climate Lawsuit), проти уряду США в окружному суді США, округ Орегон. У позовній скарзі до уряду США стверджувалось, що завдяки позитивним діям уряду, які спричиняють зміни клімату, порушуються конституційні права молодого покоління на життя, свободу та власність, а також уряд не зміг захистити основні суспільні довірчі ресурси. Цей позов було

подано за підтримки неурядової організації Earth Guardians (Охоронці Землі) [11], і у січні 2020 року окремих Дев'ятий окружний суд видав розпорядження про перехресну скаргу. У своїй постанові Суд визнав ступінь тяжкості доказів щодо травм молодих позивачів від зміни клімату та ролі уряду в їх заподіянні. Проте, встановивши, що уряд порушує конституційні права позивачів, двоє із трьох суддів зауважили, що звернення до запитуваних молодими позивачами засобів захисту повинно вирішуватися виконавчою та законодавчою владою. Третій суддя підтвердив конституційні права молоді на клімат, написавши в окремій думці, що «наша нація руйнується – власною рукою наших урядів – у пустку». Позивачі будуть просити переглянути це рішення в апеляційному провадженні [12].

Наведені вище приклади із національної та світової практики дозволяють зробити висновок, що такий тип фінансування екологічних проєктів дасть можливість фінансово оздоровити громадські та благодійні організації і вони зможуть виконувати свої статутні завдання, спираючись на фінансову підтримку добровольців, а не тільки фондів та членських внесків, як це було раніше.

Використані матеріали:

1. Шуміло О. М. Фінансування екологічних проєктів шляхом краудфандингу: правові аспекти та практика застосування: практ. посіб.; [за заг. ред. О. Кравченко]. – Львів: Вид-во «Компанія «Манускрипт»», 2020. – 108 с.
2. NO to Heathrow. YES to a Safe Climate Futureby, Plan B, CrowdJustice [Electronic resource]. Access mode: <https://www.crowdjustice.com/case/no-to-heathrow/> (last accessed: 17.09.2020). Heading from the screen.
3. Краудфандингова платформа CrowdJustice URL: <https://www.crowdjustice.com/> (дата звернення: 17.09.2020). Назва з екрана.
4. Weinberg С. Может ли Краудфандинг произвести революцию в правосудии? 26.06.2017. CROWDSOURCING.RU URL: http://crowdsourcing.ru/article/mozhet_li_kraudfanding_proizvesti_revoluciyu_v_pravosudii_ (дата обращения: 17.09.2020). Название с экрана.
5. Portugal forest fires: Three days of mourning for 62 victims, BBC News, 18 June 2017. Electronic resource. Access mode: <https://www.bbc.com/news/world-europe-40320411> (last accessed: 17.09.2020). Heading from the screen.
6. Raphael Minder, Portugal Fires Kill More Than 60, Including Drivers Trapped in Cars, The New York Times, June 18, 2017 [Electronic resource]. Access mode: https://www.nytimes.com/2017/06/18/world/europe/portugal-pedrogao-grande-forest-fires.html?_r=0 (last accessed: 17.09.2020). Heading from the screen.
7. Global Legal Action Network (GLAN) [Electronic resource]. Access mode: <https://www.glanlaw.org/> (last accessed: 17.09.2020).

Heading from the screen.

8. Margaretha Wewerinke-Singh, State Responsibility, Climate Change and Human Rights under International Law [Electronic resource]. Access mode: https://books.google.com.ua/books?id=1ECFDwAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=State+Responsibility,+Climate+Change+and+Human+Rights+under+International+Law&hl=ru&sa=X&ved=0ahUKEwjU-PWB3svnAhXjzMQBHds_ATOQ6AEIK_TAA#v=onepage&q=State%20Responsibility%2C%20Climate%20Change%20and%20Human%20Rights%20under%20International%20Law&f=false (last accessed: 17.09.2020). Heading from the screen.
9. People's Climate Case [Electronic resource]. Access mode: <https://peoplesclimatecase.caneurope.org/> (last accessed: 17.09.2020). Heading from the screen.
10. Plaumann & Co. v Commission of the European Economic Community. Case 25-62 [Electronic resource]. Access mode: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=61962CJ0025&lang1=en&type=TXT&ancre=> (last accessed: 17.09.2020). Heading from the screen.
11. Earth Guardians [Electronic resource]. Access mode: <https://www.earthguardians.org/> (last accessed: 17.09.2020). Heading from the screen.
12. The case has surmounted big hardles before. An article on *JULIANA v. UNITED STATES*, Children's Trust [Electronic resource]. Access mode: <https://www.ourchildrenstrust.org/juliana-v-us> (last accessed: 17.09.2020). Heading from the screen.

Секція 4

ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ СУДОВОГО ПРАВА ТА СУДОВОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ В УКРАЇНІ ПРОБЛЕМИ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ІНСТИТУТУ КОНСТИТУЦІЙНОЇ СКАРГИ СУДОВА АРГУМЕНТАЦІЯ

Bzova Laura Ghejrghiivna

*student postuniversitar al celui de-al doilea an de studiu,
Asistent al Departamentului de Drept Procedural
Universității Naționale din Cernăuți
(Cernăuți, Ucraina)*

*Supraveghetor științific: șef al Departamentului de Drept Procedural
Universității Naționale din Cernăuți,
Doctor în drept O.V. Shcherbanyuk*

PRINCIPIUL VALABILITĂȚII ÎN DECIZIILE CURȚII CONSTITUȚIONALE

Drept urmare, există o situație în care instanța nu este interesată să pronunțe o hotărâre motivată și să elimine anumite dispoziții inexacte în decizie după adoptarea acesteia. Astfel, căutarea unor modalități de reformă a legii în domeniul dreptului ar trebui să fie unul dintre obiectivele prioritare pentru știința națională.

Curțile constituționale sunt în prezent răspândite și consolidate instituțional în majoritatea democrațiilor, astfel încât dezbaterile asupra legitimității democratice a jurisdicției constituționale n-ar trebui să se mai concentreze doar pe întrebarea normativă despre ce putere ar trebui să aibă aceste instanțe, ci ar trebui să implice și problema despre modul în care aceștia exercită de fapt această putere, ceea ce ridică analiza practicilor lor de luare a deciziilor și valabilității opiniilor judecătorești, care astăzi reprezintă un element fundamental al autorității și credibilității

lor instituționale și revendică un rol teoretic crucial al teoriilor discursului și argumentării juridice.

Importanța crescândă a argumentării juridice în jurisdicția constituțională a fost însoțită de dezvoltarea unui domeniu teoretic, axat în special pe practicile argumentative ale curților constituționale. În studiile doctrinare care, în general, sunt implicate de atmosfera conceptuală a argumentării juridice, aluzia la un domeniu teoretic specific numit argument constituțional este în creștere. Aceasta este o constatare care rezultă, cel puțin, din analiza literaturii juridice recente pe această temă. Deși această expresie apare de-a lungul textelor mai multor lucrări - mai mult sau mai puțin aleatoriu sau intenționat referindu-se la acest domeniu teoretic specific - două studii care vizează în întregime tratarea argumentului constituțional se evidențiază printre celelalte. Articolele lui Manuel Atienza și Rodolfo Luis Vigo, intitulate «Argumentación y Constitución»[3] și, respectiv, «Argumentación Constitucional»[4], pun bazele - aparent, într-un mod original - pentru dezvoltarea unui nou domeniu teoretic sau, mai bine zis, adică un domeniu special de studii care pot fi detașate de teoriile argumentării juridice, care vizează analiza argumentelor produse în mod special de instanțele constituționale.

Principiul valabilității deciziilor luate de Curte rezultă din dispozițiile Constituției Ucrainei, ale Legii și ale regulamentelor și, sub aspect procedural, impune, printre altele, adoptarea unei decizii motivate de către organul al jurisdicției constituționale, precum și existența unei părți de motivare în decizie.

Din punct de vedere material, valabilitatea deciziilor Curții Constituționale este motivarea lor juridică, doctrinară și științifică, care se obține, în special, apelând la Curte: 1) la doctrina juridică[1]; 2) la actele juridice internaționale; 3) jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului; 4) la propriile poziții juridice exprimate în deciziile anterioare.

În Decizia Curții Constituționale a Ucrainei în cauza privind depunerea constituțională a 46 de deputați ai poporului Ucrainei privind respectarea Constituției Ucrainei (constituționalitatea) Legii Ucrainei «privind condamnarea regimurilor totalitare comuniste și național-socialiste (naziste) din Ucraina și interzicerea propagandei simbolismului lor» unde la 46 de deputați ai poporului din Ucraina au depus o cerere constituțională privind respectarea Constituției Ucrainei (constituționalitatea) Legii Ucrainei «Cu privire la condamnarea regimurilor totalitare comuniste și național-socialiste (naziste) în Ucraina și interzicerea propagandei simbolismului lor» din 9 aprilie 2015 nr. 317-VIII. Autorii petiției susțin că Legea «nu respectă articolul 8 din Legea fundamentală a Ucrainei, deoarece încalcă principiul constituțional al securității juridice».

În abordarea problemei ridicate în comunicarea constituțională, Curtea Constituțională a Ucrainei ține seama, în primul rând, de principiile statului de drept (art. 8.1) și libertății de activitate politică (art. 15.4), principiile

diversității politice și ideologice pe care se bazează viața socială. Curtea Constituțională a Ucrainei subliniază că dreptul la libertatea de gândire și de exprimare, libera exprimare a opiniilor și credințelor nu este absolut, iar exercitarea acesteia poate fi restricționată de lege, în interesul securității naționale, al integrității teritoriale sau al ordinii publice, pentru a preveni perturbarea sau criminalitatea și în altele cazurile prevăzute la articolul 34 din partea a treia a Constituției Ucrainei.

Curtea susține că regimul comunist a negat și a restricționat drepturile omului, a făcut imposibilă organizarea democratică a puterii de stat. Uzurparea puterii de stat de către regimul comunist a fost în primul rând prin eliminarea libertății de activitate politică, eliminarea adversarilor politici și imposibilitatea concurenței politice, interzicerea activităților tuturor partidelor politice, cu excepția unui partid - cel comunist, care de fapt a devenit o instituție de frunte care a priorizat politica de stat, neglijând prioritățile politice, asta prin principii democratice de organizare a puterii de stat, norme constituționale și drepturile omului.

În Ucraina, chiar și după ce a obținut independența, partidele politice au operat pe o perioadă de timp, ale căror documente constitutive și programatice au evaluat regimul comunist doar pozitiv, iar crimele sale n-au fost recunoscute, deși milioane de oameni nevinovați au fost victime ale regimului.

Curtea Constituțională a Ucrainei subliniază că partidul politic, în documentele sale constitutive, programatice și de altă natură oficială, conține o negare a fundamentelor ordinii constituționale a Ucrainei, dreptul poporului ucrainean la propriul stat independent, solicită lichidarea statului independent ucrainean, încălcarea integrității sale teritoriale sau în alt scop, asta nu corespunde esenței democratice a conținutului Constituției Ucrainei, nu poate fi legitimă, iar pentru legalizarea acesteia în Ucraina nu există niciun temei legal.

După ce a lămurit legitimitatea scopului adoptării legii și a efectuat analiza sa cuprinzătoare, Curtea Constituțională a Ucrainei a concluzionat că propaganda regimului comunist și a regimului nazist, utilizarea publică a simbolurilor lor este o încercare de a justifica totalitarismul și de a nega principiile constituționale și valorile democratice, organele statului, iar legea este constituțională.

Decizia Primului Senat Curții constituționale din Germania din 16 ianuarie 1957 în cazul plângerii constituționale a lui Wilhelm Elfes. În 1953, reclamantul s-a plâns la biroul de pașapoarte Mönchengladbach cu o cerere de extindere a pașaportului său străin, i s-a refuzat extinderea suplimentară la 6 iunie 1953 cu referire la alin. 1a § 7 din Legea privind regimul pașapoartelor din 4 martie 1952 (BGBl. I p. 290).

Curtea Constituțională Federală nu este convinsă de acest lucru dreptul la călătorie gratuită, conform doctrinei, ghidat de o abordare sistematică, este necesar să fie atribuit libertății de mișcare garantată de art. 11 din

Legea fundamentală. Cu toate acestea, libertatea de ieșire, ca un derivat al libertății universale de acțiune, nu este lipsită de o protecție adecvată ca drept fundamental (paragraful 1 al articolului 2 din Legea fundamentală).

În decizia sa din 20 iulie 1954 (BVerfGE 4, 7), Curtea Constituțională Federală a lăsat deschisă întrebarea dacă libertatea umană în sensul larg sau paragraful 1 al articolului 1 trebuie înțeleasă ca liberă dezvoltare a individului. Legea fundamentală se limitează la protejarea minimumului acestei libertăți de acțiune, fără de care o persoană nu poate dezvolta deloc bazele personalității morale spirituale stabilite în el.

1. Legea fundamentală nu poate însemna prin „dezvoltarea liberă a individului” doar dezvoltarea spirituală și morală internă a individului, deoarece în acest caz devine neclar modul în care o astfel de dezvoltare internă poate încălca legea morală, drepturile altora sau chiar ordinea constituțională a democrației libere. Aceste restricții se aplică individului ca membru al societății, dimpotrivă, arată că în alin. 1 articolul 2 din Legea fundamentală, este vorba despre libertatea de acțiune în sens larg. Alături de libertatea generală de acțiune garantată de alin. 1 articolului 2 din Legea fundamentală, Legea fundamentală, cu ajutorul unor dispoziții speciale privind drepturile fundamentale, protejează libertatea activității umane în anumite domenii ale vieții. Întrucât, pe baza experienței istorice, acestea sunt cele mai susceptibile de atacuri ale autorităților de stat, Constituția a subliniat cu ajutorul unor restricții legislative în mai multe etape, a determinat măsura în care este posibilă interferența în domeniul corespunzător al drepturilor fundamentale. În cazul în care astfel de zone separate ale vieții nu sunt protejate de drepturi fundamentale, fiecare persoană poate încălca libertatea sa în condițiile impunerii puterii de stat la alin. 1 articolul 2 din Legea fundamentală. În acest caz, nu este nevoie de restricții legislative, deoarece limitele posibilității intervenției statului pornesc direct de la principiul restrângerii liberei dezvoltări a unei persoane prin ordin constituțional.
2. Dacă, după cum se specifică la 2a), la alin. 1 articolul 2 din Legea fundamentală, împreună cu libera dezvoltare a individului, libertatea de acțiune este asigurată în ansamblu, care - dacă nu încălcă drepturile altora sau o lege morală - este limitată doar de ordinea constituțională, atunci ea trebuie înțeleasă doar ca un ordin juridic general care ține cont de normele materiale și formale ale Constituției, adică, statul de drept în concordanță cu Constituția. În acest sens, Curtea Supremă din Münster pentru litigiile administrative în cazul inițial a conturat ordinea constituțională ca fiind „în concordanță cu Constituția”, ca „stat de drept construit în conformitate cu Constituția și în cadrul Constituției”.
3. Literatura ridică adesea obiecția că, prin această înțelegere, dreptul fundamental prevăzut la alin. 1 articolului 2 din Legea

fundamentală, este „emasculat”, deoarece intră în sfera unei restricții legislative generale. Nu ține cont de faptul că legislația în conformitate cu Legea de bază conține restricții mai stricte decât Constituția de la Weimar din 1919. La acea vreme, nu numai numeroase drepturi fundamentale au existat «în zadar» datorită restricției legislative generale, care, cu toate acestea, de fapt, orice lege adoptată în mod constituțional. Legiuitorul ar putea oricând să depășească într-un anumit caz bariera juridică constituțională stabilită prin adoptarea legii cu majoritate constituțională. În schimb, Legea de bază a stabilit un ordin bazat pe valori care limitează puterea statului. Această procedură ar trebui să asigure independența, responsabilitatea pentru comportamentul și demnitatea umană într-un stat de drept (BVerfGE 2, 1). Principiile superioare ale acestui ordinii bazate pe valori sunt protejate de schimbări Constituție (paragraful 3 al art. 1, art. 20, 79 din Legea fundamentală). Excluderea Constituției este exclusă; Curtea Constituțională Federală se asigură că legiuitorul nu depășește limitele prevăzute de Constituție. Legile nu sunt considerate «constituționale» doar pentru că au fost adoptate în conformitate cu o procedură formală. Din punct de vedere material și juridic, acestea nu trebuie să fie numai în concordanță cu cele mai înalte valori fundamentale ale unei ordini de bază democratice libere ca ordine juridică constituțională, ci și să respecte principiile constituționale elementare nescrise și deciziile de bază privind Legea de bază și, mai ales, principiul juridic și social de stat.

Din cele de mai sus, rezultă că o normă juridică devine parte integrantă a «ordinului constituțional» numai dacă îndeplinește toate cerințele de mai sus și, prin urmare, limitează legal sfera de libertate generală a cetățenilor. Din punct de vedere al dreptului procesual, aceasta înseamnă: fiecare persoană poate, prin depunerea unei plângeri constituționale, să indice că legea care îi restrânge libertatea de acțiune nu aparține ordinului constituțional, deoarece această lege (formal sau în conținut) încalcă anumite norme din Constituție sau principii constituționale generale; și, în consecință, încalcă dreptul fundamental al solicitantului în temeiul alin. 1 articolul 2 din Legea fundamentală.

Decizia Primului Senat din 27 februarie 2008 - protecția constituțională și legală a așteptărilor privind confidențialitatea și inviolabilitatea există indiferent dacă accesul la sistemul informațional poate fi făcut fără obstacole speciale sau cu costuri tehnice semnificative. În același timp, așteptarea confidențialității și a inviolabilității de a fi recunoscută din punctul de vedere al drepturilor fundamentale are loc numai dacă persoana afectată folosește sistemul de tehnologie informațională ca fiind propriu și, prin urmare, în funcție de circumstanțe, poate crede că este singură sau împreună cu alte autorizate să folosească persoanele dispun independent de sistem. În măsura în care utilizarea propriului nostru sistem de tehnologie

informațională are loc prin tehnologia informației sisteme care sunt la dispoziția altora, protecția utilizatorului se extinde asupra acestora.

Dacă sunt colectate date care oferă informații despre comunicarea persoanei afectate cu terți, gradul de interferență cu drepturile fundamentale este îmbunătățit prin restrângerea capacității cetățenilor de a participa la monitorizarea la distanță care nu este sub supraveghere, ceea ce constituie un bun public. O astfel de colectare de date afectează în mod indirect libertatea cetățenilor, deoarece îngrijorările cu privire la supraveghere, chiar dacă ulterior sunt realizate, pot interfera cu o comunicare personală normală. În plus, o astfel de colectare de date indică o severitate semnificativă și în creșterea a invaziei drepturilor persoanelor, o gamă de acțiuni, cum ar fi, de exemplu, în cazul interlocutorilor unei persoane care este monitorizată, când, dacă este necesar, terți pot fi audiați, fără a stabili există motive pentru o astfel de invazie a drepturilor persoană specificată.

Datele stocate în timp sau numai temporar pot avea o relevanță deosebită pentru persoana afectată sau chiar pot face posibilă accesarea altor date mai confidențiale. Acest lucru se aplică, de exemplu, în memoria cache, care este creată de utilități precum browserele web și a căror analiză poate ajuta la obținerea informațiilor despre utilizarea acestor programe și, prin urmare, indirect despre preferințele sau obiceiurile de comunicare ale persoanei afectate sau parolele prin care persoana afectată are acces la datele protejate din punct de vedere tehnic din sistemul sau rețeaua sa. În plus, monitorizarea pe termen lung a comunicării pe internet, după cum recunoaște norma impugnată, este, de asemenea, o intervenție mai semnificativă comparativ cu determinarea unică a conținutului comunicării și a circumstanțelor comunicării. În sfârșit, trebuie menționat faptul că accesul controlat, printre altele, are ca scop eludarea tehnologiilor de criptare a datelor. În acest caz, măsurile de protecție luate de o persoană pentru a-și proteja datele împotriva accesului nedorit sunt invalidate.

Hotărârea 3298 din 19 octombrie 1971, cu privire la efectul dreptului fundamental al libertății de credință în pedeapsa pentru omiterea obligației de a oferi asistență art. 330 din Codul penal German[2]. În acest caz problema juridică consta în aceia că recurentul a aparținut asociației religioase a comunității evanghelice de frați, ca și soția sa. Ulterior, după nașterea celui de-al patrulea fiu, a refuzat au o transfuzie de sânge așa cum recomandă medicii. Sotul ei s-a abținut sa influenteze femeia, în sensul aplicării recomandării medicale si, prin urmare, transfuzia nu a fost efectuată, ceea ce a provocat pana la urma moartea sotiei sale.

Instanța de stat din Ulm, a condamnat-o pe recurentă printr-o hotărâre din 14 ianuarie 1965 pentru moarte, din cauza omisiunii obligației de a acorda asistență, la o amendă de 200 de mărci germane, înlocuibile cu 10 zile de închisoare. Argumentele Curții de Stat Ulm: Instanța și-a dat verdictul pe baza următoarelor circumstanțe de fapt: medicul a recunoscut că există un pericol pentru viață și a sfătuit atât recurentul, cât și soția, spitalizarea, astfel încât să poată efectua transfuzia de sânge, care El a

declarat că pacienta ar putea muri dacă nu a fost supusă unui tratament de această natură. Reclamanta i-a spus medicului că soția sa se va vindeca din nou, fără a fi nevoie de tratament medical, dacă ea i-ar fi cerut lui Dumnezeu și ei vor păstra în crezul lor, deoarece ambii erau credincioși.

Ulterior, el i-a spus soției sale că, dacă vrea, poate merge la spital; Cu toate acestea, o altă decizie a fost luată la adunarea medicală, în urma unui pasaj biblic care afirmă: «dacă cineva este bolnav, cel mai bătrân din comunitate ar trebui chemat și rugat să se roage, iar rugăciunea credinciosului va ajuta la bolnavi». Soția recurentului a declarat, așadar, că a refuzat tratamentul medical și a solicitat ca un frate din comunitatea ei religioasă să fie chemat să se roage în comunitate, ceea ce a fost făcut. La scurt timp, soția a murit.

Reclamantul s-a opus rezoluției pe baza dreptului său fundamental la libertatea de convingere și de conștiință.

În decizia Curții Constituționale a Republicii Lituania despre declarația privind conformatatea paragrafului 3 al articolului 3 din Legea de modificare al articolelor 11 și 13 a Constituției Republice Lituaniei din 25 iunie 2019. Curtea regională din Vilnius, petiționarul, a examinat cauza civilă ca urmare a unei căi de atac a reclamantului cu privire la decizia Curții districtului Vilnius de respingere a acțiunii reclamantului pentru anularea ordinului (nr. P-101) al Mniștrului de Cultură a Republicii Lituania din 3 iulie 2017 privind recunoașterea contractului de muncă ca reziliere și reîncadrarea solicitantului în funcția de director general al Teatrului Național de Operă și Balet din Lituania (denumit în continuare «LNOBT»). Petiția instanței regionale din Vilnius, petiționarul, este justificată de următoarele argumente:

- Petiționarul a avut îndoieli dacă reglementarea legală impugnată încalcă așteptările legitime ale persoanelor, care au câștigat concursuri pentru funcțiile de șef al unei instituții de teatru sau concert național, de stat sau municipal înainte de intrarea în vigoare a Legii, să fie angajat și să lucreze în baza unui contract de muncă în posturile pentru care au câștigat competiția. În conformitate cu dispozițiile articolului 3 din articolul 3 din lege, validitatea concurenței este legată de faptul că persoana a ocupat funcția, deși, în opinia petiționarului, câștigarea concursului creează drepturi subiective și creează precondiții pentru apariția relațiilor de muncă. Prin declararea competiției invalide după ce rezultatele concurenței au fost determinate și a fost încheiat un contract de muncă cu câștigător al acestei competiții, drepturile obținute de câștigătorul competiției sunt restricționate. Prin urmare, o astfel de prevedere a Legii poate încălca principiul constituțional al unui stat în conformitate cu statul de drept.

- În opinia petiționarului, la articolul 3 alineatul (3) din lege, legiuitorul a definit consecințele legale ale relațiilor juridice ale concurenței care expirase deja. Curtea Constituțională a statuat, în mai multe rânduri, că principiul constituțional al unui stat în conformitate cu statul de drept implică diverse cerințe pentru legiuitor și alte subiecte de drept, printre

altele, faptul că efectul actelor juridice este prospectiv, retroactiv efectul actelor juridice nu este permis (lex retro non agit), cu excepția cazului în care situația unui subiect de relații juridice ar fi atenuată fără a aduce atingere altor subiecți ai relațiilor juridice; nu este permisă încălcarea intereselor și așteptărilor legitime ale unei persoane prin modificări ale unui regulament legal, deoarece persoanele care au dobândit anumite drepturi în temeiul unei legi au dreptul se așteaptă ca aceste drepturi să fie menținute și puse în aplicare pentru perioada stabilită. Principiul lex retro non agit nu este absolut în relațiile civile; cu toate acestea, aplicarea unui excepția de la un astfel de principiu trebuie să fie proporțională și să se bazeze pe un interes public semnificativ. Prin urmare, în opinia petiționarului, după ce relațiile civile deja stabilite rezultate din concurența publică au fost reglementate de legiuitor în mod diferit prin Legea, legiuitorul ar putea, de asemenea, în acest sens, să fi încălcat principiul constituțional al un stat sub imperiul dreptului.

În cazul justiției constituționale, se examinează dacă prevederea Legii, în temeiul căreia a fost organizată o competiție organizată înainte de intrarea în vigoare a Legii pentru funcția de șef al unui centru de teatru sau concert național, de stat sau municipal este considerat invalid dacă câștigătorul concursului a fost determinat, dar nu a preluat funcția respectivă, este în conflict cu principiul constituțional al unui stat în conformitate cu statul de drept.

Protecția așteptărilor legitime sunt elemente inseparabile ale principiului unui stat în conformitate cu statul de drept; aceste principii constituționale implică datoria statului de a asigura securitatea și stabilitatea unei reglementări legale, de a proteja drepturile persoanelor, de a respecta interesele legitime și de așteptările legitime și de a îndeplini obligațiile asumate persoanei; persoanele au dreptul să se aștepte în mod rezonabil că își vor păstra drepturile, dobândite în temeiul legilor efective sau al altor acte juridice care nu sunt în conflict cu Constituția, pentru perioada stabilită și vor putea să pună în aplicare aceste drepturi în realitate; nicio modificare a reglementării legale nu este permisă să nege interesele legitime și așteptările legitime ale unei persoane; dacă nu s-ar asigura securitatea juridică, securitatea juridică sau protecția așteptărilor legitime, nici încrederea unei persoane în stat și în drept nu ar fi asigurată.

Curtea Constituțională a statuat, în mai multe rânduri, că principiul constituțional al unui stat în conformitate cu statul de drept implică diverse cerințe pentru legiuitor și alte subiecte de drept, printre altele, faptul că efectul actelor juridice este prospectiv, retroactiv efectul actelor juridice nu este permis (lex retro non agit), cu excepția cazului în care situația unui subiect de relații juridice ar putea fi atenuată fără a aduce atingere altor subiecți ai relațiilor juridice.

Procesul valabilității opiniilor judecătorilor în procesul de a primi și proclama o decizie este desigur foarte important. Dacă în decizie nu va fi argumentat poziția judecătorilor atunci această decizie poate fi socotită

nejustificată și adoptată cu încălcarea dreptului procesual. Prin urmare, în conformitate cu abordarea științifică existentă, o decizie a instanței este justificată dacă este luată de o instanță pe baza circumstanțelor unui dosar judecătoresc, care sunt stabilite complet și complet pe baza probelor examinate de instanță. Este motivată o hotărâre judecătorească care arată motivele pe care se întemeiază.

Lista literaturii folosite:

1. Орзіх М. Доктрина в діяльності Конституційного Суду України. Вісник Конституційного Суду України. — 2011. — № 4-5. — С. 57-63.
2. Jürgen Schwabe. Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Trad. Marcela Anzola Gil. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003, pp. 109-112.
3. Manuel Atienza. Argumentación y Constitución. Madrid: Iustel; p. 176.
4. Vigo, Rodolfo Luis. Argumentación Constitucional. In: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional n. 12, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, julio-diciembre 2009, p. 215 e ss.

Natalia Mishyna

*Doctor of Law, Professor,
Professor of the Department of Constitutional Law,
National University "Odessa Academy of Law"*

CONSTITUTIONAL VALUES' CONFLICTS IN THE PRACTICE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE

The issue of resolving conflicts between constitutional values is extremely important in the work of every body of constitutional jurisdiction. At the same time, certain theoretical developments in the science of constitutional law may come in handy.

First, it is necessary to determine what is meant by the term «constitutional values». At present, the development of axiological questions is becoming more widespread. Monographic studies and articles in scientific professional publications are increasingly devoted to legal axiology in general and constitutional axiology in particular. Issues of values, legal values, constitutional values are analyzed by researchers from different points of view.

It should be noted that the concept of «constitutional values» is most often used in the same context and in close connection with the concept

of «constitutional principles». We should agree with those scholars who believe that constitutional values are the most important constitutional principles at the present stage of society's development.

Regarding the adjective «constitutional» in the concepts of «constitutional values» and «constitutional principles», it is appropriate to note the following. It should be considered that it means: the certain value, the certain principle is directly or indirectly contained in the text of the Basic Law of Ukraine.

If it is a question of direct enshrinement of a constitutional value or a constitutional principle in the text of the Basic Law of Ukraine, then a direct mention of it (them) in a specific constitutional provision.

If we are talking about the indirect constitutional value or constitutional principle in the text of the Basic Law of Ukraine, it means that the Constitutional Court of Ukraine has interpreted a specific value or a specific principle from the provisions of the Basic Law.

Secondly, the question of whether there is a hierarchy of constitutional values is noteworthy.

Here we must agree with those scholars who consider it fair to «separate» the constitutional principles from constitutional values as the most important principles, and the absence of other hierarchies. It is hardly appropriate to distinguish between «the most important constitutional values» and «the least important constitutional values». If a constitutional principle is seen as a value, it is extremely important, and it is hardly appropriate to assess in general (outside the context of a particular case) how important it is in comparison with others.

Third, it is important to emphasize the importance of interpretation in constitutional proceedings for resolving conflicts of constitutional values.

The fact that the Constitutional Court of Ukraine almost every time a constitutional value or constitutional principle is mentioned in the text of its decision or other act pays at least one paragraph, providing an interpretation of its content, should be welcomed. Thus, a single body of constitutional jurisdiction provides scholars and practitioners with material that provides an up-to-date understanding of this principle or value. It also provides an opportunity to demonstrate continuity in the application of this principle or this value by the Court itself in the following cases, when necessary.

An example is such a constitutional value as equality (in terms of equality of constitutional rights and freedoms of the individual).

Sometimes in the motivating parts of the acts of the Constitutional Court of Ukraine equality was only mentioned at the level of stating the existence of such a value (principle).

Thus, in the second paragraph of section 2 of the motivating part of the Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the case on the constitutional petition of 47 People's Deputies of Ukraine on the constitutionality of the provisions of part two of Article 5 of the Law of

Ukraine «On the Commissioner for Human Rights») of April 18, 2000 № 5-рп / 2000 states that «Establishment of certain qualification requirements by the Constitution of Ukraine and laws of Ukraine does not violate the constitutional principle of equality (Article 24), as all citizens who meet specific qualification requirements have the right to positions».

In the fifth paragraph of sub-clause 4.2 of the motivating part of the Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the case on the constitutional petition of 63 People's Deputies of Ukraine on the constitutionality of the provisions of Article 43 of the Law of Ukraine «On Elections of People's Deputies of Ukraine» (election pledge case) of January 30, 2002 № 2-рп / 2002 stipulates that «monetary (election) pledge cannot be considered as a restriction of the passive suffrage of citizens on the basis of property status. At the same time, the establishment of a monetary (election) pledge does not violate the constitutional principle of equality of citizens before the law and the equality of their constitutional rights and freedoms, as well as the principle of equality of political parties before the law».

Paragraph three of section 4 of the motivating part of the Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the case on the constitutional petition of the President of Ukraine on the official interpretation of the provisions of parts two and three of Article 124 of the Constitution of Ukraine (March, 7, 2002, № 8-рп/2002) declares: «The Constitution of Ukraine guarantees everyone judicial protection».

Such a causal interpretation of various aspects of equality contributes to a deeper and always relevant understanding of its essence as a constitutional value, and makes it more reasonable to resolve conflicts between equality and other constitutional values in the event of their occurrence. A similar remark can be addressed to the causal interpretation of other constitutional values and constitutional principles by the Constitutional Court of Ukraine.

Берченко Григорій Валерійович

*кандидат юридичних наук, доцент кафедри конституційного права
України Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(м. Харків, Україна)*

ДІЄВІСТЬ КОНСТИТУЦІЙНОЇ СКАРГИ КРІЗЬ ПРИЗМУ ПЕРЕГЛЯДУ СУДОВИХ РІШЕНЬ ЗА ВИКЛЮЧНИМИ ОБСТАВИНАМИ

Нагадаємо, що перше рішення за результатами конституційної скарги стало рішення Другого Сенату Конституційного Суду України (далі – КСУ у справі за конституційною скаргою акціонерного товариства «Запорізький завод феросплавів» щодо відповідності Конституції

України (конституційності) положення пункту 13 частини першої статті 17 Закону України «Про Національне антикорупційне бюро України» № 4-р(II)/2019 от 5 червня 2019 року. Йшлося про право Національного антикорупційного бюро (далі – НАБУ) «за наявності підстав, передбачених законом, подавати до суду позови про визнання недійсними угод у порядку, встановленому законодавством України». Це положення КСУ визнав неконституційним, оскільки подавати такі позови згідно з Конституцією від імені держави має право винятково прокуратура. Тим більше, в складі Генпрокуратури функціонує САП – спеціалізована антикорупційна прокуратура, яка, судячи з усього, і повинна цим займатися. До слова, таким своїм повноваженням НАБУ користувалося досить активно.

На прикладі відповідного рішення можна продемонструвати ту проблему, яка означена у назві доповіді. Адже виникає резонне питання: а чи можна якимось відіграти те, що вже сталося? Припустимо, угода вже визнана недійсною. Чи з'явилися підстави скасувати рішення суду про недійсність договору? Адже, погодьмося, повинен же бути сенс в конституційній скарзі не тільки на майбутнє, але і для самого скаржника, а також для всіх тих, хто вже встиг постраждати від дії неконституційного закону!

Однак тут перешкодою є презумпція конституційності положень закону. Вона закріплена в Конституції та означає, що закон діє до моменту визнання його неконституційним. Тобто рішення КСУ, за загальним правилом, зворотної сили не має і діє тільки на майбутнє. Таким чином, до 05.06.2019 (дата рішення КСУ) НАБУ (і суди) діяли правомірно.

Водночас є один дуже важливий процесуальний нюанс. Згідно ч. 3 ст. 320 Господарського процесуального кодексу України (аналогічні норми є і в інших процесуальних кодексах) передбачено можливість перегляду рішення суду у зв'язку з виключними обставинами. Однією з таких обставин є «встановлена Конституційним Судом України неконституційність (конституційність) закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого (не застосованого) судом при вирішенні справи, якщо рішення суду ще не виконане». Таким чином, в нашому випадку можна наполягати на перегляді судового рішення про недійсність угоди. Адже закон, що дозволяв НАБУ з позовом звертатися, визнаний неконституційним.

Натомість позиція господарських судів аж до Касаційного господарського суду в складі Верховного Суду полягає в такому: нічого не переглядати, тому що немає підстав. Тобто, усі угоди, що визнані недійсними, такими і залишаються: зворотної сили рішення КСУ не має (ухвала Касаційного господарського суду в складі Верховного Суду у справі № 910/24263/16 від 27 серпня 2019 року). Аналогічно міркує і Центральний апеляційний господарський суд (ухвала від 13.06.2019 у справі № 904/8354/16).

Якщо ж зворотної сили немає, то навіть взагалі закріплено у процесуальних кодексах відповідне положення про перегляд судового рішення у зв'язку з неконституційністю закону, в чому його сенс? Північний апеляційний господарський суд застосував ще один аргумент, явно відчуваючи слабкість вже названого вище аргументу про заборону зворотної сили. В ухвалі від 02 жовтня 2019 р. по справі № 910/131/17 він вказав, що рішення про визнання договорів недійсними є виконаним з моменту набрання ним законної сили. Тобто всі рішення про визнання договору недійсними є виконаними в момент вступу в силу відповідного рішення! Саме факт виконання прямо перешкоджає перегляду рішення суду відповідно до вже процитованого положення Господарського процесуального кодексу.

Якщо трохи відволіктися від питання недійсності угод, то можна подивитися на практику адміністративних судів, де ми так само побачимо перешкоди щодо перегляду рішень судів за виключними обставинами. Так, наприклад, Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду взагалі вважає, що «рішення, що набрало законної сили, яким у задоволенні позову відмовлено, не передбачає примусового виконання», тому його взагалі неможливо переглянути за виключними обставинами у зв'язку з рішенням КСУ апіорі! (ухвала від 03 червня 2019 року, адміністративне провадження №К/9901/13822/19).

Положення про перегляд могло би бути задіяне в тому випадку, якщо КСУ прямо надав би своєму рішенням зворотню силу. Однак і це неможливо – згідно зі статтею 91 Закону «Про Конституційний Суд України» від 13 липня 2017 року № 2136-VIII КСУ не має права визначати неконституційність закону з більш ранньої дати, ніж день прийняття самого рішення КСУ.

Якщо ж суд застосував неконституційний закон, і рішення КСУ про неконституційність закону на момент прийняття рішення судом вже існувало, то варіант його перегляду за виключними обставинами є абсурдним. У такому випадку суд просто проігнорував рішення КСУ, порушивши закон. Не знати про позицію КСУ суддя не може (і не має права) за визначенням і його рішення, що ігнорує таку позицію КСУ, буде явно незаконним.

Таким чином, маємо досить системну і серйозну проблему перегляду судових рішень за наслідками визнання положень законів неконституційними. Це зводить нанівець зусилля самих суб'єктів звернення із конституційною скаргою – вони можуть задовольнитися хіба що внеском в розвиток правової системи на майбутнє.

Бутирська Ірина Анатоліївна

*кандидат юридичних наук,
асистент кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м. Чернівці, Україна)*

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВЕРХОВНИМ СУДОМ ЄДНОСТІ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ: АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ

Частина 1 ст. 36 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» визначає: Верховний Суд (далі – ВС) є найвищим судом у системі судоустрою України, який забезпечує сталість та єдність судової практики у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом [1]. Майже 3-річна практика функціонування нового ВС ставить перед науковцями і практиками питання: чи забезпечує насправді ВС єдність судової практики та однакове застосування норм права у подібних правовідносинах? Чи можуть учасники судового процесу розраховувати на правову визначеність?

Як зазначає суддя Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду Я. Берназюк, «принцип єдності судової практики не є абсолютним, оскільки в протилежному випадку це означало б неможливість виправити судом свою позицію або виключало б можливість динамічного розвитку права та суспільних правовідносин» [2]. І, як показує практика ВС, такі «виправлення» найвищий суд у системі судоустрою України постійно вносить. Так, наприклад, питання щодо стягнення виконавчого збору у випадку повної бездіяльності державного виконавця. Ще минулого року державні виконавці, яких повністю підтримували адміністративні суди, аж до Касаційного адміністративного суду у складі ВС, активно стягували виконавчий збір навіть у тих випадках, коли виконавець у виконавчому провадженні нічого, крім власне відкриття виконавчого провадження, не зробив. Мотиви були однозначні: раз Закон України «Про виконавче провадження» не передбачає такої підстави для нестягнення виконавчого збору, як повна бездіяльність виконавця, то і підстав для скасування постанови про стягнення виконавчого збору немає. Однак у березні 2020 року ВС змінив свою правову позицію у даному питанні і у постанові від 11 березня 2020 року наголошується, що виконавчий збір за своїм змістом є винагородою за вчинення заходів примусового виконання рішення, за умови, що такі заходи привели до виконання рішення [3]. Тепер виходить, що боржники, які оскаржували постанови про стягнення з них виконавчого збору до 11 березня 2020 року, отримали негативні судові рішення, і повинні сплачувати виконавцям чималі кошти в якості виконавчого збору. А ті боржники, розгляд справ яких здійснюється після 11 березня 2020 року, уже можуть розраховувати на задоволення

своїх позовів про скасування постанови про стягнення виконавчого збору. То де тут єдність судової практики, правова визначеність і справедливість? Питання риторичне.

Як вказує А. Зуєвич, «У ситуації постійних змін у судовій практиці перед правниками може постати запитання, яка ж правова позиція ВС ним підтримується як правильна: викладена пізніше чи лише та, що викладена в постановках палат, об'єднаних палат або навіть тільки Великої палати ВС. Закон прямо не передбачає градації «ступеня прецедентного значення» постановок ВС залежно від складу, в якому вони прийняті. А передання справ на розгляд палат чи Великої палати у спрощеному розумінні означає лише збільшення кількості суддів для розгляду справи з метою приведення їх до спільної думки з певної правової проблеми, щодо якої виникли розбіжності» [4].

Ще одна проблема – це забезпечення єдності судової практики ВС між різними юрисдикціями. Складається парадоксальна ситуація, коли однакові норми уніфікованих процесуальних кодексів різними касаційними судами застосовуються по-різному. Яскравий тому приклад – питання відшкодування тих витрат на професійну правничу допомогу, які сторона тільки очікує понести. Так, об'єднана палата Касаційного господарського суду у складі ВС у своїй постанові у справі № 922/445/19 від 03 жовтня 2019 року прийшла до висновку, що «витрати на надану професійну правничу допомогу у разі підтвердження обсягу наданих послуг і виконаних робіт та їх вартості підлягають розподілу за результатами розгляду справи незалежно від того, чи їх уже фактично сплачено стороною/третьою особою чи тільки має бути сплачено (пункт 1 частини 2 статті 126 цього Кодексу)» [5]. Разом з тим, застосування згаданої постанови у цивільному судочинстві (де діють положення, ідентичні за змістом відповідним статтям з Господарського процесуального кодексу України), є проблематичним.

Так, Хмельницький апеляційний суду додатковій постанові у справі № 686/28627/18 від 30 січня 2020 року вказав наступне. Верховний Суд у постанові від 17 січня 2019 року у справі № 690/54/18 вказав, що витрати на правову допомогу мають бути документально підтверджені та доведені. Відсутність документального підтвердження витрат на правову допомогу, а також розрахунку таких витрат є підставою для відмови у задоволенні вимог про відшкодування таких витрат. Таким чином, якщо стороною не буде документально доведено, що нею понесено витрати на правову допомогу, а саме: надано договір на правову допомогу, акт приймання-передачі наданих послуг, платіжні документи про оплату таких послуг, розрахунок таких витрат, то у суду відсутні підстави для задоволення заяви про стягнення таких витрат стороні, на користь якої ухвалено судові рішення (постанова). Вказані висновки викладені також в постановках Верховного Суду від 11 грудня 2019 року у справі за № 404/7619/18 (провадження № 61-17654св19), від 12 червня 2019 року у справі за № 643/13728/16-ц (провадження

№ 61-436св18), від 02 грудня 2019 року у справі за № 712/13400/17 (провадження № 61-46176св18) та узгоджуються із висновками, що викладені в постанові Великої Палати Верховного Суду від 27 червня 2018 року у справі за № 826/1216/16.

Посилання адвоката К. на постанову Верховного Суду у складі об'єднаної палати суддів Касаційного господарського суду від 03 жовтня 2019 року у справі № 922/445/19 колегія суддів вважає необґрунтованим, оскільки викладені у вказаній постанові правові висновки тлумачать застосування положень господарського процесуального, а не цивільного процесуального законодавства, у зв'язку з чим вони не є обов'язковими для застосування при вирішенні питання у даній справі. Крім того, висновки, викладені у вищезазначеній постанові об'єднаної палати Касаційного господарського суду суперечать правовій позиції щодо вирішення спірного питання, яка викладена Верховним Судом у складі Касаційного цивільного суду та Великою Палатою Верховного Суду у наведених вище постановках [6].

Таким чином, якщо юридична особа не має коштів на оплату послуг адвоката у господарському судочинстві, то суд може відшкодувати їй витрати, які вона тільки очікує понести. Якщо ж така сама ситуація у простої людини у цивільному судочинстві – то людина має шукати кошти, щоб заплатити адвокату до ухвалення судового рішення, інакше суд їй такі витрати не відшкодує. Таке незастосування судами постанов ВС, ухвалених касаційними судами інших юрисдикцій, навіть за умови ідентичності відповідних правових норм, явно не сприяє єдності судової практики та правовій визначеності.

Використані матеріали:

1. Про судоустрій і статус суддів : Закон України № 1402-VIII від 02 червня 2016 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст.545.
2. Берназюк Я. Співвідношення необхідності забезпечення єдності судової практики та відступу від правових позицій Верховного Суду (на прикладі вирішення публічно-правових спорів). *Офіційний веб-сайт Верховного Суду*. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/zmi/986409/> (дата звернення: 12.09.2020).
3. Зверніть увагу: ВП ВС змінила судову практику у справах щодо стягнення виконавчого збору у виконавчому провадженні. *Офіційний веб-сайт Судової влади*. URL: <https://court.gov.ua/press/news/924180/> (дата звернення: 12.09.2020).
4. Зуєвич Л. Чи можна досягти єдності правозастосування в умовах, коли постанови ВС визнано нерівноцінними за значенням та спектром дії? *Закон і бізнес*. 01.06—07.06.2019. URL: https://zib.com.ua/ua/137890-chi_mozhna_dosyagti_ednosti_sudovoi_praktiki_yakscho_postano.html (дата звернення: 12.09.2020).
5. За умови належного підтвердження витрати на професій-

ну правничу допомогу стягуються і у випадку, коли фактично ще НЕ сплачені стороною, а тільки мають бути сплачені (ВС/ОП/КГС, № 922/445/19 від 03 жовтня 2019 р.). *Юридичний інтернет-ресурс «Протокол»*. URL: https://protocol.ua/ua/za_umovi_nalegnogo_pidtverdgeniya_vitrati_na_profesiynu_pravnicahu_dopomogu_styaguuyutsya_i_u_vipadku/ (дата звернення: 12.09.2020).

- б. Додаткова Постанова Хмельницького апеляційного суду у справі № 686/28627/18 від 30 січня 2020 року. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87263561> (дата звернення: 12.09.2020).

Вдовічена Лідія Іванівна
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри публічного права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м. Чернівці, Україна)

СУДОВІ ПРАВОВІ ПОЗИЦІЇ ЩОДО УТОЧНЕННЯ НОТАРІАЛЬНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ

Застосування категорії «юрисдикція» при визначенні діяльності нотаріусів має достатньо змістовне навантаження. Це можна пояснити, перш за все тим, що крім таких значень юрисдикції, як підсудність, право судити, вирішувати правові питання, зустрічаються і інші – наприклад, даним терміном позначається також система відповідних юрисдикційних органів, компетенція або сукупність повноважень, підвідомчість або правова сфера, на яку поширюються повноваження публічного (державного) органу [1].

Неважко помітити, що в більшості випадків визначення юрисдикції пов'язане з терміном «Повноваження», який в правовій науці розглядається як складова частина компетенції (сукупність повноважень, прав, обов'язків) і статусу органу, посадової особи, що виконує організаційно-виконавчі функції, передбачені законодавством. В даному випадку органи влади від імені держави отримують повноваження на реалізацію державної влади, правозастосовну та правоохоронну діяльність, правосуддя. Так, для прикладу, згідно Закону України «Про нотаріат», розділ 2 носить назву «Повноваження щодо вчинення нотаріальних дій» [2], де закріплена правозахисна діяльність нотаріуса, котра має владний характер і здійснюється ним на підставі виконання делегованих державою повноважень, незважаючи на те, що вчинення нотаріальних дій здійснюється нотаріусом від власного імені. Ця діяльність спрямована на забезпечення правомірної поведінки всіх

учасників цивільних правовідносин, причому незалежно від їх безпосередньої участі. Нотаріус відмовляє у вчиненні нотаріальної дії, якщо вчинення такої дії суперечить законодавству України або йому не надано відомості (інформацію) та документи, необхідні для вчинення такої нотаріальної дії.

Для нотаріальної юрисдикції досить вагоме значення набуває територіальна «прив'язка», котра не раз ставала предметом уточнення правових позицій вищих судових органів, зокрема Вищого Спеціалізованого Суду України (існував до 2017 року), Верховного Суду України, Верховного Суду. Під територіальною юрисдикцією розуміється така юрисдикція, яка здійснюється у встановлених територіальних межах. На підюрисдикційній території відповідний орган, публічна посадова особа реалізує повний комплекс повноважень, за винятком тих випадків, коли відповідними міжнародними угодами передбачається інше.

Так-звані «правила територіальності» набувають важливого значення при визначенні нотаріальної юрисдикції і не раз ставали предметом уточнення в правових позиціях судових органів. Так, 1 жовтня 2008 року до Закону України «Про нотаріат» була внесена стаття 13-1, відповідно до частини 3 якої нотаріус не вправі здійснювати нотаріальну діяльність за межами свого нотаріального округу, за винятком заміщення інших нотаріусів у випадках, передбачених цим Законом[2]. Отож, згідно статті 13-1 Закону України «Про нотаріат», нотаріальний округ – територіальна одиниця, в межах якої нотаріус здійснює нотаріальну діяльність і в межах якого знаходиться державна нотаріальна контора, в якій працює державний нотаріус, або робоче місце (контора) приватного нотаріуса. Нотаріальні округи визначаються відповідно до адміністративно-територіального устрою України. У містах з районним поділом округом діяльності нотаріуса є вся територія міста. У разі зміни адміністративно-територіального поділу України, в результаті якого розташування робочого місця (контори) приватного нотаріуса увійшло до іншого нотаріального округу, нотаріальна діяльність відповідних нотаріусів повинна бути зареєстрована в цьому нотаріальному окрузі. Нотаріус не вправі здійснювати нотаріальну діяльність за межами свого нотаріального округу, за винятком заміщення інших нотаріусів у випадках, передбачених вказаним Законом. Законодавством заборонено нотаріусу здійснювати нотаріальну діяльність за межами свого нотаріального округу.

Що ж говорить судова практика про такий підхід. У рішенні Верховного суду України від 02.06.10 року наголошувалося, що заповіт, посвідчений нотаріусом за межами свого нотаріального округу, складено з порушенням вимог законодавства, у зв'язку з чим такий заповіт не може бути визнаний дійсним[3].

Наступне, згідно пунктом 6 листа Вищого спеціалізованого суду України від 16.05.13 року № 24-753/0/4- 13 «Про судову практику розгляду цивільних справ про спадкування» [4], відсутність у тексті

заповіту напису, що він складався та посвідчувався поза приміщенням нотаріальної контори, виконкому місцевої ради, але в межах нотаріального округу, не є істотною умовою для визнання заповіту недійсним, якщо судом буде встановлено, що форма заповіту відповідає вимогам Цивільного кодексу України і волевиявлення заповідача було вільним.

З цього питання варто і згадати правову позицію Верховного Суду України від 20 лютого 2013 року у справі № 6-2цс13, в якій зазначено, що нотаріальна діяльність здійснюється нотаріусом в межах свого нотаріального округу незалежно від того, де знаходиться приміщення, яке є робочим місцем нотаріуса: в межах нотаріального округу або поза його межами[5]. І хоча ВСУ у наведеній правовій позиції прямо не висловився про недійсність заповіту, посвідченого нотаріусом за межами свого нотаріального округу, практика судів йшла саме таким шляхом. Однак, склалася ситуація, за якої суди визнають недійсними заповіти, посвідчені нотаріусами за межами свого нотаріального округу, посилаючись саме на правову позицію ВСУ від 20.02.13 р. у справі № 6-2цс13 [5]. Наприклад, ВССУ в ухвалі від 18.05.16 р. відзначив, що враховуючи ту обставину, що оспорюваний заповіт було посвідчено державним нотаріусом Світловодської районної державної нотаріальної контори, яка обслуговує Світловодський районний нотаріальний округ, визначений відповідно до адміністративно-територіального устрою Світловодського району, на території Світловодського міського територіального округу, тобто поза межами свого нотаріального округу, тому правильним є висновок апеляційного суду про визнання вказаного заповіту недійсним[6].

Аналогічне рішення теж було зафіксоване в Ухвалі ВССУ від 08.11.2017 у справі № 500/2918/15-ц. ВССУ, залишаючи в силі рішення судів попередніх інстанцій, зазначив, що нотаріальна діяльність здійснюється нотаріусом у межах свого нотаріального округу та за місцем знаходження приміщення державної нотаріальної контори, в якій працює державний нотаріус, або приміщення, яке є робочим місцем приватного нотаріуса. Законодавством заборонено нотаріусу здійснювати нотаріальну діяльність за межами свого нотаріального округу. Суди встановили, що заповіт було посвідчено приватним нотаріусом районного нотаріального округу області, на території міста, яке є містом обласного підпорядкування та має виділений окремий міський нотаріальний округ, тобто поза межами свого нотаріального округу, що є порушенням вимог щодо його посвідчення, а також, що даний заповіт порушує інтереси позивача як спадкоємця за правом представлення. Згідно Цивільного кодексу України заповіт, складений особою, яка не мала на це права, а також заповіт, складений з порушенням вимог щодо його форми та посвідчення, є нікчемним. Враховуючи наведене, суди дійшли висновку щодо нікчемності заповіту в силу порушення вимог закону щодо його посвідчення нотаріусом (ухвала ВССУ від 08.11.2017 у справі № 500/2918/15-ц[7]).

Сучасна судова практика характеризується наступністю у вирішенні питання територіальної нотаріальної юрисдикції і опирається на уточнення, зроблених в правових позиціях Верховного суду. Зокрема, відповідне положення міститься у постанові КЦС ВС від 5 серпня 2020 року у справі № 450/1610/15-ц [8]. Позиція Верховного Суду полягає у наступному: якщо нотаріальна дія вчинюється поза приміщенням державної нотаріальної контори, державного нотаріального архіву, приміщенням, яке є робочим місцем (конторою) приватного нотаріуса, у посвідчувальному написі та в реєстрі для реєстрації нотаріальних дій зазначається місце вчинення нотаріальної дії (удома, у лікарні, за місцезнаходженням юридичної особи тощо) із зазначенням адреси, а також причин, з яких нотаріальна дія була вчинена поза вказаними приміщеннями. Запис про вчинення нотаріальної дії поза приміщенням державної нотаріальної контори, державного нотаріального архіву, приміщенням, яке є робочим місцем (конторою) приватного нотаріуса, заноситься до Журналу (книги) обліку викликів нотаріуса за межі державної нотаріальної контори, державного нотаріального архіву чи робочого місця (контори) приватного нотаріуса згідно з правилами ведення нотаріального діловодства. Нотаріус не вправі здійснювати нотаріальну діяльність за межами свого нотаріального округу, за винятком заміщення інших нотаріусів у випадках, передбачених законодавством.

Аналіз наведених норм дає підстави для висновку про те, що законодавством чітко передбачені територіальні правила здійснення нотаріальної діяльності – територіальна нотаріальна юрисдикція. Нотаріальна діяльність здійснюється нотаріусом у межах свого нотаріального округу та за місцем знаходження приміщення державної нотаріальної контори, в якій працює державний нотаріус, або приміщення, яке є робочим місцем приватного нотаріуса. Крім того, законодавством заборонено нотаріусу здійснювати нотаріальну діяльність за межами свого нотаріального округу.

Використані матеріали:

1. Баулін О. В. (2013) Поняття юрисдикції і новий кримінальний процесуальний кодекс України. Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. № 2. С. 9-13. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/aymvs_2013_2_4.
2. Про нотаріат : Закон України від 02 вересня 1993 р. № 3425-XII в редакції від 08.08.2020//URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12#Text>
3. Рішення ВСУ від 02.06.10 р. у справі № 6-24817св08 URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/9889866>
4. Лист ВССУ «Про судову практику розгляду цивільних справ про спадкування» від 16.05.13 р. № 24-753/0/4-13 URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v-753740-13>.

5. Постанова ВСУ від 20.02.13 р. у справі № 6-2цс13 URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/96FEC8E1B5A0ADC2C2257C92003A695E](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/96FEC8E1B5A0ADC2C2257C92003A695E)
6. Ухвала ВССУ від 18.05.16 р. у справі № 401/3540/15-ц URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/57786908>
7. Ухвала ВССУ від 08.11.2017 у справі № 500/2918/15-ц URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/70882681>
8. Постанова КЦС ВС від 5.08. 2020 р. у справі № 450/1610/15-ц URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/90932481>

Гаврилюк Руслана Олександрівна

*докторка юридичних наук,
доцентка, завідувачка кафедри публічного права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м. Чернівці, Україна)*

ЦІННІСНА ПРОТИЛЕЖНІСТЬ ПРАВОВИХ КУЛЬТУР МЕДІАЦІЇ ТА СУДОЧИНСТВА

Категорія *цінність* належить до основних понятійних універсальї філософії. Вона у найбільш загальному вимірі відображає «атомарні» складові начал (найглибшого пласту) усїєї інтернаціональної структури особистості. Вона забезпечує діалектичну єдність цілей устремлінь особистості (аспект майбутнього), особливого переживання-буття цієї ж особистості (аспект сьогодення) та зберігання її надбання у пританищах власного досвіду (аспект минулого). Ці три основоположні сфери особистості щоразу по-різному актуалізуються, але невіддільні одна від іншої, конституують внутрішній світ людини як її «унікально-суб'єктивне буття».

Смисловим ядром медіації як цінності є міра її світоглядної укоріненості у відповідній особистості. Зазвичай ця міра проявляється на зовні (матеріально) у формі тієї чи іншої культурної матриці медіації, кожна з яких має тільки їй притаманний антропосоціокультурний код медіації. Водночас усім культурним матрицям медіації притаманні і спільні для них властивості. Це передусім поява належних історичних передумов утвердження медіації як цінності; наявність глибоких структурних змін у публічній сфері суспільства; утвердження громадянського суспільства та зміцнення гуманізму; поява людиноцентризму як принципу; здійснення особистісної революції (іншими словами, персоналістського світоглядного перевороту); заперечення насильницьких порядків у суспільстві як принципу вирішення його протиріч та конфліктів; вияв суб'єктності індивіда та заперечення патерналізму.

Ці спільні властивості усіх культурних матриць медіації сягають глибинних витоків медіації, її природи та начал. До таких начал медіації належать її спонтанність, діалогічність (інтерсуб'єктивність), існування медіації як форми свободи та втілення справедливості. Саме ці начала медіації виокремлюють її з-поміж інших альтернативних (позасудових) інструментів вирішення спорів та конфліктів суб'єктів суспільних відносин, передусім класичних переговорів та арбітражу.

Ядром ціннісної матриці медіації є людська гідність. Саме вона породжує людське право на медіацію[5]. Водночас медіація та людська гідність належать до самодостатніх родових феноменів. Парадигмальним ключем до їх розмежування, але не протиставлення, виступає «об'єктна формула» Гюнтера Дюріга. Дослідження медіації крізь призму людської гідності уможливило обґрунтування у межах антропосоціокультурної пізнавальної традиції триєдиної формули медіації: медіації як права на власну особистість; медіації як права на власне самовираження; медіації як права на власне самовизначення.

Медіація як цінність має особливу – подвійну – правову природу, оскільки, по-перше, вона є породженням основоположного (потребового) способу співбуття індивідів у соціумі, а по-друге, - виступає системою взаємопов'язаних правових зобов'язань, за допомогою яких утворюється замирене суспільне середовище [3]. Це надає медіації якості суспільного блага. Ще більше утверджує медіацію у якості публічного блага буттєвий устрій людського світу [4]. Медіація як публічне благо повинна надаватися усім, хто її потребує, на безоплатній основі.

З іншого боку, медіація може набувати властивостей соціальної послуги і надаватися особам, що її потребують, на платних засадах.

Правові статуси медіації як публічного блага та соціальної послуги зумовили вироблення у суспільствах відповідних технік і технологій застосування медіаційних процедур. Найпоширенішими з них є: власне медіація; переговори; партисипативні процедури; міні-розгляд; спрощений суд присяжних; незалежна оцінка фактів; попередня нейтральна оцінка; омбудсмен; мед-арб з паралельним залученням нейтральних сторін; пленарний мед-арб; мед-арб із додатковим застереженням; арб-мед; приватний суд та деякі інші.

Однією з найхарактерніших зовнішніх ознак медіації є її міждисциплінарність, яка породжує базові фактичні моделі: медіації медіацію як правове замирення сторін спору (конфлікту); медіацію як психологічні практики сторін спору та третьої особи; медіацію як самоврегулювання конфлікту його сторонами; медіацію як дискурс.

Засадничими парадигмами медіації, її модельними канонами є фундаментальні цивілізаційні цінності *довіра* і *соціальне партнерство*. Для довіри як засадничої парадигми медіації властиві: спонтанність довіри; інтерсуб'єктивність довіри; потребова природа довіри; інструментальність довіри; особистісний і соціальний виміри довіри; суспільна довіра

як соціальний капітал; довіра як мультиплікатор соціальної успішності; екзогенність (інституційність) та ендогенність (культурологічність) довіри; антиномічність довіри (виявляється в антонімах суспільного життя: самодостатність - залежність; свобода - необхідність; раціональність - ірраціональність; очікуваність певних подій - їх принципова непередбачуваність тощо); довіра як моральна цінність; довіра як основа солідарності, умова соціального порядку; довіра як висхідна установка медіації; довіра як вибір; довіра як ризик; довіра як залежність; довіра як стратегія поведінки суб'єкта; довіра як витік (початок); довіра як відповідальність; довіра як міра; динамічність довіри; довіра як інвестиція; крихкість довіри; довіра як фундамент інтерсуб'єктивності; великодушність довіри; довіра як щирість; довіра як благо.

Для соціального партнерства як засадничої парадигми медіації характерні наступні найсуттєвіші прояви: соціальне партнерство як тип соціальної культури; соціальне партнерство як інструмент подолання ідеології та практики патерналізму у суспільстві; соціальне партнерство як спосіб заперечення адміністративно-командного устрою суспільства та суспільного світогляду; соціальне партнерство як елемент антропо-соціокультурного коду медіації; соціальне партнерство як європейська цінність.

Ще однією з атрибутивних сторін культурної матриці медіації є спадкоємність і мультикультуралізм останньої. Спадкоємність медіації має діалектичний характер і проявляється головним чином у формі закону заперечення заперечення та закону переходу кількісних змін у зміни якісні. Спадкоємності медіації також властиві об'єктивність і всезагальність. Зазвичай спадкоємність медіації має дві сторони: передавання медіації як цінності від покоління до покоління, від соціуму до соціуму; засвоєння медіації як цінності кожним наступним поколінням, кожною новою соціальною системою.

Спадкоємності медіації відведена роль особливої матриці, «пам'яті суспільства» про медіацію. Завдяки їй відбувається нагромадження та збереження культурної інформації минулого в цілому та медіації зокрема, а також відбувається зародження та утвердження нових моделей медіації як цінності. Базовими історичними формами спадкоємності є безперервна спадкоємність (коли успішні моделі медіації з попередніх історичних епох переходять методом діалектичного «зняття» у нові історичні епохи як «неписані правила поведінки») та перервана спадкоємність (коли медіація як культурна цінність на певний період часу в силу різних причин зникає зі сфери культурного буття суспільства, а пізніше відроджується у нових формах). Найпоширенішими та найбільш пристосованими до кардинальної зміни суспільних умов є постфігуративна, конфігуративна та префігуративна культурні матриці спадкоємності медіації. Медіація також характеризується невичерпністю та динамічністю мультикультуралізму її буття.

Отже, ціннісним ядром культури медіації, квінтесенцією її антро-

посоціокультурного коду виступає індивід як істота суспільна з його спільними з іншими індивідами (публічними) та тільки йому чи невеликим групам індивідів притаманними потребами та інтересами. У медіації все пов'язано з людиною: її мета, засоби досягнення цілей, види, способи та методи медіації. У культурі медіації людині належить роль не пасивного об'єкта зовнішнього впливу, а вирішальна роль повноцінного суб'єкта медіації, починаючи від її основоположних цілей та завершуючи одержуваними результатами.

Парадигмально протилежна правова культура судочинства. На противагу медіації, його квінтесенцією є держава та її цінності, державний життєустрій суспільства, тому судочинство за його природою є державним судочинством. Про це прямо йдеться у частині першій статті 6 Конституції України: «Державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу виконавчу і судову»[1]. Аналогічні положення містяться й у величезній більшості Конституцій інших держав світу.

Відповідно до статті 124 Конституції України, «правосуддя в Україні здійснюють виключно суди»[1]. «Суд утворюється, реорганізовується і ліквідується законом, проект якого вносить до Верховної Ради України Президент України після консультацій з вищою радою правосуддя [також конституційним інститутом державної влади – Р.Г.], - гласить частина 2 статті 125 Конституції України.

На вимогу частини 1 статті 127: «Правосуддя здійснюють судді. У визначених законом випадках, - зазначається у ній, - правосуддя здійснюється за участю присяжних»[1]. Відповідно до частини першої статті 128 Конституції України: «Призначення на посаду судді здійснюється Президентом України за поданням Вищої ради правосуддя в порядку, встановленому законом»[1].

У статті 129-1 Конституції України зазначається: «Суд ухвалює рішення іменем України. Судове рішення є обов'язковим до виконання. Держава забезпечує виконання судового рішення у визначеному законом порядку»[1].

Відповідно до парадигмальних засад судочинства, закладених Конституцією України, сконструйований і Закон України «Про судоустрій і статус суддів». Зокрема, у преамбулі зазначеного Закону наголошується, що «**цей Закон визначає організацію судової влади та здійснення правосуддя**» (виділено мною – Р.Г.). Промовисті і назви першого розділу цього Закону – «Засади організації судової влади» та його статті 1 «Судова влада»[2].

Ще більш наочно та переконливо розкриває владну, тобто ієрархічно вибудовану природу судочинства глава 1 «Організаційні основи судоустрою» розділу 2 «Судоустрій» Закону України «Про судоустрій і статус суддів». Так, стаття 17 цієї глави «Система судоустрою» констатує: «1.Судоустрій будується за принципами територіальності, спеці-

алізації та інстанційності. 2. Найвищим судом у системі судоустрою є Верховний Суд. 3. Систему судоустрою складають : 1) місцеві суди; 2) апеляційні суди; 3) Верховний Суд. Для розгляду окремих категорій справ відповідно до цього Закону в системі судоустрою діють вищі спеціалізовані суди. 4. Єдність системи судоустрою забезпечується: 1) єдиними засадами організації та діяльності судів; 2) єдиним статусом суддів; 3) обов'язковістю для усіх судів правил судочинства, визначених законом; 4) єдністю судової практики; 5) обов'язковістю виконання на території України судових рішень; 6) єдиним порядком організаційного забезпечення діяльності судів; 7) фінансуванням судів виключно з Державного бюджету України; 8) вирішенням питань внутрішньої діяльності судів органами суддівського самоврядування»[2].

Закон України «Про судоустрій і статус суддів» також визначає, що місцевий суд є судом першої інстанції і здійснює правосуддя у порядку, встановленому процесуальним законом [2]. Згідно цього ж закону апеляційні суди діють як суди апеляційної інстанції, а у випадках, визначених процесуальним законом – як суди першої інстанції, з розгляду цивільних, кримінальних, господарських, адміністративних справ, а також справ про адміністративні правопорушення [2].

У системі судоустрою також діють вищі спеціалізовані суди як суди першої інстанції з розгляду окремих категорій справ. Згідно Закону України «Про судоустрій і статус суддів, вищими спеціалізованими судами є: 1) Вищий суд з питань інтелектуальної власності; 2) Вищий антикорупційний суд. Вищий спеціалізований суд здійснює правосуддя як суд першої інстанції у справах, визначених процесуальним законом. У складі вищого спеціалізованого суду, як визначив законодавець, можуть утворюватися судові палати [2].

Нарешті, у багаторівневій судовій ієрархії на її вершині перебуває Верховний Суд. Він є найвищим судом у системі судоустрою України. Передусім цей суд забезпечує сталість і єдність судової практики у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом. Окрім того, Верховний Суд: «1) здійснює правосуддя як суд касаційної інстанції, а у випадках, визначених процесуальним законом, - як суд першої або апеляційної інстанції, в порядку, встановленому процесуальним законом;

2) здійснює аналіз судової статистики, узагальнення судової практики;

3) надає висновки щодо проектів законодавчих актів, які стосуються судоустрою, судочинства, статусу суддів, виконання судових рішень та інших питань, пов'язаних із функціонуванням системи судоустрою;

4) надає висновок про наявність чи відсутність у діяннях, у яких звинувачується Президент України, ознак державної зради або іншого злочину; вносить за зверненням Верховної Ради України письмове подання про неспроможність виконання Президентом України своїх повноважень за станом здоров'я;

5) звертається до Конституційного Суду України щодо конституційності законів, інших правових актів, а також щодо офіційного тлумачення Конституції України;

6) забезпечує однакове застосування норм права судами різних спеціалізацій у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом;

7) забезпечує апеляційні та місцеві суди методичною інформацією з питань правозастосування;

8) здійснює інші повноваження, визначені законом» [2].

Отже, з позицій антропосоціокультурного підходу соціокультурним кодом судочинства є держава. Метою судочинства є з'ясування за допомогою судових процедур, вибудованих на основі чинного законодавства держави, сторони-переможця (чи сторін-переможниць) у юридичному конфлікті та переможеної сторони (сторін) у цьому ж конфлікті, які на основі застосування судом критерію позитивного законодавства визнаються ним неправими у цьому конфлікті. Усі відносини судочинства є публічно-владними (ієрархічними) відносинами. Роль основного суб'єкта у судочинстві завідомо відведена державі, а індивіду зазвичай належить роль об'єкта владного впливу у ньому.

Висновок. Усе вищевикладене переконує, що правові культури медіації та судочинства ціннісно протилежні, а тому вони не можуть бути без спотворень «вбудовані» одна в іншу. Ці культури є конкурентними взаємодоповнюючими системами, кожна з яких атрибутивно необхідна будь-якому цивілізованому суспільству.

Використані матеріали:

1. Конституція України станом на 16.09. 2016 року // Електронний ресурс. – Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>
2. Закон України «Про судоустрій і статус суддів» від 2.06.2016 року зі змінами та доповненнями // Електронний ресурс. – Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text>
3. Гаврилюк Р. Правова природа медіації як вислід буттєвих властивостей людини / Р. Гаврилюк // Право України. – 2018. – № 3. – С. 128-143
4. Гаврилюк Р. Зумовленість правової природи медіації буттєвим устроєм людського світу / Р. Гаврилюк // Право України. – 2018. – № 5. – С. 181-195.
5. Петро Пацурківський, Руслана Гаврилюк. Людське право на медіацію // Право України. – 2020. - №7. – С. 212-229.

Гончарук Юрій Георгійович

*заслужений юрист України,
начальник територіального управління
Державної судової адміністрації України
в Чернівецькій області
(м. Чернівці, Україна)*

ДЕЯКІ АСПЕКТИ РОЗВИТКУ ПРАВНИЧИХ ПРОФЕСІЙ

Професійне свято юристів відзначається в Україні порівняно невеликий проміжок часу - з 1997 року. До речі вважається, що саме 8 жовтня в 1016 році Київський князь Ярослав Мудрий видав перше зведення законів Руська правда. Саме тому було обрано цю дату в календарі. Напередодні свята сучасні представники правничої професії Буковини напевне не раз задумувалися над питанням: як працювали і розвивали юриспруденцію в Чернівцях їх колеги скажімо століття тому. І в пошуках відповіді звертаємося до окремих аспектів роботи правників в Чернівцях австрійської епохи, що знаходимо в працях історика Раймунда Фрідріха Кайндля.

Так після того як Буковина потрапила під владу Австрії, у Чернівцях на перших порах залишалися на своїх посадах «шолтуз» і «пигарі» (управлінські посади), а в селах, що належали до міста – «двірники». Тільки вони знали обстановку і без них навряд чи можна було продовжувати управління.

Але успадкована з молдавських часів структура управління жодним чином не відповідала австрійським умовам. Вже у 1775 році запропоновано створити у містах магістрати, що мали складатися з міського судді, нотаріуса, шістьох сенаторів, ринкового судді та певного числа муніципальних службовців. Також висловлювалися пропозиції про створення міських магістратів з бургомистра і чотирьох членів міської ради, які також б мали як суд першої інстанції вирішувати дрібні міські справи. За цими пропозиціями розпочалася реорганізація і 1871 року у Чернівцях та Садагурі запроваджено «свого роду службовців магістрату з німецьких, грецьких та молдавських осіб». У цей же період почалося створення магістратів, а з них під головуванням окружних директорів утворювали поліційні комісії, котрі мали в містах «встановити необхідний порядок». Проте міське начальство мало різницю від міського начальства молдавських часів.

Австрійське правління працювало над подальшим розвитком міського управління. Зокрема правитель краю Енценберг наголошував у листах, що «справи магістрату та поліції неможливо вести без вправного синдика і водночас писаря». Тому він ініціював найняти на роботу юриста, який би розумівся трохи на праві та поліційній справі. Він

міг би бути для жителів міста і за адвоката. Проте складність полягала в оплаті праці такого службовця. Тому тут же висловлено пропозицію відкрити «міський шинок», а його прибуток використовувати для оплати синдика. Однак, вказано, що йому треба було заборонити займатися складанням письмових клопотань для приватних осіб, щоб він не занедбав своїх службових обов'язків. Як бачимо вже в ті часи існували обмежені для службовців, які виклачені і нині в нормативних актах.

У місті 1783 року ще не було обізнаних з правом службовців, так як і не було фонду для покриття видатків для оплати їх роботи. Оскільки доходи від «міського шинку» теж не були надійними, тому правитель краю звернувся до Надвірної військової ради про встановлення оплати магістратському персоналу. В документах про встановлення оплати можна знайти такі існуючі та той період посади: міський суддя, засідателі ради, міський писар, судові службовці, синдик, поліційний наглядач, нічні сторожі. На той час в Чернівцях при магістраті існувала «поліційна комісія». Всі представники і службовці міста перебували в найтіснішій залежності від цісарських органів влади. Чернівецький директоріат повинен був вести нагляд за господарськими та політичними справами міста.

Цікавими також є згадки про посади чиновників в магістраті вже у 1807 році: поряд з головою потрібно було взяти на службу одного секретаря, одного міського касира, двох канцеляристів, одного ведучого поземельної книги. Ревізор поліції, капрал поліції та шість поліційнтів, інші службовці залишалися на своїх місцях, посада синдика була ліквідована. Відомо, що заповнення вакансії ведучого поземельної книги міста відбулося лише після 1810 року.

Хоча в період коли Чернівці були австрійським містом (з 1774 року) розвивалися прототипи сучасних земельно – кадастрових управлінь. Заснування кадастрового відділу почалося ще в часи військової адміністрації. У містах дистриктні аудиторіати вже вели так звані «протоколи контрактів» і «книги облігацій», що були свого роду поземельними книгами. Дистриктні суди продовжували вести ці протоколи і пізніше.

Після того як 1782 року були визначені межі міста Чернівців, а 1784 року аудитор лейтенант Гарсані провів тимчасовий перепис окремих приватних володінь, комісія на чолі з ротмістром Пітцеллі зробила досконалий опис всього нерухомого майна. Правниками того періоду прийнято новий протокол, що мав стати основою для поземельної книги, і одночасно зроблено план міста Чернівці, на якому було чітко нанесено кожен земельну ділянку та її номер. Це було започатковано ще 1786 року, але сама робота проведена 1787 року. Цікавою є сама процедура її проведення. Так, зокрема комісія викликала власників будинків і земельних ділянок згідно з номерами ділянок, а також їхніх сусідів, а вони повинні були підтвердити свою власність посвідками купівлі, грамотами про отримання спадщини, актами про наділ землі тощо. Їхні покази та документи старанно заносилися до протоколу ра-

зом із точним описом меж кожної ділянки, а сам протокол підписували власники, сусіди та посланці. Крім того всі отримували документ на право власності.

Цей розмежувальний протокол Пітцеллі разом зі всіма додатками та планом містить надзвичайно багатий та цінний матеріал про місто кінця молдавського – початку австрійського володіння. Цим було закладено надійну основу чернівецької кадастрової книги, але поки її склали остаточно, минув ще довгий час. Спочатку у 1788 році було заведено протокол, до якого дистриктний суд вписував всі документи про купівлю землі і таке інше. А міський суд вів «Поземельну книгу Чернівецького міського суду», що містила копії документів про передачу земель міським судом та про придбання землі у 1791-1796 роках.

Буковинську крайову табулу було організовано при Чернівецькому дистриктному суді. Після певної підготовки цей суд нарешті почав складати міську земельну книгу. Вже з 1795-96 років місто мало «Чернівецьку книгу земельних ділянок».

У 1810 році за розпорядженням у міських судах громад Буковини повинні були заведені книги документів, куди б сторони могли б записувати свої договори та інші документи. У міських судах Чернівців, Серету та Сучави треба було для цього відкрити посади «ведучих поземельних книг». Такому «ведучому» платили в Чернівцях з міської каси, а сама книга зберігалася в громадському суді, а після відкриття будинку магістрату - в ньому.

Для забезпечення земельно – княжих інтересів та прав, для нагляду за виконанням прийнятих законів, а ще для представництва земельно – княжих міст у судових спорах та селян у процесах проти поміщиків було запроваджено фіскальну службу. Цікавими є згадки, що 1808 року вийшов циркуляр, щоб ті міста, які мали власні судові установи, у судових процесах не виставляли претензії до їх представництва фіскальними службами, а щоб їх представляли синдики (так називали юридичних консультантів) магістрату або найняті адвокати. Проте на той час в Чернівцях не було «впорядкованого магістрату» та «штатних синдиків», а в крайовому суді не було досвідчених адвокатів. Тому за губернським розпорядженням від 23 жовтня 1812 року чернівецькому фіскальному органу доручено взяти на себе представництво міста у судових процесах. Ситуація змінилася аж у 1833 році – постанови 1812 року втратили чинність, бо Чернівці мали справжній магістрат на чолі з досвідченим бургомістром та двома досвідченими засідателями і саме вони представляли місто в судових спорах. У той же час зберігали свою чинність розпорядження від 1808 і 1828 років, за якими місто у всіх процесах, де воно виступає як позивач чи відповідач, мало отримати повноваження в окружного управління, за винятком подання скарг.

Навіть з такого короткого епізодичного історичного огляду можна зробити висновок про постійне удосконалення і значний розвиток

правничих та управлінських професій у Чернівцях часів австрійського періоду.

Сгорова Валентина Сергіївна

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри публічного права

факультету соціології і права

Національного технічного університету України

«Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»

(м. Київ, Україна)

ДЕЯКІ АСПЕКТИ МІЖНАРОДНОГО ДОСВІДУ ІНСТИТУТУ КОНСТИТУЦІЙНОЇ СКАРГИ

Інститут конституційної скарги є в першу чергу винаходом європейської демократії. Сьогодні його застосування можна віднайти в більшості європейських країн. Тому очевидно, що в процесі реалізації курсу на вступ в ЄС Україна не може не сприйняти конституційну скаргу у своїй національній правовій системі.

Наприклад, у Латвійській Республіці інститут конституційної скарги відсутній, але є інші інструменти, які стоять на захисті конституційних прав громадян країни.

Успішний досвід запровадження інституту конституційної скарги спостерігається у Республіки Польща.

Кожна сучасна демократія визнає право громадян на захист своїх інтересів у суді, зокрема у Конституційному Суді, який повинен служити людині та громадянину, бути засобом захисту їх прав і свобод. Право подання конституційної скарги існує в багатьох європейських державах (Австрія, Угорщина, Бельгія, Німеччина, Іспанія) та державах Латинської Америки (зокрема, у Бразилії), Азії (Монголія, Сирія, Тайвань, Корея), Африки (Бенін, Маврикій, Сенегал, Судан). В останні десятиріччя інститут конституційної скарги здобув широке визнання в країнах Східної Європи та Балтії (Польща, Словенія, Словаччина, Угорщина, Чехія, Латвія, Литва), а також у деяких країнах СНД (Російська Федерація, Киргизстан, Грузія, Казахстан).

У різних країнах КС розглядають доволі різні за своїм змістом скарги громадян. Якогось чіткого стандарту щодо інституту індивідуальної конституційної скарги не існує – кожна країна вирішує це питання по-своєму.

Класичним прикладом країни, де конституційна скарга є дієвим засобом захисту порушеного права громадян, можна вважати Федеративну Республіку Німеччина.

Спеціалізована система конституційного контролю Німеччини врахо-

ує всі основні характеристики демократичної, соціальної, федеративної держави, якою вона визначається Конституцією ФРН.

Заслужує на увагу також досвід європейських країн (зокрема, Австрії, Іспанії), які, дотримуючись постулатів класичної ліберальної теорії прав людини, обмежують підставу конституційної скарги порушенням лише так званих негативних прав (основоположна група прав на незалежність від влади) і не поширюють таку форму захисту на позитивні (соціально-економічні права). В Іспанії діє так звана «процедура ампаро» – особлива процедура, що є засобом захисту основних конституційних прав особистості, тобто має виключно індивідуальний характер.

Зарубіжний досвід вказує на можливість надання права подавати скаргу про порушення конституційних прав і свобод до КС не лише фізичним, а й юридичним особам, зокрема об'єднанням громадян (Чехія, Швейцарія).

У деяких країнах поряд з конституційними скаргами окремих осіб для захисту їх основних прав і свобод допускаються й так звані народні скарги (*actio popularis* – право, притаманне кожному члену суспільства здійснити юридичну дію на захист суспільного інтересу). Вони поширені головним чином у країнах Африки, Центральної та Північної Америки (Бенін, Гана, Конго, Бразилія, Венесуела, Колумбія, Панама та ін.).

У деяких країнах поширюється тенденція щодо визнання підставою конституційної скарги порушення прав людини, закріплених у міжнародно-правових договорах. Так, у Туреччині, згідно зі ст. 148 Конституції, кожний може подати індивідуальну скаргу до КС у разі порушення державними органами його основних прав і свобод, передбачених у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. Такий підхід сприяє впровадженню міжнародних стандартів правозахисту в національну правову систему.

У порівнянні з класичною дана модель конституційної скарги характеризується як обмежена. Тому вчені Західної Європи в цілому критично ставляться до функціонуючої в постсоціалістичних країнах її модифікації, так як будь-яке обмеження в умовах подачі конституційної скарги ставить під сумнів існування ідеї всеосяжної правової держави.

Для запровадження в Україні інституту конституційної скарги, зокрема, корисним може бути досвід Латвії, де її запроваджено у 2001 р. Їхня модель відрізняється від класичної німецької. Так, у Латвії кожна особа може подати скаргу, якщо будь-який нормативний акт порушує її права, гарантовані Конституцією, після проходження всіх інстанцій судового захисту. Однак не підлягають розгляду факти утиску прав, якщо вони допущені судом.

Строк звернення до КС Латвії – шість місяців після винесення остатнього судового рішення. Такий термін законодавці визнали оптимальним, аби в скаржника був час на підготовку звернення, а органи

влади не перебували тривалий час у підвищеному стані. При цьому А. Лавінш вважає, що це великий строк, і посилається на Іспанію, де він становить лише 20 днів. У Чехії, Угорщині, Словаччині та Словенії – 60 днів, Німеччині – один місяць. [1].

Отже, Україна як держава, орієнтована на укріплення демократичних засад, має постійно вдосконалювати свої механізми захисту прав і свобод людини й громадянина. Одним з таких механізмів і є інститут конституційної скарги, вироблений у країнах Європи, США.

Використані матеріали:

1. http://nbuviar.gov.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=2128:zaprovadzhenya-institutu-konstitutsijnoji-skargi-v-ukrajini&catid=8&Itemid=350
2. (<http://www.president.gov.ua>);
3. офіційний веб-портал Верховної Ради України (<http://www.rada.gov.ua>);
4. Урядовий портал (<http://www.kmu.gov.ua>);
5. Офіційний веб-сайт Міністерства юстиції України (<https://minjust.gov.ua/ua>);
6. Офіційний веб-сайт Конституційного Суду України (<http://ccu.gov.ua/uk/index>);
7. Сайт Центру інформації про права людини (<https://humanrights.org.ua>).

Івановська Алла Миколаївна

*професор кафедри конституційного,
адміністративного та фінансового права
Хмельницького університету управління
та права імені Леоніда Юзькова,
кандидат юридичних наук, доцент
(м. Хмельницький, Україна)*

ОБ'ЄКТ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ РЕАЛІЗАЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНОГО КОНТРОЛЮ

Юридичні науки (загальнотеоретичні та галузеві), досить глибоко досліджують питання процесуально-правових відносин. Однак, в теорії права практично відсутні праці, які б містили спроби на загальнотеоретичному рівні досліджувати специфіку процесуальних правовідносин у сфері реалізації конституційного контролю.

Враховуючи існуючі у правовій доктрині підходи до поняття та ознак процесуальних правовідносин, варто зазначити, що правовідносини у сфері реалізації конституційного контролю мають специфічні риси, які проявляються в їх об'єктах, в складі суб'єктів цих відносин, в характері процесуальних прав і обов'язків даних суб'єктів.

Важливе місце у структурі процесуальних відносин у сфері конституційного контролю посідає об'єкт цих відносин. В якості об'єкта процесуальних відносин у сфері конституційного контролю більшість вчених-правознавців розглядають конституційно-правовий спір. Так, О. В. Брежнев визначає конституційно-правовий спір як розбіжність, що виникла між суб'єктами конституційних правовідносин в сфері реалізації норм конституційного права і підлягає вирішенню в особливому порядку, встановленому законом, у тому числі шляхом використання державними органами повноважень юрисдикційного характеру [1, с. 3-4]. Вчений виходить з позиції співвідношення конституційно-правових спорів з відповідними інститутами конституційного права та виділяє наступні їх види: 1) конституційно-правові спори в сфері правотворчої діяльності; 2) конституційно-правові спори, пов'язані з тлумаченням Конституції і законів; 3) конституційно-правові спори у сфері правового статусу особи; 4) виборчі спори; 5) конституційно-правові спори в сфері організації державної влади та місцевого самоврядування [1, с. 4].

Багатоаспектна правова природа конституційно-правових спорів визначає необхідність провести їх співвідношення з такими правовими категоріями, як конституційно-правові конфлікти, конституційні колізії.

Юридичний конфлікт в його «чистому» вигляді можна визначити як протиборство суб'єктів права з приводу використання, порушення або тлумачення правових норм. Об'єкт конфлікту, його суб'єктивна складова, учасники, мотивація їх поведінки повинні мати правові ознаки, а сам конфлікт повинен викликати юридичні наслідки [2, с. 11].

Окремим видом юридичних конфліктів є конституційно-правові конфлікти. На думку В. М. Кривцової «сутність і природа державно-правових конфліктів безпосередньо походять від сфери політичних відносин, наприклад, через установлення нових принципів державотворення, укріплення політико-економічної незалежності, відтворення нових політичних інститутів ... тощо» [3, с. 11]. Це твердження, на нашу думку, є не зовсім вірними, оскільки конституційно-правові конфлікти не завжди є політичними конфліктами, адже вони виникають внаслідок порушення правових норм, і вирішення конфліктів відбувається на підставі правових норм. Тому доцільно вважати, що їм властива політико-правова природа.

Щодо співвідношення понять «конституційно-правовий спір» та «конституційно-правовий конфлікт» у юридичній доктрині існують різні підходи. Так, окремі вчені-правознавці вважають, що конституційно-правовий спір є одним з видів конституційно-правових конфліктів [4, с. 239; 5, с. 11] Інші науковці притримуються позиції, відповідно до якої конституційно-правовий спір є стадією в розвитку конституційно-правового конфлікту [1, с. 3].

Підтримуючи другу позицію, вважаємо за необхідне зазначити, що конституційно-правовий спір, будучи стадією розвитку конституцій-

но-правового конфлікту, може мати місце лише у випадку, коли існує певне протиріччя, взаємні претензії сторін конфлікту, які вирішуються у певному процесуальному порядку. Тобто конституційно-правовий конфлікт може бути передумовою виникнення конституційно-правового спору. Однак предметом процесуальних відносин у сфері конституційного контролю не завжди є ситуація, яка має характер конституційно-правового спору, зокрема, у випадку здійснення обов'язкового попереднього конституційного контролю.

Розглядаючи співвідношення конституційно-правових колізій та конституційно-правових спорів, погоджуємось з науковцями, які вважають, що правові колізії, як і конституційно-правові конфлікти, є причиною, передумовою виникнення конституційно-правових спорів. Так, Ю. О. Тихомиров розглядає юридичний спір як вищу точку протиріччя, викликаних колізією з найбільш гострим протиріччям сторін [6, с. 44]. На думку А. А. Езерова, конституційно-правова колізія може розглядатися не як вид конституційних спорів, а як їх причина, джерело, передумова [7, с. 48].

Розглядаючи співвідношення понять «конституційно-правова колізія» та «конституційно-правовий конфлікт», варто зазначити, що, наприклад, Ю.О. Тихомиров не проводить розмежування між юридичними колізіями і конфліктами, вважаючи, що загальне поняття «конфлікт» в праві зустрічається досить часто і зазвичай асоціюється з конфліктами норм права, тобто з їх «колізією», і що «юридичні колізії не тільки численні, а й вкрай різноманітні за своїм змістом, характером, гостротою, ієрархією, соціальною спрямованістю, галузевою приналежністю, політизованістю, формами вираження і способами вирішення» [6, с. 61-65]. У свою чергу О. В. Брежнев вважає, що об'єктивною основою юридичного конфлікту у сфері конституційного права є юридична колізія, яка визначається як протиріччя між існуючим конституційним правопорядком і заходами та діями щодо його зміни. Колізії між суб'єктами конституційних правовідносин породжують юридичний конфлікт, тобто такий розвиток протиріччя, яке передбачає активне протиставлення позицій сторін відповідних правовідносин і завжди супроводжується їх протиріччям. Якщо сторони намагаються врегулювати виниклі розбіжності за допомогою юрисдикційних процедур, конституційно-правовий конфлікт набуває характеру конституційно-правового спору, іншими словами, динаміка його розвитку отримує певну юридичну оформленість. Вирішення такого конфлікту відбувається в суворій відповідності з законом, в тому числі за допомогою видання компетентним державним органом юридично обов'язкового правового акта, в якому констатується порушення норм конституційного права, а також визначаються заходи по відновленню відповідного правового стану [1, с. 3-4].

Будучи прихильником широкого підходу до розуміння сутності колізії як до протиріччя, що виникають у правовій системі суспільства, зокрема у правових концепціях, теоріях і поглядах, правосвідомості та

правовій культурі, правоутворенні та реалізації норм права, правовій поведінці, законності та правопорядку, праворозумінні» [8, с. 34], можемо сказати, що конституційно-правова колізія і конституційно-правовий конфлікт пов'язані між собою, в основі цих явищ лежить протиріччя. Конституційно-правова колізія може бути передумовою виникнення конституційно-правового конфлікту, стадією якого може стати конституційно-правовий спір.

Узагальнюючи аналіз розмежування понять «конституційно-правовий спір», «конституційно-правовий конфлікт» та «конституційно-правова колізія», можемо зробити висновок, що об'єктом процесуальних відносин у сфері конституційного контролю варто вважати не конституційний спір, а наявний чи можливий конституційно-правовий конфлікт.

Використані матеріали:

1. Брежнев О. Конституционно-правовые споры как явления современной действительности (генезис, содержание, порядок разрешения). *Сравнительное конституционное обозрение*. 2005. № 4 (53). С. 3-8.
2. Корж І. Ф. Феномен юридичного конфлікту в умовах децентралізації державної влади в Україні. *Інформація і право*. 2016. № 3 (18). С. 4-11.
3. Кривцова В. М. Юридичний конфлікт як феномен правової дійсності : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.12. НЮАУ ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2005. 20 с.
4. Езеров А. А. Конфликтность и конфликт в конституционном праве / Проблемы современной конституционалистики : учеб. пособ. ; под ред. М. Ф. Орзиха. К. : Юринком Интер, 2012. 368 с.
5. Езеров А. А. Конституційний конфлікт як феномен та процес в Україні : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.12. Одеська національна юридична академія. Одеса, 2007. 20 с.
6. Тихомиров Ю. А. Коллизионное право : учебное и научно-практическое пособие. М. : Изд. г-на Тихомирова М. Ю., 2000. 394 с.
7. Езеров А. Конфликтность и конфликт в конституционном праве. *Российское право: образование, практика, наука*. 2007. № 7. С. 48-53.
8. Лилак Д. Д. Проблеми колізій у законодавстві України (теорія і практика) : дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.01. Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. К., 2004. 175 с.

Курандо Катерина В'ячеславівна

*аспірантка кафедри адміністративного та господарського права
Одеського національного університету імені І.І. Мечникова
(м. Одеса, Україна)*

Науковий керівник: доктор юридичних наук, професор,
*в.о. завідувачою кафедрою конституційного права та правосуддя
Одеського національного університету імені І.І. Мечникова
Т.В. Степанова*

ПРОЦЕСУАЛЬНО-ПРАВОВІ ГАРАНТІЇ ДОСТУПУ ІНОЗЕМНИХ ОСІБ ДО ПРАВОСУДДЯ (НА ПРИКЛАДІ ГОСПОДАРСЬКОГО СУДОЧИНСТВА)

Здійснення права особи, зокрема іноземної особи, на судовий захист тісно пов'язано з гарантіями доступу до правосуддя.

Перш за все, звертаючись до тлумачення значення поняття «гарантія» слід звернутися до його етимологічного значення. Так, гарантія (від франц. *garantie*) – це «порука; забезпечення» [1, с.217], гарантувати – означає «брати на себе відповідальність за що-небудь; давати обіцянку, поруку у виконанні чогось» [2, с.158]. Тобто держава в особі судової влади бере на себе відповідальність та обіцяє діяти в рамках закону, вирішуючи спір на засадах, які визначені національним законодавством України.

О.М. Овчаренко підходить до визначення гарантій доступу до правосуддя як доступності, яка нерозривно пов'язана з ідеалами справедливості [3, с.20].

Як слушно зазначає А.В. Лужанський, реалізація зацікавленими суб'єктами своїх прав у контексті забезпечення державою права на справедливий суд є складовою частиною конституційної концепції прав і свобод людини і громадянина, а механізм гарантій права на доступ до правосуддя – складовою конституційно-правового механізму захисту прав людини, за допомогою якого здійснюється відповідний вплив на суспільні відносини, а їх учасникам забезпечується: реалізація основних прав і свобод, що визначені Конституцією та міжнародними договорами, учасником яких є Україна; усіх інших прав і свобод, визначених законами України; захист демократичних засад судоустрою та судочинства [4, с.45].

Таким чином, гарантії доступу осіб до правосуддя можна визначити як забезпечення державою можливості особи звернутися за захистом свого порушеного права до органів правосуддя на підставі додержання засад судочинства, які є порукою держави на всебічний захист прав і свобод осіб, за недодержання яких держава в особі відповідних органів має нести відповідальність. Вважаємо за доцільне такі гарантії називати процесуально-правовими.

Загальні процесуально-правові гарантії витікають із засад, які є запорукою виконання певного обов'язку держави в особі органів правосуддя, які визначаються Конституцією України, Законом України «Про судоустрій та статус суддів», процесуальними кодексами (в тому числі Господарським процесуальним кодексом України) і властиві всім учасникам процесу, незважаючи на те, чи є особа резидентом, чи ні.

Такими гарантіями є:

1. Право на звернення до суду (ст. 4 ГПК України).
2. Право на справедливий та повноважний суд (статті 7-8 Закону України «Про судоустрій та статус суддів»).
3. Рівність перед законом і судом (ст. 7 ГПК України і ст. 9 Закону України «Про судоустрій та статус суддів»).
4. Гласність судового процесу (ст. 8 ГПК України і ст. 11 Закону України «Про судоустрій та статус суддів»).
5. Відкритість інформації щодо справи (ст. 9 ГПК України).
6. Мова судочинства (ст. 10 ГПК України і ст. 12 Закону України «Про судоустрій та статус суддів»).
7. Верховенство права та джерела права, що застосовуються судом (ст. 11 ГПК України).
8. Змагальність сторін (ст. 13 ГПК України).
9. Диспозитивність судочинства (ст. 14 ГПК України).
10. Правнича допомога та представництво (ст. 16 ГПК України і ст. 10 Закону України «Про судоустрій та статус суддів»).
11. Право на розгляд справи в розумні строки (ст. 114 ГПК України).
12. Право на перегляд справи та оскарження судового рішення (ст. 17 ГПК України і ст. 14 Закону України «Про судоустрій та статус суддів»).
13. Обов'язковість виконання судового рішення (ст. 18 ГПК України і ст. 13 Закону України «Про судоустрій та статус суддів»).

Треба зазначити, що незважаючи на те, що одна з основних засад судочинства – це рівність всіх перед законом та судом, можна виділити особливості процесуально-правових гарантій для іноземних осіб, які витікають зі специфічних засад та є запорукою виконання з боку держави в особі органів правосуддя обов'язку про всебічний захист прав і свобод осіб при розгляді справ з іноземним елементом. Слід зауважити, що це не додаткові гарантії у порівнянні з резидентами, а об'єктивно необхідні зобов'язання з боку держави щодо відправлення справедливого правосуддя з особливим суб'єктом – іноземною особою. Серед таких доречно виділити:

1. Доручення господарських судів України про надання правової допомоги від установ іноземних держав (ст. 367 ГПК України).

2. Виконання в Україні судових доручень іноземних судів (статті 369-371 ГПК України).
3. Судовий імунітет.
4. Судове представництво іноземних осіб.
5. Право іноземних осіб на надання пояснень у суді на рідній мові (ст. 10 ГПК України).

Розглядаючи в цілому наведену вище класифікацію, слід зазначити, що загальні гарантії доступу до правосуддя стосуються як громадян України та юридичних осіб, зареєстрованих на території України, так і іноземних осіб, причому в іноземних осіб є свої особливості реалізації вказаних гарантій. Але особливості процесуально-правових гарантій доступу до судочинства в Україні у такому випадку повинні бути мінімальними, оскільки на рівні Конституції України, як вже вказувалося вище, у громадян, юридичних осіб, зареєстрованих на території України, та іноземних осіб права є рівними.

Використані матеріали:

1. Мачковский Г.И. Французско-русский юридический словарь. 4-е изд., стереотип. Москва : РУССО, 2002. 440 с.
2. Короткий словник української мови / За ред. Д.Г. Гринчишина. Київ: «Радянська школа», 1988. 724 с.
3. Овчаренко О.М. Доступність правосуддя та гарантії його реалізації: Монографія. Харків: Право, 2008. 304 с.
4. Лужанський А.В. Основні ознаки конституційноправового механізму гарантій права на доступ до правосуддя. *Вісник Вищої ради юстиції*. 2012. №1 (9). С. 44-59. URL: http://www.vru.gov.ua/content/article/visnik09_04.pdf (дата звернення: 09.10.2020).

Мерник Анастасія Муслімівна

*кандидат юридичних наук, системт кафедри теорії і філософії права Національного юридичного університету України імені Ярослава Мудрого
(м. Харків, Україна)*

АМЕРИКАНСЬКА СУДОВА ПРАКТИКА 1917-1919 РОКІВ З РОЗГЛЯДУ СПРАВ ЩОДО ОБМЕЖЕННЯ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ Й ГРОМАДЯНИНА В УМОВАХ ОСОБЛИВИХ РЕЖИМІВ

Загальновизнаним є той факт, що свобода людини не абсолютна, а обмежена соціальними межами, причому ці обмеження, для окремої людини виступають як правила поведінки, прийняті і схвалені

суспільством. Здійснення свобод має свої встановлені законом межі, за якими свобода перетворюється в антисоціальну дію. В той же час підпорядкування особистості державі або беззастережне прийняття всіх без винятку інтересів особистості державою створюють або режим авторитаризму, або режим анархії.

Проблема обмеження прав людини, як складова загального процесу визначення та правового закріплення розумного балансу інтересів особистості, суспільства і держави загострюється на перехідних етапах суспільного розвитку. Основна складність її оптимального вирішення полягає у визначенні методологічно вірних точок відліку, соціальних орієнтирів, що відповідають як міжнародно-правовим нормам щодо прав людини, так і інтересам розвитку конкретної країни на певному етапі розвитку.

Слід визнати, що процес формування підстав і критеріїв обмежень прав і свобод людини та громадянина в світових країнах сучасності має свої особливості. Проте виявляється можливим виділити існування основних доктрин (теорій) обмежень прав і свобод людини й громадянина в американській судовій системі права, які мають як схожі, так і відмінні характеристики.

До першої з них можна віднести теорію «поганих тенденцій». Зазначена доктрина передбачала обмеження прав і свобод громадян в інтересах державної безпеки. Практика використання «поганої тенденції» була розповсюдженим стандартом, який використовували суди США для підтвердження факту критики участі уряду країни у Першій світовій війні. Незабаром після того, як США вступили у війну, Конгрес прийняв Закон про шпигунство 1917 року [1]. Хоча Конгрес мав намір врахувати в цьому акті заклопотаність з приводу військових дій, виконавча влада країни використовувала цей закон для обмеження свободи слова в умовах воєнного стану.

Моллі Стаймер стала пасивним суб'єктом практики застосування доктрини «поганих тенденцій», оскільки була однією з групи антивоєнних активістів, які були засуджені після того, як вони надрукували і розповсюдили листівки проти втручання США у громадянську війну в Росії за участю більшовиків (комуністи) [2]. Верховний суд залишив в силі вирок, винесені в ході перевірки практики застосування доктрини «поганих тенденцій», зазначив, що циркуляри були спрямовані на те, щоб спровокувати опір Сполученим Штатам у участі в війні.

Справа «Шаффер проти Сполучених Штатів» (1919), розглянута в Апеляційному суді дев'ятого округу, стосувалася видання Шаффером книги, один із уривків якої ставить під сумнів необхідність та законність участі США у Першій світовій війні і причини, за якими уряд веде її [3]. За це Шаффер був засуджений за порушення Закону про шпигунство. На думку суду, несхвалення війни і захист світу не є злочинами відносно до Закону про шпигунство, але питання тут полягає в тому, чи є

ймовірна тенденція впливу слів, які розраховані саме на виникнення дії, що засуджуються законом.

У справі Шарлотти Аніти Уїтні обвинувачена була арештована за її членство в соціалістичних і комуністичних організаціях, які порушували закони Каліфорнії про синдикалізм. Суд відхилив вимоги про те, що закони порушують її свободу слова [4]. Судові органи постановили, що держава при здійсненні своїх поліцейських повноважень може покарати тих, хто зловживає цією свободою за допомогою висловлювань, що завдають шкоди суспільному добробуту, прагнуть підбурювати до злочину, порушувати громадський порядок або ставити під загрозу основи організованого уряду і погрожувати його повалити незаконним шляхом.

Другою доктриною обмеження прав і свобод людини й громадянина можна виокремити доктрину про явну і реально існуючу небезпеку, згідно якої органи державної влади мають право обмежувати права громадян в тому випадку, якщо в реалізації гарантованого конституцією держави права виходить явна і безпосередня небезпека для держави. Зазначена доктрина прийнята Верховним судом США щоб визначити, за яких обставин можуть бути накладені обмеження на свободу слова, преси або зборів відповідно до Першої поправки до Конституції США.

Необхідно зазначити, що доктрина явної та реальної небезпеки тісно співіснує з доктриною «поганої тенденції», більше того вона виникає з першої, як реакція окремих суддів на недоліки доктрини «поганої тенденції» та намагання створити більш чіткі критерії необхідності обмеження прав людини і громадянина в умовах надзвичайних станів.

Так, Бранденбург проти Огайо була справою Верховного суду США, яка інтерпретувала Першу поправку до Конституції США [5]. Суд постановив, що уряд не може покарати суб'єкта за підбурювальну мову, якщо ця мова не спрямована на підбурювання або вчинення неминучих беззаконних дій. Більше того, під час процесу розгляди справи Бранденбург проти Огайо був спростован процес «Уїтні проти Каліфорнії».

Кларенс Бранденбург, лідер Ку-клукс-клану в штаті Огайо, зв'язався з журналістом на телевізійній станції і запросив його для участі в мітингу. В рекламній частині мітингу були зняті демонстрації, на яких зображено кілька людей в одязі і капюшонах, які спочатку несли вогнепальну зброю, а потім спалювали хрест та виголошували промови. Бранденбург був звинувачений в пропаганді насильства відповідно до закону штату Огайо про кримінальний синдикалізм, який забороняв пропагувати обов'язок, необхідність або доцільність злочину, саботажу, насильства або незаконних методів тероризму, як засіб здійснення промислової або політичної реформи і добровільного об'єднання в будь-які інституції громадянського суспільства, створених для навчання або захисту доктрин кримінального синдикалізму. На Бранденбурга був накладений штраф у розмірі 1000 доларів та він був позбавлений волі

на строк від одного до десяти років.

При розгляді апеляції Перший окружний апеляційний суд штату Огайо підтвердив обвинувальний вирок Бранденбурга. Проте Верховний суд США скасував обвинувальний вирок, ухваливши, що уряд не може конституційно покарати абстрактну пропаганду сили або порушення закону. Це рішення сформувало принцип, згідно з яким конституційні гарантії свободи слова і свободи преси не дозволяють державі забороняти пропаганду застосування сили або порушення закону, за винятком випадків, коли така пропаганда спрямована на підбурювання або здійснення неминучих беззаконних дій і може спровокувати проведення такої дії.

Бачимо, що доктрина явної та реальної небезпеки містить у собі три елемента: намір, неминучість і ймовірність, які є різними за своєю суттю та мають різні прецедентні передумови. І якщо елементи наміру та ймовірності були присутні вже у доктрині «поганої тенденції», то елемент неминучості є відмінністю від попередньої доктрини. І саме елемент неминучості явної та справжньої небезпеки, поряд з наміром і ймовірністю, став необхідною умовою та гарантією законності та пропорційності порушення прав і свобод людини і громадянина в умовах особливих станів. Отож, доктрина явної та реальної небезпеки має, в порівнянні з доктриною «поганих тенденцій», більш конкретний характер, оскільки передбачає, що однією лише небезпеки заподіяння шкоди недостатньо для обмеження свободи слова.

Використані матеріали:

1. David A. Espionage Act of 1917 (1917). The first amendment encyclopedia. 2019. URL: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1045/espionage-act-of-1917> (date of access: 01.10.2020).
2. Timothy J. Abrams v. United States (1919). The first amendment encyclopedia. 2009. URL: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/328/abrams-v-united-states> (date of access: 01.10.2020).
3. Shaffer v. United States <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/362/511/>
4. Lewis, Anthony (1991). Make No Law: The Sullivan case and the First Amendment. New York: Random House. p. 85. ISBN 978-0-394-58774-5.
5. Parker, Richard A. (2003). "Brandenburg v. Ohio". In Parker, Richard A. (ed.). Free Speech on Trial: Communication Perspectives on Landmark Supreme Court Decisions. Tuscaloosa, AL: University of Alabama Press. pp. 145–159. ISBN 978-0-8173-1301-2.

Ремінська Юлія Юріївна

PhD in Law,

помічник-консультант народного депутата України

стипендіат програми DAAD Eastern Partnership,

Університет м. Констанц (ФРН)

(м. Київ, Україна)

ПЕРЕДБАЧУВАНІ ОБМЕЖЕННЯ У ПРАКТИЦІ ЄСПЛ: ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ВИКОРИСТАННЯ В МЕЖАХ ВІТЧИЗНЯНОГО КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДОЧИНСТВА

У контексті конституційних перетворень, що наразі мають місце у розвитку плюралістичних демократій, вивчення основоположних прав людини знаходиться у своєрідному вакуумі процесу інтернаціоналізації та універсалізації правових відносин. Завдяки невпинному розширенню каталогу прав людини сьогодні на перший план виходить широке різноманіття конституційно-правових цінностей. Безумовно, за своєю суттю та реалізацією такі цінності можуть вступати у певні протиріччя між собою. Відтак, смисленне усвідомлення та інтерпретація положень про основні права та свободи людини формується і розвивається виключно завдяки постійному **процесу актуалізації конституційних цінностей**, в якому задіяні різноманітні учасники: національні законодавці, суди загальної та конституційної юрисдикції, науковці, а також наднаціональні органи із захисту прав людини.

Численні наукові дослідження доводять, що в основі будь-яких обмежень прав людини завжди повинна лежати категорія співмірності. Фундамент усіх наявних нині практичних підходів складає методологічне напрацювання відомого конституціоналіста Р. Алексі. Обмеження прав, на думку науковця, можливе за наявності конкуренції правових норм, що стосуються прав людини. Вказана теорія знайшла свій вияв у методологічному підході до судового тлумачення прав людини, а саме – **у методі балансування («зважування») правових норм-принципів**.

Оскільки за своєю природою норми-принципи уявляють собою абстрактні юридичні правоположення, що виражають напрямок розвитку усєї правової системи, то конституційні права і свободи людини (як найбільш абстрактні правові принципи) нерозривно пов'язані із іншими правами та колективними цінностями. Відтак, телеологічно норми-принципи покликані закріплювати фундаментальні (основоположні) права людини, які по ідеї можуть бути реалізовані по-різному. У разі конституційно-правового конфлікту норми про права людини повинні бути піддані процедурі «зважування» з метою встановлення балансу між ними. Використання такого методу дозволяє прийти до

раціонального встановлення співвідношення принципів, гарантуючи належний захист прав від необґрунтованих обмежень [1, с. 131-132].

Аналіз існуючого масиву міжнародного законодавства дає підстави запропонувати в уніфікованому вигляді **нормативну конструкцію**, що у своєму змісті позначає потенційну можливість обмеження прав людини: *права і свободи підлягають лише тим обмеженням, які визначені законом виключно з метою забезпечення належного визнання і поваги прав і свобод інших та забезпечення справедливих вимог моралі, громадянського порядку і загального добробуту в демократичному суспільстві.*

Зрозуміло, що подібна конструкція закономірно об'єктивується у вигляді комплексу стандартів та слугує нормативно-ціннісним джерелом конституційно-правової аргументації. Проте на практиці все ж конституційні суди зіштовхуються із проблемами застосування чітких критеріїв, за допомогою яких вони повинні визначати розумність або обґрунтованість застосування того чи іншого обмеження. Не менш важливим є визначення смислу формулювання «обмеження, які є очевидно виправданими у демократичному суспільстві». З'ясування конотаційних відтінків вказаного поняття та його інструментального значення для конституційно-правової інтерпретації повинно відштовхуватися насамперед від дослідження, аналізу та врахування впливу порівняльних досліджень європейських країн, у яких вказана практика тлумачення існує. Своєю чергою, таку практику акумулює ЄСПЛ, який на основі оцінки національного законодавства (та відповідних правозастосовчих тенденцій) виробив необхідні підходи стосовно використання критеріїв обґрунтованості та розумності застосування передбачуваних обмежень прав людини.

Звісно, увесь спектр аналізу прецедентів Суду на декількох сторінках відобразити неможливо. Сформульована тематика виправдано може постати у якості повноцінного предмета дисертаційного або монографічного дослідження. Тому, поточна робота сфокусується на спробі здійснити генералізацію та систематизацію підходів ЄСПЛ, що у своїй сукупності формують ядро розуміння передбачуваних обмежень прав людини.

По-перше, сама по собі концепція передбачуваних обмежень діє виключно за умови застосування до таких обмежень *тесту на пропорційність*. Прецедентна практика Страсбурзького суду демонструє наявність наступних обов'язкових етапів, що складають суть означеного тесту (так звані «чотири «чи»):

- 1) **чи** мало місце втручання у права, порушення яких припускається;
- 2) **чи** була застосована міра обмеження передбачена законом;
- 3) **чи** була легітимна мета покладена в основу застосування обмежень прав людини;

4) **чи** було і наскільки необхідне застосування міри обмеження в демократичному суспільстві.

Така методологія вирішення питання стосовно правомірності та виправданості застосування обмежень прав людини була повноцінно використана ЄСПЛ у справі *S.A.S. v. France* [2, пп. 112-159]. Варто зауважити, що по відношенню до усього спектру прав, закріплених у ЄКПЛ, Суд використовує метод еволютивного тлумачення їх сутності. Наприклад, у справі *Chernega and Others v. Ukraine* [3, п. 221] Суд зауважив, що характер і суворість накладених штрафів також є факторами, які слід брати до уваги при оцінці пропорційності втручання по відношенню до переслідуваної мети. Якщо санкції, накладені на учасників демонстрації, носять кримінальний характер, вони вимагають особливого обґрунтування. У принципі, мирна демонстрація не повинна піддаватися загрозі застосування кримінального покарання, особливо у вигляді позбавлення волі. Таким чином, Суд повинен з особливою ретельністю розглядати справи, в яких санкції, накладені національною владою за ненасильницьку поведінку, припускають тюремне ув'язнення.

По-друге, у розрізі політичних і громадянських прав, задекларованих у статті 3 Протоколу № 1 до Конвенції концепція «передбачуваних обмежень» має велике значення для визначення актуальності цілей, що переслідуються обмеженнями прав, гарантованих цим положенням. У своєму рішенні по справі *Zdanoka v. Latvia* [4, п. 115], Суд сформулював достатньо важливі методологічні підходи, з використанням яких повинен здійснюватися судовий контроль за обмеженням політичних прав громадянина. Аналіз цієї справи дозволив виокремити наступні **аспекти концепції «передбачуваних обмежень»**, яка може бути застосована у світлі статті 3 Протоколу № до Конвенції:

1) обмеження прав, означені цією статтею *не повинні строго визначатися конкретним списком «законних цілей»*, зокрема, тих, які перераховані, у статтях з 8 по 11 Конвенції; іншими словами, Договірні держави можуть посилатися на мету, що відсутня у цьому списку, для виправдання застосованих обмежень за умови, що сумісність цієї мети з принципом верховенства права та загальними цілями Конвенції доводиться в конкретних обставинах конкретної справи;

2) аналіз законності застосованих обмежень у реалізації громадянами права на вільні вибори повинен здійснюватися *одночасно із вивченням імовірності застосування обмежень до реалізації прав, гарантованих у тому числі і статтями 10 та 11 Конвенції*; такий підхід пов'язаний із існуванням системного зв'язку між усіма цими конвенційними положеннями, які, своєю чергою, покликані гарантувати повагу до плюралізму думок у демократичному суспільстві за допомогою здійснення громадянських та політичних прав і свобод;

3) *застосування традиційних критеріїв «необхідності» та «нагальної*

соціальної потреби» в обмеженні політичних прав людини не є релевантним; натомість ЄСПЛ фокус своєї уваги та методологію аргументації вибудовує навколо таких питань, як: а) чи мало місце свавілля з боку органів державної влади та їх посадових осіб; б) чи заважало застосоване обмеження вільному вираженню громадянської позиції громадянина;

При цьому, концепція передбачуваних обмежень прав людини виправдано ґрунтується на двох застереженнях. Першим таким застереженням є той факт, що єдиної моделі обмежень не існує і не може існувати. Надання правової оцінки в межах здійснення судового контролю повинно базуватися на аналізі відповідного законодавства у світлі політичної, культурної та соціально-економічної еволюції національної правової системи. Суть другого застереження полягає у необхідності визначення органом судової влади характеру, типу, тривалості та наслідків оскаржуваного законодавчого обмеження прав людини.

Використані матеріали:

1. Alexy, R. (2003). Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. *Ratio Juris*, Vol 16(2), pp.131-140. URL: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a63.pdf>
2. Case of S.A.S. v. France (Application No. 43835/11) from 1 July 2014. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145466>
3. Case of Chernega and Others v. Ukraine (Application No. 74768/10) from 18 June 2019. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-193877>
4. Case of Zdanoka v. Latvia (Application No. 58278/00). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72794>

Рожок Лідія Петрівна
*асистент кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м. Чернівці, Україна)*

ЄВРОПЕЙСЬКИЙ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ - ІНТЕГРАТИВНЕ ЯВИЩЕ

Ядро конституціоналізму як руху, що еволюціонує у напрямку прийняття або вдосконалення фундаментальної хартії, полягає в регульованні засобів і методів встановлення, здійснення та передачі влади.

Виглядаючи як рух на рівні суверенної держави, конституціоналізм сьогодні виходить за її межі, так що ми говоримо про європейський конституціоналізм, який прагне до прийняття фундаментальної хартії на цьому рівні, подібно до того, як форми прояву також були створені на рівні нижчому від державного, регіонального. Процеси, розпочаті

одночасно, з різними ритмами та інтенсивністю, їх можна розглядати як унікальне, інтегруюче явище, природа якого залишається суперечливою.

Європейська інтеграція, здійснена прогресивно, що відображала волю до спільного життя та спільного виконання завдань, які раніше покладалися на держави, призвела, природно, до демонстрацій, динаміка яких є викликом доктрині конституційне право. Оскільки все робилося «за допомогою» закону, ми спочатку перейшли до нормативної інтеграції, спочатку на інфраконституційному рівні, а потім на над-конституційному. Є багато прикладів нормативної інтеграції, особливо у формі конвенцій, договорів, угод, таких як договори про спільноти.

Посилаючись як на нормативну інтеграцію, так і на інший аспект нормативності - забезпечення поваги до правових норм, професор П'єр Паскаторе зізнався: «Таким чином, ми були б уповноважені сказати, що будь-який комплекс загальних стандартів конституціоналізму інтегровані в контексті міжнародного права»[1].

Ми вже говорили, що нормативна інтеграція відбувалась спочатку на інфраконституційному рівні, не піднімаючи «конституційної проблеми». З цього приводу професор Дідьє Маус наголосив: «Насправді потрібно багато часу, щоб знову поставити конституційне питання»[2].

Але після Маастрихтського договору відносини між Європейським Союзом та конституцією стали очевидними, і таким чином, що низка держав повинні були переглянути свої конституції, щоб мати можливість ратифікувати згаданий договір. Після цієї дати інтеграційний процес прискорився, конкретизувавшись прийняттям «Європейської конституції». Водночас деякі держави підготувалися привести власні конституції у відповідність до європейської. У цьому сенсі ми повинні вказати на ініціативу президента Франції звернутися до Конституційної ради, щоб вона могла прийняти рішення про необхідність перегляду Конституції з метою санкціонування ратифікації Договору про заснування Конституції для Європа та перегляд Конституції конституційним законом № 2005-204 від 1 березня 2005 року.

Необхідно також відзначити розквіт ідей, висловлених у юридичній літературі після створення Конвенції про майбутнє Європи, і особливо після укладення Договором про встановлення Конституції для Європи лідерами двадцяти п'ять держав-членів Європейського Союзу (29 жовтня 2004 р.). Цій реальній події було присвячено численні наукові заходи, починаючи з VI Міжнародного конгресу з конституційного права в січні 2004 року і закінчуючи VII Конгресом, який продовжив дискусію. Ми багато про це говорили і будемо продовжувати це робити, бо конституційний закон перевищив ... його межі.

Окрім старіння концепцій - у тому числі концепції конституціоналізму, сприйнятих як рух на рівні держави - ми стикаємось і з іншими явищами, такими як зміна відносин між джерелами права, поява нові відносини «управління», але не державного, виконавчого характеру [3].

Говорячи про «конституційне право, яке виходить за його межі», ми, однак, зобов'язані дотримуватися нитки, яка пов'язує конституційні процеси в їх еволюції, щоб нарешті зрозуміти, що конституційний рух на європейському рівні («глобальний конституційний рух») є тісно пов'язаним із національним рівнем, а в різних пропорціях - регіональним. Таким чином, ми можемо говорити про єдиний конституційний процес - інтегруюче явище. Більше того, після ретельного аналізу Договору про створення Конституції для Європи, конституцій держав-членів та статутів, які, здається, є міні-конституціями регіонів, ми чітко бачимо «основні глави конституційного права».

Делікатна проблема, «тонка перевизначення національних суверенитетів», почала з'ясуватися під час початку інтеграційного процесу, в той час як вона розглядалася на значно вищому рівні з Маастрихтським договором і «революціонізувалась» ратифікацією Договору про встановлення Конституції для Європи[4].

Але, хоча деякі країни висловлювали занепокоєння перспективою появи нового *Левіафана*, відмовляючи в ратифікації «Європейської конституції», ми хотіли б і надалі вважати, що там почався процес європейської інтеграції. Більше п'ятдесяти років тому, є незворотною, за умови, що відносини між Європейським Союзом та кожною державою-членом розуміються правильно і що докладаються всі зусилля для захисту основних принципів європейської інтеграції. Більше того, Договір про реформи, прийнятий 25 країнами в червні 2007 року в Брюсселі, підтверджує нашу думку.

Щоб спростити, ми могли б сказати: конституціоналізм - це рух, метою якого є прийняття конституції з метою досягнення певного балансу. В Європейському Союзі рух, про який ми говорили, проявляється сьогодні на трьох рівнях: європейському (глобальному), національному та, в деяких державах, регіональному. На цих рівнях існують різні правові системи. Але ці системи не перебувають у відносинах підпорядкування. Вони є екосистемами. У цьому сенсі, як ми вже спостерігали в іншому випадку, маючи на увазі співвідношення між Договором про конституцію Європи та конституціями національних держав, «кожне суспільство, організоване як держава, кожна нація, буде керуватися своїм власним конституція - верховний акт - але також і за допомогою «договору-конституції», кожен з цих двох правових актів може зберегти своє «верховенство» у сферах регулювання, які були відведені їм консенсусом націй, які бажали інтеграції»[5].

Європейський конституційний процес є всеохоплюючим, але неоднорідним. Існують помітні відмінності між рівнями, на яких він проявляється. Ці відносини характеризуються, перш за все, існуванням подвійної або навіть потрійної можливості: контроль, що здійснюється інтегрованими державами, над тим, як європейські інституції здійснюють покладену на них компетенцію; контроль, який здійснюється європейськими інституціями над державами-членами щодо дотримання

та застосування законодавства громади, до якого додається контроль державної політики у сфері застосування принципу місцевого та регіонального самоврядування. Перефразовуючи здається, що є два пріоритетних завдання. Один стосується контролю за дотриманням розподілу компетенцій між Європейським Союзом та державами-членами, так що не можна дійти до «прихованого розширення компетенції Союзу, яке посягало б на виключні компетенції держави-члени. Інший натякає на занепокоєння тим, що «європейська динаміка не слабшає».

Використані матеріали:

1. Pierre Pescatore, *Le droit de l'intégration*, Bruyillant, 2005, p. 6.
2. Didier Maus, *Sur la «Constitution européenne»*, in *Yctab Lex Superior*, Belgrad, 2004, p. 305.
3. Geneveva Vrabie, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. I, Ediția a cincea revăzută și reîntregită, Editura "Cugetarea", (*Droit constitutionnel et institutions politiques*, Cinquième édition revue et complétée, Editions "Cugetarea"), Iași, 1999, p. 226
4. Geneveva Vrabie, *Les implications du Traité établissant une Constitution pour l'Europe dans la hiérarchie des sources du droit*, in «Buletinul științific al Universității "Mihail Kogălniceanu"», Iași, nr. 16/2007, p. 42.
5. Jacqueline Dutheil de la Rochere, *Fédéralisation de l'Europe? Le problème de la clarification des compétences entre l'Union et les Etats*, in «L'Europe en voie de Constitution», p. 318.

Руснак Леся Володимирівна

аспірантка другого року навчання

Чернівецького національного університету

імені Юрія Федьковича

(м. Чернівці, Україна)

Науковий керівник: *доктор юридичних наук, доцент,*

завідувач кафедри процесуального права

Чернівецького національного університету

імені Юрія Федьковича О.В.Щербанюк

ІНСТИТУТ КОНСТИТУЦІЙНОЇ СКАРГИ В КОНСТИТУЦІЙНОМУ СУДІ УКРАЇНИ ТА ФЕДЕРАЛЬНОМУ КОНСТИТУЦІЙНОМУ СУДІ ФЕДЕРАТИВНОЇ РЕСПУБЛІКИ НІМЕЧЧИНИ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ

Існування інституту конституційної скарги, який є сукупністю правових відносин, пов'язаних із процедурою звернення до Конституційного Суду для захисту від посягання основоположних прав і свобод

людини та громадянина має надзвичайно велике значення як для побудови демократичної держави з пріоритетом верховенства права, так і для розвитку судової системи загалом. Також інститут конституційної скарги є проявом однієї із головних функцій Конституційного Суду – функції контролю.

Для ефективного втілення та забезпечення діяльності інституту конституційної скарги в українському правосудді є цікавим досвід у цій сфері європейських країн, а саме Федеративної Республіки Німеччини.

У Федеративній Республіці Німеччині інститут конституційної скарги є вже сталою та вдосконаленою процедурою. Публічна влада остерігається приймати неконституційні рішення, адже чудово усвідомлює можливість кожного громадянина звернутись до Федеративного Конституційного Суду із конституційною скаргою на її дії.

На законодавчому рівні інститут конституційної скарги у Федеративній Республіці Німеччині закріплений в Основному законі держави, а саме в пункті 4а частині 1 статті 93. Ця стаття передбачає повноваження Федерального Конституційного Суду розглядати конституційні скарги, що можуть бути подані будь-якою особою, котра вважає, що державна влада порушила одне з її основних прав або одне з прав, зазначених у статтях 20 (частина 4), 33, 38, 101, 103 і 104 Конституції Федеративної Республіки Німеччини.

Ще особливості існування інституту конституційної скарги закріплено у пункті 1 розділу 15 «Процедури у справах стосовно конституційних скарг» статті 90 Закону «Про Федеральний Конституційний Суд».

У Федеральному Конституційному Суді також розроблена спеціальна процедура приймання або ж допуску конституційних скарг. Запроваджена була ця система перевірки конституційних скарг у 1963 році для забезпечення ефективної діяльності суду. Головне питання, яке вирішується при процедурі ретельної перевірки конституційної скарги є питання відповідності цієї скарги всім встановленим критеріям прийнятності.

Також, що не менш важливо для доступності правосуддя і можливості реалізації права на подання конституційної скарги, є те, що слухання за конституційними скаргами у Федеральному Конституційному Суді є безкоштовними. Але суд може накласти штраф у разі, якщо конституційна скарга була подана в образливій формі.

Якщо ж вести мову про інститут конституційної скарги в Україні, то варто зазначити, що для Конституційного Суду України цей інститут став своєрідною законодавчою новелою, що була запроваджена відносно нещодавно, у 2016 році.

Після набуття чинності 30 вересня 2016 року Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)», було внесено зміни до Основного Закону України, а саме до статті 55, де було пе-

редбачено нову форму конституційного судового контролю – інститут конституційної скарги.

Проте реальний розгляд скарг Конституційним Судом став можливим лише після прийняття Регламенту Конституційного Суду України від 22 лютого 2018 року, а також створення колегій і сенатів Суду, які отримали повноваження розглядати ці скарги.

Оскільки, інститут конституційної скарги почав лише діяти в Конституційному Суді України, то наразі основними проблемами є невелика кількість звернень з конституційними скаргами (690 скарг станом на 31 травня 2018 року) та наявність величезного обсягу скарг, які не відповідають вимогам і не допускаються до розгляду (із 690 скарг повернено Секретаріатом Суду 523). Наявність помилок у скаргах та їх невідповідність вимогам пояснюється відсутністю правового розуміння громадянами механізму подання конституційної скарги.

Також ще однією проблемою втілення інституту конституційної скарги в Конституційному Суді України є недосконала регламентація порядку виконання рішень Конституційного Суду України за поданими конституційними скаргами.

Отже, враховуючи факт нещодавнього запровадження інституту конституційної скарги в Україні, Конституційному Суду України було б корисно перейняти досвід втілення та здійснення цього механізму від Федерального Конституційного Суду Федеративної Республіки Німеччини. Необхідно розробити детальні роз'яснення вимог до конституційних скарг, що подаються, процедуру приймання конституційних скарг та вдосконалити регламентацію порядку виконання рішень Конституційного Суду України за поданими конституційними скаргами.

Використані матеріали:

1. Зубенко Г. В. Інститут конституційної скарги в Україні: питання запровадження. *Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна Серія «ПРАВО»*. Випуск 23, 2017. С.58-61.
2. Селіванов О. Порівняльний аналіз процедури розгляду справ у Конституційному Суді України та державах Європейського Союзу. *Віче*, 2015. № 10. С. 26-31.
3. Шаров Д. Конституційна скарга: остання статистика та недоліки під час подання. *Українське право*. 2018.

Михайло Савчин Васильович

*доктор юридичних наук, професор, директор,
НДІ порівняльного публічного права та міжнародного права
Ужгородського національного університету,
викладач Національної школи суддів України,
національний консультант Ради Європи з
конституційної та парламентської реформи
(м. Ужгород, Україна)*

ОСНОВНІ КРИТЕРІЇ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЄДНОСТІ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ТА ПРЯМА ДІЯ НОРМ КОНСТИТУЦІЇ

Питання про забезпечення єдності судової практики виникає у разі наявності певних вад правового регулювання, наявності колізії при визначенні сфер повноважень спеціалізованих судів, або у випадку наявності інституційних проблем у здійсненні та забезпеченні прав людини. У пропонованому матеріалі буде наведено аргументи стосовно методологічного інструментарію прямої дії конституції, який можна використовувати для забезпечення єдності судової практики.

Доволі часто дискутується питання про те, у чому полягає пряма дія конституції. Адже припис статті 8.3 Конституції України не дає на це очевидної відповіді. По-перше, у реченні першому статті 8.3 викладено його як загальний принцип права. По-друге, у другому реченні встановлено *differentia specificis*, оскільки підтверджується застосовність цього принципу до дії прав і свобод людини, гарантованих Конституцією. Тому насправді пряма дія конституції є цілим каскадом юридично значущих дій, які влітаються у систематику юридичної аргументації судових рішень та служать критерієм правомірності дій публічної адміністрації. Пряма дія конституції проявляється на трьох рівнях:

1) застосування приписів конституції, якщо вони не потребують конкретизації і деталізації у законі, оскільки вони придатні до застосування без такого правового регулювання (принцип самовиконуваності конституційних норм);

2) конкретизація та деталізація конституційних приписів у рішеннях органу конституційної юстиції, які складають основу їх юридичної позиції та засади формування судового прецедентного права з тих питань, а також конституційно конформне тлумачення законів конституційною юстицією у разі виявлення юридичної невизначеності у правових актах, які є предметом конституційної перевірки (прогалини чи колізії у поточному законодавстві);

3) інтерпретація положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод у прецедентному праві Європейського суду з прав людини у контексті конституційно конформного тлумачення

міжнародних договорів та транспозиції міжнародного права у практиці конституційної юстиції:

а) запозичення, перенесення та транспозиція усталеної судової практики верховних судів та конституційних судів зарубіжних країн як джерела аргументації рішень національних органів конституційної юстиції;

3) врахування досягнень доктрини в аргументації актів конституційної юстиції, а також роль доктрини у разі юридичної невизначеності приписів поточного законодавства, які є предметом конституційної перевірки:

а) правовий стиль та особливості юридичної техніки аргументації актів конституційної юстиції, а також загальні стандарти до законодавчої та адміністративної діяльності у разі наявності актів конституційної юстиції з певних аспектів правового регулювання.

Цей алгоритм має бути вплетений у систематику юридичної аргументації судових рішень. Вимога обґрунтованості є необхідною умовою для забезпечення сталого характеру судової практики. Це ґрунтується на засадах правової визначеності. Судження, яке ґрунтується саме на адекватному пізнанні цих фактів, у тому числі їх об'єктивної особистісної та соціальної значущості стає розумним [1, с. 52; 2, с. 49-50]. У вітчизняній доктрині цей підхід характеризується як концепція «усталеної [вірніше, сталої – М.С.] судової практики» [3, с. 395]. Сталість судової практики не настільки досягається за рахунок неухильного додержання буквального змісту закону, яке на практиці призводить до вихолощення його сутності. Вимога правової визначеності зумовлює стандарти сталості судової практики, відповідно до якої суди повинні за однакових фактичних умов у аналогічних справах ухвалювати аналогічні рішення, оскільки за інших умов суди можуть ухвалювати такі рішення, зміст яких не очікується жодною стороною, що є ніщо іншим, як суддівським свавіллям, що суперечить засадам верховенства права і правової держави [3, с. 326-327]. Сталість судової практики, за висловом Альєро, ґрунтується на доктрині *jurisprudence constante*, згідно з якою «низка раніше прийнятих та узгоджених судових рішень розглядається як переконливий доказ правильного тлумачення правової норми» [3, с. 397].

При вирішенні «складних справ», пов'язаних із з'ясуванням сутнісного змісту прав людини чи подолання інституційних правових проблем пропонується окремими авторами при інтерпретації правових положень застосовувати саме синтетичну систему тлумачення. Така дозволяє цілісно охопити різні аспекти «складних справ», які притаманні саме для апеляційної і касаційної інстанції, яка полягає в такому:

узгоджується з герменевтичною методологією;

намагається досягти узгодження між різнорідними аргументами тлумачення права, не нівелюючи жодного з них;

у разі, якщо синтез неможливий, вона вирішує конфлікт інтерпретацій на підставі зважування аргументів тлумачення права: що менших груп суспільних інтересів торкається нормативно-правовий акт, то більшої ваги набувають під час його тлумачення аргументи про наміри його укладачів (історичне тлумачення). І навпаки, якщо нормативно-правовий акт стосується широких суспільних інтересів, зокрема прав людини, значної ваги набувають неоригіналістичні аргументи (a same, еволюційне тлумачення);

ураховує необхідність дотримання принципу усталеної практики тлумачення, але в окремих випадках дозволяє перегляд;

ураховує баланс цінностей, які стоять на кону судового рішення, а також можливі результати тлумачення [4, с. 66].

Загалом, синтетизм у тлумаченні права як конкретизації та деталізації приписів законів завжди передбачає соціальний контекст і динаміку (еволюцію) інтерпретації. За таких умов справжні грані правової норми розкриваються також і в судовому рішенні, положення якого «розгортають» абстрактні і знеособлені приписи закону до конкретного юридичного і фактичного складу. За таких умов виникає необхідність знаходити баланс між правовими цінностями і принципами, оскільки їхнє різночитання і стає джерелом юридичного спору.

У світлі таких приписів є нелогічним юридичний конструкт, який підриває інцидентний конституційний перегляд правових актів. Йде мова про ситуації, коли суд, який розглядає справу, стикається із ситуацією очевидної антиконституційності положень закону, який він має застосувати і це може істотно вплинути на зміст рішення. Тут суд опиняється перед дилемою: 1) застосувати безпосередньо як чинне право загальні принципи права чи аналогію закону принаймні, ігноруючи сумнівні приписи закону, або 2) вирішити справу по суті, хоча це потенційно порушуватиме права людини із застосуванням припису несправедливого закону. Новели процесуальних кодексів 2016 року перевернули інцидентний контроль з ніг на голову – суди при таких ситуаціях ухвалюють рішення, а потім звертаються через Верховний суд до Конституційного Суду щодо вирішення питання про конституційність положення закону, застосованого при прийнятті судового рішення. Оскільки суди можуть застосовувати за таких ситуацій загальні принципи права, то деякі дослідники стверджують про поступову еволюцію української правової системи до англо-американської [5, с. 123]. Але мені тут на згадку приходять хіба що Окружний адміністративний суд Києва, який як суд першої інстанції вирішує спори, учасником яких є вищі органи влади, і, як правило, тоді ухваляє доволі екстравагантні рішення. І тут доволі банальна ситуація – цей суд немає належних юридичних засобів для вирішення такого роду спорів. Такий спір мають розглядати кар'єрні судді, які мають досвід розгляду апеляційних і касаційних скарг. Тут найоптимальнішою є модель розгляду спорів за участі вищих органів влади палатою Верховного Суду, а апеляційною

інстанцією має служити Велика палата Верховного Суду.

Ситуація також ускладнюється двома чинниками – Пленум Верховного Суду може не взяти до уваги клопотання суду, який прийняв рішення і в ньому виникли питання конституційності, або самому суду складно буде застосувати загальні принципи права, що може кардинально вплинути на вирішення певних інституціональних проблем. Тут проблема полягає у розмежуванні предмета розгляду конституційної юстиції – питань конституційності, конституційного права, та загальних судів – питань законності, забезпечення вирішення справи на засадах спеціалізації. Це не компенсується аж ніяк конституційною скаргою – у нас вона статутрна, оскільки можна перевірити конституційність закону, який застосовано в остаточному судовому рішенні. Це мало відповідає загально прийнятій практиці розгляду конституційних скарг [6, с. 31], що я можу охарактеризувати лише як своєрідні «українські біцикли» (від англ. *Bicycle*, себто придумовування нового велосипеда):

У всіх країнах подання конституційної скарги в принципі залежить від того, чи були вичерпані всі інші засоби правового захисту проти судового наказу чи адміністративного рішення... Те, що саме слід розуміти під «вичерпанням засобів правового захисту», залежить від національного процесуального законодавства, яке може відрізнятися за характером рішення, проти якого спрямована скарга. Вичерпання засобів правового захисту може бути визначене як за змістом (порушення основного права повинно бути вже заявлено перед судом чи адміністративним органом), так і за формою (лише проти найвищих судових рішень).

При цьому одним із критерієм відмови у прийнятті конституційних скарг, сформульованого Конституційним Судом, є відсутність застосування такого положення в остаточному рішенні, хоча таке могло бути застосовано у рішеннях судів нижчих інстанцій. Це демонструє вже з боку конституційних судів нерозуміння юридичної кібернетики – адже тут йде мова про те, що виключення вказаних положень із предмета розгляду справи судами, може істотно вплинути на перебіг процесу, у результаті чого цілком можуть бути порушені права людини.

При одночасній відсутності інституту преюдиціального запиту судів нижчих інстанцій перед Верховним Судом у разі виникнення новел у законодавстві чи неоднозначності у судовій практиці, це не сприяє забезпеченню єдності судової практики. Така систематика чи, вірніше, її відсутність ускладнює процес забезпечення єдності судової практики. Деякою мірою це може бути компенсовано застосуванням прецедентного права (case-law) Європейського суду з прав людини. Однак це не вирішує проблематики, адже відомі проблеми, пов'язані із конкуренцією юрисдикцій Європейського суду з прав людини та національними конституційними і верховними судами.

У цьому матеріалі наведена наскрізна систематика розуміння пря-

мої дії конституції, яке має таку структуру: самовиконувані приписи конституції – юриспруденція конституційного суду – case-law Європейського суду з прав людини – стала практика загальних судів – доктрина. У цій системі координат неправомірно вибили такий інструмент, як інцидентний конституційний перегляд, що необхідно повернути, оскільки загальним судам складно застосовувати загальні принципи права і робити «добудову» права у разі недоліків законодавства. Насамкінець, відсутність преюдиціального запиту для загальних судів перед Верховним судом також не сприяє покращенню ситуації у цьому відношенні. Тому існує ще низка невирішених проблем, які очікують на своє вирішення.

Використані матеріали:

1. Мандрікова К.О. Розумність у правовому регулюванні: вимоги до нормотворчості і правозастосування : дис... к.ю.н.. Харків: Національний юридичний університету імені Ярослава Мудрого, 2015. – 196 с.
2. Рабінович С. П. Нормативний зміст засади розумності: природно- та позитивно-правовий виміри. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. № 7(69). 2007.С.47-58.
3. Шевчук С. Судова правотворчість. Світовий досвід і перспективи в Україні. Київ : Реферат, 2006. 640 с.
4. Гончаров В. Від старої теорії тлумачення до нової: основні виклики та рішення. *Філософія права та загальна теорія права*. 2014. № 1-2. С. 53-69.
5. Пряма дія норм Конституції України: від принципу – до практичного застосування. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2017. № 4(91). С. 123.
6. The relations between the Constitutional Courts and the other national courts, including the interference in this area of the action of the European courts: General report. Conference of European Constitutional Courts. XIIth Congress. Brussels, Egmont Palace, 14-16 May 2002

Самбор Микола Анатолійович

кандидат юридичних наук, член-кореспондент
Національної академії наук вищої освіти України
начальник сектора моніторингу
Прилуцького відділу поліції Головного управління
Національної поліції в Чернігівській області
(м. Прилуки, Україна)

ОБМЕЖЕННЯ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВА НА СВОБОДУ МИРНИХ ЗІБРАНЬ В УМОВАХ КАРАНТИНУ ТА РОЛЬ СУДОВОЇ ГІЛКИ ВЛАДИ

Україна і світ у 2020 році переживають кризові явища у соціально-економічному і правовому сферах життя, викликаному наявністю біологічної загрози життю і здоров'ю як окремих громадян, так і цілих націям, народам, державам, зумовленим виникненням та стрімким поширенням планетою гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2.

Уряд України з першого дня, установивши з 12 березня до 3 квітня 2020 р. на усій території України карантин, заборонив проведення всіх масових заходів, у яких бере участь понад 200 осіб [1], 17 березня 2020 р. до 3 квітня 2020 р. проведення всіх масових (культурних, розважальних, спортивних, соціальних, релігійних, рекламних та інших) заходів, у яких бере участь понад 10 осіб [2], проведення масових (культурних, розважальних, спортивних, соціальних, релігійних, рекламних та інших) заходів з кількістю учасників більше ніж 10 осіб [3], проведення масових (культурних, спортивних, розважальних, соціальних, релігійних, рекламних та інших) заходів за участю більше однієї особи на 5 кв. метрів площі будівлі або території (якщо захід проводиться на відкритому повітрі), а також діяльність кінотеатрів та закладів культури з наповненістю кінозалів або залів понад 50 відсотків місць у кожному окремому кінозалі або залі. Організатор заходу є відповідальним за дотримання між учасниками фізичної дистанції не менше ніж 1,5 метра у разі проведення заходу із розміщенням учасників стоячи [4].

Безперечним є той факт, що подібна адміністративна заборона (здійснена у адміністративному порядку органом виконавчої влади) стосується здійснення права на свободу мирних зібрань, сформульованому у нормі ст. 39 Конституції України, де проголошується, визнається та забезпечується і гарантується, що громадяни мають право збиратися мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи і демонстрації, про проведення яких завчасно сповіщаються органи виконавчої влади чи органи місцевого самоврядування. У Основному Законі України сформульований правовий механізм обмеження цього права людини, який може встановлюватися судом відповідно до закону і лише в інтересах

національної безпеки та громадського порядку – з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей.

Цінність цієї конституційної норми прямої дії є у тому, що прямо визначається повнота здійснення права на свободу мирних зібрань, а також виключний спосіб обмеження цього права.

У системному зв'язку із змістом норми ст. 64 Конституції України, де визначається, що конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України. В умовах воєнного або надзвичайного стану можуть встановлюватися окремі обмеження права на свободу мирних зібрань (права збиратися мирно, без зброї) із зазначенням строку дії цих обмежень [5], слід сформулювати єдиний висновок про те, що право на свободу мирних зібрань для всіх і кожного не може бути свавільно обмеженим, для цього повинні бути відповідні умови, визначені у ст. 64 Конституції України.

Обмеження суб'єктивного права на свободу мирних зібрань для окремо взятого суб'єкта можливе у порядку, визначеному законом, а саме Кодексом адміністративного судочинства України [12], нормами якого (ст. 268-271, 280 КАС України) визначені особливості провадження у справах за адміністративними позовами органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування про встановлення обмеження щодо реалізації права на свободу мирних зібрань. Вказаний механізм обмеження права на свободу мирних зібрань є індивідуалізованим і пов'язаний з конкретним суб'єктом.

З цього приводу Конституційний Суд України вважає, що обмеження щодо реалізації конституційних прав і свобод не можуть бути свавільними та несправедливими, вони мають встановлюватися виключно Конституцією і законами України, переслідувати легітимну мету, бути обумовленими суспільною необхідністю досягнення цієї мети, пропорційними та обґрунтованими. Право на свободу є невід'ємним та невідчужуваним конституційним правом людини і передбачає можливість вибору своєї поведінки з метою вільного та всебічного розвитку, самостійно діяти відповідно до власних рішень і задумів, визначати пріоритети, робити все, що не заборонено законом, безперешкодно і на власний розсуд пересуватися по території держави, обирати місце проживання тощо. Право на свободу означає, що особа є вільною у своїй діяльності від зовнішнього втручання, за винятком обмежень, які встановлюються Конституцією та законами України [6]. Отже, право на свободу мирних зібрань може бути легітимно обмеженим виключно за визначених у Конституції умов та виключно у спосіб, визначений Конституцією та законами України. Разом з цим, Кабінет Міністрів України залишив поза увагою правову позицію, сформовану Конституційним Судом України ще 2016 року, приймаючи рішення про адміністративне обмеження здійснення права на свободу мирних зібрань.

Скориставшись своїм правом Верховний Суд відповідно до п. 5 ч. 2 ст. 36 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [13] звернувся до Конституційного Суду України щодо конституційності окремих норм законів України від 14 листопада 2019 року № 294-IX «Про Державний бюджет України на 2020 рік» та від 13 квітня 2020 року № 553-IX «Про внесення змін до Закону України «Про Державний бюджет України на 2020 рік», інших правових актів, а саме окремих пунктів постанови Кабінету Міністрів України від 20 травня 2020 року № 392 «Про встановлення карантину з метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2, та етапів послаблення протиепідемічних заходів».

Верховний Суд зазначив, що по-суті, Конституція України дозволяє обмежувати право громадян на мирні зібрання, разом з тим передбачає порядок та умови, за дотримання яких можливе таке обмеження. Однак, установлення громадянам України обмеження на мирні зібрання, масові заходи шляхом прийняття Постанови № 392 містить ознаки невідповідності Конституції України. Отже, обмеження цього права не могло бути здійснено шляхом прийняття рішення органу виконавчої влади [7]. У Рішенні від 28 серпня 2020 року № 10-р/2020 Конституційний Суд України зазначив, що згідно зі статтею 64 Конституції України конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України; в умовах воєнного або надзвичайного стану можуть встановлюватися окремі обмеження прав і свобод із зазначенням строку дії цих обмежень. Конституційний Суд України наголошує, що обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина є можливим у випадках, визначених Конституцією України. Таке обмеження може встановлюватися виключно законом – актом, ухваленим Верховною Радою України як єдиним органом законодавчої влади в Україні. Встановлення такого обмеження підзаконним актом суперечить статтям 1, 3, 6, 8, 19, 64 Конституції України [8].

Слід наголосити, що навіть виправданість і серйозність мети, яка полягає в захисті життя і здоров'я людей, для досягнення якої здійснюються обмеження в реалізації конституційних прав людини, не означає, що такі обмеження можуть бути здійснені свавільно та бути несумісними з фундаментальними конституційними цінностями верховенства права, демократії, захисту прав людини [9]. Суддя Лемак В.В. твердо переконаний, що обмеження здійснення права на свободу мирних зібрань мало б бути запроваджено саме нормою закону суб'єктом законотворчості – Верховною Радою України.

З огляду на те, що встановлення зазначених у Постанові № 392 обмежень конституційних прав і свобод людини і громадянина було здійснено рішенням неналежного суб'єкта, не має сенсу досліджувати дотримання/недотримання інших умов для обмеження конституційних прав і свобод, що встановлює Основний Закон України, оскільки

зрозуміло, що порушення належної правової процедури, без сумнівів, делегітимізує зазначені положення Постанови № 392 [10]. Суддя Первомайський О.О. абсолютно ідентифікує Кабінет Міністрів України як неналежного суб'єкта запровадження заборони здійснення права на свободу мирних зібрань, і це вірно. Разом із цим доречно було б зважити на природу повноважень запровадження обмежень здійснення права на свободу мирних зібрань виключно з огляду на зрозумілість рішення.

Лише Конституція як вияв вищої справедливості є єдиним верифікатором побажань влади, втілених в норми закону. І, як загальний результат, розмитість та відсутність чітких критеріїв карантину може призвести до ситуації, коли карантин або окремі його елементи з усіма обмеженнями може стати органічною частиною буття української держави. Тим більше він наразі є саме тією причиною, на яку зручно списувати будь-які проблеми – від падіння економіки до надзвичайних повноважень Президента України, у т.ч. проблеми, створені специфічним українським урядуванням. У такому урядуванні є все, окрім права, справедливості та моральності [11].

Думається, що подібні рішення Кабінету Міністрів України щодо обмеження права на свободу мирних зібрань у адміністративному порядку, які очевидно неконституційні, не додають авторитету цій гілці влади, а скоріш – навпаки – вселяють зневіру до державних органів. Усвідомлення коронавірусної загрози для суспільства і держави виправдало б контроль за дотриманням прав, свобод та інтересів людини і громадянина з боку Верховної Ради України, і законодавче строкове обмеження здійснення права на свободу мирних зібрань могло би бути виправданим. Однак, дотримання процедур обмеження прав і свобод людини, зокрема й права на свободу мирних зібрань у демократичній та правовій державі, яка не лише декларує принципи верховенства права, дотримання прав і свобод людини, а й вчиняє активні дії, спрямовані на їх утвердження, відіграють виключне значення для суспільства і окремої особистості, коли останні усвідомлюють свою захищеність від сваволі держави.

Підсумовуючи зазначимо, що право на свободу мирних зібрань у демократичній і правовій державі належить до предмета виключно законодавчого регулювання. Запровадження індивідуальних обмежень чи заборони здійснення цього права можливе виключно відповідно до законодавчих положень у судовому порядку. Колективне (загальне) обмеження права на свободу мирних зібрань для невизначеного кола суб'єктів можливе виключно відповідно до Конституції України та запроваджених нею умов обмеження прав і свобод людини. Разом із цим обмеження права на свободу мирних зібрань суб'єктів державної влади та органів місцевого самоврядування, а також підпорядкованих ним підприємств, установ та організацій, на наш погляд, можливе у адміністративному порядку шляхом видання відповідних нормативних актів. Водночас такі обмеження не повинні стосуватися цивільно-пра-

вових відносин та їх учасників.

Використані матеріали:

1. Про запобігання поширенню на території України коронавірусу COVID-19: постанова Кабінету Міністрів України від 11 березня 2020 р. № 211. URL: <https://www.kmu.gov.ua/npras/pro-zapobigannya-poshim110320rennyu-na-teritoriyi-ukrayini-koronavirusu-covid-19> (дата звернення: 17.03.2020)
2. Про запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2: постанова Кабінету Міністрів України від 11 березня 2020 р. № 211 із змінами і доповненнями, внесеними постановою Кабінету Міністрів України від 16 березня 2020 року № 215. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/KP200211.html (дата звернення: 19.03.2020).
3. Про встановлення карантину з метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2, та етапів послаблення протиепідемічних заходів: постанова Кабінету Міністрів України від 20 травня 2020 р. № 392. URL: <https://www.kmu.gov.ua/npras/pro-vstanovlennya-karantynu-z-metoyu-zapobigannya-poshirennyu-na-teritoriyi-ukrayini-gostroyi-respiratornoyi-hvorobi-covid-19-sprichinenoyi-koronavirusom-sars-cov-i200520-392>. (дата звернення: 21.09.2020).
4. Про встановлення карантину та запровадження посиленіх протиепідемічних заходів на території із значним поширенням гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2: постанова Кабінету Міністрів України від 22 липня 2020 р. № 641. URL: <https://www.kmu.gov.ua/npras/pro-vstanovlennya-karantynu-ta-zapr-641>. (дата звернення: 21.09.2020).
5. Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text>. (дата звернення: 21.09.2020).
6. Рішення Конституційного Суду України від 1 червня 2016 року № 2-рп/2016у справі № 1-1/2016 за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення третього речення частини першої статті 13 Закону України «Про психіатричну допомогу» (справа про судовий контроль за госпіталізацією недездатних осіб до психіатричного закладу). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-16#Text>. (дата звернення: 21.09.2020).
7. Конституційне подання Верховного Суду щодо перевірки відповідності Конституції України (конституційності) підпунктів 5, 6, 7, 14 пункту 3, абзацу шостого пункту 6 постанови Кабінету

- Міністрів України від 20 травня 2020 року № 392 «Про встановлення карантину з метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2, та етапів послаблення протиепідемічних заходів», пунктів 10, 17 Порядку здійснення протиепідемічних заходів, пов'язаних із самоізоляцією, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 20 травня 2020 року № 392; частин першої і третьої статті 29 Закону України від 14 листопада 2019 року № 294-IX «Про Державний бюджет України на 2020 рік»; абзацу дев'ятого пункту 2 розділу II «Прикінцеві положення» Закону України від 13 квітня 2020 року № 553-IX «Про внесення змін до Закону України «Про Державний бюджет України на 2020 рік». URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/4_230_2020.pdf (дата звернення: 21.09.2020).
8. Рішення Конституційного Суду України від 28 серпня 2020 року № 10-р/2020 у справі № 1-14/2020(230/20) за конституційним поданням Верховного Суду щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень постанови Кабінету Міністрів України „Про встановлення карантину з метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2, та етапів послаблення протиепідемічних заходів“, положень частин першої, третьої статті 29 Закону України „Про Державний бюджет України на 2020 рік“, абзацу дев'ятого пункту 2 розділу II „Прикінцеві положення“ Закону України «Про внесення змін до Закону України „Про Державний бюджет України на 2020 рік“. URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/10_p_2020.pdf (дата звернення: 21.09.2020).
 9. Окрема думка судді Конституційного Суду України Лемака В.В. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень постанови Кабінету Міністрів України «Про встановлення карантину з метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-Co V-2, та етапів послаблення протиепідемічних заходів», положень частин першої, третьої статті 29 Закону України «Про Державний бюджет України на 2020 рік», абзацу дев'ятого пункту 2 розділу 11 «Прикінцеві положення» Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про Державний бюджет України на 2020 рік» від 28 серпня 2020 року № 10-р/2020. URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/10_p_2020_1_0.pdf (дата звернення: 21.09.2020).
 10. Окрема думка судді Конституційного Суду України Первомайського О.О. у справі № 1-14/2020 за конституційним поданням Верховного Суду. URL: <http://www.ccu.gov.ua/sites/default/>

- files/docs/10_p_2020_2_0.pdf (дата звернення: 22.09.2020).
11. Окрема думка судді Конституційного Суду України Сліденка І.Д. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень постанови Кабінету Міністрів України «Про встановлення карантину з метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-Co V-2, та етапів послаблення протиепідемічних заходів», положень частин першої, третьої статті 29 Закону України «Про Державний бюджет України на 2020 рік», абзацу дев'ятого пункту 2 розділу 11 «Прикінцеві положення» Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про Державний бюджет України на 2020 рік»». URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/10_p_2020_3.pdf (дата звернення: 22.09.2020).
 12. Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text> (дата звернення: 23.09.2020).
 13. Про судоустрій і статус суддів: закон України від 2 червня 2016 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text>. (дата звернення: 01.10.2020).

Селіванов Анатолій Олександрович

доктор юридичних наук, професор,

академік НАПрН України,

Заслужений юрист України,

лауреат державної премії України у галузі науки і техніки,

експерт ВАК МОН України

(м. Київ, Україна)

КОНСТИТУЦІЙНИЙ КОНТРОЛЬ ЗА СУДОВИМИ РІШЕННЯМИ ОСТАННЬОЇ ІНСТАНЦІЇ ВІДПОВІДНО ДО СКАРГ ФІЗИЧНИХ І ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

Дослідження індивідуальних скарг фізичних і юридичних осіб передбачає всебічний розгляд оскарження рішень судових інстанцій, де останнє судове рішення оскаржується за конституційною відповідністю. По-перше, необхідно встановити, чи є норми Конституції України єдиним критерієм на їх відповідність судовим рішенням, які застосовують закон України. Важливо при цьому встановити позиції Конституційного Суду, які відповідають позитивним чи негативним оцінкам оскаржуваних законів.

Критерії різноманітних підходів у практиці Конституційного Суду України є правовою охороною національної Конституції в силу її функцій і особливих юридичних властивостей, враховуючи наявність органічних конституційних законів. Таким чином, норми Конституції, окремі положення розглядаються як критерії відповідності Конституції законів, які були застосовані останньою судовою інстанцією, яка приймала відповідне рішення.

По-друге, критеріями конституційності мають змогу виступати загальні норми міжнародного права, як на це вказує практика ФРН та Австрії. Закон ФРН «Про Федеральний Конституційний Суд» передбачає, що всі судові рішення, прийняті цим судом перевіряються на сумісність з федеральним правом. В Австрії Конституційний Суд вирішує питання, чи порушено будь-яким законом міжнародне право, оскільки воно виступає критерієм конституційності.

Другим важливим критерієм вирішення питання про конституційність можуть виступати норми міжнародного права, але ця зарубіжна практика не знайшла свою нормативність в чинному законодавстві. По більшості судових проваджень Конституційний Суд України лише орієнтується на положення Конституції, закріплюючи у якості критеріїв конституційність тільки її норми. Розглядаючи скарги щодо компетенції між центральними органами державної влади і органами місцевого самоврядування враховується розмежування предметів відання і повноважень. Проте практика Конституційного Суду не займається питаннями нормативності судових рішень, в яких принцип конституційності залишається поза межами дослідження галузевого права, коли йдеться, наприклад, про індивідуальну скаргу Народного депутата України А.Л. Деркача, якому було відмовлено постановою колегії Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду, а справу було закрито. Постановою суд апеляційної інстанції мотивував тим, що при формуванні персонального складу комітетів Верховної Ради України має місце процедура прийняття внутрішніх управлінських рішень, направлених на внутрішню організацію (самоорганізацію) політичної роботи народних депутатів України, а тому такі рішення не можуть оскаржуватися до суду. Такий позов не належить розглядати у порядку адміністративного судочинства. Таким чином, така позиція порушує конституційне право народного депутата на участь у роботі профільного комітету Верховної Ради України. Це призвело до обмеження конституційних прав його та ще восьми народних депутатів України, обраних в одномандатних округах, оскільки унеможливило здійснення ними депутатської діяльності у складі комітетів Верховної Ради України. Це, на думку суб'єкта права на конституційну скаргу, ставить під сумнів питання легітимності законодавчого процесу у парламенті. Конституційний Суд правильно відмітив, що Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду ухилився і в своєму рішенні відмітив, що позов не належить розглядати в порядку адміністративного судочинства. Відмовляючи у

поданні конституційної скарги неналежним суб'єктом Конституційний Суд України вказав на необхідність врахування верховенства норми Конституції щодо законів про Регламент, про конституційний статус народного депутата та про комітети Верховної Ради України і відмовляючи у відкритті конституційного провадження Конституційний Суд України ухвалює від 23 вересня 2020 року, вказавши на верховенство норми Конституції щодо органічних законів.

Третім критерієм можуть виступати інтерпретаційні положення, які не можуть виходити за межі юридичного змісту норм Конституції України, які тлумачаться та інтерпретуються, і повинні розглядатися у зв'язку з самими нормами. Положення, які інтерпретують, відображають найбільш важливі зв'язки норм Конституції України і можуть виступати своєрідним зв'язком, ланцюгом між соціальним та юридичним змістом норм Конституції України. Положення, які інтерпретуються не можуть застосовуватися в цілому, незалежно від норм Конституції України, які залишаються важливим елементом, як критерії Конституції України. Цим забезпечується нормативна єдність тексту Конституції України та правових позицій, які містяться у рішеннях Конституційного Суду, що вимагає особливого дослідження норм галузевого законодавства, коли норми Конституції України завжди залишають своє верховенство.

Конституція залишає відігравати свою роль, як феномен суспільної думки і лише тоді вона нормативно здатна представляти цінність і як ядро здатне виконувати функції основи правової системи України.

Совгіря Ольга Володимирівна

*доктор юридичних наук, професор,
народний депутат України IX скликання,
заступник голови Комітету Верховної
Ради України з питань правової політики,
голова підкомітету з питань політичної
реформи та конституційного права,
постійний представник Верховної Ради
України у Конституційному Суді України
(м. Київ, Україна)*

ІНСТИТУТ РЕФЕРЕНДУМУ У ПОЗИЦІЯХ ЗАРУБІЖНИХ КОНСТИТУЦІЙНИХ СУДІВ: ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ СУДОВОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ В УКРАЇНІ

Сьогодні конституціоналізм став таким же важливим питанням, як і питання ефективного державного управління. Висловлюючись простою мовою, на мою думку, конституціоналізм можна визначити як «віру в конституційну владу».

В умовах сьогодення **доктрина конституціоналізму** слугує інструментом перевірки того, чи є акт органу влади легітимним і чи виконують посадові особи свої суспільні обов'язки відповідно до заздалегідь встановлених/визначених законом приписів. Як зазначає зарубіжний дослідник Н.В. Барбер конституціоналізм розглядається як синонім правового забезпечення конституційних обмежень. Вказане закономірно вважається класичною характеристикою конституціоналізму і необхідним елементом конституційного ладу. Крім того, як зазначає дослідник, дієва модель конституційного контролю, є необхідною рисою одного з напрямів сучасного конституціоналізму – судового [1, с. 10-11].

Поняття судового конституціоналізму, на моє переконання, варто розуміти як *наявність усвідомленої системи конституційних цінностей у суспільному житті, яка формується та діє завдяки «нормативному симбіозу» безпосереднього застосування норм Конституції України та юридичних позицій Конституційного Суду України (далі по тексті – КСУ) як органу конституційної юрисдикції, який забезпечує верховенство Конституції України.*

У контексті здійснення народом України свого волевиявлення через референдум, практика КСУ демонструє багатогранність цього інституту і в своїх юридичних позиціях він формує його у якості сутнісного елементу конституційного ладу.

З точки зору компаративістики, нижче я коротко проаналізую відповідну зарубіжну практику судового конституціоналізму у справах, що стосуються інституту референдуму. При цьому, фокус своєї уваги я зосереджу саме на конституційному судовому контролі, спрямованому на **перевірку відповідності питання референдуму вимогам конституції**. Пошук відповідних рішень європейських конституційних судів в частині окресленого питання ґрунтувався на застосуванні *методу контент-аналізу*. Його суть полягає у формулюванні декількох словосполучень або термінів, які виступають ідентифікаторами при автоматичному пошуку судових справ за ключовими словами (у нашому випадку, це формулювання типу «питання референдуму», «однозначність референдумного питання» тощо).

Загалом, у **нормативно-правовому полі країн Європи** питання перевірки питання, що планується винести на референдум, регулюється доволі уніфіковано: предмет референдуму (як загальнонаціонального, так і регіонального або місцевого рівнів) обмежується певними юридичними вимогами. Зокрема, серед них: відповідність питань референдуму конституції, дотримання загальновизнаних прав і свобод людини і громадянина та конституційних гарантій їх реалізації. Додатково, європейські конституції у переважній своїй більшості встановлюють правові обмеження в частині формулювання та змісту питання референдуму, визначаючи вичерпний перелік сфер, щодо яких забороняється проводити референдум.

Проведення своєрідної «аналітичної діагностики» юридичних позицій зарубіжних конституційних судів дозволив виокремити наступні, практично корисні для вітчизняного судового конституціоналізму, підходи щодо перевірки питань референдуму на конституційність:

- **питання, що передбачає надання відповіді «так/ні» повинно бути однозначним, відповідати таким вимогам принципу верховенства права як ясність в частині формулювання питання; означене передбачає, що питання, яке є пред-метом референдуму, потрібно сформулювати, керуючись такими вимогами як: об'єктивність, чіткість і точність;** так, Конституційний Суд Португалії у своєму Рішенні № 704/04 від 17 грудня 2004 року дійшов висновку, що питання, винесе- не на референдум щодо Конституції для Європи не відповідає вимогам ясності і однозначності формулювання питання, що вимагає відповіді типу «так» чи «ні», відповідно до статті 115.6 Конституції і статті 7.2 Органічного закону про референдуми; Конституційний Суд вказав, що, перевіряючи чи були виконані ці умови, його роль полягає не в тому, щоб визначити, чи питання сформульоване найкращим чином, а в тому, щоб переконатися, що питання відповідає конституційним і правовим вимогам; з іншого боку, критерій ясності повинен поєднуватися з критеріями об'єктивності та точності; у свою чергу, це вимагає більш вичерпного формулювання і точної термінології з тим, щоб уникнути подальших двозначностей у розумінні такого питання [2];
- **питання референдуму повинно бути сформульоване раціонально та демонструвати наявність легітимної мети;** наприклад, в одному зі своїх рішень Конституційний суд Італії сформулював низку концептуальних положень, що стосуються принципу чіткості та ясності питання, що виноситься на референдум; означена справа стосувалася прийнятності клопотання про проведення референдуму в частині скасування закону з метою реалізації зобов'язань щодо «невідкладних заходів з економічного розвитку, спрощення, конкурентоспроможності, стабілізації державних фінансів і рівності і справедливості в оподаткуванні»; визначивши питання референдуму таким, що відповідає конституційно-правовим вимогам, Суд аргументував наявність у змісті питання референдуму легітимної мети – запобігти будівництву та експлуатації електростанцій шляхом скасування всього законодавства, яке уможливило досягнення такого результату; відтак, виборці мали можливість висловити свою думку, з однією єдиною ствердною або негативною відповіддю [3];
- **винесене на референдум питання повинно відповідати вимозі суспільної необхідності, а також відображати баланс інтересів такого суспільства;** так, Конституційний

суд Словенії в одній зі своїх справ розглядав цілий комплекс питань, що планувалося винести на всенародний референдум щодо денационалізації; якщо бути більш точним, то питання референдуму було сформульоване наступним чином: «Чи підтримуєте ви Національну Асамблею, яка збирається прийняти Закон про зміни та доповнення до Закону про денационалізацію, положення якого спрямовані на утвердження наступних ідей:

1. земля, ліси та інше майно феодального походження не повертаються; 2. окремим особам не повертаються землі або ліси площею більше 100 гектарів сільськогосподарських угідь; 3. у випадках, визначених вище компенсації не виплачуються, а ліси залишаються державною власністю; 4. вводиться обов'язковий перегляд постанов про денационалізацію у випадках, коли існує ймовірність вчинення порушення закону або пошкодження соціального майна; у цій справі Суд зазначив, що незрозуміле питання референдуму суперечить принципу верховенства права (стаття 2 Конституції) та суті самого референдуму як прямої форми прийняття рішень громадянами, які повинні бути точно проінформовані щодо змісту питання, за яким вони голосують; оскільки частина питання, в якій йдеться про те, що «...ліси залишаються державною власністю...», недостатньо зрозуміле, а також не відповідає вимозі законодавчої визначеності в частині дотримання балансу інтересів різних груп громадян [4] питання у цій частині є неконституційним.

Підсумовуючи все вищевикладене, переконана, що не слід заперечувати того факту, що зарубіжна практика розвитку судового конституціоналізму може слугувати своєрідним «інтерпретаційним орієнтиром» у діяльності КСУ шляхом вивчення останнім юридичних позицій європейських конституційних судів. Адже досвід конституційно-правової інтерпретації окремих аспектів функціонування інституту референдуму, що накопичувався в державах зі сталими демократичними традиціями десятиліттями, дозволить виробити чіткі уявлення про систему конституційно-правових інститутів безпосередньої демократії. Крім того, тонкощі конституційного тлумачення, які можна виявити в юридичних позиціях зарубіжних органів конституційної юстиції, здатні значно збагатити українську конституційно-правову думку та імплементувати найкращий іноземний досвід актуалізації змісту конституційно-правових цінностей та ідей.

Використані матеріали:

1. Barber N. W. The Principles of Constitutionalism. Oxford University Press, 2018. 240 p.

2. Ruling No 704/04 of 17 December 2004 On Referendum on a Constitution for Europe. Portuguese Constitutional Court. URL: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/en/acordaos/20040704s.html> (дата

звернення: 07.10.2020).

3. Judgment No 28 of 2011. Constitutional Court of Italy. URL: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S2011028_DeSiervo_Tesauro_en.pdf (дата звернення: 07.10.2020).

4. The Judgment of Constitutional Court of Slovenia regarding the request for an assessment of the constitutionality of the contents of a demand to call for a referendum on the Law on the Changes and Additions to the Law on Denationalisation. SLO-1997-2-007, U-I-121/97, 23.05.1997. URL: [http://codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/full/eur/slo/eng/slo-1997-2-007?f=templates\\$fn=document-frameset.htm\\$q=%5Bblank%3A%5Bsum%3A%5Bborderedprox,3%3A%5Bstem%3Areferendum%5D%5Bstem%3Aquestion%5D%5D%5Bstem%3Areferendum%5D%5Bstem%3Aquestion%5D%5D%5D\\$x=server\\$3.0#LPHit1](http://codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/full/eur/slo/eng/slo-1997-2-007?f=templates$fn=document-frameset.htm$q=%5Bblank%3A%5Bsum%3A%5Bborderedprox,3%3A%5Bstem%3Areferendum%5D%5Bstem%3Aquestion%5D%5D%5Bstem%3Areferendum%5D%5Bstem%3Aquestion%5D%5D%5D$x=server$3.0#LPHit1) (дата звернення: 08.10.2020).

Щербанюк Оксана Володимирівна

*доктор юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м. Чернівці, Україна)*

ВПЛИВ КОНСТИТУЦІЙНИХ СУДІВ НА ПРОЦЕСИ РЕАЛІЗАЦІЇ ЦІННОСТЕЙ ТА ПРИНЦИПІВ ПРАВА (ПРОБЛЕМИ АРГУМЕНТАЦІЇ)

В сучасному конституційному праві є аксіоматичним, що Конституція - це більше, ніж офіційний письмовий текст, і повне розуміння конституційної архітектури суспільства вимагає вивчення інших норм і цінностей, а також глумачення та застосування формальної конституції на практиці.

Принципи права є важливими методами (засобами) аргументації конституційними судами. Функція конституційних судів є не просто традиційною в частині здійснення правосуддя. Діяльність конституційних судів передбачає зв'язок з правовою політикою.

Принципи права є інструментами, позитивно впливають на формування правової політики. При цьому важливим є два завдання: розумна реконструкція проблеми, а потім пошуки кращого рішення.

Що таке принципи права? Принципи права мають безпосереднє відношення до цінностей [1, с. 50]. Інша думка полягає в тому, що важливість принципів випливає з їхнього зв'язку з ідеєю права [2, с. 207, 410], найважливішою складовою якої є справедливість. Також вченими наголошується на взаємозв'язку між загальними принципами права та принципами конституції [3, с. 37]. Важливість принципів підкрес-

люється в контексті так званої мета нормативної функції [4, с. 859].

У цьому контексті важливим є те, що практика судів, особливо конституційних судів, може суттєво сприяти у формуванні принципів права [5, с. 60]. У верховенстві права роль, яку суди відіграють у формуванні принципів, є цілком природною і навіть необхідною. На думку Б. Рютерса, найважливішою частиною сучасного права є вже не закон, а рішення суду [6, с. 41, 235-258, 822, 865]. Подібна ситуація може існувати у всіх сучасних правових порядках, але особливо там, де об'єктивне право має високий рівень абстракції (наприклад, конституційне законодавство) або де у нормативних актах існують прогалини.

Структура та зрозумілість правового порядку є ключовими факторами правової визначеності. Юридична визначеність, будучи складовою ідеї права і водночас незалежним принципом права, є умовою ефективності функціонування суспільства. Але принципи відіграють важливу роль у застосуванні права. Це дає підставу згадати про практичну юридичну функцію принципів. Практична юридична функція принципів означає насамперед те, що принципи відіграють важливу роль в аргументації. На думку Н. Маккорміка, принципи в такому розумінні можуть бути правилами аргументації [7, с. 113]. Говорячи про принципи аргументації, цілком природно говорити про інтерпретацію. Аргументація - це частина інтерпретації. У випадку існування різних юридичних позицій щодо тлумачення, слід надавати перевагу тому, який сумісний з принципами права.

Практична юридична функція також включає ситуації, де принципи використовуються в аргументації як метод підтримки для досягнення бажаної мети. На підтвердження цього слід згадати Р. Дворкіна, який навів як приклад справу Рігса проти Палмера, де, незважаючи на конкретне положення, у виплаті спадщини було відмовлено онуку, який вбив свого діда. Суд виніс рішення на основі принципу «ніхто не може отримати вигоду від власної протиправної поведінки». В практиці конституційних судів принципи можуть бути використані для посилення вагомості судового рішення. Тут принципи є так званими дозволеними аргументами, які допомагають поряд із обов'язковими аргументами ухвалювати рішення.

Принципи набувають важливого значення в юридичній практиці, коли судові рішення ґрунтуються виключно на принципі права. Це можливо завдяки тому, що принцип права має високий рівень абстракції. Більше того, такий варіант використання принципів веде до практики уникнення офіційного посилання на застарілі положення. Використання принципів міжнародного та європейського права в юридичній аргументації впливає на національні судові рішення. Це створює своєрідний зв'язок між національним та міжнародним правом. Класичним прикладом є Франція після прийняття Цивільного кодексу, де завдяки *principes généraux* римське право продовжувало застосовуватися. Така функція принципів є важливою у країнах, де представ-

ники різних правових культур разом намагаються прийняти спільне рішення. А традиційним прикладом тут є міжнародне право, а також право Європейського Союзу як відносно незалежний правовий порядок. Європейський Суд надає сучасного змісту багатьом принципам права, намагаючись виходити з ідеї наднаціональності. Європейський Союз є сукупністю різних правових культур, кожна з яких має свою багату історію, традиції, вчення тощо. Як бачимо, суди можуть формувати принципи (Європейський суд), які застосовуються без посилання на конституцію чи конституційний закон (невидима конституція).

Також важливо коротко зупинитися на аргументі, що обґрунтованість правових актів залежить від їх відповідності принципам права, так звана функція шкали принципів права. У зв'язку з цим слід зазначити, що традиційно правові порядки мають вертикальну структуру, тобто положення, які розташовані вище, апіорі переважають над нижчими законодавчими положеннями. Те саме стосується принципів.

Юриспруденція вже з моменту свого створення виражає тенденцію (навіть потребу) формулювати раціонально доказові основні точки зору. Ми можемо розглядати як аксіому сучасної юридичної практики цінностей аргумент про те, що судження ґрунтується на цінностях, і першим джерелом пошуку цінностей є конституція з її обов'язковим каталогом основних прав і свобод людини і громадянина.

Щодо американського типу конституційного права, то воно характеризується а справами та хронологіями рішень, із доданими суттєвими та обов'язковими примітками. Воно засноване на *stare decisis*, принципі, який вимагає дотримання рішень, які були ухвалені судом [8, с. 160]. Слід вказати, що принцип *stare decisis* не закріплений в конституціях чи інших законах - це об'єкт аргументації суб'єкта, питання, яке зрозуміле кожному. Б. Шлінк у своїй статті наводить один приклад того, як у 1992 році Верховний суд США пояснив зміст цього принципу у справі, що розглядалась. Суд наголосив, що застосування принципу означає загальне дотримання прийнятого рішення, а сам принцип не передбачає винятків. Винятки можуть бути виправдані у випадку, якщо попереднє рішення вже не є практичним, змінились факти або нормативно-правове регулювання. Але навіть тоді існують обставини, які не підтримують відступ суду від попередньої позиції: сторони стали довіряти прийнятому рішенням або суспільство налаштоване таким чином, що відступ зашкодить його правомірним очікуванням або призведе до матеріальних втрат. Меншість суддів надає більшої ваги новим юридичним аргументам, однак залишається вірною принципу *stare decisis*.

Б. Шлінк у своєму аналізі конституційної практики Німеччини зазначає, що «зміни в практиці здійснення правосуддя у Федеральному Конституційному Суді Німеччини не дозволяють інтерпретувати принцип *stare decisis*, який є доктриною, що не дозволяє відступ від попередньої практики (аргумент від прецеденту)». Ці зміни не реагують

на нові практичні потреби, нові факти та нові правові основи [...]. Федеральний Конституційний Суд Німеччини відійшов від традиції догматичної юриспруденції і замінив її каузальною традицією права».

На думку Н. Лумана юридична догматика пов'язує застосування права з конституціоналізмом, принципами демократії та розподілом влади у правовій державі, що визначає взаємозв'язок між програмою (право, принципи права) та рішеннями. Вона визначає межі свободи розсуду для судді, схеми аргументації і нові конструкції для вирішення правових проблем [9, с. 24].

Навіть в межах однієї держави існують різні погляди на «справедливість», що конкурують на рівні парламенту, уряду, а також при здійсненні правосуддя.

В аспекті офіційного тлумачення Конституції України таким органом є Конституційний Суд України, який має право здійснювати офіційне тлумачення Конституції України, з'ясовувати її дух та букву.

Надане суддям Конституційного Суду України право офіційного тлумачення Конституції України є можливістю з'ясування концептуального змісту положень Конституції України, їх цілісності, взаємозв'язку, взаємодії не тільки між собою, але й між чинними положеннями українського законодавства. Тобто процес системного тлумачення Конституції України є духовним та раціональним проникненням суддями Конституційного Суду України в дух та масштаб Конституції шляхом адекватного сприйняття та розуміння великої кількості міжнародно-правових та конституційних норм для їх майбутнього правозастосування. Цей процес з'ясування духу положень Конституції України пов'язаний з інтелектуальними та практичними здібностями суддів Конституційного Суду України цілісно сприймати та розуміти Конституцію України. Біль того, без загально правової та конституційної доктрини як концептуальної основи для самої Конституції неможливо належно здійснювати тлумачення конституції та застосовувати ті чи інші не зовсім зрозумілі положення конституції. З цією метою судді органів конституційного контролю повинні володіти компетенціями в сфері права, що полягають не тільки в наявності наукових ступенів та досвіду роботи чи то в парламенті чи то в судах, але й мати компетенції в сфері теорії права, конституційного права та конституційного судочинства. Окрім цього судді повинні проявляти та аргументовано виражати свої окремі думки та бути політично нейтральними. Це перш за все необхідно для захисту професії судді. Це, безумовно, залежить і від особистості судді. Конституційний Суд Литви, який в основному формується з викладачів університетів, здобув репутацію так званого ліберального тлумача, аргументуючи свої рішення принципами, яких навряд чи можна знайти в конституції [10, с. 209].

Слід пам'ятати, що конституція залишається певним світоглядним документом, який уособлює певну політико-правову ідеологію, що

кристалізується з конкретних цінностей, принципів та інститутів, функцій, тобто з загальних засад конституційного ладу, державно-правової діяльності народу.

Сучасне праворозуміння повинно розвиватись в межах ідей та цінностей чинної конституції, тому Конституційний Суд України повинен бути офіційним суб'єктом та провідником єдиної правової ідеології, щоб неухильно реалізовувати своє призначення по реалізації Конституції України. Безумовно, ні Конституція України, ні Закон України «Про Конституційний Суд України» не містять вимог щодо критеріїв конституційного тлумачення. Аналіз практики Суду дає підстави говорити про застосування ним системного підходу, однак системність конституційного тлумачення означає не тільки взаємопов'язане формально-логічне тлумачення положень Конституції, але й тлумачення відсутніх положень.

Для тлумачення букви та духу Конституції України Конституційний Суд повинен враховувати факт ієрархічності конституційних норм. При цьому важливо, щоб в процесі тлумачення Конституції України Конституційний Суд України не виходив за межі тлумачення та своєї компетенції. Мова йде про застосування розширювального тлумачення, що може призвести до зниження прямої дії положень Конституції та загрози конституційному ладу.

Слід зазначити, що тлумачення деяких конституційних норм є складним у зв'язку з їх незрозумілістю та неточністю. В тих випадках пряма дія Конституції України відбувається не через конституційну норму, а через розуміння ідеї, закладеної в цій нормі.

Так, в своїй практиці Конституційний Суд України обґрунтовував рішення на основі концепції автономного значення термінів конституційних положень, зокрема і у тлумаченні положень статті 29 Конституції. Визначаючи сферу дії частини 3 статті 29 Конституції і значення терміну «злочин», цей Суд визначив, що «з аналізу положень ... міжнародних актів не вбачається різниці між кримінальними та адміністративними протиправними діяннями, оскільки вони охоплюються загальним поняттям «правопорушення». Суди також застосовували статтю 29 Конституції у питаннях, що не пов'язані із кримінальним процесом або процесом про адміністративні правопорушення. Одним з найбільш яскравих прикладів прямого застосування норм статті 29 Конституції є їх застосування до питань пов'язаних з екстрадицією. І саме рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення третього речення частини першої статті 13 Закону України «Про психіатричну допомогу» (справа про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу) від 01.06.2016 р. ґрунтувалось на цінностях та практиці ЄСПЛ та прискорило процес законодавчих змін у сфері захисту прав людей, що не мають цивільної дієздатності.

Отже, юридична аргументація є обов'язковою в конституційному судовому процесі та має особливості, зумовлені юрисдикцією та категоріями справ. У конституційному поданні щодо офіційного тлумачення Конституції України мають бути наведені аргументи щодо практичної необхідності у з'ясуванні або роз'ясненні, їх офіційній інтерпретації. Такими аргументами можуть бути: застосування різних термінів щодо одних і тих самих понять чи правовідносин, обставин у нормативному акті, що викликають неоднакове сприйняття та різну інтерпретацію окремих його положень, не досить чітке формулювання та викладення окремих норм, невизначеність, двозначність або надмірна загальність окремих положень, норм, а також неясність їх розуміння, що ускладнює визначення поведінки і реалізацію суб'єктом своїх прав та обов'язків, компетенції та неоднозначне, різне застосування на практиці.

Як влучно зазначає М. Савенко, неоднозначним застосуванням є неоднакове, протилежне, суперечливе, різне застосування одних і тих самих норм права до подібних юридичних фактів чи однакових правовідносин, обставин або хоча й однозначне, але неправильне застосування. Аргументами на підтвердження неоднозначного застосування можуть наводитися рішення судів будь-якої інстанції, що набрали чинності, роз'яснення вищих судових інстанцій, інших органів державної влади в порядку здійснення делегованих інтерпретаційних повноважень, а також листи, повідомлення, будь-яка інша словесно-документальна інформація. Аргументом може бути також неоднозначне розуміння змісту та обсягу певного права, закріпленого у Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод Європейським судом з прав людини, і відповідного права у національному законодавстві національними судами. Неприпустимим є використання в аргументації такого техніко-юридичного прийому, як юридична фікція, а також пересмикування, маніпулювання висловлюваннями Європейського суду з прав людини і власних рішеннях, а точніше свідоме і навмисне намагання визнати окремі правові судження, орієнтири, що не мають ніякого стосунку до справи, аргументами з метою створити ілюзію переконливості позиції Суду [11, с. 15].

Таким чином, принципи та цінності права є «компасом» для конституційних суддів при ухваленні рішень. Недооцінка правових цінностей може суттєво уповільнити навіть прогресивні реформи.

Використані матеріали:

1. Canaris C.-W. Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz. Berlin: Duncker und Humblot 1969, p. 50.
2. Larenz K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin: Springer 1979, pp. 207, 410.
3. Wolff H. J. Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek. O. Bachoff (Hrsg.). München: IsarVerl. 1955, p. 37.
4. Raz J. Legal Principles and the Limits of Law. The Yale Law Journal

- 1972, p. 839.
5. Weinberger O. Revision des traditionellen Rechtssatzkonzeptes, in B. Schiller. P. Koller, B.-Ch. Funk. Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts. Vienna: Verlag Österreich 2000, p. 60.
 6. Rùthers B. Rechtsdogmatik und Rechtspolitik Eine verkannte Verknüpfung. Zeitschrift für Rechtspolitik 2005, Heft 1, p. 41, 235-258, 822, 865.
 7. MacCormick N. Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth. Oxford, New York: Oxford University Press 1999, p. 113.
 8. Schlink B. Abschied von Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel. Juristen Zeitung 2007/4, p. 160.
 9. Luhmann N. Rechtssystem und Rechtsdogmatik. Stuttgart: Kohlhammer 1974, p. 24.
 10. Kuris E. Judges as Guardians of the Constitution: «Strickt» or «Liberal» Interpretation? The Constitution as an Instrument of Change 2003, p. 209.
 11. Савенко М. Д. Юридична аргументація в конституційному судовому процесі: методологічний аспект. НАУКОВІ ЗАПИСКИ НАУКМА. Том 129. Юридичні науки. 2012. С. 15.

СЕКЦІЯ 5

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

***Божик Валерій Іванович**
народний депутат України,
заступник Голови Комітету Верховної Ради України
з питань правової політики
(м. Київ, Україна)*

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЗДІЙСНЕННЯ ВИКОНАВЧОГО ПРОВАДЖЕННЯ ЯК ОРІЄНТИР ЗАКОНОДАВЧОГО УДОСКОНАЛЕННЯ ІНСТИТУТУ ВИКОНАННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ

Безперечно, пріоритетним напрямом реформи у сфері правосуддя та реформування сфери судочинства і суміжних інститутів в Україні вважається гармонізація національного законодавства до європейських стандартів справедливого судочинства.

Пріоритетним з цієї точки зору є положення ст.6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, відповідно до якого кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру. Вказане твердження отримало назву «право на справедливий судовий розгляд» як невід'ємне право людини, що органічно пов'язане з міжнародноправовим принципом верховенства права та є його частиною. Невід'ємною складовою права на справедливий судовий розгляд, що була виведена у практиці Європейського суду з прав людини з питань застосування та тлумачення зазначеної статті, є вимога щодо обов'язковості виконання судових рішень.

Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях неодноразово резюмував, що невиконання судового рішення призводить до ситуації, несумісної з принципом верховенства права, негативно впливає на авторитет органів законодавчої, виконавчої та судової влади, оскільки в цьому разі не досягається кінцева мета правосуддя – захист інтересів громадян і реальне поновлення їхніх порушених прав.

Крім того, невиконання або тривале виконання судових рішень та рішень інших органів негативно впливає на систему захисту прав особи та втрати довіри суспільства до державних інституцій.

З метою підвищення ефективності примусового виконання судових рішень, гармонізації українського законодавства із законодавством держав Європейського Союзу, законодавцем зроблено прогресивний крок - запроваджено інститут приватних виконавців.

Проте, виконання судових рішень, незважаючи на низку змін процедури та діяльності приватних виконавців, усе ще залишається проблемним етапом судового провадження, що потребує комплексного врегулювання питань організації діяльності органів та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів.

Ключові питання в діяльності приватних виконавців, які потребують законодавчого врегулювання можна виділити наступні:

1. Доступ до професії приватного виконавця.

Дискусійним є законодавчо затверджена формула регулювання професії приватного виконавця. З одного боку, наявна система ко-регулювання покликана віднайти баланс між ефективним регулюванням професії та суспільним інтересом, а з іншого - викликає багато питань щодо впливу Міністерства юстиції України на незалежність професії. Сьогодні, обговорюється змінити встановлений порядок отримання права на здійснення діяльності приватного виконавця (початкова підготовка, особливості початку діяльності виконавця).

2. Умови здійснення діяльності приватного виконавця.

Окремими правниками висловлено думку з приводу зрівняння повноважень державних і приватних виконавців щодо виконання виконавчих документів за категоріями та суб'єктами, які можуть виступати як боржником, так і стягувачем у виконавчому провадженні. Йде мова про розширення повноважень приватного виконавця та його помічника.

3. Ефективне державне регулювання діяльності приватного виконавця Міністерством юстиції України та здійснення контролю за такою діяльністю.

Проблема полягає у встановленні оптимального балансу здійснення контролю за діяльністю приватного виконавця між Міністерством юстиції України та Радою приватних виконавців України. Здійснення належного захисту прав сторін виконавчого провадження, а також прав та законних інтересів осіб, які не є учасниками виконавчого провадження, але зазнали шкоди від дій/рішень приватних виконавців.

4. Притягнення приватних виконавців до дисциплінарної відповідальності за вчинення дисциплінарних проступків.

Відповідно є потреба в уточненні встановлення вичерпного переліку підстав для скасування рішення Дисциплінарної комісії, перегляд існуючих видів дисциплінарних стягнень.

5. Визначення мінімальної винагороди приватного виконавця та мінімального виконавчого збору.

Так, юридичною спільнотою розглядається дві пропозиції щодо визначення мінімальної винагороди та виконавчого збору: 1) рівень винагороди приватного виконавця та рівень виконавчого збору не може бути нижчим середньої суми витрат виконавчого провадження; 2) рівень винагороди приватного виконавця та рівень виконавчого збору повинні бути співрозмірними стягнутій сумі та не повинні порушувати права боржників.

6. Ефективний інститут автоматизованого арешту коштів за допомогою автоматизованої системи виконавчого провадження.

Можливість автоматичного арешту значно спрощує роботу виконавців і підвищує оперативність. Крім того, цей інструмент є ефективним механізмом, спрямованим на забезпечення реального та швидкого виконання рішення, неможливість подвійного стягнення за одним і тим самим боргом. Однак, існує чимало випадків порушення прав боржників, при арешті коштів. З метою встановлення відповідних соціальних гарантій, пропонується визначити мінімальну захищену суму в розмірі мінімальної заробітної плати. У межах календарного місяця ця сума вважається необхідною для забезпечення життєдіяльності боржника.

7. Ефективний механізм виконання рішень немайнового характеру.

Обговорюється можливість виконання рішення, яке може бути виконане без участі боржника, з наступним стягненням з боржника суми понесених витрат, а також накладення штрафу на боржника за виконавчим документом, що може бути виконаний без участі боржника, до моменту виконання зобов'язання. При цьому, важливо визначити особливості зміни способу і порядку виконання рішення немайнового характеру.

Таким чином, сфера примусового виконання рішень в Україні загалом, та інститут приватних виконавців зокрема, потребують подальшого якісного реформування шляхом законодавчого удосконалення.

Гарієвська Мирослава Богданівна

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права та процесу Хмельницького
університету управління та права
імені Леоніда Юзькова
(м. Хмельницький, Україна)*

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ДОСТУПУ ДО ПРАВОСУДДЯ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Проблема ефективної реалізації права кожної особи на належний судовий захист безпосередньо пов'язана із забезпеченням доступності до правосуддя. Частиною третьою ст. 3 Закону України від 7 липня 2010 р. № 2453-VI «Про судоустрій і статус суддів» визначено, що судова система забезпечує доступність правосуддя для кожної особи в порядку, встановленому Конституцією та законами України [1]. Данною нормою суди визначено суб'єктом, який повинен забезпечити в Україні реалізацію конституційного права на належний судовий захист.

Зважаючи на продовження процесу реформування цивільного процесуального законодавства актуальним залишається питання забезпечення доступності правосуддя, доступності судового захисту.

Одним із важливих аспектів в контексті забезпечення права на доступ до правосуддя є економічні умови доступності правосуддя, які включають встановлення розумного розміру судового збору і забезпечення процесуального механізму відстрочки, розстрочки чи часткового або повного звільнення від сплати судового збору.

На підтвердження цього доцільно навести Рекомендації відносно шляхів полегшення доступу до правосуддя № К (81)7, прийняті Комітетом міністрів Ради Європи 14 травня 1981 р., відповідно до яких прийняття справи до провадження не повинно зумовлюватися сплатою стороною державі якої-небудь грошової суми, розміри якої нерозумні стосовно справи, яка розглядається. У тій мірі, в якій судові витрати є явною перешкодою для доступу до правосуддя, їх треба по можливості скоротити або анулювати [2].

Обов'язковою умовою при зверненні до суду або вчиненні окремих процесуальних дій (забезпечення позову, забезпечення доказів тощо) є необхідність сплати судового збору. Невиконання передбаченого законодавством обов'язку щодо сплати судового збору має певні негативні процесуальні наслідки. Так, наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 185 ЦПК суддя, встановивши, що при поданні позовної заяви не сплачено судовий збір, постановляє ухвалу про залишення заяви без руху [3].

Звернення до суду не може й не повинно бути безкоштовним. З метою забезпечення доступності правосуддя повинні бути встановлені розумні розміри судового збору. Судовий збір є певним обмежувальним

чинником, який забезпечує подання належним чином обґрунтованих та мотивованих позовів. Проте варто забезпечити на законодавчому рівні необхідність дотримання балансу між інтересами держави щодо стягнення судового збору за розгляд справи, та забезпеченням права особи на доступ до правосуддя.

Законом України «Про судовий збір» [4] передбачено диференційовані підходи до обчислення ставок судового збору у цивільному судочинстві. Зокрема розмежовані ставки судового збору для юридичних та фізичних осіб, фізичних осіб-підприємців. Так, за зверненням із цивільним позовом юридична особа сплачує 1,5 % ціни позову, але не менше 1 прожиткового мінімуму для працездатних осіб (далі – ПМПО) і не більше 350 розмірів ПМПО. Та якщо з аналогічним позовом звернеться громадянин або приватний підприємець, він платитиме лише 1 % ціни позову, але не менше 0,4 ПМПО та не більше 5 розмірів ПМПО.

Важливо, що фізичні особи-підприємці по-різному розподіляються за шкалою ставок у майнових і немайнових позовах.

Щодо обрахування ставок при апеляційному та касаційному оскарженні, то судовий збір за подання апеляційної скарги на рішення суду становитиме 150 % від ставки, що підлягала сплаті при поданні позовної заяви, а касаційної скарги — 200 %.

Визначені законодавством ставки судового збору є суттєвим бар'єром для осіб, які звертаються до суду з метою захисту своїх прав та свобод. Для порівняння наведемо ставки судового збору у деяких країнах.

На суд як орган державної влади покладений обов'язок забезпечення належної рівноваги між інтересами держави щодо стягнення обов'язкових платежів за розгляд позовів, з одного боку, та інтересом позивача щодо відстоюванні свого позову в суді, з другого боку.

При встановленні ставок судового збору доцільно керуватись критерієм «розумності», тобто розмір судового збору повинен бути таким, що може бути сплаченим заявником із врахуванням його фінансового положення. Адже не виправдано великі ставки судового збору можуть розглядатись як такі, що непропорційно обмежують право на доступ до правосуддя.

Зважаючи на це законодавство містить низку положень, які сприяють забезпеченню права на доступ до правосуддя особам, які не мають фінансової спроможності сплатити судовий збір у встановленому розмірі.

До таких норм можна віднести:

- 1) положення, які передбачають звільнення від оплати судового збору при зверненні до суду;
- 2) положення, які передбачають можливість відстрочення та розстрочення сплати судового збору або зменшення його розміру.

Згідно зі ст. 5 Закону України «Про судовий збір» визначено пільги щодо сплати судового збору. Дана норма передбачає звільнення від

сплати судового збору за об'єктивним та суб'єктивним критерієм. Зокрема звільняються від сплати позивачі щодо окремих позовів, а також деякі категорії осіб, визначені законом, незалежно від виду позову.

Внаслідок незадовільного майнового стану сторони суд може зменшити розмір належних до оплати судових витрат, пов'язаних із розглядом справи, або звільнити від їх оплати. До судового збору дане положення не застосовується, тому звільнити від сплати судового збору або зменшити його розмір суд не може.

Враховуючи значне збільшення ставок судового збору, питання акцентування уваги на реальну спроможність заявників сплатити судовий збір набуває надзвичайної актуальності. У випадку, якщо заявники ставлять питання про розстрочення чи відстрочення сплати судового збору суду слід належним чином обґрунтувати свої рішення з цього питання.

Використані матеріали:

1. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02.06.2016 р. № 1402–VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.
2. Рекомендації відносно шляхів полегшення доступу до правосуддя № К (81)7, прийняті Комітетом міністрів Ради Європи 14 травня 1981 р. *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_133 (дата звернення: 25.11.2019).
3. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р., у ред. Закону від 03.10.2017 р. № 2147–VIII. Верховна Рада України. Законодавство URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (дата звернення: 25.11.2019).
4. Про судовий збір : Закон України від 08.07.2011 р. № 3674–VI. *Офіційний вісник України*. 2011. № 59 (12.08.2011). Ст. 2349.

Гафич Іван Іванович

*аспірант кафедри судоустрою та прокурорської діяльності
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(м. Харків, Україна)*

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРЕЗУМПЦІЇ НЕВИНУВАТОСТІ У ДІЯЛЬНОСТІ ПРОКУРОРА ЩОДО ЗАКРИТТЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

В аспекті діяльності прокурора щодо закриття кримінального провадження особливого значення набуває реалізація засад кримінального провадження. Однією з найменш гарантованих серед них є презумпція

невинуватості, у зв'язку із чим вона заслуговує додаткової уваги.

Зміст даної засади, закріплений у ст. 17 КПК України, передбачає, що особа вважається невинуватою у вчиненні кримінального правопорушення і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено у порядку, передбаченому КПК України, і встановлено обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили. Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні кримінального правопорушення і має бути виправданим, якщо сторона обвинувачення не доведе винуватість особи поза розумним сумнівом. Підозра, обвинувачення не можуть ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом. Усі сумніви щодо доведеності вини особи таумачаться на користь такої особи тощо.

Звертає на себе увагу той факт, що презумпція невинуватості закріплена в якості не лише засади кримінального провадження, а й однієї із засад діяльності прокуратури (п. 4 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про прокуратуру»). Це, на думку дослідників, можна пояснити виключною роллю прокурора у сфері кримінального провадження, тим, що здійснюючи від імені держави обвинувальну діяльність, будучи головним представником сторони обвинувачення у кримінальному процесі, прокурор має неухильно додержуватися презумпції невинуватості, забезпечуючи права підозрюваного, обвинуваченого і ставлячись до нього як до невинуватої особи до моменту набрання чинності обвинувальним вироком суду [1, с. 27]. Одночасно в доказовому аспекті та в плані прийняття процесуальних рішень для прокурора, слідчого дію даної засади науковці пов'язують із їх обов'язком вжити всіх передбачених законом заходів для всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують обвинуваченого [2, с. 81].

Особливого значення реалізація даної засади набуває наприкінці досудового розслідування, коли прокурор, обираючи певну форму його закінчення, оцінює судову перспективу кримінального провадження, достатність і допустимість доказів для доведення вини підозрюваного у суді. Згідно із п. 19 Постанови Пленуму ВСУ від 19 листопада 1996 р. «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя», визнання особи винуватою у вчиненні злочину може мати місце лише за умови доведеності її вини [3]. Тож, якщо таких доказів недостатньо, або вони отримані незаконним шляхом, прокурор не вправі затверджувати обвинувальний акт, звертатися до суду з ним або з клопотанням про застосування до особи примусових заходів медичного чи виховного характеру. В свою чергу, якщо така можливість відсутня, прокурор зобов'язаний закрити кримінальне провадження. Таким чином, дія зазначеної засади значною мірою зумовлює вибір прокурором альтернативного варіанту закінчення досудового розслідування.

Можна вважати, що саме дією розглядуваної засади обумовлена підстава для закриття кримінального провадження, передбачена п. 3

ч. 1 ст. 284 КПК України, згідно з якою, якщо зібрані під час досудового розслідування докази не доводять вини особи у вчиненні злочину, і можливості їх отримати вичерпані, прокурор має прийняти рішення про закриття кримінального провадження. Важливо зауважити, що законодавець при її формулюванні вказує не на «недоведення невинуватості» підозрюваного, а на відсутність доказів, які доводять вини особи у вчиненні кримінального правопорушення. Тож у реалізації цієї підстави закриття кримінального провадження виразно проявляється така складова дії засади презумпції невинуватості, як забезпечення доведеності вини.

Вказівка на вичерпання засобів отримати докази, які доводять вини особи у вчиненні кримінального правопорушення містить оціночні поняття, які в кожному окремому випадку визначаються прокурором, виходячи із фактичних обставин кримінального провадження та його внутрішнього переконання. При цьому обвинувальний характер діяльності прокурора у досудовому розслідуванні зумовлює той факт, що на практиці йому може бути складно визнати відсутність можливості довести вини особи у вчиненні кримінального правопорушення. Це може вести до обмеження сфери застосування цієї підстави закриття кримінального провадження. Гарантією від можливого порушення презумпції невинуватості у таких випадках можна вважати те, що обов'язок доведення вини реалізується прокурором у межах строків досудового розслідування. При цьому, як вказують фахівці, вказані строки досудового розслідування покликані гарантувати інтереси підозрюваного від т. зв. «невизначеності»: якщо органи публічного обвинувачення у встановлений період часу не зуміли представити в суд докази, що викривають особу у вчиненні злочину, то вона вважається «вільною від обвинувачення» [4, с. 738]. Таким чином, обмеження прокурора встановленими законом строками досудового розслідування у поєднанні з дією засади презумпції невинуватості зумовлюють той факт, що він зобов'язаний закрити кримінальне провадження за одночасної наявності двох умов: 1) неможливості довести вини особи за допомогою наявних доказів; 2) неможливості отримання нових доказів доведення вини.

Водночас, дія презумпції невинуватості зазначає обмежень під час застосування інших підстав закриття кримінального провадження, які вважаються нереабілітуючими (п. п. 3-1 – 10 ч. 1 ст. 284 КПК України). Особливість їх реалізації полягає у тому, що кримінальне провадження закривається щодо особи, чия вина вважається встановленою в результаті досудового розслідування, хоча при цьому вона не підтверджена обвинувальним вироком суду. В результаті, хоча до особи не застосовується негативних наслідків, пов'язаних із притягненням до кримінальної відповідальності, проте вона не отримує права на реабілітацію, тобто її правове становище залишається невизначеним.

У зв'язку із цим варто звернути увагу на те, що суб'єктом прийняття

рішення про закриття кримінального провадження щодо підозрюваного з усіх nereабілітуючих підстав є прокурор. Таким чином, від продовження процесуальної діяльності з доведення вини особи відмовляється головний носій обвинувальної функції. І якщо відносно п. 3 ч. 1 ст. 284 КПК України таке рішення прокурора обумовлено дією презумпції невинуватості, то в разі застосування інших nereабілітуючих підстав цей принцип взагалі ігнорується, що не можна вважати допустимим. Тому закриття кримінального провадження як ситуація, в якій вина особи не була доведена прокурором в установленому законом порядку, має розглядатися як її доведена невинуватість.

Слід звернути увагу, що найбільш послідовним є застосування презумпції невинуватості лише відносно такої підстави закриття кримінального провадження, як смерть підозрюваного (п. 5 ч. 1 ст. 284 КПК України), оскільки у цьому випадку провадження може продовжуватися для реабілітації померлого. Уявляється, що правом вимагати продовження провадження для реабілітації варто наділити сторону захисту й щодо інших nereабілітуючих підстав закриття кримінального провадження, що сприятиме більш повній реалізації засади презумпції невинуватості.

На підставі викладеного можна зробити висновок, що дія засади презумпції невинуватості безпосередньо позначається на обранні прокурором тієї чи іншої форми закінчення досудового розслідування, зумовлюючи необхідність закриття кримінального провадження у випадках неможливості доведення вини особи в суді. Водночас, при конструюванні у ст. 284 КПК України підстав закриття кримінального провадження та порядку їх реалізації забезпечення реалізації цієї засади гарантовано недостатньо, що зумовлює необхідність подальших наукових розвідок у цьому напрямі.

Використані матеріали:

1. Лапкін А. В. Закон України «Про прокуратуру». Науково-практичний коментар. Харків: Право, 2015. 680 с.
2. Попелюшко В. О. Презумція винуватості за законом, на грані закону та поза його межами. *Часопис Академії адвокатури України*. 2008. № 1. С. 78-82.
3. Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 19.11.1996. *Право України*. 1996. № 12. С. 94.
4. Фомін С. Б. Засоби забезпечення розумності строків кримінального провадження за новим КПК України. *Форум права*. 2012. № 2. С. 735-741. URL: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2012-2/12fcbnku.pdf>.

Гетманцев Олександр Валентинович

*доцент, кандидат юридичних наук, доцент кафедри
процесуального права юридичного факультету*

Чернівецький національний університет

імені Юрія Федьковича

(м. Чернівці, Україна)

ДОГОВІРНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ УЧАСНИКІВ СПРАВИ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Цивільне судочинство за своєю правовою сутністю та юридичною природою потребує ретельної правової регламентації з боку держави адже цей вид державної діяльності пов'язаний з виконанням важливої функції яка торкається сфери приватного та суспільного життя її громадян, суспільства і в окремих випадках самої держави.

Здійснення правосуддя в цивільних справах повинно відбуватися в межах відповідного правового регулювання основу якого може складати або юридичний позитивізм або природне право. У зв'язку з цим правове регулювання по різному визначається і в науковій юридичній літературі. У більшості підходів у розумінні правового регулювання покладається регулятивна функція права, тобто, правове регулювання цивільного судочинства або правове регулювання цивільних процесуальних відносин яке є основною та важливою функцією права і саме в цьому проявляється соціальне призначення права та формуються напрямки правового впливу права на певне сфери життя суспільства.

Правове регулювання не співпадає за змістом із правовим впливом права адже останнє ширше за своїм змістом і включає також не правові інструменти (засоби) впливу: ідеологію, інформацію, виховання [1, с. 254], безпосереднім об'єктом якого є не тільки поведінка людини, а також свідомість, психіка [2, с.95-97]. Правове регулювання розглядається як частина правового впливу, «...є процесом, спрямованим на те, щоб за допомогою правових засобів гарантувати поведінку, необхідну суспільству, спрямувати розвиток життєвих ситуацій у бажане правомірне русло» [1, с. 255].

Правове регулювання, за своїм соціальним призначенням, повинно здійснювати правову регламентацію суспільних відносин з метою реалізації суб'єктами таких відносин своїх прав, свобод та інтересів. Впорядкування таких відносин здійснюється за допомогою правових засобів. Правове регулювання обумовлене законами суспільного розвитку, йому властивий спонтанний характер, оскільки воно втягнуте в економічне, політичне, соціальне життя, яке не обходиться без свідомих діяльності людей, але яке не має на меті утворення юридичних (а правових) норм [4, с. 19]. Цивільний процес, основу якого складає

процесуальна діяльність суду та учасників судового процесу пов'язану із здійсненням правосуддя в цивільних справах, з метою захисту порушених, невизнаних, оспорюваних прав, свобод чи інтересів (ст. 2 Цивільного процесуального кодексу України (далі ЦПК) [4]), правове регулювання здійснюється виключно на рівні державної законодавчої діяльності. Держава здійснюючи правотворчу діяльність, формує норми процесуального законодавства, а також здійснює правозастосування через систему органів правосуддя. Це важлива і об'єктивно необхідна на сучасному етапі сфера діяльності спеціально створених державою органів – судів, основна функція яких - розглядати і вирішувати цивільні справи з метою захисту порушених, невизнаних, оспорюваних прав, свобод чи інтересів, а з іншої сторони, правова норма не завжди може виявитися ефективною, результативною, а отже не в змозі виконати ту функцію в процесі її реалізації яка пов'язана з досягнення позитивного соціального результату. Тому, судовий захист не може відбуватися ефективно в наслідок наявності в законодавстві недоліків які виникають в зв'язку з відставання процесуальних норм від потреб судової практики, вимог суспільного життя, необхідності запровадження прогресивних і сучасних процедур у цивільне судочинство. Виникає об'єктивна необхідність в удосконаленні правового регулювання цивільного судочинства в цілому або окремих його інститутів шляхом загального або спеціального правового регулювання. Державне правове регулювання в цивільному судочинстві не в змозі охопити повністю всі сфери процесуальної діяльності учасників справи в цивільному судочинстві, урегулювання яких може здійснюватися ефективно через поєднання законодавчого і, на його основі, договірних способів врегулювання поведінки учасників справи.

Питання про договірне регулювання процесуальної поведінки учасників справи (сторін та третіх осіб у справах позовного провадження (ст. 42 ЦПК)) може виникати у випадках наявності недоліків, прогалин в державному правовому регулюванні, які можуть бути усунуті договірним регулюванням цивільних процесуальних правовідносин. Цивільне процесуальне законодавство в деяких випадках прямо вказує на можливість використання учасниками справи можливості вирішувати процесуальні питання на основі договірних відносин. Варто погодитися з М.Г. Єлісєєвим, що «законодавець не в змозі прийняти закон, у якому можна передбачити будь які життєві ситуації, регламентувати всі без винятку деталі цивільного процесу» [5, с. 7]. Як далі продовжує автор, «законодавчі процесуальні норми нерідко виявляються занадто загальними для вирішення унікальних питань, які виникають у процесі судового провадження, а іноді, навпаки, їх конкретність та категоричність виявляються для суду і сторін тягарем, а отже не виконують свого основного призначення – створювати сприятливі умови для правильного, економного та своєчасного розгляду та вирішення справи» [5, с. 7]. Можна лише додати, що така правова ситуація не сприяє

виконанню мети і завдань цивільного судочинства передбачених в статті 2 Цивільного процесуального кодексу України.

У теорії цивільного процесуального права питання про можливість використання договірних відносин між сторонами пов'язаних із вирішенням окремих процесуальних питань або які торкалися здійснення цивільного судочинства не розглядалися, в наслідок пануючої в науці цивільного процесуального права концепції про повну та усесторонню нормативність та урегульованість, лише на рівні законодавчих актів, цивільного судочинства і панування в процесуальній діяльності суду та учасників процесу принципу: «дозволено лише те, що передбачено законом».

Звичайно, що в останні роки з'являються наукові дослідження у яких висвітлюються окремі питання «договірних процесуальних відносин» або виділенню «процесуального договору», як особливого для судового процесу інструментарію урегулювання окремих видів процесуальної діяльності сторін та аналізуються окремі види таких договорів або угод, практики їх використання.

Розширення диспозитивних засад цивільного судочинства шляхом розширення можливостей договірному регулювання правовідносин, пов'язаних зі здійсненням правосуддя та розглядом справ третейськими судами й міжнародним комерційним арбітражем [6, с. 61] стали проявлятися

в судовій практиці, як зростаюча тенденція в деяких категоріях цивільних справ. Використання сторонами «третейської угоди» є проявом принципу диспозитивності в цивільному судочинстві. Угода про примірні процедури, мирова угода достатньо поширені в судовій практиці і достатньо активно використовуються сторонами з метою економії часу та зусиль, що сприяє отриманню сторонами бажаного або можливого результату.

Ускладнення суспільного життя, в основі якої лежить ідея свободи, тягне розширення використання договору як інструмента саморегуляції фізичних та юридичних осіб, узгодження їх рівноправних воль. Це робить договір універсальним способом регулювання суспільних відносин [5, С.216]. У частині 2 ст. 4 ЦПК передбачено важливе правило, що «угода сторін про передачу спору на розгляд третейського суду допускається. До третейського суду за згодою сторін може бути переданий будь-який спір, який виникає з цивільних правовідносин, крім випадків передбачених законом» [4].

Питання про допустимість та види процесуальних договорів, межі їх дії, форми укладення, вимоги до змісту процесуального договору, умови та строки виконання, відповідальність та інші питання пов'язані з укладенням та виконанням процесуального договору (угоди) у теорії цивільного процесуального права вирішуються не однозначно.

Отже, можна стверджувати про наявність у цивільному процесу-

альному законодавстві загальних правових підстав які передбачають можливість для сторін цивільного процесу скористатися таким універсальним та особливим способом врегулювання цивільних процесуальних правовідносин яким є договір. За своєю природою та призначенням процесуальний договір повинен стати важливим та ефективним інструментом завершення цивільного судочинства з метою виконання тих основних завдань, які закріплені у цивільному процесуальному законодавстві.

Використані матеріали:

1. Загальна теорія держави та права / За заг. ред. С.Д. Гусарева, О.Д. Тихомирова. К.: Освіта України, 2017. 320 с.
2. Загальна теорія права: Підручник / За заг. ред. М.І. Козюбри. К.: Ваіте, 2015. 392 с.
3. Гетьманцева Н.Д. Особливості правового регулювання трудових відносин / Монографія. Чернівці: Технодрук, 2015. 592 с.
4. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>.
5. Елисеєв Н.Г. Процесуальний договір. М.: Статут, 2015. 368 с.
6. Гаїна Прусенко. Види процесуальних договорів у цивільному судочинстві // Підприємництво, господарство і право. № 12. 2018. С 61-64.
7. Рожкова М.А., Елисеєв Н.Г., Скворцов О.Ю. Договорное право: соглашения о подсудности, международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашения / Под общей ред. М.А. Рожковой. М.: Статут, 2008. 525 с.

Дорохіна Юлія Анатоліївна

*помічник голови Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду,
доктор юридичних наук, професор
(м. Київ, Україна)*

ОКРЕМА УХВАЛА СУДУ ЯК ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ СПОСІБ СУДОВОГО ВПЛИВУ

Одним із видів реагування суду вищої інстанції може бути постановлення окремої ухвали в разі допущення судом нижчої інстанції неправильного застосування норм матеріального права або порушення норм процесуального права, незалежно від того, чи є такі порушення підставою для скасування або зміни судового рішення.

Так, зокрема, у справі № №215/1472/19(2-а/215/125/19) про уточнення списків виборців Верховним Судом постановлено окрему ухвалу від 27 травня 2019 року, в якій Верховний Суд звертає увагу на те, що в резолютивній частині рішення суду першої інстанції помилково

зазначено, що оскаржуване позивачем рішення може бути оскаржено безпосередньо до суду апеляційної інстанції протягом тридцяти днів з дня складення повного судового рішення, оскільки судові рішення за наслідками розгляду справ, визначених статтями 273-277 КАС України, можуть бути подані у дводенний строк з дня їх проголошення, а на судові рішення, ухвалені до дня голосування, – не пізніш як за чотири години до початку голосування.

Таким чином суд першої інстанції штучно створив умови для порушення відповідачем строку звернення до суду який не може бути поновлений, чим було порушено право особи доступу до правосуддя, а тому Верховний Суд дійшов висновку, що наявні підстави для постановлення окремої ухвали, оскільки згідно ч. 8 ст. 249 КАС України суд вищої інстанції може постановити окрему ухвалу в разі допущення судом нижчої інстанції неправильного застосування норм матеріального права або порушення норм процесуального права, незалежно від того, чи є такі порушення підставою для скасування або зміни судового рішення. Такі самі повноваження має Велика Палата Верховного Суду щодо питань передачі справ на розгляд Великої Палати.

Отже законодавство виділяє окремі ухвали, постановлені як реакція суду вищої інстанції на порушення норм права та помилки, допущені судами першої інстанції. Суди, щодо яких було постановлено окрему ухвалу, обговорюють її на нарадах суддів відповідного суду й повідомляють суд вищої інстанції, який її постановив, про взяття інформації до відома і врахування у роботі з метою усунення та недопущення у подальшому порушень законодавства й помилок. У разі надсилання окремої ухвали, прийнятої щодо суддів, до органів державної влади та суддівського врядування, її може бути взято до уваги при вирішенні питання про відкриття дисциплінарної справи чи при проведенні кваліфікаційного оцінювання судді.

Разом з тим предметом реагування окремих ухвал є й діяльність фізичних та юридичних осіб, у результаті якої відбувається порушення закону. При цьому порушення закону може бути з різних причин та за різних умов і не обов'язково стосуватися справи, під час розгляду якої такі порушення судом виявлені.

Так зокрема в окремій ухвалі Верховного Суду від 31 жовтня 2018 року у справі №820/2516/17 вказано, що згідно з частиною четвертою статті 72 Кодексу адміністративного судочинства України (у редакції, яка діяла на момент розгляду справи у судах попередніх інстанцій) вирок суду у кримінальному провадженні або постанова суду у справі про адміністративний проступок, які набрали законної сили, є обов'язковими для адміністративного суду, що розглядає справу про правові наслідки дій чи бездіяльності особи, щодо якої ухвалений вирок або постанова суду, лише в питаннях, чи мало місце діяння та чи вчинене воно цією особою. Податковий орган з метою доведення обставин, викладених в акті перевірки та обґрунтування правомірності спірних

повідомлень-рішень зобов'язаний повідомити суди попередніх інстанцій про наявність вироку, який має значення для правильного вирішення адміністративної справи.

Всупереч покладеним обов'язкам податковий орган не повідомив суди першої та апеляційної інстанцій про наявність вироків у кримінальних провадженнях, чим порушив приписи статей 71, 72 Кодексу адміністративного судочинства України (у редакції, що діяла до 15 грудня 2017 року). Таким чином на підставі наведеного Верховний Суд дійшов висновку повідомити відповідний податковий орган про встановлені під час розгляду справи порушення вимог законодавства для вжиття невідкладних заходів щодо усунення причин та умов, що сприяли встановленню судом порушенням.

Отже одним зі способів припинення правопорушень з боку суб'єктів владних повноважень є постановлення окремої ухвали щодо їхніх дій. При цьому постановлення окремої ухвали щодо зазначених суб'єктів має стати підставою для застосування до них заходів відповідальності. Вжиття таких заходів судом цілком відповідатиме інтересам правосуддя, оскільки забезпечуватиме всебічне і повне з'ясування обставин справи в умовах, що виключають тиск на суд або учасників процесу.

Як вказують деякі вчені, місце окремої ухвали серед інших видів рішень суду в процесуальному законодавстві не визначено. Так, відсутність окремої ухвали у переліках судових рішень, які закріплені у відповідних процесуальних кодексах, дає можливість уникати виконання таких ухвал, а незазначення про них у Законі України «Про доступ до судових рішень» може призвести до недотримання з боку держави принципу відкритості діяльності судів, прогнозованості судових рішень та не сприятиме однаково застосуванню законодавства [1, с. 69].

Більше того згідно чинного законодавства, постановлення окремої ухвали є правом суду, а не обов'язком. Зокрема відповідно ч. 1-3 ст. 249 КАС України суд, виявивши під час розгляду справи порушення закону, може постановити окрему ухвалу і направити її відповідним суб'єктам владних повноважень для вжиття заходів щодо усунення причин та умов, що сприяли порушенню закону. У разі необхідності суд може постановити окрему ухвалу про наявність підстав для розгляду питання щодо притягнення до відповідальності осіб, рішення, дії чи бездіяльність яких визнаються протиправними. Суд може постановити окрему ухвалу у випадку зловживання процесуальними правами, порушення процесуальних обов'язків, неналежного виконання професійних обов'язків (в тому числі якщо підписана адвокатом чи прокурором позовна заява містить суттєві недоліки) або іншого порушення законодавства адвокатом або прокурором.

При цьому в окремій ухвалі суд має зазначити закон чи інший нормативно-правовий акт (у тому числі його статтю, пункт тощо), вимоги яких порушено, і в чому саме полягає порушення (ч. 4 ст. 249 КАС

України), а також надіслати окрему ухвалу відповідним юридичним та фізичним особам, державним й іншим органам, посадовим особам, які відповідно до своїх повноважень повинні усунути виявлені судом недоліки або порушення чи запобігти їх повторенню.

Разом з тим окрема ухвала є також інструментом протидії у випадку зловживання процесуальними правами, наприклад адвокатом або прокурором (в тому числі, якщо підписана адвокатом чи прокурором позовна заява містить суттєві недоліки). Так, окремою ухвалою від 18 червня 2018 року у справі № 922/2723/17 Верховний Суд визнав звернення адвоката від імені позивача із завідомо безпідставним відводом зловживанням процесуальними правами, спрямованим на свідоме, невиправдане затягування судового процесу. Окрему ухвалу Верховний Суд направив у відповідну кваліфікаційно-дисциплінарну комісію адвокатури, а про результати її розгляду зобов'язав повідомити у місячний строк.

Крім того, в ухвалі від 05 грудня 2018 року у справі № 910/16039/16 Верховний Суд в резолютивній частині ухвали попередив адвоката про неприпустимість зловживань процесуальними правами. Окрім визнання зловживанням процесуальними правами завідомо безпідставного відводу, в ухвалі Верховний Суд додатково зазначив, що вважає неприпустимою поведінку представника відповідача-адвоката в частині допущених зловживань під час розгляду справи, зокрема і щодо заявлення та подання завідомо безпідставного відводу суддям Верховного Суду. Суд наголосив, що такі дії адвоката є виявом неповаги до судової влади в Україні, суперечать правилам адвокатської етики та підривають авторитет адвокатської спільноти. Проте окремої ухвали Верховний Суд у цій справі не постановив.

Ще однією особливістю окремої ухвали є те, що вона може бути постановлена при розгляді справи по суті тощо. Так, Верховний Суд у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду в результаті перегляду справи № 201/2762/18-ц у постанові від 5 червня 2019 року скасував окрему ухвалу судді Дніпровського апеляційного суду від 21 лютого 2019 року. Суддя Жовтневого районного суду м. Дніпропетровська звернувся з касаційною скаргою на окрему ухвалу судді Дніпровського апеляційного суду, якою доведено до відома Вищої ради правосуддя про порушення суддею норм процесуального закону при розгляді справи.

Колегія суддів Верховного Суду скасувала окрему ухвалу апеляційного суду з огляду на таке. Відповідно до чинного законодавства суд, виявивши при вирішенні спору порушення законодавства або недоліки в діяльності юридичної особи, державних чи інших органів, інших осіб, постановляє окрему ухвалу, незалежно від того, чи є вони учасниками судового процесу.

Суд вищої інстанції може постановити окрему ухвалу в разі до-

пущення судом нижчої інстанції порушення норм матеріального або процесуального права, незалежно від того, чи є такі порушення підставою для скасування або зміни судового рішення. Крім того окрема ухвала, яка оформлюється окремим документом, має бути постановлена в нарадчій кімнаті, прийнята колегіально, а не суддею одноособово.

На порушення наведених норм процесуального права окрема ухвала апеляційного суду від 21 лютого 2019 року постановлена суддею одноособово при вирішенні питання про відкриття апеляційного провадження, а саме: відмовлено у відкритті апеляційного провадження. Крім того постановлення окремої ухвали судом має відбуватися не під час вирішення питання про відкриття провадження, а при розгляді справи по суті.

Таким чином, в описуваному випадку, Верховний Суд у своєму рішенні дійшов висновку, що оскаржена районним суддею окрема ухвала судді апеляційної інстанції постановлена неналежним складом суду, не в нарадчій кімнаті, не за результатом розгляду справи по суті, тобто не в порядку, встановленому статтями процесуального кодексу, а тому підлягає скасуванню.

Використані матеріали:

1. Морозова С. Окрема ухвала суду: нові підходи до правового регулювання у цивільному судочинстві *Право України* – 2017 – № 8, С. 65-75.

Кабенок Юлія Валеріївна

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри міжнародного,

цивільного та комерційного права

Київського національного торговельно-економічного університету

(м. Київ, Україна)

БЕЗСПІРНІСТЬ ЯК КРИТЕРІЙ ДЛЯ ВІДКРИТТЯ ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВІ ПРО БАНКРУТСТВО

Конкурсний процес за своєю природою, навіть у ретроспективі, завжди відрізнявся від виконавчого і, тим більше, від позовного провадження. Відмітними особливостями завжди були: власний інструментарій для розгляду справ про банкрутство (неплатоспроможність); коло учасників, їх правосуб'єктність; арбітражне управління; судові процедури, що застосовуються до боржника та ін. Проте у цьому переліку ключове місце посідає порядок відкриття провадження у справі про банкрутство.

В Україні з часом відбулося становлення власного законодавства, що регламентує конкурсний процес, а також тієї судової практики та доктрини, яка їх доповнює. З огляду на окреслену специфіку конкур-

сного процесу, пропонуємо розглянути один із критеріїв відкриття провадження у справі про банкрутство – безспірність вимог ініціюючого кредитора.

При аналізі категорії «безспірність» у контексті цього дослідження важливо здійснити коротке порівняння підстав для відкриття провадження у справі про банкрутство, які містилися у Законі України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (надалі Закон про банкрутство) із тими, які сьогодні передбачені Кодексом України з процедур банкрутства (надалі КУЗПБ, Кодекс).

Варто відзначити, що у частині відкриття провадження Закон про банкрутство виявився більш органічним і послідовним. Так, цей нормативно-правовий акт надавав окремого значення безспірності вимог ініціюючого кредитора серед інших критеріїв для відкриття провадження у справі про банкрутство. Зокрема, відповідно до абзацу 2 частини 3 статті 10 Закону про банкрутство безспірні вимоги кредиторів – грошові вимоги кредиторів, підтверджені судовим рішенням, що набрало законної сили, і постановою про відкриття виконавчого провадження, згідно з яким відповідно до законодавства здійснюється списання коштів з рахунків боржника [1]. Тобто, ключовими характеристиками вимог кредитора була наявність судового рішення та відкрите виконавче провадження. Ця сукупність надавала суду можливість виключити існуючий або потенційний спір про право між кредитором та боржником щодо ініціюючих вимог. Також господарським судом здійснювалась перевірка безспірності вимог кредитора у межах підготовчого засідання разом із перевіркою заходів, які вживалися щодо примусового стягнення за цими вимогами у порядку виконавчого провадження (частина 3 статті 16 Закону про банкрутство) [1].

Відповідно, підставами для відмови у відкритті провадження у справі про банкрутство був не лише забезпечений характер вимог кредитора, наявність спору про право, задоволення вимог кредитора до підготовчого засідання, але і відсутність підстав для відкриття цього провадження, у тому числі безспірності самих вимог як самостійного елемента, з посиланням на частину 3 статті 10 Закону про банкрутство.

У свою чергу КУЗПБ, який мав би удосконалити процедуру банкрутства, у тому числі етап її відкриття, навпаки відійшов від основних понять та фільтрів, що передбачав Закон про банкрутство, та, які вкоренилися у правозастосовній практиці. Натомість, чіткі та послідовні критерії для відкриття провадження втрачено. У статті 8 КУЗПБ, яка собою замінила згадану вище статтю 10 Закону про банкрутство, і яка по суті мала б встановити підстави для відкриття провадження у справі про банкрутство, фактично регламентує лише юрисдикцію і підсудність справ про банкрутство [2].

Далі, коли мова йде власне про відкриття провадження, КУЗПБ визначає, що спочатку господарський суд перевіряє обґрунтованість

вимог заявника, розглядає подані документи, оцінює обґрунтованість заперечень боржника та ін. Разом із цим, встановлюється, що наявність спору про право є однією з підстав для відмови у відкритті провадження у справі (стаття 39 КУзПБ). Тобто, суд буде оцінювати обґрунтованість вимог, які не зрозуміло чим необхідно підтвердити. Такі положення сьогодні є абсурдними, оскільки тут не може бути жодного розсуду. Вважаємо, що у цьому питанні суд має діяти однозначно за легально визначеним алгоритмом, а розгляд таких вимог з точки зору їх можливості бути ініціюючими повинен включати перевірку безспірності за зрозумілим переліком документів, про що має чітко вказувати відповідна норма КУзПБ.

І тепер саме правозастосовна практика намагається виправити прорахунки законодавця.

У цьому аспекті цікавим є висновок Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду (надалі КГС ВС), що наявність заперечень боржника щодо кредиторських вимог ініціюючого кредитора, безспірність яких не підтверджується судовим рішенням, є свідченням наявності спору про право щодо таких вимог ініціюючого кредитора (постанова від 19.08.2020 по справі 910/2522/20) [3]. Як ми бачимо, саме ініціюючий кредитор опинився у скрутному положенні від такої нормативної невизначеності, яка спершу здавалася полегшенням доступу до процедури банкрутства. Вказана позиція свідчить, що критерій безспірності залишається визначальним при відкритті провадження у справі про банкрутство. Разом з цим, виключення його з Кодексу породжує зловживання з боку боржників, які, зрозуміло, будуть заперечувати усі не підтверджені рішенням суду ініціюючі вимоги.

На жаль, в цій частині КУзПБ у порівнянні із Законом про банкрутство, не витримує критики. По-перше, сам перелік підстав для відкриття провадження у справі про банкрутство чітко не визначено. По-друге, критерії, яким мають відповідати вимоги кредиторів, щоб провадження було відкрито судом, відсутні. По-третє, КУзПБ не визначає, чим має підтверджуватися відсутність спору про право. По-п'яте, визначення «спір про право», навіть з огляду, що це тепер одна з двох підстав для відмови у відкритті провадження, також не наводиться. Про що це свідчить? У першу чергу про те, що норми Кодексу не є цілісними, тобто повною мірою не врегульовують процедуру банкрутства. Зміст норм необхідно доповнювати, оскільки наразі судова практика вимушено заповнює прогалини у цій частині, вдаючись до системного тлумачення норм КУзПБ.

Пропонуємо проаналізувати наслідки вищеписаних недоліків КУзПБ через призму судової практики, зокрема висновків касаційної інстанції.

Так, КГС ВС зазначив, що у разі виникнення обґрунтованих сумнівів сторін у справі про банкрутство щодо обґрунтованості кредиторських вимог, на заявника кредиторських вимог покладається обов'язок

підвищеного стандарту доказування задля забезпечення перевірки господарським судом підстав виникнення таких грошових вимог, їх характеру, встановлення розміру та моменту виникнення цих грошових вимог (постанова від 07.08.2019 у справі № 922/1014/18) [4].

У постанові КГС ВС від 13.08.2020 по справі № 910/4658/20 висловлено висновок про те, що встановлення відсутності спору про право щодо вимог ініціюючого кредитора є обов'язковою умовою для відкриття провадження у справі про банкрутство боржника. У цій же постанові Суд визначає, що відсутність спору про право, в розрізі процедури банкрутства, полягає у відсутності неоднозначності у частині вирішення питань щодо сторін зобов'язання, суті (предмету) зобов'язання, підстави виникнення зобов'язання, суми зобов'язання та структури заборгованості, а також строку виконання зобов'язання тощо [5].

КУзПБ, як перший кодифікований акт України, який регулює процедуру банкрутства (неплатоспроможність), очевидно потребує доопрацювань. Законодавець, не передбачивши такий важливий критерій для відкриття провадження у справі про банкрутство як безспірність вимог ініціюючого кредитора, породив спори, зловживання і необхідність реагування на це шляхом заповнення судовою практикою штучно створених прогалін. Критерії відкриття провадження у справі про банкрутство, які сьогодні на жаль розмиті, потребують належної правової регламентації і чіткого відображення у статтях 8 і 39 КУзПБ.

Використані матеріали:

1. Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: Закон України від 14.05.1992 р. № 2343-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 31. Ст. 440.
2. Кодекс України з процедур банкрутства URL: [https:// zakon.rada.gov.ua/laws/ show/2597-19](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19) (дата звернення: 10.10.2020).
3. Постанова КГС ВС від 19 серпня 2020 року по справі 910/2522/20. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/91092251> (дата звернення: 10.10.2020).
4. Постанова КГС ВС від 07 серпня 2019 року по справі № 922/1014/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/83755895> (дата звернення: 10.10.2020).
5. Постанова КГС ВС від 13 серпня 2020 року по справі № 910/4658/20. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/91016931> (дата звернення: 10.10.2020).

Кондрат'єва Людмила Анатоліївна
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м. Чернівці, Україна)

ІНСТИТУТ СПРОЩЕНОГО ПОРЯДКУ РОЗГЛЯДУ МАЛОЗНАЧНИХ СПРАВ В КРАЇНАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ ТА В УКРАЇНІ

Верховною Радою України був ухвалений Закон України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» [1], який суттєво змінив низку положень Конституції України, започаткував нову систему судів і принципів їхньої діяльності. Цей закон ознаменував собою закріплення в українському законодавстві цілої низки новел, в тому числі й у цивільному процесуальному праві. [2]. Їх запровадження мало на меті реформувати цю галузь права України шляхом приведення її у відповідність до європейських стандартів здійснення правосуддя.

Вперше Конституцією України у статті 131-2 закріплені гарантії надання професійної правничої допомоги адвокатурою, і передбачено, що законодавством можуть бути встановлені винятки щодо здійснення представництва в суді в трудових спорах, спорах щодо захисту соціальних прав, щодо виборів і референдумів, у малозначних спорах, а також стосовно представництва малолітніх або неповнолітніх осіб та осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена.

Отже, виходячи із норми цієї статті, в цивільному процесі запроваджується такий різновид позовного провадження, як спрощене позовне провадження, в межах якого розглядаються малозначні справи. Такі зміни до ЦПК відповідають вимогам часу, адже цьому інституту приділяється увага не лише в окремих країнах, а й на міжнародному рівні, в тому числі в межах права Європейського Союзу. В ЄС вже тривалий час порушується питання про необхідність реформування процесуального законодавства країн-учасниць. Така дискусія призвела до закріплення спрощених судових процедур як на рівні права окремих країн-учасниць ЄС, так і на рівні законодавства ЄС. При цьому судові процедури ЄС мають характер транснаціональних, тому що вони призначені для вирішення справ між особами різних країн-учасниць ЄС.

В ЄС діє Регламент Європейського Парламенту та Ради Європейського Союзу № 861/2007 від 11.07.2007 року (далі - Регламент № 861/2007) [3], який закріпив, що даний різновид справ є загальновизнаним та є альтернативою стандартному судовому процесу розгляду справ у країнах ЄС, в яких з 01.01.2009 року діє процедура розгляду дрібних позовів - The European Small Claims Procedure) (далі - процедура ESCP).

Ціла низка положень Регламенту № 861/2007 були інтегровані в національне законодавство країн-членів ЄС.

В зв'язку з цим вважаємо за доцільне спробувати здійснити порівняльний аналіз процедури розгляду дрібних позовів, яка використовується в ЄС, із запровадженою в Україні процедурою розгляду малозначних справ. В першу чергу слід почати з визначення мети та умов, які стали підґрунтям запровадження даного виду процедур.

В більшості країнах-членах ЄС вже досить давно застосовується спрощений порядок розгляду «малозначних» позовів, які регулюється їхнім національним цивільним процесуальним правом. Однак варто зазначити, що критерій визначення малозначності позовів далеко не завжди пов'язаний із ціною позову. Доволі часто під «малозначністю» позовів процесуальне законодавство передбачає відносну нескладність певної категорії справ. Саме з цієї причини спрощені судові провадження, як правило, засновані на малозначності та часто використовують вказівку на певні категорії справ. Але все ж в деяких судових провадженнях ціна позову, за якої допускається застосування спрощеного порядку розгляду справи, залежить від категорії справи [4]. Довготривале міжнародне співробітництво між країнами-учасницями ЄС зумовило появу уніфікованої (єдиної) наднаціональної процедури розгляду позовів з невеликою ціною – European Small Claims Procedure (ESCP), яка була запроваджена з 1 вересня 2009 року Регламентом Європейського парламенту і Ради ЄС від 11 липня 2007 року № 861/2007 про запровадження європейської процедури розгляду позовів з невеликою ціною[5]. Відповідно до зазначеного Регламенту ESCP, під спрощену судову процедуру підпадає вирішення цивільних і господарських позовів міжнародного характеру, ціна яких не перевищує 2000 євро (за виключенням відсотків за користування грошима, судових та інших витрат), яка встановлена для полегшення доступу до правосуддя шляхом спрощення процедури, скорочення строків і зменшення судових витрат. З вказаного Регламенту випливає, що ESCP може застосовуватись у разі вирішення будь-яких цивільних і господарських (комерційних) спорів міжнародного характеру, які відповідають вказаним обмеженням. Разом з тим встановлюються певні винятки. Наприклад, у порядку ESCP не можуть розглядатися справи щодо: статусу або дієздатності фізичних осіб; права власності, що впливає із шлюбних відносин, аліментних зобов'язань, заповітів і спадкування; банкрутства, процедур, пов'язаних із припиненням діяльності неплатоспроможних компаній або інших юридичних осіб, судових домовленостей, мирової угоди та аналогічних процедур; соціального забезпечення; арбітражу; трудового права; володіння нерухомим майном, за винятком грошових позовів, або порушення недоторканності приватного життя і прав, пов'язаних з особистістю.

Отже, метою запровадження процедури ESCP, як бачимо, було забезпечення споживачів-громадян ЄС швидким і зручним доступом

до правосуддя для захисту своїх прав. Однак, цікавим є той факт, що єдиною країною ЄС, яка наразі не долучилася до запровадження процедури ESCP, є Данія [6]. Метою запровадження процедури розгляду малозначних справ в Україні, як зазначають фахівці, було встановлення в Цивільному процесуальному кодексі України своєрідних процесуальних фільтрів, завдяки яким не кожна справа буде розглядатися за загальною повною процедурою позовного [7]. Тобто мета запровадження процедури розгляду малозначних справ в Україні полягає не в підвищенні ефективності захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, юридичних осіб, чи інтересів держави, а полягає, насамперед, для розвантаження суддів при здійсненні ними правосуддя.

Окрім мети, процедура розгляду малозначних справ, згідно з положеннями Цивільного процесуального кодексу України, відрізняється від процедури ESCP також за критеріями можливості розгляду певної цивільної справи в порядку цієї процедури. Процедура ESCP дозволяє розглядати в спрощеному порядку будь-які цивільні або ж комерційні спори із дрібною сумою позовних вимог, проте встановлені й певні обмеження. Відповідно до ст. 2 Регламенту № 861/2007 така процедура не поширюється на позови про заробітну плату, митні платежі, адміністративні справи, позови щодо притягнення до відповідальності держави, позови про оспорювання актів державних органів. В той же час, процедура ESCP може бути використана виключно при вирішенні транскордонних спорів (цивільних або господарських). В Україні, зокрема в ЦПК, для розгляду цивільної справи як малозначної в порядку спрощеного позовного провадження встановлені інші критерії, що закріплені в ч. 6 ст. 19 ЦПК України, а саме: ціна позову не повинна перевищувати 100 прожиткових мінімумів для працездатних осіб; справи незначної складності, визнані судом малозначними.

Згідно із ст. 2 Регламенту № 861/2007 спрощена судова процедура для цивільних і господарських позовів, ціна яких не перевищує 2000 євро (не враховуючи відсотки за користування чужими грошовими коштами, судові витрати й інші видатки, пов'язані з розглядом справи). Для порівняння, різні європейські країни на рівні свого національного законодавства по-різному визначають, які позови належать до малозначних, заклавши в основу такого визначення також суму позовних вимог. Так, наприклад, в Іспанії дрібним позовом визнаються позовні вимоги до 900 євро, в Німеччині - до 600 євро, у Сполученому Королівстві - до 5000 фунтів[8]. Водночас, наприклад, у Сполученому Королівстві за наявності загального критерію визначення вищої межі для малозначних справ у сумі 5000 ф. ст., встановлено виняток - для справ щодо захисту честі та гідності позовними вимогами до 1000 фунтів [9]. ЦПК України у ч. 4 ст. 274 встановлює перелік справ, які не можуть розглядатись порядку спрощеного позовного провадження. Якщо порівняти вказаний перелік спорів з переліком спорів, які

закріплені у ст. 2 Регламенту № 861/2007, очевидним стає висновок, що вони досить сильно відрізняються.

Наприклад, згідно зі ст. 274 ЦПК України в порядку спрощеного провадження як малозначна справа, на відміну від процедури ESCP, можуть розглядатися спори: про власність подружжя; спори, пов'язані із трудовими відносинами; спори, пов'язані з орендою нерухомого майна, зокрема і грошові позови; про втручання у приватне життя, зокрема, спори про наклеп. Щодо здійснення розгляду малозначних справ в Німеччині, то Цивільний процесуальний кодекс Німеччини [10] містить два блоки норм, що регулюють інститут малозначних справ у німецькому процесуальному праві. Перш за все, це § 495a ЦПК Німеччини, що регулює провадження у справах малозначного характеру. Окрім цього, окремий комплекс норм німецького ЦПК закріплено в 6 главі 11 книги ЦПК, предметом регулювання якого є «Європейське провадження в справах з малозначними вимогами згідно Регламенту (ЄС) № 861/2007». Таким чином, особа в Німеччині при зверненні до національного суду може заявити клопотання про провадження в своїй справі на основі національного права (§ 495a ЦПК Німеччини) або скористатися можливостями провадження згідно Регламенту (ЄС) [11] № 861/2007[12].

Саме тому розгляд малозначних справ як категорії інституту спрощеного позовного провадження, варто розглядати з огляду на два основні аспекти. По-перше, це критерії, за якими справу визнають такою як малозначна справа. По-друге, актуальним є порівняльний аналіз особливостей розгляду малозначних справ в судовому порядку в Україні та їх розгляд, зокрема, в Німеччині.

Використані матеріали :

1. Закон України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» / від 02. 06.2016 р. № 1401-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1401-19?lang=ru>
2. Oleksandr Kovalyshyn. Novellierung der ukrainischen Zivilprozessordnung / WIRO, 2018, №3, 72 с. URL: https://www.bmjv.de/DE/Startseite/Startseite_node.html
3. Regulation under European Parliament and of the Council Establishing a European Small Claims Procedure / № 861/2007, 11.07.2007. URL: <http://register.consilium.europa.eu>.
4. Справка, подготовленная для Российского союза промышленников и предпринимателей компанией WBL Distribution (World Business Law), осуществляющей регулярный мониторинг законодательства 36 зарубежных юрисдикций. URL: <http://media.rsp.ru/document/1/8/f/8f87005f7563bcba327f0e3b80fe6507.pdf>.
5. EC Regulation № 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure / Official Journal of the European Union. – 2007. –

- L.199/1.
6. Никляев Ю. Ответственность в ЕС и Украине за некачественную продукцию: порядок разрешения споров / Никляев Ю // Юрист & Закон. – 2016. – URL: [http://www.eprav.ua/rus/publishes/view/otvetstvennosti-v-es-i-ukraine-zanekachestvennuuyproduktsiyu\\$](http://www.eprav.ua/rus/publishes/view/otvetstvennosti-v-es-i-ukraine-zanekachestvennuuyproduktsiyu$).
 7. Ківалов С.В. Актуальні питання цивільного судочинства у світі судової реформи в Україні: монографія / С. В. Ківалов, Н. Ю. Голубєва, І. В. Андронов. // Одеса: Юридична література. – 2017. – 212 с.
 8. Процедура рассмотрения мелких исков в Евросоюзе. URL: <http://lucasfranco.ucoz.ru>.
 9. Сивак Н. В. Упрощенные судебные производства, основанные на малозначительности заявленных требований. URL: <https://wiselawyer.ru/poleznoe/36599-uproshhennyye-sudebnye-proizvodstva-osnovannyye-maloznachitelnosti-zayavlennykh-trebovaniy>
 10. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. URL: <https://www.gesetze-im-internetde/zpo/>
 11. EUR-Lex The access to European Union law. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32007R0861&from=DE>.
 12. MüKoZPO/Deppenkemper, 5. Aufl. 2016, ZPO § 495a, Rn. 3. URL: https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FMuekoZPO_5_Band%2FZPO%2Fcont%2FMuekoZPO%2EZPO%2Ep506%2Ehtm
 13. Цивільний процесуальний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 1 верес. 2020 р.: (офіц. текст). К.: ПАЛИВОДА А.В., 2020. 304 с.

Корунчак Лариса Анатоліївна

*к.ю.н., доцент кафедри професійних та спеціальних дисциплін Херсонського факультету Одеського національного університету внутрішніх справ
(м.Херсон, Україна)*

Арутюнова Карина Арменівна,

*студентка 3 курсу групи 18 ПДдс Херсонського факультету Одеського державного університету внутрішніх справ
(м. Херсон, Україна)*

ВИСНОВОК ЕКСПЕРТА У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ТЕОРЕТИЧНІ НАДБАННЯ ТА ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ

Діюче законодавство передбачає можливість використання при розгляді справи в порядку цивільного судочинства висновків, що надаються уповноваженими суб'єктами з метою сприяння правильному та об'єктивному вирішенню справи по суті. До даних висновків Цивільний процесуальний кодекс України (далі - ЦПК України) відносить висновок експерта.

Відповідно до ч. 1 ст. 102 ЦПК України висновок експерта - це докладний опис проведених експертом досліджень, зроблені у результаті них висновки та обґрунтовані відповіді на питання, поставлені експертові, складений у порядку, визначеному законодавством [5].

У процесуальній доктрині існують різні підходи до визначення правової природи висновку експерта. Так, на думку Лупинської П.А. та Галкіна В.М. висновок експерта є джерелом доказів, а на погляд Жукова Ю.М. - доказом [цитується за №2, с. 76]. За позицією Бичкової С.С. висновок експерта - це самостійний засіб доказування [1, с.307].

Сахнова Т.В. зазначає, що цивільне процесуальне законодавство і вчені-юристи терміном «висновок» позначають як документ, у якому експерт фіксує хід дослідження та його підсумки, так і результат проведеного дослідження, тобто відповідь експерта на поставлені йому питання. Тому у висновку експерта варто розрізняти зміст (висновок, обґрунтований проведеним дослідженням, встановленням і професійною оцінкою експертом фактів) і форму (висновок як акт). Вони обидва однаково важливі при визначенні доказової сили фактичних даних, що містяться у висновку експерта. Якщо висновок експерта суд визнає недостовірним, не заснованим на науковому дослідженні або не буде дотримана форма, незважаючи на обґрунтований і об'єктивний висновок, то це не дасть можливості визнати висновок засобом доказування, а фактичні дані, що становлять його зміст, доказом [4, с. 217].

Таким чином, на основі тлумачення ст.76 ЦПК України в науці цивільного процесуального права склалися три основні концепції щодо визначення судового доказу:

- 1) доказ - це тільки фактичні дані;
- 2) доказ - це фактичні дані і засоби доказування (так звана теорія подвійного розуміння доказів);
- 3) доказ - це єдність фактичних даних і засобів доказування, що їх містять.

Панівною думку, що склалася в науці цивільного процесуального права, є позиція, за якою під доказом у цивільному процесі слід розуміти єдність фактичних даних (відповідно до ч.1 ст.76 ЦПК України) і засобів доказування (відповідно до ч.2 ст.76 ЦПК України), які містять такі дані. Фактичні дані - це зміст, а засоби доказування - зовнішня форма судового доказу. Таке розуміння цілком відповідає змісту закону та системному тлумаченню положень статті 76 ЦПК України.

Кіреєвою Н.О. здійснено порівняльний аналіз висновку експерта, висновку спеціаліста та висновку органів влади та місцевого самоврядування. Дані висновки мають велике значення для ухвалення судом законного, обґрунтованого та справедливого рішення. Однак, до засобів доказування законодавець відносить виключно висновок експерта. За позицією авторки, до засобів доказування повинен також бути віднесений і висновок органів державної влади та місцевого самоврядування в силу їх особливостей та значення для суду. Незважаючи на те, що висновок спеціаліста не є засобом доказування, суд може використовувати відомості, надані спеціалістом у висновку, в процесі ухвалення судового рішення, та покласти даний висновок в основу мотивувальної частини судового рішення. Наступною відмінністю вищезазначених висновків є їх зміст. Відповідно, у висновку спеціаліста та експерта надається роз'яснення питань, які цікавлять суд, із використанням спеціальних знань. У свою чергу, висновок органів державної влади та місцевого самоврядування містить позицію повноваженого органу щодо результатів вирішення справи по суті та не характеризується застосуванням спеціальних знань. Висновок експерта є результатом спеціального дослідження, що знаходиться поза процесуальною регламентацією суду на відміну від висновку спеціаліста та висновку органів державної влади та місцевого самоврядування, для надання яких не має потреби проводити окреме спеціальне дослідження. Висновок експерта та спеціаліста формується із використанням спеціальних наукових методик, а висновок органів державної влади та місцевого самоврядування створюється із урахуванням досвіду у певній сфері, в межах компетенції відповідного органу та на основі його повноважень. Важливим критерієм для розмежування вищезазначених висновків є також рівень їх правової регламентації. Так, станом на сьогодні, чіткі вимоги щодо форми та змісту цивільним процесуальним законодав-

ством передбачені виключно відносно висновку експерта [3, с.14-15].

Не погоджуючись із зазначеною позицією, відмітимо, що зазначені висновки не можуть мати однакового юридичного значення, що обумовлюється наступним: 1) для надання висновку експерта має бути проведено спеціальне дослідження; 2) висновок експерта має містити застереження, що експерт попереджений (обізнаний) про відповідальність за завідомо неправдивий висновок, а у випадку призначення експертизи судом - також про відповідальність за відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків; 3) висновок експерта повинен відповідати вимогам до змісту та форми, встановленим чинним законодавством (дотримання цих вимог визначає доказову силу фактичних даних, що містяться у висновку експерта); 4) для отримання кваліфікації судового експерта законодавством встановлена спеціальна процедура (необхідно мати відповідну освіту, досвід практичної роботи за фахом, пройти відповідне спеціальне навчання та стажування, скласти кваліфікаційний іспит, кожні п'ять років підтверджувати свій кваліфікаційний рівень шляхом проведення тестування чи здачі кваліфікаційного іспиту). Ні до висновку спеціаліста, ні до висновків органів державної влади та самоврядування чинним законодавством подібні вимоги не пред'являються.

Використані матеріали:

1. Бичкова С.С. Цивільний процесуальний правовий статус осіб, які беруть участь у справах позовного провадження: монографія. Київ: Атіка, 2011. 420 с.
2. Буряк А.С. Правова природа висновку експерта як засобу доказування в цивільному процесі. *Криміналістичний вісник*. Київ, 2014. №1 (21). С.75-80.
3. Кіреєва Н.О. Співвідношення висновків, що надаються експертом, спеціалістом, органами державної ради та місцевого самоврядування у цивільному процесі України. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Ужгород, 2016. №37. С.11-15.
4. Сахнова Т.В. Судебная экспертиза. Городец: Формула права, 2000. 367 с.
5. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18.03.2004 №1618-IV. Дата оновлення: 13.08.2020. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (дата звернення: 09.10.2020).

Лата Наталія Федорівна

кандидат юридичних наук

доцент кафедри міжнародного, комерційного та цивільного права

Київського національного торговельно-економічного університету

(м. Київ, Україна)

ОСОБЛИВОСТІ ОСКАРЖЕННЯ УХВАЛ У ГОСПОДАРСЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ

Частина п'ята статті 55 Конституції України [1] визнає право кожного будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань, та відповідно до статті 129 Конституції України основними засадами судочинства є забезпечення права на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках - на касаційне оскарження судового рішення.

Водночас, Господарський процесуальний кодекс України (далі – ГПК України) встановлює певні обмеження права на апеляційне та касаційне оскарження ухвал місцевого господарського суду, що викликає дискусію серед науковців та практиків стосовно реалізації конституційного права на правосуддя.

Обмеженням права на доступ до суду, в даному випадку, є визначений частиною 1 статті 255 та пунктами 2, 3 частини 1 статті 287 ГПК України [2] перелік ухвал, що можуть бути предметом апеляційного та касаційного оскарження окремо від рішення суду. Встановлення таких обмежень спричиняє появу питання щодо їх відповідності міжнародним актам та європейській судовій практиці, особливо в контексті рекомендацій Комітету міністрів Ради Європи від 07.02.1995 р. [3] щодо попередження будь-яких зловживань системою оскарження шляхом визначення кола питань, які вилучені з права на апеляцію та касацію.

Частиною 1 статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [4] (далі – Конвенція) встановлено, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення.

У рішенні Європейського суду з прав людини у справі «Гарсія Манібардо проти Іспанії» від 15.02.2000 [5] зазначалося, що спосіб, у який стаття 6 застосовується до апеляційних та касаційних судів, має залежати від особливостей процесуального характеру, а також до уваги мають бути взяті норми внутрішнього законодавства та роль касаційних судів у них.

Суд зазначає, що право на доступ до суду, гарантоване пунктом 1 статті 6 Конвенції, не є абсолютним і може підлягати обмеженню;

такі обмеження допускаються з огляду на те, що за своїм характером право доступу потребує регулювання з боку держави. Суд повинен переконатися, що застосовані обмеження не звужують чи не зменшують залишені особі можливості доступу до суду в такий спосіб або до такої міри, що це вже спотворює саму суть цього права.

У рішенні Європейського суду з прав людини від 05.04.2018 у справі «Зубац проти Хорватії» (Zubac v. Croatia) [6] визначено критерії застосування законодавчих обмежень щодо доступу до Верховного Суду, такі як: передбачуваність обмеження; несприятливі наслідки помилок під час провадження, що призвело до відмови заявникові у доступі до вищого суду; можливість стверджувати, що такі обмеження здатні спричинити «надмірний формалізм». Суд звернув увагу, що оскаржуване обмеження мало законну мету – дотримання встановленого законом раціонального порогу для подання скарг до Верховного Суду задля забезпечення того, щоб найвища інстанція з огляду на її роль розглядала лише питання, які мають фундаментальне значення.

Відповідно до пункту 5 частини 1 статті 42 ГПК України учасники справи мають право оскаржувати судові рішення у визначених законом випадках – ухвали суду першої інстанції оскаржуються в апеляційному порядку окремо від рішення суду лише у випадках, передбачених статтею 255 ГПК України, а ухвали судів першої та апеляційної інстанцій можуть бути оскаржені в касаційному порядку у випадках, передбачених п. 2 і 3 ч. 1 ст. 287 ГПК України. Оскарження ухвал суду, які не передбачені статтею 255 ГПК України, п. 2 і 3 ч. 1 статті 287 ГПК України окремо від рішення суду першої інстанції чи постанови суду апеляційної інстанції, не допускається (ч. 2 ст. 254 ГПК України, ч. 2 ст. 304 ГПК України).

Отже, перелік ухвал, які підлягають апеляційному оскарженню окремо від рішення суду, наведений у ч. 1 ст. 255 ГПК України, та ухвал, які підлягають касаційному оскарженню окремо від рішення суду першої інстанції чи постанови суду апеляційної інстанції, наведений у пунктах 2 і 3 частини 1 статті 287 ГПК України, є вичерпним та розширеному тлумаченню не підлягає.

Системне тлумачення статей 255 та 287 ГПК України свідчить про те, що законодавець свідомо виокремив випадки, в яких може бути оскаржена конкретна процесуальна дія.

Колегією суддів Касаційного господарського суду Верховного Суду у Постанові від 14.09.2020 р. № 910/404/20 [7] було встановлено, що «зазначені процесуально-процедурні обмеження права на апеляційне оскарження деяких ухвал місцевого господарського суду окремо від остаточного рішення суду встановлено з метою ефективного здійснення правосуддя і не зменшують для сторін можливості доступу до суду апеляційної інстанції та не ускладнюють їм цей доступ таким чином і такою мірою, щоб завдати шкоди самій суті цього права, оскільки сто-

рони не позбавляються права на апеляційне оскарження таких ухвал місцевого господарського суду взагалі, їх право лише відтермінується до винесення остаточного рішення зі справи».

Право на оскарження рішення виникає за наявності вказаних у законі передумов, за відсутності яких не можуть наступати правові наслідки, на які очікує скаржник. Так, у разі подання апеляційної скарги на ухвалу, яку не може бути оскаржено, апеляційний господарський суд має не приймати таку скаргу та повернути її заявнику на підставі пункту 4 частини 5 статті 260 ГПК України, оскільки оскаржувана ухвала суду першої інстанції не підлягає оскарженню окремо від рішення суду.

У разі подання касаційної скарги на ухвалу місцевого або апеляційного господарського суду, яку не може бути оскаржено, касаційному господарському суду слід повертати її заявнику з посиланням на частини 2 статті 304 ГПК України. В той же час касаційний господарський суд не може скористатися цією нормою і зобов'язаний розглянути по суті касаційну скаргу на ухвалу суду апеляційної інстанції про повернення апеляційної скарги на підставі пункту 4 частини 5 статті 260 ГПК України. На наш погляд, було б доречно виключити вищезазначену ухвалу із переліку ухвал апеляційного господарського суду, яку може бути оскаржено, що сприяло б забезпеченню законного та послідовного ходу процесу та запобіганню затягування розгляду спору, оскільки наразі процесуальні норми дозволяють передати справу до касаційної інстанції із заздалегідь очікуваним результатом її розгляду.

Зокрема, у Постанові Касаційного господарського суду Верховного Суду від 14.09.2020 року у справі № 910/404/20 були розглянуті доводи скаржника щодо порушення судом апеляційної інстанції норм процесуального права та відповідно до частини першої статті 309 ГПК України суд касаційної інстанції залишив касаційну скаргу без задоволення, а судові рішення – без змін, оскільки ухвала щодо повернення судом апеляційної інстанції скарги на ухвалу, що не підлягає оскарженню окремо від рішення суду, ухвалено з додержанням норм процесуального права.

Попередня редакція ГПК України хоч і не містила прямих норм для повернення апеляційних та касаційних скарг, проте відповідні рекомендації щодо відмови в прийнятті таких скарг надавалися судам у Інформаційному листі Вищого господарського суду України від 31.01.2005 р. п 01-8/157 «Про деякі питання судової практики, пов'язані з оскарженням ухвал господарських судів» [8]. Отже вбачаємо, що прогалини попередньої редакції ГПК України були усунені законодавцем, який передбачив право судів апеляційної чи касаційної інстанції не витрачати час на розгляд безпідставної скарги, а відразу повернути її скаржнику, адже існуюча практика подання сторонами у справі апеляційних і касаційних скарг на ухвали господарського суду, які не може бути оскаржено ані в апеляційному, ані в касаційному порядку, свідчить, як правило, про бажання зацікавленої сторони

затягнути судовий процес у зв'язку з пересиланням матеріалів справи до суду вищого рівня. А тому законодавець додатково передбачив у статті 43 ГПК України обов'язок сторін добросовісно користуватися належними їм процесуальними правами та відніс до зловживання процесуальними правами подання скарги на судові рішення, яке не підлягає оскарженню.

Використані матеріали:

1. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. №254к/96-ВР/ – URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/main/254к/96-вр>.
2. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991р. №1798-ХІІ/ Верховна Рада України. – URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>.
3. Рекомендація № R (95) 5 Комітету Міністрів Ради Європи державам членам щодо введення в дію та поліпшення функціонування систем та процедур оскарження у цивільних і торгівельних справах від 07 лютого 1995 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_153.
4. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text
5. Рішення Європейського суду з прав людини від 15.02.2000 у справі «Гарсія Манібардо проти Іспанії». URL: <https://ips.ligazakon.net/document/SO2418>
6. Рішення Європейського суду з прав людини від 05.04.2018 у справі «Зубац проти Хорватії». URL: <https://hudoc.echr.coe.int>
7. Постанова Касаційного господарського суду Верховного суду від 14.09.2020 року у справі № 910/404/20. URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/91528638?utm_source=jurliga.ligazakon.net&utm_medium=news&utm_content=jl01
8. Про деякі питання судової практики, пов'язані з оскарженням ухвал господарських судів: Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 31.01.2005 р. № 01-8/157 / Вищий господарський суд України. – URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v_157600-05.

Муза Олег Валентинович

доктор юридичних наук,

професор кафедри кримінального та адміністративного права

Академії адвокатури України

(м. Київ, Україна)

ПРОЦЕСУАЛЬНІ АСПЕКТИ ЗАСТОСУВАННЯ СУДОВИХ ПРАВОВИХ ПОЗИЦІЙ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Судово-правова реформа 2016 року посилила роль правових позицій Верховного Суду у національній правозастосовній практиці. Це один із позитивних кроків у реформуванні судового процесу в Україні у порівнянні з невіршеним комплексом питань судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів.

Адміністративне судочинство у системі судового права і процесу зазнало найбільших змін стосовно формування прецедентного права з розгляду та вирішення публічно-правових спорів. Мова йде про запровадження інституту типової та зразкової справи, що лише посилює роль адміністративних судів з вироблення єдиної правозастосовної практики та розв'язання найбільш суперечливих питань права.

Відомо, що правозастосування як результат появи судових рішень, в яких можна простежити елементи правотворчості (поява правових правил регулювання суспільних відносин, відмінних від тих, що закріплені у правових актах), залишається ключовою категорією для характеристики судового рішення як джерела права. Це можна обґрунтувати за допомогою такої теоретичної конструкції як *ratio decidendi* – саме по собі судове рішення не має особливого значення, обов'язковим у ньому виступає та норма, принцип, на яких воно ґрунтується і доказом яких служить. Тобто, та норма, що прямо чи опосередковано трактується суддею [1]. Тому слід розрізняти *ratio decidendi* і *obiter dicta* («сказане між іншим»), оскільки останнє не є частиною *ratio decidendi* та відображає окремі міркування суду щодо предмету дискусії. Тобто, судова правова позиція відображає судження суду з розгляду конкретної справи або типових справ, що викладається у формі висновку. У Кодексі адміністративного судочинства України (КАС України) зазначено про формування висновків Верховного Суду у подібних правовідносинах, однак дефініції «*подібні правовідносини*» не наведено.

У зв'язку з недоліками правозастосування протягом тривалого часу великою проблемою для реалізації принципу розумності строків розгляду справ та принципу процесуальної економії були «хвильоподібні» масові звернення осіб, наділених певним соціальним статусом, до суду із однаковими позовними вимогами з аналогічних підстав. Дане питання було вирішене з прийняттям Закону України № 2147-VIII та

запровадженням в адміністративне судочинство процесуального інституту типових і зразкових справ, який не є характерним для інших видів судочинства [2].

Відповідно до п. 21 ч. 1 ст. 4 КАС України типовими є адміністративні справи, відповідачем у яких є один і той самий суб'єкт владних повноважень (його відокремлені структурні підрозділи), спір у яких виник з аналогічних підстав, у відносинах, що регулюються одними нормами права, та у яких позивачами заявлено аналогічні вимоги.

Зразковою справою відповідно до п. 22 ч. 1 цієї ж статті КАС України є типова адміністративна справа, прийнята до провадження Верховним Судом як судом першої інстанції для постановлення зразкового рішення. Так, якщо у провадженні одного або декількох адміністративних судів перебувають типові адміністративні справи, кількість яких визначає доцільність ухвалення зразкового рішення, суд, який розглядає одну чи більше таких справ, може звернутися до Верховного Суду з поданням про розгляд однієї з них Верховним Судом як судом першої інстанції. Таке подання має містити виклад адміністративним судом підстав, з яких суд вважає, що справа має бути розглянута Верховним Судом як зразкова, в тому числі посилання на типові справи.

З огляду на викладене можна стверджувати, що судові правові позиції в адміністративному судочинстві передбачені у:

- висновках Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду щодо застосування норм права у подібних правовідносинах;
- висновках Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду з розгляду зразкових адміністративних справ;
- висновках Великої Палати Верховного Суду щодо застосування норм права у подібних правовідносинах.

Як уже відмічалось, судово-правова реформа 2016 року докорінно змінила процесуальні правила розгляду справ. При цьому у процесуальних кодексах з приводу застосування судових правових позицій (висновків щодо застосування норм права у подібних правовідносинах) є ряд питань, які потребують уточнення законодавцем. Зокрема можна зазначити про наступне:

- проблема остаточності судових правових позицій;
- порядок зміни та скасування судових правових позицій;
- особливості застосування судових правових позицій з питань застосування норм матеріального права, що змінені суб'єктом нормотворчості;
- критерії неврахування судом апеляційної інстанції висновків правових позицій, викладених у рішеннях Верховного Суду щодо застосування норми права у подібних правовідносинах;
- критерії обґрунтування скаргником необхідності відступлення від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного у постанові Верховного Суду та засто-

сованого судом апеляційної інстанції в оскаржуваному судовому рішенні під час касаційного оскарження судових рішень;

- критерії відступлення Верховним Судом від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах;
- межі судової дискреції при формуванні судових правових позицій;
- наявність висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах як процесуального фільтру касаційного оскарження судових рішень.

Таким чином, удосконалення процесуального законодавства як складової частини судово-правової реформи залежить від волі та розуму законодавця. Проблема застосування судових правових позицій в адміністративному судочинстві переконливо демонструє необхідність продовження процесу реформування процесуального законодавства в Україні.

Використані матеріали:

1. Кросс Р. Прецедент в англійском правe. Москва: Юрид. л-ра, 1985. С. 19.
2. Муза О.В., Травкіна К.Є. Процесуальні засади спрощеного позовного провадження в адміністративному судочинстві України: монографія. Київ: Четверта хвиля, 2019. С. 78.

***Ніколенко Людмила Миколаївна**
доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри юридичних дисциплін
Донецького юридичного інституту МВС України
(м. Маріуполь, Україна)*

ОСОБЛИВОСТІ СПРОЩЕНОГО ПОЗОВНОГО ПРОВАДЖЕННЯ У ГОСПОДАРЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ

Відповідно до Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України), спрощене позовне провадження спрямовано на розгляд малозначних справ, справ незначної складності та інших справ, для яких пріоритетним є швидке вирішення справи. У цьому й проявляється особливість розгляду справ у порядку спрощеного позовного провадження, оскільки завдання господарського судочинства, а саме справедливе, неупереджене та своєчасне вирішення судом спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності, та розгляд інших справ, віднесених до юрисдикції господарського суду, з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, держави поєднується з метою їх швидкого вирішення. Спрощене провадження також закрі-

плює роль суду в суспільстві через більш коротку та просту процедуру [1, с. 104], що здійснюється за рахунок оптимізації етапів та строків судового провадження, порядку притягнення учасників процесу та зменшення кількості процесуальних дій [2, с. 21]. Запровадження такого виду позовного провадження, як спрощене, свідчить про вибір нашою державою європейської системи цінностей, зокрема що стосується стандартів правосуддя.

Відповідно ст. 248 ГПК України суд розглядає справи у порядку спрощеного позовного провадження протягом розумного строку, але не більше шістдесяти днів з дня відкриття провадження у справі.

Справи, що розглядаються в порядку спрощеного позовного провадження, на підставі ГПК України, можна диференціювати на справи, які суд: в обов'язковому порядку розглядає в порядку спрощеного позовного провадження (ст. 247 ГПК України); має право розглядати, якщо справа, віднесена до юрисдикції господарського суду, за винятком справ, зазначених у ч. 4 ст. 247 ГПК України (п. 2 ст. 247 ГПК України). Суд, відносить справи до категорії спрощених на підставі критеріїв: ціна позову; значення справи для сторін; спосіб захисту; складність справи; наявність доказів; кількість учасників; наявність значного суспільного інтересу; волевиявлення сторін щодо розгляду справи у спрощеному позовному провадженні. Крім того, слід зауважити, що тільки ціна визначена законодавчим актом, інші критерії є оціночними, які суд самостійно визначає та тлумачить у конкретній справі. Також, вчені звертають увагу на некоректне використання деякої термінології та формулювань. Наприклад, «кількість сторін та інших учасників справи», не є зовсім правильним, оскільки сторонами є позивач і відповідач, то більше їх не може бути. Можлива участь кількох позивачів і (або) кількох відповідачів (процесуальна співучасть), проте сторін у процесі завжди є лише дві. Тому правильним було б таке формулювання: «кількість позивачів, відповідачів та інших учасників справи» [3, с. 87].

Також, слід звернути увагу, на те, що визначення малозначності справи за таким критерієм, як ціна не свідчить про простий спосіб захисту, невеликий обсяг доказового матеріалу та можливість установа-лення всіх обставин справи в скорочені строки [3, с. 86]. ГПК України не містить визначення поняття «малозначні справи». І. Ізарова зазначає, що термін «малозначні» доволі специфічний, оскільки значення справи для заявника не залежить від його ціни або складності розгляду і навряд чи варто ділити справи на значні та малозначні [4, с. 18]. Адже для кожної людини справи, що її стосуються - значні. Однак, із набранням чинності процесуальних кодексів «малозначні справи» є правовою категорією, яка підлягатиме застосуванню за правовими критеріями. Тому вирішення судом питань, пов'язаних з розглядом справи, за критерієм малозначності спору передбачає широкі дискреційні повноваження суду, а тому виникає необхідність на практиці виробити критерії, відповідно до яких такий чинник як малозначність

повинен бути оцінений об'єктивно [5, с. 116-117].

Пункт 4 ст. 247 ГПК України встановлює перелік справ, які не можуть бути розглянуті у порядку спрощеного позовного провадження. Суд відмовляє у розгляді справи за правилами спрощеного позовного провадження або постановляє ухвалу про розгляд справи за правилами загального позовного провадження, якщо після прийняття судом до розгляду заяви позивача про збільшення розміру позовних вимог або зміни предмета позову, відповідна справа не може бути розглянута за правилами спрощеного позовного провадження. Але здається, що в деяких випадках, справи визначені у п. 4 ст. 247 ГПК України, можуть бути розглянуті у спрощеному позовному провадженні при наявності дискреційних повноважень у суду.

На підставі зробленого аналізу, можливо зазначити, що спрощене позовне провадження має свої особливості, а саме: оперативний розгляд справ; особливий порядок розгляду справи (без повідомлення (виклику) сторін, відсутність судових дебатів, неможливість розгляду зустрічного позову тощо); обмежена можливість касаційного оскарження справ, які розглядаються в порядку спрощеного позовного провадження. З метою розширення категорій справ, які можуть бути розглянуті в порядку спрощеного позовного провадження пропонується розширити дискреційні повноваження суду з наданням права відносити до спрощеного провадження справи, які не викликають труднощів з їх розглядом судом. Надання такої можливості зменшить навантаження господарських судів, підвищить рівень довіри до суду, що позитивно вплине на ефективність господарського судочинства.

Використані матеріали:

1. Полюк Ю.І. Деякі зміни цивільного процесуального законодавства щодо реалізації права на звернення до суду за захистом: порівняльно-правовий аспект. *Форум права*. 2018. № 2. С. 98–108.
2. Ткачук О. Сучасні проблеми і напрямки спрощення судових процедур у цивільному судочинстві України. *Підприємство, господарство і право*. 2016. № 5. С. 19–24.
3. Угриновська О., Гембара Г. Спрощене позовне провадження: законодавча регламентація та проблеми судової практики. *Підприємство, господарство і право*. 2018. № 12. С. 85-89.
4. Ізарова І.О. Реформи цивільного процесуального законодавства в незалежній Україні: 1991-2017. *Україна на шляху до Європи: реформа цивільного процесуального законодавства: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 7 лип. 2017 р.) / за заг. ред. І. О. Ізарової, Р. Ю. Ханік-Посполітак*. Київ : ВД Дакор, 2017. С. 18-35.
5. Грабовська Г.М., Жаб'як А. Новели позовного провадження в цивільному судочинстві. *Юридичний вісник*. 2019. № 1 (50). С. 114-121.

Овчаренко Олена Миколаївна

доктор юридичних наук,
доцент, доцент кафедри адвокатури Національного
юридичного університету ім. Ярослава Мудрого,
адвокат, Дисциплінарний уповноважений
Асоціації приватних виконавців України
(м. Харків, Україна)

АКТУАЛЬНІ ПРАВОВІ ПОЗИЦІЇ ВЕРХОВНОГО СУДУ З ВИКОНАВЧОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Відповідно до усталеної правової позиції Європейського суду з прав людини, *право на суд було б ілюзорним, якби правова система Договірної держави допускала, щоб остаточне судове рішення, яке має обов'язкову силу, не виконувалося на шкоду одній із сторін* («Горнсбі проти Греції», рішення від 19 березня 1997 р.). Євросуд також зауважує, що саме на державу покладається обов'язок *вжиття у межах її компетенції усіх необхідних кроків для того, щоб виконати остаточне рішення суду та, діючи таким чином, забезпечити ефективне залучення усього її апарату*. Не зробивши цього, вона не виконає вимоги, що містяться у пункті 1 статті 6 Конвенції («Глоба проти України», рішення від 5 липня 2012 р.). Насамкінець, *Суд повторює, що сама природа виконавчого провадження вимагає оперативності* (див. рішення у справі «Comingersoll S. A. проти Португалії», заява № 35382/97, п. 23, ECHR2000-IV).

Обов'язковість судових рішень як засада функціонування органів державної влади закріплена і в національному законодавстві й судовій практиці. Так, відповідно до ч. 2 ст. 13 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», судові рішення, що набрали законної сили, є обов'язковими до виконання усіма органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими та службовими особами, фізичними і юридичними особами та їх об'єднаннями на всій території України.

Згідно правової позиції Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду, викладеної у постанові від 30 серпня 2018 року у справі № 916/4106/14, *«встановлена обов'язковість судового рішення, яке набрало законної сили, не дає підстав для висновку про можливість ставити його виконання в залежність від волевиявлення боржника або будь-яких інших осіб на вчинення чи не вчинення дій щодо його виконання, оскільки це б нівелювало значення самого права звернення до суду як засобу захисту та забезпечення реального відновлення порушених прав та інтересів»*.

Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду в постанові від 29 листопада 2019 року у справі № 805/5043/15-а вказав, що *невиконання судового рішення, яке набуло законної сили, або надання*

йому переоцінки суперечить принципу верховенства права, складовою якого є принцип правової визначеності; суд, за загальним правилом, не повинен брати до уваги послання сторони у справі в обґрунтуванні своєї позиції на фактичні обставини, виникнення яких стало наслідком невиконання такою стороною судового рішення, що набуло законної сили. Очевидно, що поклавши функцію виконання рішень суду на приватних виконавців, держава поширює на них частину відповідальності за ефективне виконання рішень суду. На державу покладається обов'язок створити належні умови для виконання виконавцями покладених на них публічних функцій.

Порядок виконання рішень та інших актів суду детально врегульований Законом України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів» від 2 червня 2016 р., № 1403-VIII, Законом України «Про виконавче провадження» від 2 червня 2016 р., 1404-VIII, підзаконними актами Міністерства юстиції України, яке уповноважено здійснювати відомчий контроль за органами й посадовими особами, наділеними повноваженнями із виконання рішень суду. Водночас, недоліки чинного законодавства вимагають оперативного роз'яснення норм і приписів, які не мають однозначного тлумачення. Таку функцію частково виконує судова практика. Відповідно до ст. 129¹ Конституції України, контроль за виконанням судового рішення здійснює суд. Законом України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 р., № 1402-VIII визначена юридична сила рішень суду. Висновки щодо застосування норм права, викладені у постановах Верховного Суду, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права. Висновки щодо застосування норм права, викладені у постановах Верховного Суду, враховуються іншими судами при застосуванні таких норм права (пп. 5, 6 ст. 13 цього Закону).

Так, завдання і межі судового контролю за рішеннями і діями приватним виконавців добре визначені в постанові Другої судової палати Касаційного цивільного суду у справі № 641/7824/18 від 22 квітня 2020 р. Відповідно до обставин цієї справи боржник оскаржив до суду постанову державного виконавця про відкриття виконавчого провадження й постанову про арешт коштів боржника. На думку скаргника КП «Жилкомсервіс», зазначені постанови були винесені з порушенням частини першої статті 24 Закону України «Про виконавче провадження», оскільки виконавчий документ був пред'явлений з порушенням принципу територіальності виконання рішення. Суди першої та апеляційної інстанцій задовольнили скаргу боржника і скасували постанови державного виконавця у виконавчому провадженні. Верховний Суд задовольнив касаційну скаргу Міжрайонного відділу державної виконавчої служби по Основ'янському та Слобідському районах м. Харків й скасував зазначені рішення суду, мотивуючи своє

рішення відсутністю в зазначеній ситуації порушення прав боржника:

«Суди зробили висновок, що державний виконавець порушив порядок відкриття виконавчого провадження та в подальшому не передав його до компетентного відділу ДВС, що свідчить про протиправність інших рішень та дій державного виконавця з приводу такого виконання рішення на чужій території.

Разом з цим відповідно до частини першої статті 2 ЦПК України завданням цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Суд та учасники судового процесу зобов'язані керуватися завданням цивільного судочинства, яке превалює над будь-якими іншими міркуваннями у судовому процесі (частина друга статті 2 ЦПК України).

У частині першій статті 11 ЦПК України передбачено, що суд визначає в межах, встановлених цим Кодексом, порядок здійснення провадження у справі відповідно до принципу пропорційності, враховуючи: завдання цивільного судочинства; забезпечення розумного балансу між приватними й публічними інтересами; особливості предмета спору; ціну позову; складність справи; значення розгляду справи для сторін, час, необхідний для вчинення тих чи інших дій, розмір судових витрат, пов'язаних із відповідними процесуальними діями, тощо.

Згідно з частиною першою статті 447 ЦПК України сторони виконавчого провадження мають право звернутися до суду із скаргою, якщо вважають, що рішенням, дією або бездіяльністю державного виконавця чи іншої посадової особи органу державної виконавчої служби або приватного виконавця під час виконання судового рішення, ухваленого відповідно до цього Кодексу, порушено їхні права чи свободи. Тлумачення зазначених норм дозволяє зробити висновок, що *завданням цивільного судочинства є саме ефективний захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів. В порядку судового контролю за виконанням судових рішень такий захист можливий за умови, що права, свободи чи інтереси сторони виконавчого провадження порушені, а скаржник використовує цивільне судочинство для такого захисту. По своїй суті ініціювання справи щодо судового контролю за виконанням судових рішень не для захисту прав та інтересів є недопустимим.*

Варто відзначити, що процесуальне законодавство дозволяє державним і приватним виконавцям звертатися до суду за роз'ясненням питань, що пов'язані з виконанням рішення суду. Відповідно до пп. 10 ч. 3 ст. 18 Закону України «Про виконавче провадження» виконавець під час здійснення виконавчого провадження має право звертатися до суду або органу, який видав виконавчий документ, із заявою (по-

данням) про роз'яснення рішення, про видачу дубліката виконавчого документа у випадках, передбачених цим Законом, до суду, який видав виконавчий документ, - із заявою (поданням) про встановлення чи зміну порядку і способу виконання рішення, про відстрочку чи розстрочку виконання рішення.

Порядок вирішення процесуальних питань, пов'язаних з виконанням судових рішень у цивільних справах та рішень інших органів (посадових осіб), визначений у розділі VI ЦПК України. За загальним правилом, процесуальні питання, пов'язані з виконанням судових рішень у цивільних справах, вирішуються судом, який розглядав справу як суд першої інстанції.

Приміром, згідно ст. 440 ЦПК України, приватний виконавець подає заяву в суд для з'ясування питання про звернення стягнення на грошові кошти, що належать іншим особам, та нерухоме майно, право власності на яке не зареєстровано в установленому законом порядку. В постанові Верховного Суду від 1 липня 2020 року у справі № 488/3753/17-ц Об'єднана палата Касаційного цивільного суду в складі Верховного Суду роз'яснила, яким чином приватний виконавець має реалізувати зазначене у ст. 440 ЦПК процесуальне право:

«Приватний виконавець звернувся до суду із поданням про звернення стягнення на будинок, який належить боржнику, але право власності на нього не зареєстровано у встановленому законом порядку. Подання обґрунтовано тим, що у заявника перебуває провадження з примусового виконання виконавчого листа, виданого на виконання судового рішення про стягнення з боржника на користь банку 456 281 грн. За даними БТІ, він є власником будинку, однак свідомо не зареєстрував право власності на нього в Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно з метою унеможливити звернення стягнення на вказане майно.

Відмовляючи у відкритті провадження за цим поданням, суд першої інстанції, з висновками якого погодився апеляційний суд, виходив із того, що воно є аналогічним попереднім поданням приватного виконавця, за наслідками розгляду яких було відмовлено у відкритті провадження. При цьому суд послався на п. 2 ч. 1 ст. 186 ЦПК України. Верховний Суд у складі Об'єднаної палати Касаційного цивільного суду скасував судові рішення та передав справу на розгляд до суду першої інстанції з огляду на таке.

Приватний виконавець цього разу звернувся до суду із поданням про звернення стягнення на майно боржника у тому самому виконавчому провадженні щодо того самого об'єкта нерухомого майна, проте з інших правових підстав, з додаванням нових доказів, а тому висновки про те, що немає підстав для розгляду нового подання виконавця, є помилковими.

Посилаючись на практику Європейського суду з прав людини, Вер-

ховний Суд зазначив, що *формалізм у процесі є позитивним і необхідним явищем, оскільки забезпечує чітке дотримання судами процесу, проте надмірний формалізм заважає практичності та ефективному доступу до суду, не сприяє правовій визначеності, належному здійсненню правосуддя, у тому числі виконанню судового рішення та є порушенням ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Виконання судових рішень у цивільних справах є складовою права на справедливий суд та однією з процесуальних гарантій доступу до суду, що передбачено зазначеною статтею Конвенції.*

Розгляд процесуальних питань, пов'язаних з виконанням судових рішень, є триваючими правовідносинами до тих пір, поки судові рішення не буде виконане в порядку, передбаченому законом. Тому державний або приватний виконавець має право звертатися до суду з відповідним поданням, направленим на виконання ст. 129 Конституції України щодо обов'язковості судового рішення, стільки разів, скільки для цього необхідно, щоб виконати судові рішення. Проте це не мають бути тотожні та аналогічні подання (заяви), які вже судом вирішені. При цьому згідно з ч. 11 ст. 440 ЦПК України суд негайно розглядає подання державного/приватного виконавця без повідомлення сторін та інших заінтересованих осіб за участю державного виконавця, приватного виконавця.

Об'єднана палата Касаційного цивільного суду зробила такі висновки про застосування норм права:

1. *Розгляд процесуальних питань, пов'язаних з виконанням судових рішень у цивільних справах та рішень інших органів (посадових осіб), є виконанням судових рішень як заключного етапу в процесі реалізації захисту цивільних прав.*

Виконання судових рішень у цивільних справах є складовою права на справедливий суд та однією з процесуальних гарантій доступу до суду, що передбачено ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Правовідносини з виконання судових рішень є триваючими до тих пір, поки судові рішення не буде виконане в порядку, передбаченому законом.

2. *Заява (подання державного / приватного виконавця) з процесуальних питань, пов'язаних з виконанням судових рішень у цивільних справах, зокрема, про звернення стягнення на нерухоме майно боржника, право власності на яке не зареєстровано в установленому законом порядку, підлягає негайному розгляду без відкриття провадження у справі.*

Суд, здійснюючи процесуальний контроль за діями приватних та державних виконавців, ретельно досліджує послідовність й законність їх дій у виконавчому провадженні. Визнаючи незаконними дії виконавця та скасовуючи їх, суд фактично застосовує специфічну процесуальну санкцію, яка має юридично значущі наслідки як для сторін виконавчого

провадження, так і для осіб, уповноважених виконувати рішення суду. Приміром, постановою Східного апеляційного господарського суду від 18 травня 2020 р. було відмовлено у винесенні окремої ухвали стосовно приватного виконавця: «враховуючи, що суд апеляційної інстанції не вбачає в діях приватного виконавця як ознак кримінального правопорушення, так і ознак дисциплінарного проступку, постановлення окремої ухвали в даному випадку не сприятиме захисту інтересів стягувача, не є ефективним та доцільним механізмом захисту його майнових прав».

Отже, відповідно до усталеної судової практики, основним завданням судового контролю у виконавчому провадженні є забезпечення відновлення порушених прав сторін виконавчого провадження. Саме факт порушення своїх законних прав і охоронюваних законом інтересів має доводити боржник, подаючи скаргу на дії приватного виконавця у виконавчому провадженні, підкріплюючи цей факт належними і допустимими доказами. У таких справах боржник також має довести, яким чином скасування процесуального документа, винесеного державним або приватним виконавцем у виконавчому провадженні, відновить його порушені права та інтереси (якщо такі мали місце), в який спосіб процес виконання рішення, яке було постановлено судом, порушить його права та охоронювана законом інтереси.

Петренко Наталія Олегівна

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри професійних та

спеціальних дисциплін Херсонського факультету

Одеського державного університету внутрішніх справ

(м. Херсон, Україна)

ЩОДО ПРАКТИЧНИХ АСПЕКТІВ ЗАСТОСУВАННЯ ЕЛЕКТРОННИХ ДОКАЗІВ В ГОСПОДАРЬСЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ

В сучасному світі інформаційні технології та їх застосування стає невід'ємним у всіх сферах життя суспільства. Не минули інформаційно-телекомунікаційні технології і судочинства. Так, електронний документообіг, застосування мережі Інтернет та інших досягнення інформаційних технологій стають невід'ємною частиною повсякденного життя суб'єктів господарювання, органів державної влади та місцевого самоврядування тощо. Не виключенням стало і господарське процесуальне законодавство. Так, новелою Господарського процесуального кодексу України стало закріплення такого виду доказів як електронні. Проте, із запровадженням нового способу доказування в теорії та практиці господарського судочинства виникли певні неузгодженості щодо їх застосування.

Частина 1 статті 96 Господарського процесуального кодексу містить визначення електронних доказів. Законодавець закріплює, що електронними доказами є інформація в електронній (цифровій) формі, яка містить дані про обставини, що мають значення для справи, зокрема, електронні документи (в тому числі текстові документи, графічні зображення, плани, фотографії, відео- та звукозаписи тощо), веб-сайти (сторінки), текстові, мультимедійні та голосові повідомлення, метадані, бази даних й інші дані в електронній формі [1]. Зазначеною статтею також визначено порядок подання електронних доказів до суду. Так, електронні докази можуть бути подані: 1) в оригіналі; 2) в електронній копії, яка засвідчується електронним цифровим підписом; 3) в паперовій копії, яка посвідчується відповідно до вимог чинного законодавства. Однак, попри чітке регламентування видів електронних доказів та способів їх подання до суду в судовій практиці виникають питання які потребують додаткового уточнення. Наприклад Господарський суд м. Києва, досліджуючи паперову копію фотографій, як доказ по справі № 910/16293/18 зазначив, що «Відповідачем було подано паперову копію електронного доказу (фотографію) без зазначення про наявність у нього або іншої особи оригіналу електронного доказу, тобто не було дотримано порядку подачі електронних доказів, визначеного статтею 96 Господарського процесуального кодексу України, а тому вказана фотографія не може вважатися письмовим доказом» [2]. При цьому вважаємо, зазначений висновок суду першої інстанції не відповідає нормам Господарського процесуального кодексу, оскільки електронні докази не можна відносити до письмових доказів, які є окремим та самостійним видом, навіть якщо електронні докази надані суду в паперовій копії. Отже, суди не розмежовують поняття електронний доказ та письмовий доказ. Так, письмовий доказ має завжди паперову форму. Тобто носієм інформації, яка має значення для розгляду справи по суті є папір. В свою чергу, первинним носієм електронного доказу здебільшого є технічний засіб, який лише в окремих випадках можна подати до суду в паперовому вираженні (документи електронного документообігу, фотокартки тощо). Оригіналом електронного доказу завжди є технічний носій на якому зберігається інформація. Так, в даному випадку доцільним є погодитися з думкою А.М. Найченко, яка зазначає, що для електронного доказу характерним є існування нерозривного зв'язку електронної інформації та технічного носія, на якому така інформація записана [3, с. 180].

Таким чином, електронні докази, як і інші види доказів, мають свої особливості. Тому і оцінка цих доказів має відбуватися із урахуванням їх окремих видових характеристик. Наприклад, Західним апеляційним господарським судом у рішенні по справі № 907/214/18 було досліджено відеозапис та зазначено наступне: «Судом апеляційної інстанції у судовому засіданні було відтворено та переглянуто відеозапис обстеження приміщення від 02.11.2018 року (а.с. 125), здійсненого представниками

відповідача. Електронні докази подаються в оригіналі або в електронній копії, засвідченій електронним цифровим підписом, прирівняним до власноручного підпису відповідно до Закону України «Про електронний цифровий підпис». Законом може бути передбачено інший порядок засвідчення електронної копії електронного доказу. Згідно з ч. 8 ст. 42 ГПК України якщо документи подаються учасниками справи до суду або надсилаються іншим учасникам справи в електронній формі, такі документи скріплюються електронним цифровим підписом учасника справи (його представника). Суд апеляційної інстанції вважає, що даний доказ не відповідає вимогам процесуального закону» [4]. Проте вважаємо такий висновок суду не правомірним. По-перше, не вірним вбачається посилання на ч. 8 ст. 42 Господарського процесуального кодексу України, як на підставу відмови прийняття відеозапису як доказу. У зазначеній вище нормі мова йде про документи, які надсилаються суду або стороні. Вважаємо, що дана стаття підлягає застосуванню саме до процесуальних документів (заяв, клопотань, скарг) та письмових доказів, які додаються до них. По-друге, судом не взято до уваги, що відеозапис не може бути скріплений електронним цифровим підписом. Таким чином, суд апеляційної інстанції не обґрунтовано дійшов висновку, що даний доказ не відповідає вимогам Господарського процесуального кодексу України та його підхід до дослідження доказів є формальним. З аналогічними труднощами можна стикнутися при наданні та дослідженні таких електронних доказів як аудіо запис, інтернет-сторінки та інші. В даному випадку вважаємо, що процесуальне законодавство має містити окремий алгоритм дослідження доказів які не відносяться до категорії письмових та електронних доказів, які не можна надати суду в паперовій формі і засвідчити електронами цифровим підписом.

Використані матеріали:

1. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 № 1798-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#n2191> (дата звернення 08.10.2020р.).
2. Рішення Господарського суду м. Києва від 07.02.2019 у справі № 910/16293/18 URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/79866512> (дата звернення 08.10.2020р.).
3. Найченко А. М. Електронні докази та господарське судочинство. *Часопис Київського університету права*. 2017. № 3. С.178-181.
4. Постанова Західного апеляційного господарського суду від 08 квітня 2019 р. у справі № 907/214/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/81502831> (дата звернення 08.10.2020р.).

Піддубна Вікторія Федорівна

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри цивільного права № 2

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

(м. Харків, Україна)

ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ КОМПЕНСАЦІЇ МОРАЛЬНОЇ ШКОДИ В СУДОВОМУ ПОРЯДКУ

Відповідно до п. 2 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 31.03.1995 року № 4 «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» спори про відшкодування заподіяної фізичній чи юридичній особі моральної (немайнової) шкоди розглядаються у випадках: 1) коли право на відшкодування моральної шкоди безпосередньо передбачено нормами Конституції або впливає з її положень; у випадках, передбачених статтями 7, 440-1 ЦК та іншим законодавством, яке встановлює відповідальність за заподіяння моральної шкоди (наприклад, ст. 49 Закону «Про інформацію», ст. 44 Закону «Про авторське право і суміжні права»; при порушенні зобов'язань, які підпадають під дію Закону «Про захист прав споживачів» чи інших законів, що регулюють такі зобов'язання і передбачають відшкодування моральної (немайнової) шкоди [1].

В доктрині цивільного права під моральною шкодою розуміють протиправне приниження (або замах на приниження) гідності людини, яке викликає в її психіці негативні процеси і стани [2]. В діючому Цивільному Кодексі України не закріплюється поняття моральної шкоди, разом з тим визначається в чому вона виражається, зокрема у ст. 23 ЦК України, моральна шкода полягає у фізичному болю чи стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я, у душевних стражданнях у зв'язку з протиправною поведінкою щодо неї самої, членів її сім'ї чи близьких родичів; у зв'язку із знищенням чи пошкодженням її майна; у приниженні честі, гідності фізичної особи, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи. Вказана стаття знаходиться в главі 3 ЦК України, яка присвячена захисту цивільних прав та інтересів особи. Також, згідно зі ст. 16 ЦК України «... кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу. Серед способів захисту цивільних прав та інтересів можуть бути, зокрема п. 9, відшкодування моральної (немайнової шкоди).

При настанні повної цивільно-правової відповідальності підлягає відшкодуванню як майнова шкода у вигляді реальних збитків і упущеної вигоди так і компенсація моральної шкоди (ст. 23 ЦК). В юридичній літературі доводиться недоговірною природою моральної шкоди. Підстави відшкодування моральної шкоди встановлені у ст. 1167 ЦК України. Верховний Суд України у справі № 6-6бцс14 від 25.06.2014

року у справі про відшкодування моральної шкоди дійшов висновку про те, що ч. 1 ст. 1167 ЦК: «моральна шкода, завдана фізичний або юридичній особі неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю, відшкодовується особою, яка її завдала, за наявності її вини, крім випадків, встановлених частиною другої цієї статті» встановлює загальне правило, відповідно до якого відповідальність за заподіяння моральної шкоди настає за наявності загальної підстави – наявності моральної (немайнової) шкоди, а також за наявності всіх основних умов відповідальності, а саме: неправомірної поведінки, причинного зв'язку та вини заподіювача [3].

Як вірно зазначається в юридичній літературі, право на відшкодування моральної шкоди виникає внаслідок завдання такої шкоди і не залежить від наявності спеціальних норм цивільного законодавства. Статті 1167 ЦК, ст. 23 ЦК України слід розглядати як самодостатні у розумінні існування права особи на компенсацію моральної шкоди безотносно до того, чи передбачено право на таке відшкодування додатково у будь-яких інших нормативних актах або договорі. Таким чином, згідно зі ст. 23 ЦК України, яка передбачає загальний спосіб захисту порушених цивільних прав та знаходиться у загальних положеннях ЦК України, особа має право на відшкодування моральної шкоди, завданої внаслідок порушення її прав [4, с. 105-106]. Цей висновок підтверджується і практикою Європейського суду з прав людини у справі проти держави Україна, яка може розглядатися як прецедентна. Так, у Рішенні у справі «Новоселецький проти України» від 22 лютого 2005 року (заява № 471/99, пп. 22, 76) Суд був «особливо здивований» тим, що національний суд відхилив позов про відшкодування шкоди з посиланням лише на те, що «відшкодування моральної шкоди у житлово-правових спорах законом не передбачено»[4].

Таким чином, проаналізувавши норми ЦК України, можна вказати про те, що моральна шкода повинна компенсуватися кожному, чие право порушене та кому вона дійсно завдана. Разом з тим, судова практика щодо компенсації моральної шкоди виходить з положення, яке закріплене в Постанові Пленуму ВС від 31.03.1995 року № 4 «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди», що право на відшкодування моральної шкоди відшкодовується особі, якщо це право безпосередньо передбачене нормами Конституції України, ЦК України та іншим законодавством, в якому встановлюється відповідальність за заподіяння моральної шкоди. Так, наприклад, аналізуючи узагальнення вітчизняної судової практики про відшкодування моральної шкоди за період з 2015 року по 1 півріччя 2016 року, вказується про те за які порушення і які спеціальні закони України закріплюють право на відшкодування моральної шкоди, зокрема, вчинення неправомірних дій або рішень органу чи посадової особи при розгляді скарги громадянина (ст. 25 Закону України «Про звернення громадян» від 02.10.96 р.); невиконання вимог щодо пово-

дження з відходами під час їх збирання, перевезення (ст. 42 Закону України «Про відходи» від 09.03.98 р.); розголошення телерадіоорганізацією інформації про приватне життя громадянина без його згоди, якщо ця інформація не є суспільно необхідною (ст. 59 Закону України «Про телебачення і радіомовлення від 21 грудня 1993 р.) і інші. Крім цього, із змісту декількох судових рішень, наданих для узагальнення у справах про захист прав споживачів, в яких однією із вимог є вимога про відшкодування моральної шкоди вбачається, що судам слід звертати увагу на те, що моральна шкода відшкодовується тільки в тому випадку, якщо шкода завдана каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю потерпілого (п.5 ч. 1 ст. 4 Закону України «Про відповідальність за шкоду, завдану внаслідок дефекту в продукції» від 19 травня 2011 року) [5].

Враховуючи все вищенаведене, моральна шкода в Україні повинна відшкодовуватися кожному, чие право порушене та кому вона дійсно завдана.

Використані матеріали:

1. Постанова Пленуму ВС від 31.03.1995 № 4 – URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-95#Text>
2. Петренко В. Поняття та зміст моральної шкоди за чинним законодавством/В.Петренко – URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2019/4/12.pdf>
3. Постанова ВС у справі № 6-66цс14 від 25.06.2014 – URL: режим доступу: <https://oda.court.gov.ua/sud1590/pravovipoziciivsu/6-66cs14>
4. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар: пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій України, наукових фахівців) – т. 11: недоговірні зобов'язання/І.В.Спасибо-Фатеева, Л.М.Баранова, Ю.В.Баулін та ін.; за ред. проф. І.В.Спасибо-Фатеевої– Х.: Право, 2014 – 416 с.
5. Узагальнення судової практики про відшкодування моральної шкоди за період з 2015 р. по 1 півріччя 2016 р. – URL: https://hra.court.gov.ua/sud2090/inf_court/generalization/uzag16c15

Плахотнік Олег Віталійович

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри нотаріального,

виконавчого процесу та адвокатури,

прокуратури, судоустрою

Інституту права Київського національного університету

імені Тараса Шевченка

(м.Київ, Україна)

ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНИХ ФУНКЦІЙ ПРОКУРОРА У КРИМІНАЛЬНЕ ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО ТА ЗАКОН УКРАЇНИ «ПРО ПРОКУРАТУРУ»

У Верховній Раді України зареєстровано Проект Закону «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України у частині забезпечення реалізації функцій прокуратури» (реєстр. №3009а від 26.08.2020 року) [1] (Далі - Проект Закону №3009а від 26.08.2020 року). Автори законопроекту, орієнтуючись на прийнятий Закон України «Про внесення змін до Конституції України» (щодо правосуддя) від 2 червня 2016 року, яким змінено функції органів прокуратури зазначають, що існує необхідність приведення процесуальних повноважень прокурора у КПК України у відповідність до положень Конституції України для забезпечення належного виконання завдань органів прокуратури. Також, автори звертають увагу на те, що без ухвалення відповідних змін діяльність прокуратури з реалізації функцій, зміст яких не визначено, межуватиме з порушенням приписів ч.2 ст.19 Конституції України (органи державної влади, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України). Проект Закону №3009а від 26.08.2020 року пропонується авторами з метою забезпечення імплементації конституційних функцій прокурора у кримінальне процесуальне законодавство.

Слід зазначити, що Проектом Закону №3009а від 26.08.2020 року [1] пропонується внести зміни, доповнити КПК України та дати визначення таким поняттям, як заява, повідомлення про кримінальне правопорушення, публічне обвинувачення, організації досудового розслідування, статусу прокурора, процесуальне керівництво досудовим розслідуванням. Також розширюються перелік повноважень прокурора, врегульовується питання повноважень керівника органу прокуратури, прокурора вищого рівня та інше.

Імплементация функцій прокуратури у кримінальне процесуальне законодавство потребує виваженого підходу для вирішення проблемних питань практики застосування КПК України. Однак, не менш важливим є імплементація конституційних функцій прокурора у Закон України

«Про прокуратуру» від 14.10.2014 року (Далі - Закон України «Про прокуратуру») [2]. На жаль, у межах даних тез неможливо розглянути всі зміни до КПК України, що пропонуються Проектом Закону №3009а від 26.08.2020 року. Тому, у межах даних тез будуть частково розглянуті дві теми, це необхідність змін до Закону України «Про прокуратуру» та процесуальне керівництво прокурора у КПК України.

Розглядаючи наукову літературу слід зазначити, що проблемним питанням правового статусу прокурорів, їх керівників та функцій прокуратури на стадії досудового розслідування досліджували у своїх працях такі відомі вчені, як В.С. Бабкова, О.В. Баганець, В.В. Долежан, П.М. Каркач, М.В. Косюта, А.В. Лапкін, І.Є. Марочкін, М.В. Марчук, Ю.Є. Полянський, І.В. Рогатюк, М.В. Руденко, О.М. Толочко, В.М. Юрчишин та інші.

Зміни до КПК України Проектом Закону №3009а від 26.08.2020 року [1] є об'ємними як за змістом та і за кількістю запропонованих доповнень. Однак, Проектом Закону №3009а від 26.08.2020 року [1] пропонується внести зміни виключно до КПК України у частині забезпечення реалізації функцій прокуратури. Слід зазначити, що імплементації конституційних функцій прокурора потребує не тільки процесуальне законодавство. Згідно ч.1 ст.2 Закону України «Про прокуратуру»[2] до функцій прокуратури відноситься: 1) підтримання державного обвинувачення в суді; 2) представництво інтересів громадянина або держави в суді у випадках, визначених цим Законом та **главою 12** розділу III Цивільного процесуального кодексу України; 3) нагляд за додержанням законів органами, що провадять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство; 4) нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян.

У Законі України «Про прокуратуру»[2] існує прямиий зв'язок ст.2, де визначаються функції прокуратури, з ч.5 ст.8, ст.22, ст.23, ст.24, ст.25, ст.26 Закону України «Про прокуратуру» у частині функцій прокуратури. При цьому, згідно ч.3 ст.2 Закону України «Про прокуратуру» на прокуратуру не можуть покладатися функції, не передбачені Конституцією України [3]. Особливої уваги потребує ст.22 Закону України «Про прокуратуру»[2], за своїм змістом вона посилається на підтримання державного обвинувачення в суді у КПК України. При цьому, ст.22 Закону України «Про прокуратуру» не дає визначення обвинуваченню, не розкриває зміст і повноваження прокурора під час підтримання державного обвинувачення в суді.

Буде доцільним, імплементувати ст.131-1 Конституції України [3] у Закон України «Про прокуратуру» [2] у частині функцій прокуратури та розкрити основні повноваження прокурора по всім визначеним у Конституції України функціям.

Наступне на що, необхідно звернути увагу за своїм значенням це процесуальне керівництво. Надзвичайно важлива тема у контексті конституційних функцій та повноважень прокурора, що визначені у ст.36 КПК України [4]. Проектом Закону №3009а від 26.08.2020 року [1] пропонується частину першу статті 36 КПК України викласти в такій редакції: «Прокурор здійснює організацію, процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, вирішення відповідно до закону інших питань під час кримінального провадження, нагляд за негласними та іншими слідчими і розшуковими діями органів правопорядку, підтримання публічного обвинувачення відповідно до цього Кодексу», а у частині другій статті 36 КПК України в абзаці першому слова «здійснюючи нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням» замінити словами «здійснюючи процесуальне керівництво досудовим розслідуванням». Схожі зміни пропонуються по всьому КПК України. Однак, необхідно звернути увагу на те, що у Конституції України існує як процесуальне керівництво так і нагляд за негласними та іншими слідчими і розшуковими діями органів правопорядку. Враховуючи відсутність законодавчого визначення органам правопорядку, незрозумілим залишається реалізація процесуального керівництва по відношенню до цих органів. Необхідно дати визначення органам правопорядку, визначити їх, як правоохоронні органи або органи досудового розслідування та оперативні підрозділи. Для практики застосування функцій прокуратури у кримінальному процесуальному законодавстві, у відповідності до функцій, що визначені Конституцією України, це є важливим питанням. Про це також у своїй роботі «Зміст терміна «органи правопорядку» використаного у ст.131-1 Конституції України» зазначає Н. Ярмиш, «...вживаний у Конституції України термін «органи правопорядку» доцільно розглядати як аналог терміна «органи охорони правопорядку...» [5]. Також у статті «Аналіз приведення нормативних актів до нової редакції основного закону в руслі змін у судочинстві» О. Баганець зазначає, «...виникає закономірне питання: чи співпадають між собою поняття «орган досудового розслідування» і «орган правопорядку»? А тому й незрозуміло для багатьох фахівців те, чи продовжує здійснювати в таких умовах прокурор нагляд за додержанням вимог Конституції та КПК України під час проведення досудового розслідування?» [6].

На думку автора, повністю відмовлятися від нагляду замінюючи його тільки процесуальним керівництвом є недоцільним з позиції нагляду за негласними та іншими слідчими і розшуковими діями органів правопорядку. Це виходить зі змісту функцій, що покладаються на прокуратуру Конституцією України [3] та повноваженнями, що визначені КПК України [4] і Наказами Генерального прокурора №4/1гн від 03.12.12 року «Про організацію прокурорського нагляду за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність», №353

від 03.08.20 року «Про організацію діяльності прокурорів з нагляду за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян» [7].

Використані матеріали:

1. Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України у частині забезпечення реалізації функцій прокуратури»: Проект Закону (реєстр. №3009а від 26.08.2020 року)/ ВР України. URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=69713
2. Про прокуратуру: Закон України від 14.10.2014 № 1697-VII// Голос України. – 2014., № 206.
3. Конституція України: Закон від 28.06.1996 №254к/96-ВР. URL:<http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show> (дата звернення: 03.10.2020).
4. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI // Голос України. – 2012 р., № 90-91.
5. Ярмиш Н. Зміст терміна «органи правопорядку», використаного у статті 131-1 Конституції України// Вісник Національної академії прокуратури України. – 2016. – №4. – С. 79-84.
6. Баганець О. Аналіз приведення нормативних актів до нової редакції основного закону в руслі змін у судочинстві. Юридичний вісник України. 2017. URL: <https://yvu.com.ua/sudova-reforma-i-konstytutsiya/> (дата звернення: 03.10.2020).
7. Нормативні документи прокуратури. Накази Генерального прокурора з основних напрямів прокурорської діяльності. URL: <https://www.gp.gov.ua/ua/gn> (дата звернення: 03.10.2020).

Саленко Ольга Василівна

*кандидат юридичних наук, науковий консультант Верховного Суду,
(м. Київ, Україна)*

**ОКРЕМІ ПИТАННЯ ПРО ПРАВО НА ЕФЕКТИВНУ,
РЕАЛЬНУ ТА ПРАКТИЧНУ ПРАВОВУ ДОПОМОГУ
В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ У
ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ
ЛЮДИНИ**

Статтею 59 Конституції України кожному гарантується право на професійну правничу допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника

Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні

своїх прав. Відповідно до підпункту «с» пункту 3 статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення, окрім іншого, має щонайменше право захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника, обраного на власний розсуд, або – за браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника – одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя. Право на захист, яке гарантує це положення Конвенції, слід розглядати як складову права на справедливий суд, яке гарантоване статтею 6 Конвенції загалом¹²². Належне гарантування та реалізація права на ефективну, реальну та практичну правову допомогу забезпечує справедливе кримінальне провадження у цілому¹²³.

Відповідно до підпункту «с» пункту 3 статті 6 Конвенції право на захист слід розглядати через призму таких складових: 1) право на доступ до / відмову від правової допомоги на будь-якій стадії провадження; 2) право захищати себе особисто; 3) право за певних обставин обирати адвоката; 4) право на безоплатну юридичну допомогу, якщо особа не має достатньо коштів і якщо цього вимагають інтереси правосуддя; 5) право на практичну й ефективну юридичну допомогу.

Ураховуючи багатоаспектність права на захист, зосередимо увагу на правовій оцінці обставин щодо гарантування та забезпечення права на практичну й ефективну правову допомогу. Забезпечення цього права переважно залежить від якості роботи (дій, бездіяльності) захисника та відповідної реакції на це органів державної влади. Спосіб, у який надається правова допомога (безоплатна чи платна), має бути практичним та ефективним, а не теоретичним та ілюзорним про що свідчить практика Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ).

Так, у рішеннях ЄСПЛ вказано, що підпунктом «с» пункту 3 статті 6 Конвенції гарантовано «допомогу», а не «призначення захисника». Конвенція призначена забезпечувати не ті права, що є теоретичними та ілюзорними, а ті, що є практичними та ефективними. Одного лише призначення захисника недостатньо для того, щоб держава виконала свій обов'язок щодо надання ефективної юридичної допомоги, оскільки адвокат, призначений надавати правову допомогу, може ухилитися від виконання своїх обов'язків, мати проблеми зі здоров'ям або з інших причин тривалий час бути обмеженим у можливості виконувати свої обов'язки. Якщо відповідним органам державної влади доведено до

122 Див. рішення ЄСПЛ у справах «Салдуз проти Туреччини» (Salduz v. Turkey) від 27 листопада 2008 року (п. 50), «Гафген проти Німеччини» (Gafgen v. Germany) від 1 червня 2010 року (п. 169), «Дворський проти Хорватії» (Dvorski v. Croatia) від 20 жовтня 2015 року (п. 76), «Шачашвілі проти Німеччини» (Schatschaschwili v. Germany) від 15 грудня 2015 року (п. 100), «Ібрагім та інші проти Сполученого Королівства» (Ibrahim and Others v. The United Kingdom) від 13 вересня 2016 року (п. 251).

123 Див. рішення ЄСПЛ у справі «Майзит проти Росії» (Mayzit v. Russia) від 20 січня 2005 року (п. 77).

відома про таку ситуацію, вони зобов'язані або замінити цього захисника, або в інший спосіб відреагувати на це¹²⁴.

Обмеження обов'язку держави щодо забезпечення права на захист одним лише призначенням захисника є несправедливими та несумісними зі структурою статті 6 Конвенції. За таких умов юридична допомога буде даремною та неефективною.

Як правило, держава не несе відповідальність за недоліки у діях захисника, призначеного надавати правову допомогу. Концепція незалежності адвоката від органів державної влади передбачає те, що здійснення захисту є взаємовідносинами між клієнтом (підзахисним) та його захисником незалежно від того це платна чи безоплатна правова допомога. Компетентні державні органи зобов'язані втрутитися у такі відносини між клієнтом (підзахисним) та його захисником лише у випадку, коли їм стало відомо (у більшості випадків із заяв підзахисного) про явні і достатні факти невиконання захисником свого обов'язку щодо забезпечення ефективної, реальної та практичної правової допомоги.

Водночас, ЄСПЛ вказує на те, що існують обставини, за яких навіть пасивна поведінка підзахисного (не повідомлення про недоліки у надані правової допомоги, не вчинення будь-яких інших активних дій з метою отримання інформації щодо справи тощо) не може звільнити державу від виконання обов'язку гарантувати ефективний правовий захист особі. У випадках, коли недоліки щодо здійснення захисту є явними або об'єктивно очевидні, підзахисний не повинен активно скаржитися з метою привернути увагу представників держави до цих недоліків. Тому, якщо на національному рівні не вжито належних заходів для гарантування та забезпечення права на захист, ЄСПЛ констатує порушення підпункту «с» пункту 3 статті 6 Конвенції¹²⁵.

¹²⁴ Див. рішення ЄСПЛ у справах «Артико проти Італії» (Artico v. Italy) від 13 травня 1980 року (п.п. 32, 33, 36), «Камасинський проти Австрії» (Kamasinski v. Austria) від 23 листопада 1989 року (п. 65), «Дауд проти Португалії» (Daud v. Portugal) від 21 квітня 1998 року (п. 38), «Імбріюша проти Швейцарії» (Imbrioscia v. Switzerland) від 24 листопада 1993 року (п.п. 38, 41), «Чекалла проти Португалії» (Czekalla v. Portugal) від 10 жовтня 2002 року (п. 60), «Лагерблом проти Швеції» (Lagerblom v. Sweden) від 14 січня 2003 року (п. 56), «Оджалан проти Туреччини» (Ocalan v. Turkey) від 12 травня 2005 року (п. 135), «Санніно проти Італії» (Sannino v. Italy) від 27 квітня 2006 року (п. 48), «Богуміл проти Португалії» (Bogumil v. Portugal) від 07 жовтня 2008 року (п. 45), «Яременко проти України» (Yaremenko v. Ukraine) від 12 червня 2008 року (п. 90), «Сахновський проти Росії» (Sakhnovskiy v. Russia) від 02 листопада 2010 року (п. 95), «Іглін проти України» (Iglin v. Ukraine) від 12 січня 2012 року (п.п. 67, 68), «Фалькао дос Сантос проти Португалії» (Falcao dos Santos v. Portugal) від 03 липня 2012 року (п. 42), «Сийрак проти Росії» (Siyrak v. Russia) від 19 грудня 2013 року (п. 27), «Зінченко проти України» (Zinchenko v. Ukraine) від 13 березня 2014 року (п. 90)

¹²⁵ Див. рішення ЄСПЛ у справі «Санніно проти Італії» (Sannino v. Italy) від 27 квітня 2006 року, рішення ЄСПЛ у справі «Кускани проти Сполученого

Окрім наведеного, слід зауважити, що халатне недотримання захисником формальних вимог щодо захисту, за яких підзахисний у подальшому позбавляється права на захист, є порушенням підпункту «с» пункту 3 статті 6 Конвенції¹²⁶.

Існують випадки, коли органи державної влади формально виконують обов'язок щодо забезпечення та гарантування права на ефективну, реальну та практичну правову допомогу. Наприклад, у питаннях заміни неналежного захисника та призначення нового захисника ЄСПЛ вказує на те, що нездатність держави забезпечити достатній термін для підготовки адвоката до захисту не гарантує реальну юридичну допомогу підзахисному, тим самим порушує підпункт «с» пункту 3 статті 6 Конвенції. ЄСПЛ зауважує про необхідність реагування на це з боку держави у відповідний спосіб (відкладення розгляду справи задля забезпечення підготовки до належного захисту тощо)¹²⁷.

Право на ефективну, реальну та практичну правову допомогу може бути порушено як пасивною реакцією органів державної влади на не виконання чи неналежне виконання захисником свого обов'язку щодо захисту, так і активними діями, які унеможливають здійснення захисником ефективної, реальної та практичної правової допомоги. Досить часто органи державної влади відмовляють у задоволенні клопотань захисників про надання дозволу на зустріч із підзахисним, накладають обмеження на кількість та тривалість таких зустрічей, здійснюють фіксацію розмови захисника із підзахисним за допомогою відео- та звукозапису, обтяжують спілкування захисника із підзахисним присутністю працівників служби безпеки, інших органів, прослуховують телефонні розмови адвоката із підзахисним тощо.

ЄСПЛ зауважує, що такі обмеження та обтяження унеможливають належну підготовку до захисту, що порушує право особи на ефективну, реальну та практичну правову допомогу¹²⁸. Однак, для констатування

Королівства» (*Cuscani v. United Kingdom*) від 24 вересня 2002 року.

126 Див. рішення ЄСПЛ у справі «Чекалла проти Португалії» (*Czekalla v. Portugal*) від 10 жовтня 2002 року (п.п. 65, 68, 71).

127 Див. рішення ЄСПЛ у справі «Дауд проти Португалії» (*Daud v. Portugal*) від 21 квітня 1998 року (п. 42), рішення ЄСПЛ у справі «Богуміл проти Португалії» (*Bogumil v. Portugal*) від 07 жовтня 2008 року (п.п. 27, 49), рішення ЄСПЛ у справі «Санніно проти Італії» (*Sannino v. Italy*) від 27 квітня 2006 року (п.п. 10, 11).

128 Див. рішення ЄСПЛ у справі «S. Проти Швейцарії» (*S. V. Switzerland*) від 28 листопада 1991 року (п.п. 48–51), рішення ЄСПЛ у справі «Бреннан проти Сполученого Королівства» (*Brennan v. the United Kingdom*) від 16 жовтня 2001 року (п. 58), рішення ЄСПЛ у справі «Оджалан проти Туреччини» (*Ocalan v. Turkey*) від 12 травня 2005 року (п. 135), рішення ЄСПЛ у справі «Кастравет проти Молдови» (*Castravet v. Moldova*) від 13 березня 2007 року (п. 49), рішення ЄСПЛ у справі «Загарія прот Італії» (*Zagaria v. Italy*) від 27 листопада 2007 року (п.п. 32–36), рішення ЄСПЛ у справі «Фельдман проти України» від 08 квітня 2010 року (п.п. 24–27, 30–32, 106), рішення ЄСПЛ у справі «Сахновський проти Росії» від 02 листопада 2010 року (п.п. 99–107).

порушення підпункту «с» пункту 3 статті 6 Конвенції має бути доведено, що, наприклад, незабезпечення конфіденційної розмови підзахисного з його адвокатом спричинило не виправне порушення права на справедливий судовий розгляд загалом¹²⁹. ЄСПЛ зауважує, що право на захист, гарантоване підпунктом «с» пункту 3 статті 6 Конвенції, може бути частково обмежене для позитивних цілей. Головною ідеєю є те, щоб такі обмеження (невід'ємні або прямо обумовлені) були сумісними з правом на захист та не позбавляли підзахисного права на справедливий судовий розгляд¹³⁰.

Важливим аспектом у гарантуванні та забезпеченні права на ефективну, реальну та практичну правову допомогу є відсутність конфлікту інтересів. Якщо захисник надає юридичну допомогу в умовах конфлікту інтересів (наприклад, одночасно є захисником осіб, які визнали свою вину у вчиненні злочину та тих, які своєї провини не визнали), це зазвичай є очевидним недоліком, що вимагає втручання з боку держави¹³¹.

За результатами аналізу практики ЄСПЛ, слід зауважити, що право на ефективну, реальну та практичну правову допомогу може бути порушено: 1) бездіяльністю або неналежною діяльністю захисника (відсутній на судових засіданнях, недостатньо контактує із підзахисним, не ознайомлює підзахисного із матеріалами справи, діє всупереч інтересам підзахисного, не компетентний здійснювати захист, формально виконує обов'язок захисту тощо); 2) діяльністю органів державної влади щодо забезпечення права на захист (не реагування або неналежне реагування органів державної влади на звернення підзахисного щодо неналежної діяльності захисника, а також на явні та об'єктивно очевидні недоліки у діяльності захисника, формальне виконання обов'язку щодо забезпечення та гарантування права на захист, вчинення активних дій які обмежують право на ефективну, реальну та практичну правову допомогу тощо); 3) конфліктом інтересів між підзахисним та захисником. ЄСПЛ наголошує, що встановити порушення права на ефективну, реальну та практичну правову допомогу, або відсутність такого порушення можна лише на основі конкретних обставин справи, розглядаючи процес в цілому¹³².

Використані матеріали:

1. Офіційний вебпортал Європейського суду з прав людини [Електронний ресурс] : [Вебпортал]. – Режим доступу: <https://hudoc.echr.coe.int> (дата звернення 09.10.2020).

¹²⁹ Див. рішення ЄСПЛ у справі «Мороз проти України» (Moroz v. Ukraine) від 02 березня 2017 року).

¹³⁰ Див. рішення ЄСПЛ у справі «Сахновський проти Росії» (Sakhnovskiy v. Russia) від 02 листопада 2010 року (п. 102).

¹³¹ Див. рішення ЄСПЛ у справі «Міхай Молдовану проти Румунії» (Mihai Moldoveanu v. Romania) від 19 червня 2012 року (п. 74).

¹³² Див. рішення ЄСПЛ у справі «Куліковський проти Польщі» (Kulikowski v. Poland) від 19 травня 2009 року.

Смітюх Андрій Володимирович

доктор юридичних наук,

професор кафедри адміністративного та господарського права

Одеського національного університету імені І. І. Мечникова

(м.Одеса, Україна)

ЩОДО ПОРЯДКУ РОЗГЛЯДУ ГОСПОДАРСЬКИХ СПРАВ ПРО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ КОРПОРАТИВНОЇ ГОСПОДАРСЬКОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ ЗАБЕЗПЕЧИТИ МОЖЛИВІСТЬ ПРОВЕДЕННЯ АУДИТУ (ПЕРЕВІРКИ) НА ВИМОГУ УЧАСНИКА (АКЦІОНЕРА, ЧЛЕНА)

Однією з важливих складових суб'єктивного корпоративного права учасника (акціонера, члена) брати участь в управлінні корпоративною господарською організацією (юридичною особою корпоративного типу, тобто господарського товариства, виробничого кооперативу, або сільськогосподарського кооперативу, що діє з метою одержання прибутку) є правомочність ініціювати проведення аудиту (перевірки) діяльності або фінансової звітності відповідного господарського товариства (кооперативу), якою наділені акціонери, яким належить більше 10% голосуючих акцій АТ (ч. 5 ст. 75, ч. 1 ст. 76 Закону України «Про акціонерні товариства» [1], ч. 2 ст. 162 ЦК України [2]) учасники, яким сукупно належить 10 і більше відсотків статутного капіталу ТОВ чи ТДВ (ч. 1 ст. 41 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» [3]), не менш як 10 відсотків членів виробничого кооперативу (ч. 3 ст. 18 Закону України «Про кооперацію» [4]), не менше однієї третини загальної кількості членів сільськогосподарського кооперативу (ч. 3 ст. 18 Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію» 2020 р. [5]).

Спори, що виникають у зв'язку з реалізацією зазначеного суб'єктивного корпоративного права є, безперечно, корпоративними і належать до юрисдикції господарських судів на підставі п. 3 ч. 1 ст. 20 ГПК України [6]. Найбільш поширеними серед них є спори за позовом учасника (акціонера, члена) до господарського товариства (кооперативу) про зобов'язання вчинити певні дії (забезпечити можливість проведення аудиту чи перевірки).

Зокрема, Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного господарського суду постановами від 14 лютого 2018 року 910/783/17 [7] та від 29 квітня 2020 року №922/1859/19 [8] підтвердив постанови судів першої та апеляційної інстанцій, які задовольнили вимоги акціонера про зобов'язання АТ вчинити певні дії (забезпечити можливість проведення аудиту) з одночасною відмовою у задоволенні вимог акціонера

про зобов'язання АТ надати документи залученому акціонером суб'єкту аудиторської діяльності, як таких, що не засновані на нормах чинного законодавства. Зазначені справи розглядалися судами першої інстанції у загальному позовному провадженні і їх розгляд першою інстанцією тривав, відповідно 3 і 4 місяці [9, 10]. Це повністю відповідає спеціальним положенням ГПК України, адже строки розгляду справи у загальному позовному провадженні можуть становити до 90, або, у випадку продовження строків підготовчого провадження, навіть 120 днів (ч. 3 ст. 177, ст. 195 ГПК України) [6]. При цьому у порядку спрощеного позовного провадження строк розгляду не може перевищувати 60 днів з дня відкриття провадження у справі (ч.1 ст. 248 ГПК України)[6].

Згідно з ч. 2 ст. 247 ГПК України у порядку спрощеного позовного провадження розглядаються малозначні справи, але у цьому порядку може бути розглянута також будь-яка інша справа, віднесена до юрисдикції господарського суду за винятками, встановленими ч. 4 зазначеної статті, до яких законодавець відносить серед іншого і корпоративні спори [6].

Ч. 3 ст. 12 ГПК України передбачає, що спрощене позовне провадження призначене для розгляду малозначних справ, справ незначної складності та інших справ, для яких пріоритетним є швидке вирішення справи, зауважуючи, що загальне позовне провадження, у свою чергу, призначене для розгляду тих справ, які через складність або інші обставини недоцільно розглядати у спрощеному позовному провадженні [6]. Тобто спрощене позовне провадження є пріоритетною формою розгляду господарських справ для всіх справ, крім тих, які прямо визначені як такі, що не розглядаються у цьому порядку (у т.ч. – справи з корпоративних спорів). Можна бачити, що корпоративні спори сприймаються законодавцем як однорідна маса, проте вони можуть бути диференційовані за такими критеріями як складність та необхідність швидкого вирішення справи.

Зокрема, спори про визнання недійсними загальних зборів учасників передбачають встановлення широкого кола обставин проведення зборів вивчення і оцінку значної кількості доказів, що фіксують поведінку учасників та посадових осіб відповідної юридичної особи корпоративного типу. Не менш складними є справи про стягнення з посадової особи господарського товариства збитків, заподіяних такою особою товариству, що розглядаються за позовом учасника, поданим в інтересах товариства. Ступінь складності справ із зазначених вище категорій корпоративних спорів є настільки значною, що безумовно вимагає розгляду у загальному позовному провадженні, без жодних спрощень.

Натомість у справі, у якій розглядаються вимоги учасника (акціонера, члена) про зобов'язання корпоративної господарської організації вчинити певні дії (забезпечити можливість проведення аудиту) необхідно, по суті, встановити лише факт належності учасникові (акціонерові)

частки відповідного розміру (відповідної кількості акцій), або факт звернення з позовом відповідної кількості членів як співпозивачів (у кооперативах), а також факт незадоволення відповідачем – корпоративною господарською організацією належним чином оформленої вимоги щодо проведення аудиту (перевірки). Таким чином, складність цих справ не видається значною. З іншого боку, ці справи вимагають швидкого розв’язання, оскільки йдеться про забезпечення державним примусом реалізації правомочності, яка виявляється важливою передумовою реалізації інших суб’єктивних корпоративних прав учасника: результатом аудиту (перевірки) фінансово-господарської діяльності чи фінансової звітності стає поінформованість відповідного учасника про справжній стан справ товариства як суб’єкту господарювання, що, у свою чергу, необхідно для прийняття учасником рішення про доцільність ініціювання корпоративних процедур (зокрема – скликання загальних зборів, на яких учасники розглядатимуться питання про переобрання постійно діючих органів товариства чи вжиття заходів для стабілізації фінансового стану товариства) або ж подання позовних заяв (зокрема – про стягнення з посадової особи збитків, заподіяних товариству).

Враховуючи викладене вище видається доцільним введення диференціації господарських справ у корпоративних спорах з метою забезпечення можливості розгляду справ з вимогами учасника (акціонера, члена) про зобов’язання корпоративної господарської організації (юридичної особи корпоративного типу) вчинити певні дії (забезпечити можливість проведення аудиту чи перевірки фінансово-господарської діяльності, фінансової звітності) у порядку спрощеного позовного провадження і внесення відповідних змін до ГПК України.

Використані матеріали:

1. Про акціонерні товариства: Закон України від 17.09.2008 р. № 514-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/go/514-17>.
2. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
3. Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю: Закон України від 06.02.2018 р. № 2275-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275-19>.
4. Про кооперацію: Закон України від 10.07.2003 р. №1087-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1087-15>.
5. Про сільськогосподарську кооперацію: Закон України від 21.07.2020 р. № 819-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/819-20>.
6. Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 06.11.1991 р. № 1798-XII. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>.
7. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 14.02.2018 р. №910/783/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72253399>.

8. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 29.04.2020 р. №922/1859/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89008496>.
9. Рішення господарського суду міста Києва від 06.04.2017 р. № 910/783/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/66003603>.
10. Рішення господарського суду Харківської області від 10.10.2019 р. № 922/1859/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85047932>.

Степанова Тетяна Валеріївна

*доктор юридичних наук, професор,
в.о.завідуючої кафедрою конституційного права та правосуддя
Одеського національного університету імені І.І.Мечникова
(м.Одеса, Україна)*

ЩОДО ФОРМУВАННЯ ВІТЧИЗНЯНОЇ ПРОЦЕСУАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ПОЛІТИКИ

Як вірно зазначає О.В. Бузун, процесуалізація державно-владної діяльності має важливе значення для побудови правової держави і ефективного захисту прав і свобод громадян [1, с.86]. Процесуально-правова політика виступає особливим різновидом правової політики держави.

Згідно з Юридичною енциклопедією «політика – система цілей та засобів їх досягнення тієї чи іншої держави у сфері внутрішнього і зовнішнього життя» [2, с.629]. З урахуванням вказаного можна визначити процесуально-правову політику як систему цілей певної держави та засобів їх досягнення у сфері розгляду та вирішення судових справ.

Слід погодитися з О.Б.Загурським, що процесуальна політика, як підсистема державної правової політики, повинна розроблятися на такому рівні, який би виражав надію на визначену стабілізацію, на те, що в її основі буде не лише кількісне законодавство (насамперед, процесуальне), але й належна правозастосовча практика судових і правоохоронних органів [3, с.153].

Таким чином, процесуально-правова політика повинна сформувати систему засобів стабілізації процесуальних відносин шляхом вироблення підходів (правил) правового регулювання таких відносин.

Центральне місце в регулюванні процесуальних відносин належить питанню захисту учасників процесу шляхом встановлення їх прав та обов'язків, зокрема, задля запобігання зловживанням процесуальними правами.

Так, законодавець має окреслити коло процесуальних правовідносин, у яких застосовуються ті чи інші положення про права та обов'язки

учасників судового процесу. Наприклад, загальновідомо, що в адміністративному, цивільному та господарському процесі закон обмежив учасників справи у певних правах, які вони можуть реалізувати виключно на стадії підготовчого провадження (до початку розгляду справи по суті). Це було зроблено для того, щоб стадія розгляду справи по суті могла пройти якомога якісніше та оперативніше, без зайвих затягувань, і це видається вірним.

Крім того, при встановленні кола прав та обов'язків законодавцеві необхідно враховувати публічні та приватні інтереси, раціональне та обґрунтоване співвідношення яких допоможе, з одного боку, максимально захистити права учасників справи та, з іншого боку, виконати завдання правосуддя.

Права та обов'язки учасників процесу, хоча і є окремим великим та складним питанням, повинні, як і всі інші складові, враховувати спеціалізацію справи та спрямованість до оптимізації процедур розгляду та вирішення справ. Безперечно, важливим є захист прав учасників справи, однак такий захист не є необмеженим та таким, що нівелює роль суду та права інших учасників процесу.

Нефахівці, що беруть участь у судових справах, не завжди розуміють мотивацію законодавця та судді в межах його повноважень щодо встановлення певних прав (можливостей), а також умов та строків реалізації таких прав (можливостей). Тому не тільки на державному рівні, але й у судовому засіданні судді слід приділяти значну увагу роз'яснювальній роботі щодо прийнятого рішення, формуванню та підвищенню рівня процесуально-правової культури населення (як правників, так і неправників), що підвищуватиме довіру до судового рішення, судді та судової системи в цілому.

На нашу думку, основну увагу законодавця мають привертати аспекти взаємодії між учасниками судового процесу, оскільки саме в такі моменти частіше за все відбуваються зловживання процесуальними правами. Зіткнення інтересів цілком ймовірно призводить до проблем в комунікації між учасниками справи. Тому вказані моменти мають бути найбільш чітко врегульовані, щоб запобігти двозначному тлумаченню та некоректному використанню. Так, ст. 59 Господарського процесуального кодексу України в редакції, що діяла до 17.12.2019 р., встановлювала, що відповідач *має право* надати копію відзиву позивачу, іншим відповідачам, а також прокурору, який бере участь в судовому процесі. Тому в особливо конфліктних ситуаціях учасник справи, який надавав суду свої пояснення у письмовій формі, зазначав, що «за законом не зобов'язаний надавати копію таких пояснень іншій стороні, тому якщо вони їй цікаві, вона вправі подати клопотання та ознайомитися з матеріалами справи». Вказане призводило до затягування розгляду справи і не сприяло налагодженню ділових відносин між сторонами в ході розгляду справи. Тому логічним і обґрунтованим стало закріплення в новій редакції ГПК України (ч.5 ст.165) та інших

процесуальних кодексах, що «копія відзиву та доданих до нього документів іншим учасникам справи повинна бути надіслана (надана) одночасно з надісланням (наданням) відзиву до суду» (курсив наш – Т.С.).

Одночасно необхідним видається визначення доцільності детальної регламентації процесуальним законом тих чи інших варіантів поведінки учасника процесу. Так, з одного боку, процес вимагає визначеності, передбачуваності. З іншого боку, суцільна урегульованість знижує гнучкість застосування тих чи інших положень процесуального закону, їх здатність запропонувати єдине правильне рішення щодо поведінки учасників у різних видах процесу, що видається неможливим за своєю сутністю. Крім того, життя постійно утворює ситуації, які не можуть бути передбачені повною мірою.

Наприклад, не можна було передбачити несвоєчасність впровадження всіх складових Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи (ЄСІТС) та подекуди некоректну роботу її окремих модулів у судах (і такі ситуації в різних судах мали певні відмінності, чого також не можна було передбачити).

Також справжнім викликом перед світовою судовою системою стала пандемія COVID-19, і жодна держава (та навіть Європейський суд з прав людини) не були готові до такого.

Підсумовуючи вищевказане, слід зазначити, що при формуванні процесуально-правової політики, як системи цілей певної держави та засобів їх досягнення, необхідно враховувати розглянуті у даній доповіді підходи правового регулювання. Одночасно слід зауважити, що система засобів не повинна обмежуватись лише вказаними вище, оскільки формування процесуально-правової політики – динамічне явище, яке має бути предметом постійного наукового та практико-орієнтованого дослідження з метою вдосконалення підходів правового регулювання процесуальних відносин у державі.

Використані матеріали:

1. Бузун Е.В. Процессуально-правовая политика: понятие и перспективы. *Законность и правопорядок в современном обществе*. 2014. №21. С.86-90.
2. Юридична енциклопедія: в 6 т. Київ: Укр. енциклопед., 1998. Т. 4. 2002. 720 с.
3. Загурський О.Б. Питання кримінально-процесуальної політики України. *Вісник Академії адвокатури України*. 2011. Число 3(22). С.149-154.

Татулич Ірина Юріївна
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м. Чернівці, Україна)

ПРОЦЕСУАЛЬНІ СТРОКИ ЯК ГАРАНТІЯ ЗДІЙСНЕННЯ ЕФЕКТИВНОГО ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

Судова форма захисту є найбільш ефективною та досконалою в механізмі захисту прав, свобод та інтересів особи, інтересів держави та суспільства. Ефективність захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів залежить від його своєчасності. Саме тому чинне законодавство виділяє в якості одного із завдань цивільного судочинства своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ (ч. 1 ст. 2 ЦПК України) [1]. Надзвичайно важливою вимогою є те, щоб цивільне судочинство здійснювалось не лише правильно, а й своєчасно. З метою досягнення цього завдання і встановлюються цивільні процесуальні строки в цивільному судочинстві (Р. 1 гл. 6 ЦПК України). Фіксація та чітке дотримання процесуальних строків судом та учасниками судового процесу є гарантією здійснення останніми своїх суб'єктивних процесуальних прав, а також умовою ефективності здійснення цивільного судочинства.

Відповідно до ст. 8 Конституції України в Україні визнається і діє принцип верховенства права, відповідно до якого гарантується звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина. Проте у зв'язку з пандемією коронавірусу 11 березня 2020 року Кабінет Міністрів України (далі – КМУ) постановою № 211 «Про запобігання поширенню на території України коронавірусу COVID-19» встановив карантин, і на цей період у судах України запроваджено особливий режим роботи. Як наслідок, перед судовою системою постало питання: «Як одночасно забезпечити право громадян на ефективний судовий захист та захистити населення від гострої інфекційної хвороби?». В зв'язку з цим, 16 березня 2020 року Рада суддів України у листі №9-рс-186/20 надала рекомендацію встановити судам на період з 16 березня 2020 року до 3 квітня 2020 року особливий режим роботи.

26 березня 2020 року Вища рада правосуддя ухвалила рішення «Про доступ до правосуддя в умовах пандемії гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2».

З метою забезпечення учасників належним доступом до правосуддя Верховна Рада 30 березня 2020 року ухвалила Закон № 540-IX «Про внесення змін до деяких законодавчих актів, спрямованих на забез-

печення додаткових соціальних та економічних гарантій у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-2019)», який містить ряд змін до процесуального законодавства, а саме: - під час карантину, встановленого КМУ на запобігання поширення коронавірусної хвороби (COVID-19), процесуальні строки продовжуються на час такого карантину. Серед них і строк на апеляційне оскарження. Це означає, що усі рішення судів першої інстанції, строк на оскарження яких не сплив станом на 2 квітня 2020 року, найближчим часом законної сили не наберуть; - строк, який встановлює суд у своєму рішенні, не може бути меншим, ніж строк карантину, пов'язаного із запобіганням поширення коронавірусної хвороби (COVID-19); - під час дії карантину учасники справи можуть брати участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції поза межами приміщення суду з використанням власних технічних засобів.

Тобто Закон передбачив автоматичне продовження усіх строків загальної та спеціальної позовної давності, які встановлені цивільним, господарським, сімейним та трудовим законодавством. Словосполучення «продовжуються на строк дії карантину» давало підстави припускати, що процесуальні строки «автоматично» продовжено на кількість днів, яка дорівнює строку дії карантину. Окрім «автоматичного» продовження строків на оскарження рішень, під час карантину продовжилися і строки на подання заяв по суті справи – відзиву та пояснень третіх осіб щодо позову або відзиву. Без подання цих документів (якщо строк не сплив) суд не міг розглянути справу навіть у письмовому провадженні, якщо відповідач не надіслав відзив, строк на направлення якого мав спливати після 2 квітня. Окрім цього, починаючи з 2 квітня, жодне рішення судів першої інстанції не вступило в законну силу, незалежно від бажання сторін його оскаржувати; не було видано жодного виконавчого документа по таких рішеннях; позовні заяви, апеляційні та касаційні скарги, які були залишені без руху, не могли бути повернуті навіть попри те, що їх недоліки не усувалися тощо. Це повністю позбавляло суд та учасників справи змоги будь-яким чином впливати на можливість розгляду або перегляду справи.

Запроваджений механізм «автоматичного» продовження процесуальних строків «заморожує» розгляд судами значної кількості справ, навіть тих, які могли б бути розглянуті у письмовому провадженні без виклику сторін, чи тих, де уже прийнято судові рішення. Цього можна було б уникнути, якби законодавець обрав інший шлях, який би, з одного боку, не порушував права тих учасників процесу, які з об'єктивних причин не можуть вчасно реалізувати свої процесуальні права, а з другого боку – не ставив би судочинство «на паузу». Більше того, відповідний інструмент уже є у процесуальних кодексах – поновлення та продовження процесуальних строків [2].

Вказані суперечності в судовій практиці були усунуті 17 липня 2020 року, коли набрав чинності Закон України № 731-ІХ від 18 червня

2020 року, яким вносяться зміни до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України щодо перебігу процесуальних строків під час дії карантину. Як слідує з пояснювальної записки до Закону № 731-IX – автоматичне продовження процесуальних строків призводить до зловживання сторонами процесуальними правами, суд позбавлений можливості перейти до наступної стадії у зв'язку з продовженням попередніх строків, або рішення судів першої інстанції не набирають законної сили, оскільки строки подачі апеляційної скарги продовжуються та ін. Безумовно, такі обставини суттєво перешкоджають здійсненню ефективного судочинства. Однак тепер процесуальні строки будуть обчислюватись наступним чином, а саме, за заявою учасників, суд може поновити процесуальні строки, при умові визнання причини їх пропуску поважними і в тому числі такими, що зумовлені обмежувальними заходами, що були впровадженні у зв'язку з карантинном. Також, за заявою особи підлягає продовженню процесуальний строк, що встановлений судом, якщо неможливість здійснення такої процесуальної дії у відведений строк обумовлена карантинними обмеженнями (ст. 127 ЦПК України).

Таким чином, автоматичне продовження строків скасовується, а для того, щоб поновити такий строк, учаснику справи потрібно подати заяву і вказати у ній поважну причину (пов'язану з карантинними обмеженнями), що спричинила пропуск відповідних строків. Прикладом таких поважних причин можуть бути: неможливість складення процесуального документу у зв'язку з обов'язковою обсервацією особи; неможливо потрапити додому з іншої країни у зв'язку з обмеженнями міжнародного сполучення; заборона виходити з помешкання (ніхто не гарантує, що жорсткі карантинні заходи не будуть знову запроваджені); також інші буденності охопленого коронавірусною пандемією світу.

Дані зміни в процесуальному законодавстві підтримують також практики. Зокрема, неможливо не погодитись із думкою А. Добровичинської, яка вважає, що висока правосвідомість – ключ до ефективного судового захисту прав особи. Продовження процесуальних строків, встановлених для вчинення окремих дій судом, у випадку, коли учасники справи надади обґрунтування своїх позицій, подали всі необхідні документи по суті, є недоцільним і таким, що може стати перешкодою ефективному судовому захисту. В такому випадку спір тому і є спором, що має два протилежні боки. За таких обставин є високий рівень імовірності зловживання правами з боку однієї зі сторін, якій вигідно, щоб справа розглядалася якомога довше. В подібній ситуації у Феміди руки зв'язані. Адже до скасування карантину суди не зможуть розглядати ті справи, де учасник не вчинив процесуальної дії, яку повинен був здійснити відповідно до наданих йому прав чи покладених на нього обов'язків. З огляду на вище зазначене, нині дуже велика відповідальність покладена на правосвідомість не лише суддів, а й самих учасників процесу. Лише

спільними зусиллями можна забезпечити ефективне судочинство [3].

Викладені погляди свідчать про те, що безпосередньо ефективність судового захисту залежить від дотримання строків розгляду справ у суді, оскільки затягування судового розгляду цивільних справ може, по-перше, виступати психологічною перешкодою у зверненні громадянина до суду; по-друге, призвести до того, що результати судового розгляду будуть зведені нанівець, оскільки захист прав, свобод чи інтересів або взагалі втратить актуальність для особи, яка звертається до суду, або, внаслідок знищення об'єкта спору чи зміни зовнішніх обставин, рішення у справі вже неможливо буде виконати, тобто фактичний захист прав не буде здійснено. Наведене підриває авторитет судової влади, викликає судову тяганину і може призвести до відмови громадян від звернення до суду за захистом своїх прав, що свідчить про недоступність правосуддя [4, с.166].

Як вважає Х. А. Джавадов, дослідження впливу строків розгляду і вирішення цивільних справ на ефективність цивільного судочинства стало підставою для висновку про те, що тривалість судового розгляду здатна призвести до втрати або істотного знецінення його результату. Критеріями ефективності цивільного судочинства є розумний та оптимальний строк судового розгляду, при цьому перевищення розумного строку судового розгляду обумовлює неефективність цивільного судочинства, а невідповідність оптимальному терміну судового розгляду веде до зниження його ефективності [5, с.165].

Отже, критерієм своєчасності, а через неї й ефективності цивільного судочинства є дотримання розумності строків розгляду справи судом, що є одночасно однією із основних засад цивільного судочинства (п. 10 ч. 3 ст. 2 ЦПК України). Ми підтримуємо зазначені вище позиції науковців та практиків та стверджуємо, що в умовах карантину для забезпечення ефективного цивільного судочинства, дисциплінування учасників судового процесу, важливу роль повинні відігравати інститути цивільного процесуального права та процедури, які, фактично, зможуть забезпечити виконання мети та завдань цивільного судочинства. Водночас збалансованість і взаємна узгодженість окремих послідовних елементів на стадіях цивільного процесу також являє собою важливий аспект практичної реалізації ідеї ефективності в цивільному судочинстві. У будь-якому випадку, ані судова система, ані гарантії громадян на судовий захист не можуть знаходитися на «карантині», оскільки головною функцією держави, – є забезпечення реалізації на захист прав та свобод громадян.

Використані матеріали:

1. Цивільний процесуальний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 1 верес. 2020 р.: (офіц. текст). К.: ПАЛИВОДА А.В., 2020. 304 с.
2. Шабаровський Б. Суди «на паузі»: Верховний Суд про продов-

- ження строків. <https://vkr.ua/ua/publication/sudi-na-pauzi-verkhovniy-sud-pro-prodovzhennya-stroki/24/04/2020>
3. *Стоп-кран для доступу до правосуддя. Юридична газета.* <https://yur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/stopkran-dlya-dostupu-dopravosuddya.html> 14 липня 2020
 4. Романюк Я. Реформування судової влади в Україні. Право України. 2014. №11. С. 14-73.
 5. Джавадов Х. А. Дис. Теоретичні проблеми ефективності цивільного судочинства: дис. докт. юрид наук. Київ, 2018. 458 с.

Трач Оксана Михайлівна

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права
імені Леоніда Юзькова,
(м. Хмельницький, Україна)*

ПОВНОВАЖЕННЯ СУДУ ЩОДО РОЗГЛЯДУ ЦИВІЛЬНИХ СПРАВ В ПОРЯДКУ НАКАЗНОГО ПРОВАДЖЕННЯ: ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ РЕАЛІЗАЦІЇ

Прийняття ЦПК України в редакції від 03.10.2017 року стало важливим кроком на шляху удосконалення існуючих видів проваджень [1]. Істотні зміни торкнулись процедури розгляду справ в порядку наказного провадження та відповідно повноважень суду першої інстанції. Судовий наказ вилучено із об'єктів апеляційного оскарження. Судовий наказ, винесений лише за певними різновидами вимог, може стати предметом перегляду у зв'язку із нововиявленими обставинами. У зв'язку із цим регламентація процедури розгляду заяви про видачу судового наказу, про його скасування, повноважень суду мають бути вичерпними та чіткими. Разом з тим оновлення процесуального законодавства породило виникнення низки питань.

Аналіз норм ЦПК України [2], постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ від 23 грудня 2011 року № 14 «Про практику розгляду судами заяв у порядку наказного провадження» [3], судової практики дав можливість дійти висновку щодо наявних проблемних аспектів в розрізі повноважень суду.

Виникає питання щодо можливості реалізації судом першої інстанції повноваження щодо залишення заяви без розгляду у справах наказного провадження. Судова практика судів першої інстанції щодо справ наказного провадження не є одноманітною. Суди по різному підходять до застосування цього виду ускладнення цивільного процесу.

Положення щодо цього виду ускладнення цивільного процесу розміщені серед норм позовного провадження. Цей вид закінчення провадження без ухвалення рішення, регламентується ст. 257 ЦПК України, що має назву «Залишення позову без розгляду». Слід зазначити, що в редакції ЦПК України, що діяла до 15.12.2017 року, відповідна норма йменувалась «залишення заяви без розгляду». В змісті ст. 257 ЦПК законодавець вказує на таких суб'єктів як позивач, сторони, які виступають саме суб'єктами позовного провадження та відсутні у інших видах проваджень.

Згідно пункту 11 постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ від 23 грудня 2011 року № 14 «Про практику розгляду судами заяв у порядку наказного провадження» в наказному провадженні не застосовується такий процесуальний інститут як залишення заяви без розгляду, так як процедура розгляду заяв у порядку наказного провадження полягає в видачі судового наказу [3]. Разом з тим наведена постанова вказує про можливість подання заяви про залишення заяви про видачу судового наказу без розгляду після постановлення ухвали про відкриття наказного провадження, але до моменту видачі судового наказу на підставі п. 5 ч. 1 ст. 207 ЦПК України (в редакції ЦПК чинній до 15.12.2017 року) [3].

Слід зазначити, що внесені зміни до ЦПК України не визначають обов'язок суду щодо постановлення ухвали про відкриття наказного провадження (ст. 167 ЦПК України). Хоча судова практика з цього питання є різною. Ст. 167 ЦПК визначає порядок розгляду заяв щодо видання судового наказу, результатами якого є судовий наказ, а в протилежному випадку ухвала про відмову у його виданні, що відбувається протягом 5 днів.

Заявник вправі ініціювати наказне провадження, однак йому в силу дії принципу диспозитивності має бути забезпечено здійснення права на повернення такої заяви та відповідно її не розгляд.

Ч. 5 ст. 163 ЦПК України визначає право заявника відкликати заяву про видачу судового наказу до її розгляду, однак не вказує, яке саме повноваження має реалізувати суд в цьому випадку. На нашу думку, це повноваження на повернення такої заяви. Цю норму слід доповнити зазначеним повноваженням.

Аналіз ухвал, що постановляються судами першої інстанції в порядку наказного провадження, свідчать про відсутність єдності судової практики.

Суди реалізують повноваження у разі подання відповідної заяви заявником на підставі п. 5 ч. 1 ст. 257 ЦПК України та постановляють ухвалу про залишення заяви про видачу судового наказу без розгляду. Наприклад, в ухвалі Лозівського міськрайонного суду Харківської області вказується, що оскільки до початку розгляду заяви про видачу судового наказу заявником було подано заяву про залишення без розгляду його

заяви про видачу судового наказу, суд постановив її задовільними на підставі ст. 257 ЦПК України [4]. Разом з тим в Єдиному державному реєстрі судових рішень відсутня ухвала, якою було б відкрито по цій справі наказне провадження. Окремі судді припиняються провадження у справі з цієї підстави вказуючи в своїх ухвалях на аналогію процесуального закону, відповідно до якої суд застосовує п. 5 ч. 1 ст. 257 ЦПК України в наказному провадженні [5]. Хоча ЦПК України не передбачає аналогії процесуального закону.

В судовій практиці наявні випадки постановлення ухвали про повернення заяви про видачу судового наказу на підставі ч. 5 ст. 163 ЦПК України у зв'язку із подання заявником суду заяви з проханням залишити заяву без розгляду в зв'язку з її відкликанням [6].

Наведене вказує на необхідність детальної регламентації повноважень суду першої інстанції у справах наказного провадження.

Ч. 6 ст. 170 ЦПК України містить вказівку на ухвалу про повернення без розгляду заяви про скасування судового наказу. Вважаємо, таке формулювання не коректним. Умовами постановлення такої ухвали є неналежне оформлення заяви, яку суд ще не розглядав. У зв'язку із цим суд має постановити ухвалу про повернення такої заяви.

Аналіз судової практики свідчить про ширший спектр застосування підстав залишення заяв без розгляду, що розглядаються в наказному провадженні. Це обумовлено різними підходами в практиці судів щодо процесуальної форми розгляду заяви про скасування судового наказу. Значний відсоток суддів розглядають таку заяву в судовому засіданні [7; 8]. Хоча ЦПК не вказує на обов'язковість використання такої форми розгляду заяв про видачу судового наказу. Має місце постановлення ухвал про залишення заяви про скасування судового наказу без розгляду на підставі ст. ст. 223, 257 ЦПК у зв'язку із повторною неявкою заявника, який належним чином повідомлений про місце і час судового розгляду, в судове засідання і, від якого нього не надійшло клопотання, щоб справа розглядалась за його відсутність [9; 10]. Також наявна судова практика розгляду таких заяв й без проведення судового засідання [11]. Подекуди має місце використанні різної процесуальної форми судьями одного того ж суду.

На нашу думку, розгляд заяви про скасування судового наказу в судовому засіданні надає більше процесуальних можливостей як боржнику, так і стягувачу. Особливої ваги це питання набуває за відсутності права апеляційного оскарження судового наказу. Зміна процесуальної форми розгляду заяви про скасування судового рішення вимагатиме також розширення спектру повноважень суду, що можуть бути зумовлені виникненням ускладнень цивільного процесу.

Відхід суду від визначеної процесуальним законом процесуальної форми розгляду заяви про скасування судового наказу, впливає на спектр його повноважень, підставність їх застосування, правомочність

реалізації. Однією із гарантій недопущення такої ситуації, захисту прав як стягувача, так і боржника, має стати закріплення їх права на апеляційне оскарження.

Використані матеріали:

1. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України, 3 жовтня 2017 р., № 2147-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 48. Ст. 436.
2. Цивільний процесуальний кодекс України. К.: Центр навчальної літератури, 2020. 156 с.
3. Про практику розгляду судами заяв у порядку наказного провадження: постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 23 грудня 2011 р. № 14 [Електронний ресурс] *Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ*. URL: http://sc.gov.ua/ua/postanovi_za_2011_rik/postanova_vid_23122011_roku_№_14_pro_praktiku_rozgljadu_sudami_zajav_u_porjadku_nakaznogo_provadzhen.html
4. Ухвала Лозівського міськрайонного суду Харківської області від 28.12.2018 року. Справа № 629/6328/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень* URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78884708>
5. Ухвала Вінницького міського суду Вінницької області від 19.12.2018 р. Справа № 127/31451/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень* URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78680326>
6. Ухвала Городоцького районного суду Хмельницької області від 11.12.2018 року Справа №672/1650/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень* URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78462864>
7. Ухвала Хмельницького міськрайонного суду від 10.12.2019 року. Справа № 686/27776/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень* URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86296416>
8. Ухвала Хмельницького міськрайонного суду від 27.04.2020 р. Справа № 686/5984/20. *Єдиний державний реєстр судових рішень* [Електронний ресурс]. Режим доступу <http://reyestr.court.gov.ua/Review/88971392#>
9. Ухвала Уманського міськрайонного суду Черкаської області від 27.11.2019 р. Справа №705/7185/16-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень* URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86192587>
10. Ухвала Миколаївського районного суду Львівської області від 02.07.2018 р. Справа №447/1149/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень* URL: <http://reyestr.court.gov.ua/>

Review/75333012

11. Ухвала Хмельницького міськрайонного суду від 04.02.2020 р.
Справа № 686/30571/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень* URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87357187#>

Турман Наталя Омелянівна
*кандидат юридичних наук,
асистент кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м. Чернівці, Україна)*

РЕАЛІЇ ЗАКОНОДАВЧОГО ЗАКРІПЛЕННЯ ТА ПРАКТИЧНОГО ЗАСТОСУВАННЯ ІНСТИТУТУ МЕДІАЦІЇ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Інститут медіації, його позитивні та негативні риси, переваги та недоліки законодавчого закріплення, процедури застосування в різних сферах правової системи і у кримінальному процесі України зокрема, вже довгий час є предметом аналізу та обговорень у науковій та практичній сферах. Не дивлячись на досить великий «багаж» наукових праць, щодо вдосконалення інституту медіації, підготовки медіаторів-спеціалістів, належного законодавчого закріплення даного інституту та розроблення практичних рекомендацій, які сприятимуть належному функціонуванню інституту медіації на практиці, останній продовжує мати ряд невирішених питань законодавчого, організаційного та процесуального характеру, які у свою чергу перешкоджають належному застосуванню процедури медіації у кримінальному процесі України.

Згідно ч.1 ст. 469 КПК України угода про примирення може бути укладена за ініціативою потерпілого, підозрюваного або обвинуваченого. Домовленості стосовно угоди про примирення можуть проводитися самостійно потерпілим і підозрюваним чи обвинуваченим, захисником і представником або за допомогою іншої особи, погодженої сторонами кримінального провадження (крім слідчого, прокурора або судді).

Зі змісту даної статті чітко вбачається, що домовленості стосовно угоди про примирення можуть проводитися самостійно потерпілим і підозрюваним чи обвинуваченим, захисником і представником або за допомогою іншої особи, погодженої сторонами кримінального провадження. Фактично виходячи з даних законодавчих положень для укладення угоди про примирення, на нашу думку, можуть залучатися фахівці з цієї справи, так звані медіатори, основною метою діяльності яких повинно бути надання допомоги сторонам при досягненні домовленості та складанні проекту угоди.

Враховуючи вищенаведене ч.1 ст. 469 КПК України доречно було б дещо уточнити шляхом внесення змін до останньої та викласти її в такій редакції: «Угода про примирення може бути укладена за ініціативою потерпілого, підозрюваного або обвинуваченого. Домовленості стосовно угоди про примирення можуть проводитися самостійно потерпілим і підозрюваним чи обвинуваченим, захисником і представником або за допомогою особи- медіатора, погодженої сторонами кримінального провадження (крім слідчого, прокурора або судді)».

Аналізуючи теоретичні доробки, практичні рекомендації, законодавчі проекти, щодо здійснення процедури медіації в Україні, міжнародну практику запровадження та функціонування інституту медіації, беззаперечно можна стверджувати, що *належне практичне здійснення процедури медіації є актуальним та важливим для кримінального процесуального права України. Надасть можливість більш раціонально й економічно використовувати бюджетні видатки, що асигнуються на здійсненні правосуддя та зняти надмірне навантаження з правоохоронних та судових органів. Однак тут увагу потрібно звернути на словосполучення слів «належне практичне здійснення процедури медіації в кримінальному процесуальному праві України». Фактично одразу виникає запитання: « Наскільки часто суб'єкти кримінального процесуального права, в умовах сьогодення, користуються послугами медіаторів у кримінальному процесі? » Відповідь на дане запитання спробуємо надати дещо пізніше.*

Отже теоретично послуги медіатора, можуть використовуватися під час здійснення кримінальних проваджень. Якщо проаналізувати процесуальну діяльність медіатора у процесі ведення медіації, то можна стверджувати що останній відіграє різного роду ролі у здійсненні даного виду діяльності, що знайшло своє втілення у Європейському кодексі поведінки для медіаторів, а саме:

Медіатор «керівник» - в такій ролі останній тільки контролює процедуру і не здійснює ніякого впливу на зміст медіації.

Медіатор «формулювальник» - тобто роль медіатора в процесі медіації також спрямована на збір та розширення інформаційної та аргументаційної бази учасників, при цьому медіатор в повній мірі використовує свої професійні знання та навички.

Медіатор «підказник» - роль медіатора полягає в тому, що останній намагається не тільки керувати процесом медіації, але і координувати зміст останнього.

Медіатор «оцінювач» - роль медіатора в процесі медіації також спрямована на здійснення критичної оцінки реально існуючої ситуації, яка склалася між сторона медіації.

Медіатор «лідер» - в даному випадку медіатор вносить свої пропозиції стосовно розв'язання конфлікту, який існує [1].

Стверджувати той факт, що медіатор під час здійснення процесу медіації відіграє тільки одну або дві з вище перелічених ролей буде не вірним, оскільки на практиці в процесі здійснення медіації дані ролі постійно взаємодіють та доповнюють одна одну, а сам медіатор до завершення процесу медіації встигає побувати в різних ролях.

Нажаль положення, які закріплюють процесуальний статус медіатора, чіткого визначають його права та обов'язки, все ще не знайшли свого законодавчого закріплення. Черговий проект ЗУ «Промедіацію» № 3504 від 19.05.2020 року [2] прийнятий в першому читанні, однак все ще не прийнятий остаточно. Це в свою чергу дозволяє на науковому та практичному рівнях висувати різні твердження щодо поняття та основної мети діяльності медіатора у кримінальному процесі України.

На нашу думку використання послуг медіатора, тобто послуг незалежної, кваліфікованої фізичної особи, яку сторони угоди обрали як посередника при врегулюванні конфлікту (спору) для належного здійснення процедури медіації, значно полегшило б розуміння сторін, щодо процедур ініціювання та укладення угоди про примирення і в свою чергу скоротило кількість помилок, яких допускаються учасники кримінального провадження під час здійснення даних процедур. Як приклад: зміст ч.1 ст.469 КПК України чітко закріплює, що «ініціювати укладення угоди про примирення можуть чітко визначенні особи – потерпілий, підозрюваний або обвинувачений а вже домовленості стосовно угоди про примирення можуть проводитися ...». Дана законодавча норма була неодноразово предметом дослідження з боку науковців і в багатьох наукових працях наголошувалося, що ініціювати укладення угоди про примирення можуть виключно потерпілий, підозрюваний або обвинувачений, порушення даного законодавчого положення часто слугувало підставою для відмови у затвердженні даного виду угоди судом. Однак, на сьогоднішній день сторони все одно продовжують допускатися помилки під час ініціювання угоди про примирення (часто ініціатором угоди виступає особа, яка непередбачена законодавством). Прикладом може слугувати ухвала Красилівського районного суду Хмельницької області від 4 березня 2020 року, з резолютивної частини ухвали вбачається, що суд відмовив у затвердженні угоди про примирення укладеної 30 жовтня 2019 між потерпілим ТОВ «ФГ Тракт», в особі А. та підозрюваним, оскільки укладення угоди не було добровільним і сторони угоди не примирилися. У підготовчому засіданні обвинувачений зазначив, що угода не підлягає затвердженню, оскільки він її не підтримує. Пояснив, що ініціатором укладення угоди був староста села. Угоду підписувати він не бажав. Угода укладена ним не добровільно [3].

Крім того, з аналізу цілої низки укладених угод про примирення і рішень суду, якими ці угоди затвердженні, або якими відмовлено в затвердженні даних угод. Стає цілком зрозуміло, що до послуг медіатора учасники кримінального процесуального права в умовах сьогодення вдаються вкрай рідко. Частково це можна пояснити тим, що суб'єкти

кримінального процесуального права (а це здебільшого пересічні громадяни) психологічно не в повній мірі готові звернутися за допомогою у вирішенні конфлікту до медіатора, оскільки часто не розуміють процесуальний статус та сферу діяльності останнього.

Все вищенаведене свідчить про те, що актуальним залишається питання стосовно законодавчого закріплення статусу медіатора в нашій державі, чіткого визначення прав та обов'язків, процесуального та матеріального аспекту діяльності останнього. На нашу думку саме у ЗУ «Про медіацію» необхідно чітко закріпити положення, хто може бути запрошений як медіатор у кримінальному провадженні, якими професійними навичками повинні володіти дані особи, визначити інші вимоги до даних осіб, закріпити права і обов'язки останніх, обставини, які виключають участь особи як медіатора у кримінальному провадженні, максимальну кількість медіаторів, які можуть бути залучені у процес для досягнення домовленостей стосовно укладення угод та ряд інших процесуальних моментів, що стосуються ефективної участі медіатора у здійсненні кримінальних проваджень. Крім того ЗУ «Про медіацію» повинен чітко визначати сферу застосування медіації у кримінальних провадженнях, вказати категорію кримінальних проваджень у яких медіація може бути застосована. [4, с. 116-117].

Використані матеріали:

1. Європейський кодекс поведення для медіаторов. URL: http://mediacia.com/files/Documents/Code_of_Conduct.pdf
2. Проект ЗУ «Про медіацію» № 3504 від 19.05.2020 року. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68877
3. Ухвала Красилівський районний суд Хмельницької області від 5 квітня 2020 року в провадження № 677/180/20. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/80244720> (дата звернення 18.09.2020)
4. Турман Н. Процесуальний статус та роль медіаторів при укладенні угод у кримінальному провадженні. Підприємництво, господарство і право. 2016. № 4. С. 113-117.

Чебан Вікторія Миколаївна

*суддя Шевченківського районного суду м. Чернівці,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри процесуального права
юридичного факультету Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича, член Ради суддів України
(м. Чернівці, Україна)*

ОСНОВНІ ПІДХОДИ ПРИ ОБРАННІ СУДОМ ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ У ВИГЛЯДІ ВЗЯТТЯ ПІД ВАРТУ

Частиною 2 ст. 29 Конституції України передбачено, що ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом[1].

Відповідно до цієї норми обрання щодо підозрюваного, обвинуваченого запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на досудових стадіях процесу віднесено кримінально-процесуальним законом **виключно до компетенції суду**.

Рішення про обрання, продовження, зміну чи скасування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою приймається слідчим суддею, судом шляхом постановлення ухвали, що, зокрема, прописано у ст.ст. 183, 194, 196–199, 201–203 КПК[2].

Відповідно до **ст 183 КПК** тримання під вартою є винятковим запобіжним заходом, який застосовується виключно у разі, якщо прокурор доведе, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів не зможе запобігти ризикам, передбаченим **ст 177 КПК**. Вичерпний перелік підстав застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою визначено у **ч 2 ст 183 КПК** та розширеному тлумаченню не підлягає.

Слідчий суддя не вправі застосовувати більш тяжкий запобіжний захід, ніж той, про застосування якого подане клопотання слідчого, прокурора. В усіх без винятків випадках, слідчий суддя може обрати запобіжний захід про застосування якого подане клопотання або більш м'який.

Однак, при здійсненні повноважень щодо застосування менш суворого запобіжного заходу ніж того, який зазначено у клопотанні, відповідно до ч. 4 ст.194 КПК слідчим суддям слід зазначати у резолютивній частині ухвали про обрання запобіжного заходу **певного виду**. А також, у **мотивувальній частині** необхідно вказати, чому суд вважає недоведеними обставини, що свідчать про обґрунтування застосування *запобіжного заходу*, про застосування якого звернувся слідчий, прокурор.

При цьому, застосування слідчим суддею запобіжного заходу у вигляді

тримання під вартою передбачає обов'язок слідчого судді визначити у ухвалі розмір застави, достатньої для забезпечення виконання підозрюваним обов'язків, передбачених КПК, крім випадків, передбачених ч. 4 ст. 183 КПК (тобто, у випадках, коли слідчий суддя має право не визначити розмір застави у кримінальному провадженні).

При цьому, слідчий суддя зобов'язаний визначити в ухвалі про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою дату закінчення її дії в межах строку, встановленого **ст 197 КПК**.

Вирішуючи питання про продовження строку тримання під вартою, слідчий суддя не повинен виходити за межі строку досудового розслідування.

Також за правилами **ст 374 КПК** під час ухвалення вироку у його **резольютивній частині** зазначається **рішення щодо заходів забезпечення кримінального провадження**, в тому числі рішення про запобіжний захід до набрання вироком законної сили. Суд застосовує запобіжний захід у вигляді тримання під вартою у такому випадку з метою забезпечення виконання остаточного судового рішення.

У ч **3 ст 315 КПК** зазначено, що під час **підготовчого судового засідання** суд першої інстанції за клопотанням учасників судового провадження має *право обрати, змінити чи скасувати заходи забезпечення кримінального провадження*, в тому числі запобіжний захід, обраний щодо обвинуваченого.

Разом з тим, вимога даної статті КПК в частині, яка зазначає, що «за відсутності зазначених клопотань сторін кримінального провадження застосування заходів забезпечення кримінального провадження, обраних під час досудового розслідування, вважається продовженням», визнана Конституційним Судом – **неконституційною**

Так, **рішенням Конституційного Суду України від 23 11 2017 р.** у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення третього речення частини третьої статті 315 Кримінального процесуального кодексу України - визнано таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним). [3]

Відповідно до п.5 вказаного рішення Конституційний Суд України виходив з того, що запобіжні заходи (домашній арешт та тримання під вартою), які обмежують гарантоване частиною першою статті 29 Конституції України право людини на свободу та особисту недоторканність, можуть бути застосовані судом вже на новій процесуальній стадії - стадії судового провадження у суді першої інстанції, зокрема під час підготовчого судового засідання, за наявності клопотання прокурора (частина четверта статті 176 Кодексу).

При цьому, наразі **в підготовчому судовому засіданні вирішується питання саме про обрання (а не продовження) запобіжного**

заходу у вигляді взяття під варту

А також, згідно існуючої на даний час судової практики – відповідні клопотання прокурорів про обрання особи запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою або продовження тримання під вартою - вручаються суду та учасникам процесу **виключно в письмовому вигляді**.

При цьому, слід зазначити, що **тяжкість обвинувачення не може слугувати єдиним обґрунтуванням продовження строку тримання під вартою**. Тому судам, окрім кваліфікації, слід визначити ризики, передбачені **ст 177 КПК**, інакше судові рішення щодо продовження тримання під вартою не відповідають вимогам практики ЄСПЛ і нормам КПК .

Так, у п **75 рішення ЄСПЛ у справі «Харченко проти України»** наголошено, що тривале тримання під вартою без визначення в рішенні суду відповідних підстав є несумісним з принципом захисту від свавілля, закріпленого в п. 1 ст. 5 (див. справу «Соловей і Зозуля проти України» (Solovey and Zozulya v. Ukraine), № 40774/02 та № 4048/03, п. 76, від 27 листопада 2008 р.). За таких обставин Суд вважав, що рішення районного суду (без мотивування підстав для його прийняття) не забезпечило заявникові адекватного захисту від свавілля, який є важливим елементом «законності» тримання під вартою в розумінні п. 1 ст. 5 Конвенції.

Також, у разі подання прокурором клопотання про продовження строку тримання під вартою суд має враховувати, що відповідне клопотання подається прокурором окремо щодо кожного із кількох обвинувачених (на підставі ч. 4 ст. 184 КПК). У такому клопотанні обов'язково повинно бути наведено обставини, які свідчать про те, що заявлений ризик не зменшився або з'явилися нові ризики, які виправдовують тримання особи під вартою.

Суду при розгляді відповідного клопотання слід *ретельно перевіряти достовірність підстав для його задоволення*, оскільки одним із найбільш частих порушень прав людини, визнаних ЄСПЛ у справах проти України, є **необґрунтоване ухвалення судами рішень про продовження строку тримання підозрюваного, обвинуваченого під вартою**, а також те, що **можливість застосування запобіжних заходів, альтернативних триманню під вартою у багатьох випадках навіть не розглядалася**.

Відповідно до вимог **ч 3 ст 5 Конвенції** (правова позиція ЄСПЛ, викладена у п. 60 рішення від 06.11.2008 у справі «Слоев проти України») після спливу певного проміжку часу (досудового розслідування) навіть **обґрунтована підозра у вчиненні злочину не може бути єдиним виправданням тримання під вартою підозрюваного, обвинуваченого**, а тому суду в разі задоволення клопотання про обрання або продовження терміну **застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою необхідно чітко зазначити**

у судовому рішенні про наявність іншої підстави (підстав) або ризику, що передбачені ч 1 ст 177 КПК. [4]

Обмеження розгляду клопотання про обрання, продовження запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою лише переліком законодавчих (стандартних) підстав для його застосування без встановлення їх наявності та обґрунтованості до конкретної особи є порушенням вимог **п 4 ст 5 Конвенції** (п. 85 рішення ЄСПЛ у справі «Харченко проти України» від 10.02.2011). [5]

Як свідчать результати аналізу судової практики, **суди в ухвалах про продовження строку тримання під вартою часто не співвідносять доцільність подальшого застосування тримання під вартою з особливістю тих дій, які слід провести для завершення провадження.** Часто суд формально обмежується вказівкою на те, що *строк застосування запобіжного заходу сливає, а судове провадження в межах цих строків завершити неможливо.*

Таким чином, **обґрунтування доцільності продовження застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою повинно відповідати ризикам та обставинам,** що передбачені статтями **177–178 КПК,** у їх зіставленні з конкретними фактами, встановленими учасниками судового провадження.

Поряд з цим, слід зазначити, що **врахування стану здоров'я обвинуваченого у разі необхідності стаціонарного лікування у зв'язку з тяжкими хронічними захворюваннями в багатьох випадках зумовлює необхідність зміни запобіжного заходу.** Однією із вагомих підстав для зміни запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою є **належне врахування стану здоров'я обвинуваченого та визначення можливості отримувати медичну допомогу в умовах СІЗО**

Для **зміни** запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою **на більш м'який з підстав врахування стану здоров'я** суд повинен переконатися у наявності підтвердної медичної документації про стан здоров'я та оцінити можливість надання ефективної допомоги в лікуванні захворювання обвинуваченого в умовах СІЗО.

А також, слід зазначити, що *КПК не передбачає механізму зупинення розгляду апеляційної скарги на ухвалу слідчого судді з підстав направлення обвинувального акта в суд першої інстанції.* Тому при існуванні таких випадків, як свідчить практика Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду, суд апеляційної інстанції зобов'язаний розглянути скаргу та постановити ухвалу в порядку, визначеному КПК, з урахуванням тієї обставини, що кримінальне провадження направлене з обвинувальним актом в суд першої інстанції. [6]

Крім цього, у **постанові від 27 05 2019 р у справі №766/22242/17** об'єднана палата Касаційного кримінального суду наголосила, що положення ст.206 КПК мають на меті забезпечення процесуального механізму звільнення слідчим суддею будь-якої особи, яка була позбав-

лена свободи за відсутності судового рішення, та застосовуються саме в таких випадках. До того ж вказаний механізм не включає процедури оскарження рішень, дій чи бездіяльності працівників правоохоронних органів, пов'язаних із затриманням особи в порядку, передбаченому ст.208 КПК України, *post factum*, оскільки відповідні заперечення особа може висловити під час вирішення питання про застосування запобіжного заходу та/або під час підготовчого судового засідання і судового розгляду кримінального провадження по суті. Оскільки в переліку, передбаченому ст. 309 КПК, відсутня ухвала слідчого судді щодо скарги, поданої в порядку ст. 206 КПК, звернення до суду з апеляційною скаргою на таке рішення є підставою для відмови у відкритті апеляційного провадження[7].

Таким чином, **підводячи підсумок вищевикладеного**, на нашу думку, впровадження у КПК порядку забезпечення контролю за доцільністю та обґрунтованістю застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою під час досудового слідства та судового провадження **зумовлене необхідністю** надання суду процесуальних механізмів для оперативного вирішення провадження та заборони свавільного обмеження права людини на свободу шляхом застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою без визначення строку його застосування.

Так, у судовому провадженні в суді першої інстанції застосовується *періодичний судовий контроль за доцільністю застосування цього запобіжного заходу та встановлюється конкретний строк його застосування*.

Судові рішення про обрання запобіжного заходу та продовження строків тримання під вартою з урахуванням вимог статті 62 Конституції та п. 2 ст. 6 Конвенції мають бути викладені у формулюваннях, які забезпечують дотримання принципу невинуватості особи. [8]

Рішенням Конституційного Суду України від 13 червня 2019 року за № 4-р/2019 визнано таким, що є неконституційним положення ч. 2 ст. 392 КПК України щодо унеможливлення окремого апеляційного оскарження ухвали суду про продовження строку тримання під вартою, яка постановлена під час судового провадження в суді першої інстанції до ухвалення судового рішення по суті. [9]

Зазначене є великим позитивом, як таке, що спрямоване на дотримання прав особи в розумінні статей 5 та 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Слід звернути увагу, що відповідно до сформованої практики, **Верховний Суд застосовує запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, скасовуючи вирок або ухвалу апеляційного суду та призначаючи новий розгляд у суді апеляційної інстанції, в тих провадженнях, в яких запобіжний захід був обраний або продовжений судом першої інстанції, рішення якої не було скасоване (постанови**

від 23.04.2019 р. у справі №541/571/17; від 30.05.2019 р. у справі №754/672/18; від 20.11.2019 р. у справі №539/546/18).

Однак, у своїй практиці **Касаційний кримінальний суд у складі Верховного Суду** також неодноразово наголошував, що в ситуації, коли **запобіжний захід у вигляді тримання під вартою щодо засудженої особи у кримінальному провадженні не обирався**, а останню взяли під варту у зв'язку зі зверненням до виконання вироку районного суду, що набрав чинності після ухвалення рішення судом апеляційної інстанції, яке підлягає скасуванню, засуджену особу слід звільнити зпід варти з місця відбування покарання (постанови від 10.12.2019 р. у справі №735/867/18; від 17.12.2019 р. у справі №235/6337/18). При цьому звільнення зпід варти особи у зв'язку зі скасуванням судового рішення, на підставі якого такий захід був застосований, повністю узгоджується з практикою Великої Палати Верховного Суду. Зокрема, у постанові Великої Палати Верховного Суду від 21.08.2019 р. у справі №682/956/17 була висловлена правова позиція, відповідно до якої існує потреба звільнення особи зпід варти у разі скасування вироку, на підставі якого особу позбавили свободи. [10]

Разом з тим, зважаючи на ситуацію з пандемією, яка затягнулась на тривалий період, а також зважаючи на процес реорганізації судів, що передбачений триваючою судовою реформою, необхідно зауважити про *недостатнє застосування процесуального механізму дистанційного судового провадження*, яким можна було б компенсувати проблему явки, а також доставки до суду обвинувачених, що *зумовлене процесуальними вимогами щодо здійснення такого провадження*. Насамперед це стосується положень **ч 2 ст 336 КПК**, відповідно до якої **суд не має права прийняти рішення про здійснення дистанційного судового провадження, в якому поза межами приміщення суду перебуває обвинувачений, якщо він проти цього заперече**

А тому, на нашу думку, зміни внесені Законом України від 13 квітня 2020 року № 558-IX «Про внесення зміни до п. 20-5 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України щодо особливостей судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні та розгляду окремих питань під час судового провадження на період дії карантину, встановленого Кабінетом Міністрів України з метою запобігання поширенню коронавірусної хвороби (COVID19)» [11], доцільно було внести безпосередньо в діючий КПК, а не в перехідні положення тимчасово, дозволивши в тому числі слідчому судді чи суду приймати рішення про проведення судового засідання щодо розгляду клопотання про обрання чи продовження строку тримання під вартою у режимі відео конференції, однак з обов'язковою участю захисника .

Використані матеріали:

1. Конституція України. Відомості Верховної Ради України (ВВР),

- 1996, № 30, ст. 141 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>
2. Кримінальний процесуальний кодекс України. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2013, № 9-10, № 11-12, № 13, ст.88 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>
 3. Рішенням Конституційного Суду України від 23.11.2017 р. у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення третього речення частини третьої статті 315 Кримінального процесуального кодексу України.
 4. Рішення Європейського суду з прав людини «Слов проти України» від 6 листопада 2008 року URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_433#Text
 5. Рішення Європейського суду з прав людини «Харченко проти України» від 10 лютого 2011 року URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_662
 6. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 13.12.2018 року у справі №483/1186/16-к URL: https://protocol.ua/ua/postanova_kks_vp_vid_13_12_2018_roku_u_spravi_483_1186_16_k/
 7. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 27.05.2019 року у справі №766/22242/17 URL: https://protocol.ua/ru/postanova_kks_vp_vid_27_05_2019_roku_u_spravi_766_22242_17_1/
 8. Узагальнення Верховного Суду України практики застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання та досудового слідства від 01.07.2010.
 9. Рішення Конституційного Суду України від 13.06.2019 року у справі за конституційною скаргою Глуценка Віктора Миколайовича щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини другої статті 392 Кримінального процесуального кодексу України.
 10. https://verdictum.ligazakon.net/document/84153042?_ga=2.42763493.1940417868.1570623636-1832045729.1570623636
 11. Закон України від 13 квітня 2020 року № 558-IX «Про внесення зміни до п. 20-5 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України щодо особливостей судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні та розгляду окремих питань під час судового провадження на період дії карантину, встановленого Кабінетом Міністрів України з метою запобігання поширенню коронавірусної хвороби (COVID19)».

Юрійчук Ілля Васильович
аспірант кафедри публічного права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м. Чернівці, Україна)

ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ МЕДІАЦІЇ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Розвиток сучасного суспільства, а також зростання кола відносин правового характеру поступово вплинули на кількісне збільшення різного роду конфліктів. В свою чергу, спостережуване протягом останніх років збільшення обсягу судових справ, довготривалість судових засідань зумовили появу інших методів розв'язання конфліктів, альтернативних судовому розгляду.

Слід зазначити, що існують різні типи альтернативного вирішення спорів, такі як міні-судовий розгляд, переговори, примирення, третейське судочинство, медіація, які залежно від правової системи, про яку йдеться, належним чином застосовуються у цивільних, сімейних та навіть кримінальних справах.

Медіація є предметом великого інтересу в країнах-членах Європейського Союзу, та в Україні зокрема. Не дивно, що даний метод вирішення спорів також набуває популярності щодо вирішення адміністративно-правових суперечок мирним шляхом. Цікавим фактом є те, що популяризація медіації та її потенційних переваг порівняно з традиційними адміністративними судовими розглядами зустрічається в одних країнах із ентузіазмом, а в інших - із скептицизмом.

Більшість науковців визначають медіацію – як добровільну та конфіденційну процедуру позасудового вирішення конфліктів (спорів), під час якої сторони конфлікту звертаються за допомогою до третьої сторони (медіатора) з метою досягнення угоди про позасудове вирішення конфлікту, незалежно від того, чи був цей процес ініційований сторонами або запропонований судом. Ця процедура орієнтована на майбутнє, забезпечує сторонам збереження партнерських відносин, можливість продовжувати спільну діяльність. Основними її принципами є прояв поваги один до одного, прийняття один одного, вміння слухати і чути, обов'язкове дотримання конфіденційності – це можливість для всіх учасників суперечки вийти з нього переможцями за відсутності переможених [1, с. 155].

Підтримуючи позицію Н.В. Боженко, можемо виділити наступні переваги медіації: право сторін самостійно обирати медіатора та медіаційні засоби, умови та правила; виграшне рішення для обох сторін; справедливість та неупередженість рішення; фінансова та процесуальна доступність; швидкість розгляду справи; приватність; збереження

відносин, які дозволяють зберегти прийнятні партнерські стосунки між сторонами; широка сфера вирішення конфліктних відносин.

В той же час, основними проблемними питаннями є:

1. відсутність законодавчого регулювання;
2. низька поінформованість про процедуру;
3. недовіра до самої процедури;
4. опір із боку юридичної спільноти [2, с. 47].

Результати численних досліджень переконують, що медіація є не тільки доволі ефективним засобом розвантаження судової системи, а, відповідно, й зменшення витрат з бюджету держав, але й засобом мінімізації ризиків виникнення конфліктів у суспільстві, демократизації суспільних відносин, розвитку правової свідомості та культури, що як наслідок викликає високу довіру до судової гілки влади.

Як зазначає В.В. Кафарський, сьогодні складно визначитися, яка з відомих в Україні форм медіації – судова чи комерційна найкраще усталиться в нашій державі (комерційна, або ринкова, медіація – це процес, у якому примирення осіб здійснює спеціально підготовлений експерт, діяльність якого оплачують сторони). Зрозуміло, що з огляду на євроінтеграційні прагнення України ми маємо уважно вивчати європейський досвід розвитку ADR-технологій, практику альтернативного вирішення правових конфліктів без звернення до класичних судових процедур [1, с. 154].

Питання про застосування медіації в адміністративному судочинстві є одним із найбільш дискусійних. Це зумовлено тим, що адміністративне судочинство – це діяльність адміністративних судів щодо розгляду і вирішення адміністративних справ у порядку, встановленому КАСУ. Адміністративні справи являють собою передані на вирішення адміністративного суду публічно-правові спори, в яких хоча б одна сторона здійснює публічно-владні управлінські функції чи надає адміністративні послуги. Інакше кажучи, такі спори мають публічно-правовий характер. Однак характер спору не може бути перешкодою для застосування медіаційних процедур – це впливає з Рекомендації Рес (2001)9 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо альтернатив судовому розгляду спорів між адміністративними органами і приватними сторонами [3]. Водночас варто враховувати особливості правового статусу суб'єкта владних повноважень, закріплені загальновідомою формулою обмеження дискреційних повноважень органів державної влади («дозволено лише те, що передбачено законом»). Це означає, наприклад, що суб'єкт владних повноважень не може ініціювати процедуру медіації, принаймні тому, що відповідного закону в Україні немає. А згідно зі ст. 19 Конституції України, органи державної влади та місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України [4]. Крім того, як влучно зазначає Н.Ю. Кантор, постає питання про сумісність принципу гласності, яким керується публічна влада,

здійснюючи свої повноваження, і конфіденційності медіації. Априорі невикористання принципу конфіденційності процедури медіації при розв'язанні адміністративно-правових спорів не видається доцільним. Конфіденційність потрібна тоді, коли під час процедури можуть бути розголошені відомості конфіденційного характеру, в інших випадках медіація має проводитися відкрито [5, с. 92].

Публічно-правові спори, які вирішуються в порядку адміністративного судочинства, часто називають немедіабельними, тобто такими, які не можуть бути вирішені шляхом застосування медіації. Насамперед, це зумовлено суб'єктивним складом адміністративних процесуальних правовідносин, а саме, тим фактом, що однією зі сторін завжди виступає суб'єкт владних повноважень. У зв'язку з цим виникає питання щодо добровільності та ініціативності медіаційного процесу [1, с. 158].

Але при цьому, аналіз даної проблеми переконує у протилежному, оскільки досягнення компромісу між органами публічної адміністрації та громадянином є пріоритетним напрямком діяльності держави та органів місцевого самоврядування. Це зазначає і Конституційний Суд України у рішенні від 09.07.2002 р. (справа про досудове врегулювання спорів), де вказується, що право на судовий захист не виключає у суб'єктів правовідносин можливості досудового врегулювання адміністративно-правових спорів. Це означає, що вибір засобу правового захисту, в тому числі й досудового врегулювання адміністративно-правового спору, є правом, а не обов'язком особи, яка добровільно його використовує, виходячи з власних інтересів, при цьому орган виконавчої влади має обов'язок якщо не ініціювати процедуру примирення, або прийняти пропозицію щодо вирішення ситуації у позасудовому порядку.

Процедуру медіації можливо застосовувати лише у деяких видах адміністративно-правових спорів, таких як:

1. спори, які виникли з підстав оскарження правових актів індивідуальної дії, дій чи бездіяльності органів державної влади;
2. спори, які виникли з приводу прийняття на публічну службу, її проходження та звільнення з публічної служби;
3. спори, що виникають з приводу укладення, виконання, припинення, скасування чи визнання нечинними адміністративних договорів;
4. деякі спори за зверненням органів державної влади;
5. спори, які виникають з приводу виплат між приватними особами та органами державної влади;
6. спори, що виникають з оскарження рішень виконавців;
7. спори, які виникають із публічно-приватного партнерства;
8. деякі інвестиційні спори за участю держави.

Поряд з цим в межах процедури досудового примирення сторін не можуть бути врегульовані конфлікти, що характеризуються:

1. правопорушення може тягти за собою кримінальне покарання;
2. конфлікт можна вирішити лише шляхом процедури доказуван-

ня;

3. мета судового процесу направлена виключно на вирішення певної правової проблеми [6, с. 186-187].

Таким чином застосування медіації в адміністративному процесі може породити численні переваги: збільшення довіри громадян до адміністративних органів, деяке полегшення обсягу розгляду справ адміністративними судами, більша ефективність адміністративного судочинства та скорочення їх тривалості, а також збільшення впливу сторін на власну справу. Але ці амбітні цілі вимагають активного підходу органів державної влади та певної зміни у ментальності публічного управління та суспільства загалом, де медіація поки не є популяризованою та доступною.

Використані матеріали:

1. Кафарський В.В. Медіація в адміністративному судочинстві. Прикарпатський юридичний вісник. Випуск 3(6). 2014. С. 152-165.
2. Боженко Н.В. Впровадження медіації в адміністративних судах України. Науковий вісник публічного та приватного права. Випуск 2, ч. 1. 2016. С. 45-48.
3. Рекомендація Рес (2001) 9 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо альтернатив судовому розгляду спорів між адміністративними органами і приватними сторонами від 05.09.2001 року URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/Rec_2001_9_2001_09_05.pdf
4. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>
5. Кантор Н.Ю. Особливості медіації при розв'язанні адміністративно-правових спорів. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. Випуск №2. 2019. С. 90-93.
6. Ростовська К.В., Гришина Н.В. Медіація в адміністративному судочинстві: міф чи реалії сьогодення. Вісник Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна. Серія «ПРАВО». Випуск 29, 2020. С. 182-188.

Ющик Олена Іванівна

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м. Чернівці, Україна)

УЧАСТЬ ПРИСЯЖНИХ У ЗДІЙСНЕННІ ПРАВОСУДДЯ

Актуальним питанням системи судоустрою в Україні є удосконалення або, навіть, кардинальна зміна такого інституту, як суд присяжних. Завдяки цьому інституту можливо забезпечити одну із форм реалізації судової влади громадянами, яка діє через право народу безпосередньо брати участь у здійсненні правосуддя через присяжних. Саме останні покликані реалізувати та забезпечити правосуддя в Україні, що функціонує на засадах верховенства права відповідно до європейських стандартів і забезпечує право кожного на справедливий суд.

Відповідно до кримінального процесуального законодавства кримінальне провадження в суді першої інстанції щодо злочинів, за вчинення яких передбачено довічне позбавлення волі, здійснюється колегіально судом у складі трьох професійних суддів, а за клопотанням обвинуваченого - судом присяжних у складі двох професійних суддів та трьох присяжних (ч.3 ст. 31 КПК України)[2]. Особливої уваги потребує розгляд питання стосовно кандидата у присяжні та яким критеріям повинна відповідати особа, яка бажає здійснювати правосуддя.

На сьогодні, відповідно до Закону України «Про судоустрій та статус суддів» (ч. 1. ст. 65) присяжним може бути громадянин України, який досяг тридцятирічного віку і постійно проживає на території, на яку поширюється юрисдикція відповідного окружного суду, якщо інше не визначено законом [1]. Із вказаної норми випливає, що присяжним може бути тільки громадянин України, іноземці та особи без громадянства позбавлені такого права. Саме такою вимогою забезпечується і гарантується дотримання принципу державного суверенітету і невтручання в діяльність держави іноземних країн. При цьому немає значення, якого громадянства особа, стосовно якої відправляється правосуддя. У більшості зарубіжних країнах підтримується принцип залучення в якості присяжних осіб тих, які мають громадянство відповідної країни. Хоча у ФРН з метою забезпечення довіри до суду допускається участь іноземних громадян як присяжних осіб, які на законних підставах проживали на території країни понад 10 років та отримали активне виборче право на виборах до місцевих органів влади. Винятком є Англія, де для присяжних відсутнє посилення на англійське підданство і постійне проживання в країні не менше п'яти років, починаючи з тринадцятирічного віку [5, с.11-15].

Особливої уваги заслуговує вимога, яка пов'язана із віковою характеристикою присяжного. Відповідно до Закону України «Про судоустрій та статус суддів» (ст. 65) присяжним може бути особа, яка досягла тридцятирічного віку, але вік не перевищує 65 років [1]. На сьогодні у Верховній Раді України зареєстровано Проект Закону України Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» щодо удосконалення порядку залучення громадян України до участі у здійсненні правосуддя та формування списку присяжних №4191 від 05.10.2020 [3].

Пропонується знизити вік можливого кандидата у присяжні до двадцяти п'яти років, а пункт 6 статті 65 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» виключити, чим надати право особі незалежно від віку бути обраним присяжним. Погоджуємось, що не можна обмежувати право особи на здійснення правосуддя в якості присяжного лише до шістдесяти п'яти років. Необхідно зазначити, що вік присяжного має неабияке значення під час прийняття рішення в суді, оскільки набутий досвід, практика життя, стосунки в суспільстві впливають на осмислення обставин справи і винесення вироку.

Відповідно до п.п. 1, 2 ст. 65 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» не включаються до списків присяжних громадяни, які визнані судом обмежено дієздатними або недієздатними, а також мають хронічні психічні чи інші захворювання, що перешкоджають виконанню обов'язків присяжного. На сьогодні законодавством не врегульовано питання, як діяти у разі захворювання присяжного під час розгляду справи у суді. Проектом Закону України Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» щодо удосконалення порядку залучення громадян України до участі у здійсненні правосуддя та формування списку присяжних №4191 від 05.10.2020 [3] пропонується доповнити статтю 66 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» пунктом. 3-1, який б передбачав, що голова суду увільняє від виконання обов'язків присяжного у разі, якщо особа, яка за станом здоров'я не може виконувати обов'язки присяжного, що підтверджено медичним висновком. Ця зміна має суттєве значення, оскільки присяжний може захворіти під час розгляду справи у суді, що унеможливає його участь.

Ще однією вимогою, відповідно до п.7 ч.2 ст. 65 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» є те, що не включається до списку присяжних особа, яка не володіє державною мовою. Вважаємо, що ця вимога є необхідною у випадку залучення особи до здійснення правосуддя у якості присяжного. Цей критерій має важливе практичне значення, оскільки є випадки, коли громадяни (наприклад, в Закарпатській та Чернівецькій областях) не володіють мовою судочинства. В такому випадку вони не можуть бути залучені до участі в якості присяжного, оскільки не в змозі зрозуміти суті справи, покази обвинуваченого, свідків, потерпілих, висновки експертиз, запитання судді тощо. Нерозуміння обставин справи, представлених доказів порушуватиме

гарантію захисту та прийняте рішення, не відповідатиме інтересам підсудного, який має право на справедливе мотивоване судочинство.

Крім встановлених законодавчих вимог до добору присяжних, необхідно звернути увагу, що і сам кандидат повинен розуміти його значення у відправленні правосуддя. Присяжний зобов'язаний дотримуватися принципів винесення справедливого рішення з дотриманням засад і правил судочинства, його поведінка повинна відповідати нормам моралі та етики, виявляти повагу та гуманне ставлення до учасників процесу. Саме поведінка присяжного, його участь у судовому процесі буде показувати можливість винесення справедливого рішення, що, в свою чергу, буде підвищувати рівень довіри народу до правосуддя, забезпечувати впевненість суспільства в чесності та невідступності суддів [4, с. 225-230].

Отже, для ефективного існування суду присяжних в Україні необхідно кардинально змінити ставлення суспільства до цього інституту. Необхідно звернути увагу на вимоги до особи, яка може бути кандидатом у присяжні, що забезпечить нормальне функціонування інституту присяжних. Тому присяжним може бути особа, яка, крім законодавчо визначених вимог, зобов'язана дотримуватися принципів винесення справедливого рішення з дотриманням засад і правил судочинства, його поведінка повинна відповідати нормам моралі та етики, виявляти повагу та гуманне ставлення до учасників процесу.

Використані матеріали:

1. Закон України «Про судоустрій та статус суддів» від 2 червня 2016 року № 1402-VIII URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text> (дата звернення: 08.10.2020).
2. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17?find=1&text=%D0%BF%D1%80%D0%B8%D1%81%D1%8F%D0%B6%D0%BD%D0%B8%D1%85#w1_1 (дата звернення: 08.10.2020).
3. Проект Закону про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» щодо удосконалення порядку залучення громадян України до участі у здійсненні правосуддя та формування списку присяжних №4191 від 05.10.2020 URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70124 (дата звернення: 08.10.2020).
4. Ющик О.І. Удосконалення інституту присяжних через призму особи присяжного / Olena Yuschyk. Problems of relationship constitute the legal status of convicts of persons, the legal status of human and the legal status of the citizen. *Visegrad journal of human rights*. №5. October. 2017. P. 225-230.
5. Ярчук Н.М. Проблеми і перспективи запровадження суду присяжних у системі судочинства України: зарубіжний досвід та вітчизняна практика *Юридичний науковий електронний журнал*. Випуск 1. 2014. С. 11-15.

Явор Ольга Анатоліївна

доктор юридичних наук,

професор кафедри цивільного права № 2

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

(м. Харків, Україна)

АДМІНІСТРАТИВНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА НЕСПЛАТУ АЛІМЕНТІВ: ПРАКТИЧНІ ПИТАННЯ

Законом України від 07 грудня 2017 року № 2234-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту права дитини на належне утримання шляхом вдосконалення порядку примусового стягнення заборгованості зі сплати аліментів» (далі – Закон) [2], який набрав чинності 06 лютого 2018 року, було доповнено Кодекс України про адміністративні правопорушення (далі - КУпАП) статтею 183-1.

Зазначеним законом регулюється додатковий вид адміністративної відповідальності за несплату аліментів; запроваджений новий вид адміністративного стягнення - суспільно корисні роботи; розроблено механізм захисту прав дитини та інших осіб на отримання аліментів.

Положення статті 183-1 КУпАП встановлюють адміністративну відповідальність за несплату аліментів на утримання дитини, одного з подружжя, батьків або інших членів сім'ї, що призвела до виникнення заборгованості, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за шість місяців з дня пред'явлення виконавчого документа до примусового виконання¹³³. За наявності заборгованості зі сплати аліментів у розмірі, що сукупно перевищує суму відповідних платежів за шість місяців (три місяці для дітей, що хворіють), державний виконавець складає *протокол* про вчинення боржником адміністративного правопорушення за встановленою формою, що є Додатком 12 до Інструкції з організації примусового виконання рішень. Зміст протоколу повинен відповідати вимогам, викладеним у статті 256 КУпАП.

Аналізуючи склад адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 183-1 КУпАП зазначимо, що *об'єктом* правопорушення, передбаченого статтею 183-1 КУпАП, виступають суспільні відносини у сфері забезпечення і дотримання прав дитини та інших осіб, передбачених законом (одного з подружжя, батьків або інших членів сім'ї) на аліменти. Адміністративний проступок (*об'єктивна сторона*) характеризується бездіяльністю, яка полягає у невиконанні особою свого обов'язку по сплаті аліментів на утримання дитини, одного з подружжя, батьків

¹³³ Санкція статті 183-1 КУпАП передбачає накладення адміністративного стягнення у вигляді виконання суспільно корисних робіт на строк від 120 до 240 годин.

або інших членів сім'ї, який тягне заповідання *шкоди* у виді виникнення заборгованості, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за шість місяців з дня пред'явлення виконавчого документа до примусового виконання. Вважаємо, що об'єктивна сторона правопорушення розпочинається значно раніше і утворюється тільки у випадку виникнення обумовленої заборгованості. Враховуючи, що положення статті 183-1 КУпАП не пов'язують настання відповідальності з конкретними правовими підставами виникнення обов'язку зі сплати аліментів, вважаємо, що такий обов'язок може виникати як на підставі судового рішення, так і з виконавчого напису нотаріуса у випадку невиконання укладеного між особами договору про сплату аліментів [2].

Вважаємо, що *суб'єктивна сторона* проступку характеризується виною у формі як необережності так і умислу, за відсутності ознак кримінального правопорушення - злісного ухилення від сплати аліментів, передбаченого статтями 164, 165 Кримінального кодексу України [3].

Суб'єкт правопорушення є спеціальним, це особа, яка на відповідній правовій підставі зобов'язана сплачувати аліменти на утримання іншої особи.

Слід зазначити, що за своїм характером таке правопорушення є *триваючим*, і розпочавшись одного разу з протиправної бездіяльності, воно триває у часі до моменту його припинення. На сьогодні, судова практика щодо притягнення осіб до адміністративної відповідальності за статтею 183-1 КУпАП є неоднозначною.

Зокрема, Солом'янський районний суд м. Києва у мотивувальній частині постанови вказує на те, що адміністративне правопорушення, передбачене статтею 183-1 КУпАП є триваючим та зазначає, що «в діях *ОСОБА_1* вбачаються ознаки адміністративного правопорушення, передбаченого ст.183-1 КУпАП, несплата аліментів на утримання дитини, що призвела до виникнення заборгованості, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за шість місяців з дня пред'явлення виконавчого документа до примусового виконання»[4], але закриває провадження у справі у зв'язку із закінченням на момент розгляду справи строків накладення стягнення.

У свою чергу склалася практика судів Київської, Сумської та Донецької областей щодо закриття проваджень у справах про притягнення до адміністративної відповідальності, передбаченої статтею 183-1 КУпАП. Наприклад, у постановвах Солом'янського районного суду м. Києв від 1 червня 2018 року[5], 07 червня 2019 року[6] зазначається, що у разі, коли період заборгованості виник до набрання статтею 183-1 КУпАП чинності, особа не може бути притягнута до відповідальності за вказані діяння, оскільки закон, що встановлює відповідальність не має зворотної дії в часі.

Однак дана позиція є хибною виходячи з того, що правопорушення передбачене статтею 183-1КУпАП є триваючим. Аналізуючи рішення

суду, можна припустити, що суд констатує лише наявність заборгованості по сплаті аліментів, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за шість місяців до моменту набрання чинності Законом та не зазначає, що на момент складання протоколу, тобто після набрання чинності Законом наявний склад адміністративного правопорушення передбаченого статтею 183-1КУпАП. З огляду на викладене, державні виконавці під час складання протоколу повинні зазначити не тільки періоди коли накопичувалась заборгованість, але й зазначити, що на момент складання протоколу має місце заборгованість по аліментам, що сукупно перевищує суму відповідних платежів за шість місяців з дня пред'явлення виконавчого документа до примусового виконання [7]. Екс-заступник Міністра юстиції С.В. Глущенко зазначала, що якщо на момент набрання чинності Законом в особи наявна заборгованість за несплату аліментів, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за шість місяців з дня пред'явлення виконавчого документа до примусового виконання, то така особа після набрання чинності Законом має вжити необхідних заходів щодо погашення такої заборгованості. У разі невжиття цих заходів така особа має нести адміністративну відповідальність відповідно до статті 183-1 КУпАП [8].

Але як свідчить аналіз судової практики рішення про накладення адміністративного стягнення. В усіх інших випадках, судами або повергались протоколи для належного оформлення, або приймалися постанови про закриття провадження у зв'язку з відсутністю події і складу правопорушення з посиланням на недопустимість зворотної дії закону в часі.

Виходячи з вищевикладеного, слід констатувати, що поряд з іншими цивільно-процесуальними обмежувальними заходами запровадження адміністративної відповідальності за несплату аліментів є своєчасним та потрібним засобом з створення необхідних правових умов для достатнього забезпечення прав і інтересів дітей. Сприяти цьому повинні батьки. Вважаємо, що під час *оформлення адміністративного правопорушення* або прийняття рішення у справі слід з'ясувати наявність чи відсутність обставин, які з поважних причин унеможлиблювали для боржника сплату аліментів, або/та наявну заборгованість по аліментах за минулий період.

Використані матеріали:

1. ЗУ “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту права дитини на належне утримання шляхом вдосконалення порядку примусового стягнення заборгованості зі сплати аліментів” (Відомості Верховної Ради (ВВР), 2018, № 6-7, ст.40) URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2234-19#Text>
2. Євген Діденко Відповідальність за несплату аліментів: теоретичні й практичні аспекти. URL: <https://sud.ua/ru/news/>

blog/118781-administrativna-vidpovidalnist-za-nesplatu-alimentiv-teoretichni-i-praktichni-aspekti

3. Кримінальний кодекс України (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2001, № 25-26, ст.131) URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>
4. Постанова Солом'янського районного суду м. Києва Категорія справи № 760/11273/18 URL: reyestr.court.gov.ua/Review/75266760
5. Постанова Солом'янського районного суду м. Києва Категорія справи №760/8063/18 URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74629246>
6. Постанова Солом'янського районного суду м. Києва Категорія справи № 760/12766/19 URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82666649>
7. Практика застосування законодавства про стягнення аліментів. Роз'яснення міністерства України URL: <https://minjust.gov.ua/m/praktika-zastosuvannya-zakonodavstva-pro-styagnennya-alimentiv>
8. У Мін'юсті обговорили практику застосування законодавства у сфері аліментів: новини Міністерства за 04.04.2018р. URL: <https://minjust.gov.ua/news/ministry/v-minyusti-obgovorilipraktiku-zastosuvannya-zakonodavstva-u-sferistyagnennya-alimentiv>.

СЕКЦІЯ 6 ПЕРШІ КРОКИ В НАУЦІ

Бакун Володимир Ігорович

*студент 4-го курсу юридичного факультету
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(Чернівці, Україна)*

Науковий керівник: *асистент кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича Л.Г. Бзова*

МІЖКУЛЬТУРНИЙ ІНТЕРПРЕТАЦІЙНИЙ АРГУМЕНТ У ДІЯЛЬНОСТІ КОНСТИТУЦІЙНИХ СУДІВ

Щодо юридичного тлумачення можна спостерігати різні теорії, які є загальними пов'язані з поняттями права: пізнавальним, проміжний і скептичний. У випадку скептичних теорій вони передбачають деякі тези, такі як радикальна невизначеність закону з причин, що лежать в основі мовних проблем. Отже, перспективи, що стосуються лише легких випадків, або суміші між легкими та складними справами, де можна знайти таких авторів, як Маккормік чи Алексі. І, також зазначається, вони пов'язані з концепцією права: юридичним реалізмом.

У такому порядку ідей вказується, що видів юридичного тлумачення може бути в основному два, залежно від: 1) суб'єкта, який здійснює тлумачення, та 2) використовуваної техніки тлумачення. У першому випадку людина стикається з тлумаченням: а) автентичного, б) офіційного, в) судового, г) доктринального та д) оперативного чи стратегічного. У другому випадку ми знаходимо техніку інтерпретації: а) буквальною та б) корекція, остання може бути обмежувальною або великою. Однак існують також аргументовані інструменти для уникнення або вирішення проблем правової системи, серед них є, наприклад, аргументи: систематичні, історичні, телеологічні, психологічні, соціологічні тощо[1].

У цьому відношенні, на думку Гуастіні, інтерпретаційний аргумент - це «причина - аргумент саме - те, що особа пропонує підтримати інтерпретаційну тезу»[2]. Що стосується інтерпретаційного рішення (доктринального чи судового), це може бути прийняття стандартного рішення чи творче прийняття рішення. Але також, на судовому рівні аргументаційне тлумачення є частиною зовнішнього обґрунтування.

Тоді можна встановити такі типи аргументів, що тлумачать, незліченна чи, принаймні, складно зробити вичерпну систематику.

З метою реконструкції необхідних елементів, що дозволяють конфігурувати міжкультурний інтерпретаційний аргумент, розглядаються три важливі судові частини щодо права громад, народів та національностей. Це: а) справа «Ла Коча», б) справа «Ваорані» та в) справа «Амаутай Васі».

У першій справі рішення у справі «La Cocha» у конституційних справах стосовно правосуддя корінних народів визначає основні факти справи, узагальнені тим, що після законного судового розгляду владою корінних органів, в якій було видано запобіжне затримання трьох причетних до вбивства осіб, ігноруючи це рішення, прийняте судом корінних народів, всупереч конституційним нормам та міжнародним документам з прав людини.

У другій справі Другий кримінальний суд штату Ореллана направив Конституційному суду на консультації з метою прийняття рішення щодо конституційності норми, що міститься у статті 1 Закону s / n, Офіційний реєстр No 578-S від 27 квітня 2009 р., вставлена статтею 441 Кримінального кодексу, яка передбачає санкцію за вчинення геноциду. Консультація відбулася в рамках кримінального судового розгляду справи за геноцид № 223-2013, після чого було проведено проти Токарі Коба Кімінтарі Оренго та інші, що належать до корінного національності ваорані, за смерть ваоранських старших Омполе Омехуая та Буганей Кайги.

У третьому випадку зазначено, що за рішенням CONESUP NO RCP S13.No.268.04 від 22 липня 2004 р. Передбачено, що станом на 30 листопада 2005 р. цей університет обмежує свою академічну діяльність лише містом Кіто терміном на 5 років. Враховуючи це, Луїс Фернандо Саранго Макас та Мануель Еміке Квічпе Квіжпе, виконуючи обов'язки ректора (e) та прокурора (e) відповідно Міжкультурного університету корінних національностей та народів «AMAWTAY WASI», подали позов про порушення вимог, вимагаючи від CONESUP, суворо дотримуючись положень статті 4 Закону про створення університету «AMAWTAY WASI» та статті 31 його статуту, яка передбачає протилежність ієрархічно нижчій резолюції.

У справах спостерігаються деякі параграфи, які розмежовують певні структурні елементи міжкультурної аргументації:

1. Міжкультурність та багатонаціональність є взаємодоповнюючими поняттями, у свою чергу вони протиставляються не унітарній державі, а однорідній державі, яка визнає існування правового плюралізму[3].
2. Визначено, що, оскільки існує правовий плюралізм, для вирішення проблем, пов'язаних з народами предків, повинні враховуватися такі принципи:
 - а) історична наступність

- б) культурне різноманіття;
- в) міжкультурність;
- г) міжкультурна інтерпретація[3].

Ці принципи, на думку Конституційного Суду, мають такий зміст:

- Історична безперервність: яка показує, що корінні народи та національності, незважаючи на колонізацію, мають свої структурні наслідки з їх диференційованою ідентичністю від решти національних суспільств, використовуючи свої звичаї, культури, норми, правові інститути. релігійна політика, філософські уявлення та мови, оселені на корінних територіях, на яких вони здійснюють самоврядування громади.
- Те, що стосується культурного різноманіття: від чого, функція закону, в даному випадку норм, турбується про розгляд не лише відносин між державою та громадянством, а й «ідентичності між народами», тобто брати до уваги присутність різних корінних народів з їхніми установами, їх звичаями та їх філософією стосовно інших не корінних народів, які мають спільну національну територію.
- Те, що стосується міжкультурності: це пов'язано з діалогом, принципово епістемічним: це не діалог, в якому корінні народи є кам'яними гостями: міжкультурний діалог, як заявив Осер Гарсія Рівера, не є щось інше, ніж: «діалог між епістемічними відмінностями, які, оскільки існують гегемоністські позиції, є когнітивною боротьбою, пов'язаною з тим, як різні народи використовують різні способи отримання та застосування знань, для зв'язку між собою, інших, з природою, з територією, з багатством, з різноманітним суспільством».

Як було помічено, вирішальне/офіційне тлумачення, проведене Конституційним Судом, використовує нову форму аргументаційного тлумачення у зазначених випадках. Цей новий метод не можна перекласти на інші через свою критичну природу та відхилення від класичної або однорідної інтерпретації, як було визначено.

Використаний міжкультурний інтерпретаційний аргумент, створений Конституційним Судом, включає певні елементи, які необхідно вивчити при вирішенні правових проблем, що стосуються прав громад, народів та національностей, щоб гарантувати їх повну обґрунтованість. контекст культурно різноманітного суспільства.

Використані матеріали:

1. Alexy, R. (1997). *Teoria de la Argumentacion Juridica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
2. Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
3. Sentencia No. 0731-10-EP. (2014). Descargado de <https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/Sentencias/0731-10-EP.pdf>

Банар Олександр Віталійович

*студент 4-го курсу юридичного факультету
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м. Чернівці, Україна)*

Науковий керівник: *доктор юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича О.В.Щербанюк*

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Мушу визнати, що система, яка покликана державою для захисту - дає збій. І я кажу це – як офіцер Національної поліції України. Реформа «Правосуддя» 2016 року., була прикликана для вдосконалення системи правосуддя в законодавстві України. За документом зміниться так зване обличчя суду, «Судді по новому», також призначення та звільнення генерального прокурора і Римський статут.

Останнім часом спостерігачі за науковим життям могли побачити значну активність як юристів – теоретиків, так і юристів – практиків в галузі застосування вимог Конвенції про захист прав і основних свобод людини в здійсненні правосуддя українськими судами.

Значною мірою така активність є виправданою з точки зору декількох аспектів. Безперечно, Конвенція, яка ратифікована Україною та набула чинності ще в 1997 році, мала б вже на сьогоднішній день, через сім років, зайняти значне місце в українському праві. Враховуючи унікальний характер цього документу і постійне оновлення рішень Європейського суду з прав людини, Конвенція може виправити певні недоліки, які є в українському законодавстві.

Закономірно постає питання: коли суддя обов'язково повинен використати Конвенцію, виходячи із норм національного законодавства? По-перше, у випадку, коли в національному законодавстві не врегульовано питання щодо права, яке гарантується Конвенцією. По-друге, коли національне законодавство не в повній мірі відповідає тому «духу» Конвенції, про який йшлося вище. Спробуємо проілюструвати ці випадки прикладами і візьмемо для аналізу статтю 6 Конвенції – найбільш ґрунтовну та складну статтю, яка має пряме відношення до процесу винесення рішення національними судами.

Прикладом першого випадку використання Конвенції може стати рішення Європейського суду з прав людини у справі «Сем Меріт проти України» від 30 березня 2004 року. Коротко суть цієї справи можна викласти таким чином. Пан Меріт, громадянин Ізраїлю, займався в Україні комерційною діяльністю. У зв'язку із підозрою у вчиненні

декількох посадових злочинів щодо нього було порушено кримінальну справу, його було затримано і обрано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою. Це сталося в 1998 році. Хоча після того щодо заявника було обрано інші запобіжні заходи – спочатку підписка про невиїзд, а потім зобов'язання з'являтися на виклик органів слідства, і заявник мав можливість залишити територію України, кримінальна справа щодо нього все ще продовжує розслідуватись, хоча минуло вже шість років. Зрозуміло, виходячи із фактів цієї справи, що тривалість розслідування кримінальної справи протягом шести років не могла бути визнана Європейським судом такою, що відповідає принципу розумності строків розгляду справи. Але визначивши, що строк був нерозумним, Європейський суд зробив ще одне зауваження Україні – в рішенні зазначено, що в українському законодавстві відсутні засіб захисту особи від порушення строків розгляду справ або можливість отримання компенсації у випадку, коли строки все ж порушені. Таким чином, якби сьогодні особа звернулася до суду із заявою про нерозумні строки розгляду її справи судом, то при винесенні рішення національний суд може застосовувати Конвенцію напямую, оскільки національне законодавство не врегулює вказане питання.

У зв'язку із цим у випадку, коли б особа звернулася до суду зі скаргю на порушення її права на судовий розгляд протягом розумного строку, при вирішенні цього питання суд мав би керуватись нормами Конвенції про захист прав і основних свобод людини та практикою Європейського суду з прав людини.

Крім того, застосування суддями Конвенції та рішень Європейського суду можливе тільки після того, як будуть встановлені певні критерії такого застосування, що повинен зробити Верховний Суд, прийнявши постанову Пленуму Верховного Суду.

Але, тим не менше, навіть при тому, що вказані проблеми можуть стати перешкодою, застосування Конвенції на сьогоднішній день є демократичним виходом із тих проблем, які ще існують в законодавстві України, а також в практиці його застосування. Тому, навіть якщо застосування норм Конвенції автоматично і не вплине на кількість звернень проти України до Європейського суду з прав людини, це буде вплив опосередкований, шляхом виправлення помилок і недоліків українського законодавства.

По своїй роботі, я досить часто зіштовхуюсь з процесуальними рішеннями суду які містять в собі рішення Європейського суду з прав людини, але нажаль не завжди вони є доцільні. Є судді які при винесенні процесуальних рішень зловживають своїми повноваженнями. Так, і на мою думку про це не варто мовчати, адже саме ці рішення формуватимуть думку людей про судову систему.

На мою думку процесуальний документ має бути простий, щоб у наших читачів не виникало зайвих запитань, тобто він має бути лако-

нічним і зрозумілим всім учасником процесу. Адже до прикладу підсудний не завжди це людина, яка розуміється у юридичних та наукових термінах тому варто звертати, на це увагу. А саме цей процес може затягнутись, а згідно ст.28 КПК розумності строків розгляду справи і бувають випадки що особа бажає ознайомитись з любым процесуальним рішенням.

На сьогоднішній час зловживання процесуальними правами сторонами судового процесу набуває великої актуальності. Адвокат може навмисно не з'являтися на судові засідання, або ж нечітко пояснювати клієнту стратегію захисту, і саме основне діставати інформацію нечесним шляхом, а це в свою чергу потягне за собою перенесення судового розгляду на іншу дату, а це може бути тривалий відрізок часу, тому варто звертати на це дуже велику увагу. Не секрет що навіть судді зловживають процесуальними правами, які в свою чергу теж руйнують судовий процес. Яскравим прикладом зловживання процесуальними правами суддями, це адміністративний суд, але не тільки адміністративний суд зловживає правами, я мав змогу підібрати деякі процесуальні рішення, Одеського, Київського, Вінницького судів, і це не весь список суддів які зловживають правами. До прикладу: Ухвала від 31.10.2018 № 910/17239/17 Господарський суд м. Києва, Ухвала від 22.07.2019 № 320/982/19 Київський окружний адміністративний суд, Ухвала від 27.09.2018 № 2-1242/10 Апеляційний суд Вінницької області, Постанова від 21.04.2020 № 360/756/20 Перший апеляційний адміністративний суд.

Повернусь до самих зловживань суддів своїми процесуальними правами. Після реформи 2016 року, від суддів вимагають чітких та імперативних юридичних рішень, звернімо увагу на те що не у всіх суддів нашої країни нажалє є кваліфікована юридична освіта і прочитаних матеріалів у всіх сферах життя. Низький рівень освіти, і кваліфікації нестійкий емоційний стан суддів приводить в дію механізм збою в системі яка покликана захищати. Нам відомо, що є певні справи по яким можна винести невеликий процесуальний документ. Приклад на одному з судових засідань на якому, я був присутній суддя продовжував строки тримання під вартою особі. Зачитавши резолютивний частину ухвали, суддя опирався на рішення ЄСПЛ, але на мою думку дана ситуація не знайшла відображення в тій даній справі. Чим більший документ тим важче сприймати його учасникам процесу, це просто показує що суддя створює вигляд роботи, і якраз це є приклад непрофесійності і недбалості суддів до роботи, а подальший розвиток подій призводить до збою в системі. Ніби дрібниці, але любі розлади починаються з малозначних діянь, а ті в свою чергу викликають розлади в системі. Також ми бачимо як нечітко складений КАСУ призводить до колосального порушення всіх прав, і як судді адміністративних судів зловживають процесуальними правами більше ніж інші учасники процесу.

Люди звинувачують у всьому систему, але вони не можуть зрозуміти

міти, що цю саму систему будують такі ж самі люди як і ми. І якраз некомпетентність, низький рівень освіти, високий рівень корупції в системі освіти, недбалість призводять до того що до механізмів потрапляють абсолютно некваліфіковані люди, а то в свою чергу призводить до розладу всіх механізмів. Варто лише глянути на те як кожен день люди звільняються з державних робіт лише тому, що вони розчаровуються в системі, і вони йдуть працювати до приватних підприємців, мотивуючи це тим «мене там почули, мене там побачили». І ця ситуація мене дуже сильно бентежить не тільки як державного службовця, а й як звичайного громадянина України, який просто хоче прогресу і розвитку своїй державі.

Тому з вище сказаного, можу сказати одне. Треба створити спеціальну платформу, де судді кожного місяця зможуть вдосконалювати свій рівень знань. Зобов'язати кожного суддю слідкувати за подіями в світі і за найменшою зміною в законодавстві вивчити і скласти залік з даних змін. Ввести в роботу суду правильне застосування української мови. Ввести в апарат суду управління забезпечення, тобто забезпечення судів психологічним забезпеченням, що дозволить суддям досконаліше керуватись своїми внутрішніми переконаннями. Також ввести в апарат суду наукових співробітників які будуть забезпечувати суд необхідними матеріалами і літературою, і проводитимуть суддям лекції, щодо певних аспектів суспільного життя. Ведуть до того, щоб створити умови роботи і навчання для судів, як на мене це покращить роботу судів, і створить нове обличчя суду. А з високим рівнем підготовки і витримки можна змінити хоча б частинку чогось великого.

Використані матеріали:

1. Рішення ЄСПЛ у справі «Меріт проти України» (заява N 66561/01) Страсбург, 30 березня 2004 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_110#Text

Барило Даяна Миколаївна

*студентка магістратури кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м. Чернівці, Україна)*

Науковий керівник: *асистент кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича Л.Г. Бзова*

ОСНОВИ ЮРИДИЧНОЇ АРГУМЕНТАЦІЇ

Зростаючий інтерес до аргументації в галузі права базується на загальній потребі, яка є невід'ємною частиною самого закону і, зокрема, завданням обґрунтування юридичних рішень: діяльність, з якою повинен

стикатися не тільки суддя, оскільки сторони, які ведуть судовий процес у будь-якому юридичному процесі, використовуються поглиблено.

Очевидно, що судді не завжди можуть вивести своє рішення із застосування норми, і одне усвідомлення цих труднощів не гарантує того, що суддя може інтерпретувати правила, щоб вибрати між конкуруючими тлумаченнями. Ця обставина призводить до того, що інтерес до досліджень правової аргументації значно зріс у юридичній теорії. Однак якщо обґрунтування причин, чому наслідування моделі юридичної аргументації становить теоретичну дилему, з якою стикаються автори, яким голландський професор присвячує значну частину книги, проблема в тому, з чого насправді складається юридичний аргумент. Обґрунтування судових рішень являє собою конфлікт, який виходить за рамки його визначення в аргументованому вираженні.

Останнє чітко видно з того, що виправдання розуміється як аргумент, який захищає чи радить рішення. Однак аргументація і, отже, обґрунтування є послідовними, якщо ними регулюються відповідні норми солідності (не тільки логічно, але і юридично), так що обґрунтування судових рішень не є точно ідентичним аргументації, в якій вони захищені, а скоріше до більш загального процесу, пов'язаного з адекватним тлумаченням правової норми, як у явних, так і у складних випадках. В останніх, так званих «складних справах», необхідно використовувати додаткові тлумачення, що виправдовують подальше тлумачення відповідної правової норми. Саме в цих випадках спостерігається, що обґрунтування остаточних рішень не можна ототожнювати з аргументацією, яка використовується для цієї мети, оскільки у складних випадках поняття обґрунтування неявно стосується використання певного методу або канону тлумачення для встановлення точне значення норми[1].

Завдання обґрунтувати придатність використання одного канону тлумачення, а не іншого, не може перекриватися завданням обґрунтування судового рішення. Таким чином, з усією певністю остаточне рішення, до якого може спричинити тлумачення правила у складній справі, не буде однаковим, якщо буде використаний граматики-семантичний метод інтерпретації (пошук значення терміна конкретною мовою: технічний), історичний (пошук історичного значення норми), систематичний (пошук значення в складній правовій системі), генетичний (пошук сенсу відповідно до наміру судді) або телеологічний (пошук значення у світлі явної реконструкції наміру законодавця).

Юридична аргументація розглядає вимоги, пов'язані з аргументами, у так званому контексті обґрунтування, але не аналізує вимог, пов'язаних із процесом прийняття рішень чи контекстом виявлення, пов'язаних із прийнятий канон інтерпретації, природу якого часто називають психологічним (саме внаслідок мізерної уваги, якої заслуговує його обґрунтування?).

Модель МакКорміка розрізняє дві форми юридичного обґрунтування, повторюючи обмеження, передбачені суворим застосуванням логічного підходу до правових питань. МакКормік говорить про дедуктивне виправдання та обґрунтування другого порядку. Остання була б спрямована на раціональне вирішення обґрунтування складних справ, щодо яких раніше не було прийнятої норми. Це приклад того, як філософський компонент (критично ототожнений у цьому огляді з моральним чи правовим) повинен поєднуватися з логічним підходом для вирішення вимог раціональності в конкретних випадках[2].

Отже, наявність переважних підходів та перекриття між вже згаданими компонентами, так чи інакше, зазначається в кожній моделі аргументації. І саме з них визначаються правила прийнятності аргументу в кожному конкретному випадку, реконструкція стадій, незалежно від того, є вони патентними чи прихованими, в будь-якому аргументованому процесі та характер раціональності аргументу.

Використані матеріали:

1. Feteris, Eveline T. Fundamentos de la Argumentación Jurídica. Revisión de las Teorías sobre la Justificación de las Decisiones Judiciales. Trad. de Alberto Supelano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2007, pp. 293 e ss.
2. McCormick Neil. Argumentation and interpretation in law. In: Ratio Juris, Vol. 6 n° 1, march 1993. pp. 16- 29.

Гончар Олег Олександрович

*студент магістратури юридичного факультету
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м. Чернівці, Україна)*

Науковий керівник: *асистент кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича Л.Г. Бзова*

УГОДИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Протягом останніх кількох років, до Кримінального процесуального кодексу України вносилися вагомі зміни до ст. 469 КПК щодо умов укладення угоди про визнання винуватості.

Варто зазначити, що попередньою редакцією передбачалося, що угода про визнання винуватості між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим може укладатися щодо кримінальних проступків чи злочинів, якими шкода завдавалася лише інтересам держави чи суспільства. Укладання угоди про визнання винуватості у кримінальному провадженні стосовно уповноважених осіб юридичної особи, які вчинили кримінальне правопорушення, щодо якого здійснюється розслідування

стосовно юридичної особи, а також у кримінальних провадженнях, де бере участь потерпілий, не допускається.

Дані умови укладання угод сформульовано так, що вони не задовольняють вимоги дотримання юридичної визначеності, бо існуюча редакція абзацу п'ятого ч. 4 ст. 469 КПК містить два взаємовиключні положення: «Угода про визнання винуватості між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим може бути укладена щодо кримінальних проступків, злочинів, внаслідок яких шкода завдана лише державним чи суспільним інтересам» та «Укладення угоди про визнання винуватості у кримінальному провадженні... у кримінальному провадженні щодо кримінальних правопорушень, внаслідок яких шкода завдана державним чи суспільним інтересам або правам та інтересам окремих осіб, де беруть участь потерпілий або потерпілі, не допускається, окрім випадків надання усіма потерпілими письмової згоди прокурору на укладення ними угоди».

Таким чином, спосіб укладення угоди про визнання до злочинів, через які шкода завдана лише державним або суспільним інтересам, такий, при якому є можливим і неможливим укладення угоди про визнання винуватості.

Подібний спосіб формулювання норм ніяк не сприяє ефективному застосуванню інституту угод у кримінальному провадженні, оскільки кожна угода про визнання винуватості не матиме належного нормативного підґрунтя і може не бути затверджена судом.

Важливим моментом укладення угоди про визнання винуватості є її зміст – призначена міра покарання. Ясно, що цей кримінально-процесуальний інститут було створено саме для поліпшення становища підозрюваних, які погодилися на певні дії, тобто:

- 1) здійснювати активне і змістовне сприяння при проведенні розслідування кримінального провадження щодо них;
- 2) забезпечувати швидкий перебіг досудового розслідування та судового провадження;
- 3) надавати можливості для запобігання, виявлення чи припинення більшої кількості кримінальних правопорушень, зокрема, більш тяжких;
- 4) відшкодування завданої шкоди, щире каяття, тощо.

Отже, таким особам повинно бути призначене менше покарання, ніж як за вчинення того ж самого діяння.

Звідси постає пряме питання про можливість прокурора зазначити в угоді покарання у меншому обсязі ніж передбачено законом.

Варто зазначити, що інститут угод у кримінальних провадженнях успішно застосовується в країнах англо-американської системи права. Такий інститут розвинений у кримінальних процесах Великобританії, Канади, США, де 70–90% усіх кримінальних проваджень вирішуються через укладання угоди про визнання винуватості між сторонами об-

винувачення та захисту.

Так, у 2010 р. у США 3 463 обвинувачених у злочинах постали перед судом, тоді як 72 110 – уклали угоди про визнання винуватості. Таким чином, менш ніж 5% кримінальних справ були розглянуті у судовому слуханні, а 95,4% – закінчилися укладанням угод. Тому угода про визнання винуватості є основним способом вирішення значної кількості кримінальних справ у судах США та більшості держав, які належать до англосаксонської правової сім'ї.

Така ситуація обумовлена тим, що укладання угод вигідне для обох сторін провадження. Обвинувачений може отримати значно менше покарання, а прокурору не потрібно доводити винуватість обвинуваченого в судовому порядку. Разом з цим, під час досягнення домовленості прокурор залучає підозрюваного чи обвинуваченого до співпраці з метою запобігання, виявлення чи припинення кримінального правопорушення.

Необхідно розуміти, що для системи загального права більш важливим є врегулювання суспільних відносин та їх відновлення в первісному стані, тобто виявлення правопорушника та його покарання, ніж принципівість встановлення істини у справі.

Кардинально інша ситуація у країнах з континентальною системою права. Порядок укладення угод про визнання винуватості чітко визначений та конкретизований. Умови, за яких досягаються домовленості з підозрюваним і обвинуваченим, залежать від обставин кримінального провадження, наприклад, від виду вчиненого злочину.

Так, угода про визнання винуватості у Франції може бути укладена у конкретній категорії злочинів, за котрі передбачено такі покарання, як штраф, позбавлення волі строком на 5 років. Крім того, така угода укладається у кримінальних провадженнях щодо тяжких злочинів, вчинених через необережність.

Разом з цим, обвинуваченому надається можливість укласти угоду про визнання винуватості або відмовитися від цієї процедури протягом 10 днів після отримання пропозиції про укладення такої

КПК України чітко регламентує інститут угод у кримінальному провадженні, прямо зазначаючи види угод, які можуть укладатися:

- 1) угода про примирення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим;
- 2) угода між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим про визнання винуватості.

Закріплена у КПК угода між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим про визнання винуватості спрямована на дотримання Рекомендацій № 6 II (87) 18 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам «Стосовно спрощення кримінального правосуддя».

Угода між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим про визнання винуватості за своєю суттю схожа на угоду про визнання

вини, що поширені у країнах англо-американської правової системи.

Угода про визнання винуватості – відносно новий інститут у кримінально-процесуальному праві нашої країни. Попри суттєву кількість прогалин і колізій, його запровадження є позитивним кроком до утвердження ефективної системи захисту прав людини у кримінальній юстиції, а також до утвердження сучасної моделі кримінального процесу, що відповідає європейським вимогам і стандартам.

Практика укладання угод про визнання винуватості свідчить про вагомій зміні у процесуальному статусі підозрюваного, оскільки, він у змозі втрутитися у процес встановлення винуватості та призначення покарання. Крім того, підвищується роль захисника, який відчуває себе рівноправним учасником, котрий спільно із суддею та прокурором розвиває стратегію прийняття рішення.

Така зміна процесуальних ролей суб'єктів процесу призвела до того, що кримінальне провадження стає знаряддям вирішення соціальних проблем та слугує встановленню справедливості. Вказані зміни у кримінальному провадженні тісно пов'язані з новою орієнтацією ідеї покарання у кримінальному судочинстві. Наразі суд повинен керуватися тим, що покарання, на яке погоджується обвинувачений у випадку укладання угоди про визнання винуватості, може краще слугувати перевихованню і ресоціалізації правопорушника.

Використані матеріали:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>
2. Постанова пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ № 13 від 11.12.2015 «Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод» URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0013740-15>
3. Рекомендацій № 6 II (87) 18 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам «Стосовно спрощення кримінального правосуддя» URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_339
4. Про практику застосування прокурорами інституту угод у кримінальному провадженні: Інформаційний лист Генеральної прокуратури України від 24.04.2013 № 09/1 – 101 вих. – 317-07-13 URL: http://www.gp.gov.ua/ua/scientificallly_methodical_advice.html?_m=publications&_t=cat&id=106860
5. Постанова пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ № 13 від 11.12.2015 «Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод» URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0013740-15>

Демецький Вадим Дмитрович

студент 2-го курсу господарсько-правового факультету
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(м. Харків, Україна)

Науковий керівник: кандидат юридичних наук,
доцент кафедри конституційного права України
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого К. О. Павишук.

ОБМЕЖЕННЯ РОЗМІРУ СУДДІВСЬКОЇ ВИНАГОРОДИ ЯК ВПЛИВ НА НЕЗАЛЕЖНІСТЬ СУДОВОЇ ВЛАДИ

13 квітня 2020 року Верховна Рада України підтримала проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про Державний бюджет України на 2020 рік» (далі – закон № 553-IX), який набрав чинності 18.04.2020 року. Цим законом, серед іншого, було доповнено Закон України «Про державний бюджет України на 2020 рік» ст. 29 такого змісту:

«Стаття 29. Установити, що у квітні 2020 року та на період до завершення місяця, в якому відмінюється карантин, установлений Кабінетом Міністрів України з метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, ... заробітна плата, грошове забезпечення працівників, службових і посадових осіб бюджетних установ (включаючи органи державної влади та інші державні органи, органи місцевого самоврядування) нараховуються у розмірі, що не перевищує 10 розмірів мінімальної заробітної плати, встановленої на 1 січня 2020 року. ...

...[част. 3] Обмеження, встановлене у частині першій цієї статті, застосовується також при нарахуванні заробітної плати, суддівської винагороди, грошового забезпечення... суддям, суддям Конституційного Суду України, членам Вищої ради правосуддя, членам Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, ... оплата праці яких регулюється спеціальними законами» [1].

Водночас, відповідно до ч. 2 ст. 130 Конституції України, розмір винагороди судді встановлюється законом про судоустрій [2]. А відповідно до ч.1 ст. 135 Закону України «Про судоустрій та статус суддів», суддівська винагорода регулюється цим Законом та не може визначатися іншими нормативно-правовими актами [3].

На вказані норми посилався Конституційний Суд України (далі – КСУ) у своєму Рішенні № 10-р/2020 від 28.08.2020 р., яким визнав наведені вище положення частин першої, третьої статті 29 Закону № 553-IX такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними)

[4]. КСУ сформував юридичну позицію, в якій вказав, що судова гілка влади не може залежати від законодавчої чи виконавчої гілок, зокрема і матеріально. При цьому на законодавця – Верховну Раду України – покладено обов'язок окремо визначити видатки на утримання судів у Державному Бюджеті України (ст. 130 Конституції України), а на КМУ – центральний орган виконавчої влади – покладено обов'язок забезпечити виконання Державного Бюджету України (п. 6 ч. 1 ст. 116 Конституції України). Також КСУ зазначив, що обмеження суддівської винагороди порушує принцип юридичної визначеності, адже вказане обмеження має діяти до закінчення карантину (ст. 29 Закону № 553-IX), що унеможливає визначення часових меж дії згаданої норми права.

У своїй окремій думці суддя КСУ В. В. Лемак зазначив, що обмеження прав і свобод людини і громадянина з легітимною метою допускається. Більше того, держава зобов'язана здійснити ефективні заходи правового регулювання, а їх недостатність є посяганням на право кожної людини на життя. Крім того, зменшення гарантій матеріального забезпечення органів правосуддя може призвести до звуження судових гарантій прав людини, що є неприпустимим навіть в умовах воєнного та надзвичайного станів [5].

Аналізуючи вищенаведене, можна дійти таких висновків:

Щодо фінансового стану України. Законом України «Про державний бюджет України на 2020 рік» у першій редакції було визначено обсяг дефіциту Державного бюджету України на рівні більше 94 мільярдів гривень. Отже, навіть без негативного впливу заходів карантину, дефіцит Держбюджету складав приблизно 8,5 % від дохідної частини.

Щодо легітимної мети. Дійсно, законодавчий та виконавчі органи влади мали забезпечити фінансування заходів, спрямованих на забезпечення охорони здоров'я населення України, і мали не тільки підстави та можливість, а й обов'язок внести зміни до Державного бюджету України і забезпечити першочергове фінансування протиепідемічних заходів [5].

Щодо визначеності дії в часі обмеження суддівської винагороди. КСУ у своєму рішенні № 10-р/2020 вказав, що прив'язка дії в часі такого обмеження до закінчення карантину порушує принцип правової визначеності. Дата завершення карантину визначена Постановою № 211, але періодично змінюється. Це пов'язано з тим, що КМУ, як і ніхто інший, не може знати дату закінчення пандемії COVID-19. За своєю природою епідемії є непередбачуваними, а тому при правовому регулюванні в умовах епідемії завжди існуватиме певна невизначеність.

Щодо доцільності обмеження суддівської винагороди. Погоджуючись із думкою судді В. В. Лемака, вважаємо за потрібне констатувати: обмеження суддівської винагороди не було виправданим. У Державному бюджеті України було закладено видатки, від яких можна було відмовитись без обмеження права на доступ до правосуддя, наприклад

будівництво аеропортів «Дніпропетровськ» та «Ізмаїл».

Щодо впливу на суддів через обмеження суддівської винагороди. У своїй окремій думці щодо Рішення КСУ № 10-р/2020 суддя В. В. Лемак зазначив наступне: «...Законодавець застосував законодавче регулювання як інструмент маніпуляції рівнем суддівської винагороди з очевидною метою впливу на суддів...» [5]. На нашу думку, суддя В. В. Лемак не пояснив, заради чого відбувається вплив на суддів, тим не менш, вплив на суддів із будь-якою метою (навіть і без мети) є порушенням гарантій незалежності суддів.

*Щодо потенційної можливості обмежити суддівську винагороду. Безперечно, право на справедливий розгляд та вирішення справи в розумні строки незалежним і безстороннім судом (ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод) є вкрай важливим і потребує захисту. Однак, відповідно до статті 3 Конституції України, **людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. КСУ у своєму рішенні № 20-рп/2011 вказав: «...передбачені законами соціально-економічні права не є абсолютними. Механізм реалізації цих прав може бути змінений державою, зокрема, через неможливість їх фінансового забезпечення шляхом пропорційного перерозподілу коштів з метою збереження балансу інтересів усього суспільства...» [6].** Таким чином, можна дійти висновку: для забезпечення охорони життя і здоров'я населення (тобто з легітимною метою), дотримуючись усіх процесуальних норм, зменшення суддівської винагороди може бути здійснено. Це твердження має прикладний характер, адже відповідно до чинної редакції Закону України «Про державний бюджет України на 2020 рік», дефіцит бюджету складає майже 300 мільярдів гривень, що становить 30 % від дохідної частини Державного бюджету. Тож цілком можливо, що макроекономічні показники будуть погіршуватися, а тому слід очікувати повторного рішення про обмеження суддівської винагороди.*

Використані матеріали:

1. Про внесення змін до Закону України «Про Державний бюджет України на 2020 рік»: Закон України від 13.04.2020 р. № 553-IX. *Відомості Верховної Ради України*. 2020. № 19. ст.126.
2. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. ст. 141.
3. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02.06.2016 р. № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради*. 2016. № 31. ст. 545.
4. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень постанови Кабінету Міністрів України «Про встановлення карантину з метою запобігання поширенню на території України гострої

респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2, та етапів послаблення протиепідемічних заходів», положень частин першої, третьої статті 29 Закону України «Про Державний бюджет України на 2020 рік», абзацу дев'ятого пункту 2 розділу II «Прикінцеві положення» Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про Державний бюджет України на 2020 рік» від 28 серпня 2020 року № 10-р/2020. *Офіційний вісник України*. 2020. № 76. ст. 31.

5. Окрема думка судді Конституційного Суду України Лемака В.В. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень постанови Кабінету Міністрів України «Про встановлення карантину з метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2, та етапів послаблення протиепідемічних заходів», положень частин першої, третьої статті 29 Закону України «Про Державний бюджет України на 2020 рік», абзацу дев'ятого пункту 2 розділу II «Прикінцеві положення» Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про Державний бюджет України на 2020 рік» від 28 серпня 2020 року № 10-р/2020. *Офіційний вісник України*. 2020. № 76. ст. 31.
6. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 49 народних депутатів України, 53 народних депутатів України і 56 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 4 розділу VII «Прикінцеві положення» Закону України «Про Державний бюджет України на 2011 рік» від 26 грудня 2011 року № 20-рп/2011. *Офіційний вісник України*. 2012. № 3. ст. 55.

Драгомерецька Діана Віталіївна

*студентка 3-го курсу юридичного факультету
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м. Чернівці, Україна)*

Науковий керівник: *асистент кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича Л.Г. Бзова*

ПУБЛІЧНО-ПРАВОВІ СПОРИ ЯК ПРЕДМЕТ АДМІНІСТРАТИВНОЇ СУДОВОЇ ЮРИСДИКЦІЇ

З розвитком інституту адміністративного судочинства в Україні все більше увагу привертають питання пов'язані із предметом регулювання даного правового інституту. Міжнародний досвід свідчить про безліч

різних підходів до визначення предмета адміністративного судочинства.

В Україні законодавчо закріплено декілька способів визначення предмету адміністративної судової юрисдикції. Насамперед, це визначення справи адміністративної юрисдикції через поняття публічно-правового спору.

Тож, публічно-правовий спір – це заснований на публічному праві спір між двома чи більше учасниками правовідносин, в яких хоча б однією зі сторін є суб'єкт владних повноважень, тобто орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа, інший суб'єкт при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень.

Кодекс адміністративного судочинства до публічно-правових спорів, які розглядаються у порядку адміністративного судочинства відносить:

1) спори фізичних чи юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (нормативно-правових актів чи індивідуальних актів), дій чи бездіяльності;

2) спори з приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби;

3) спори між суб'єктами владних повноважень з приводу реалізації їхньої компетенції у сфері управління, у тому числі делегованих повноважень;

4) спори, що виникають з приводу укладання, виконання, припинення, скасування чи визнання нечинними адміністративних договорів;

5) за зверненням суб'єкта владних повноважень у випадках, коли право звернення до суду для вирішення публічно-правового спору надано такому суб'єкту законом;

6) спори щодо правовідносин, пов'язаних з виборчим процесом чи процесом референдуму;

7) спори фізичних чи юридичних осіб із розпорядником публічної інформації щодо оскарження його рішень, дій чи бездіяльності у частині доступу до публічної інформації;

8) спори щодо вилучення або примусового відчуження майна для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності;

9) спори щодо оскарження рішень атестаційних, конкурсних, медико-соціальних експертних комісій та інших подібних органів, рішення яких є обов'язковими для органів державної влади, органів місцевого самоврядування;

10) спори щодо формування складу державних органів, органів місцевого самоврядування, обрання, призначення, звільнення їх посадових осіб;

11) спори фізичних чи юридичних осіб щодо оскарження рішень,

дій або бездіяльності державного замовника у правовідносинах, що виникли на підставі Закону України «Про оборонні закупівлі»;

12) спори щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів охорони державного кордону у справах про правопорушення, передбачені Законом України «Про відповідальність перевізників під час здійснення міжнародних пасажирських перевезень»;

13) спори щодо оскарження рішень Національної комісії з реабілітації у правовідносинах, що виникли на підставі Закону України «Про реабілітацію жертв репресій комуністичного тоталітарного режиму 1917-1991 років».

14) спори із суб'єктами владних повноважень з приводу проведення аналізу ефективності здійснення державно-приватного партнерства;

15) спори, що виникають у зв'язку з оголошенням, проведенням та/або визначенням результатів конкурсу з визначення приватного партнера та концесійного конкурсу [1].

Відомий російський дослідник проблем публічного права Ю. Тихомиров зазначає, що публічно-правовий спір є як би етапом у процесі розвитку юридичної колізії. Це встановлено законом процедура розгляду уповноваженими органами претензій суб'єктів права з приводу їхніх інтересів, актів і дій публічного (громадського) характеру. Як видно, в такому визначенні міститься кілька взаємозалежних елементів, за допомогою яких можна встановити ознаки публічноправових спорів та їх предмет. А це відносини, по-перше, з приводу здійснення публічної влади в широкому сенсі, тобто діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування, а також функціонування інститутів прямої демократії. По-друге, відносини, пов'язані з участю громадян в управлінні державними і громадськими справами. По-третє, відносини з приводу забезпечення та захисту публічних інтересів, включаючи «переростання» приватних інтересів у громадські [2].

Для виникнення правового спору та вирішення його юридичними засобами необхідними є такі передумови:

- наявність суперечностей між суб'єктами суспільних відносин щодо реалізації їх прав, свобод, інтересів та здійснення обов'язків;
- наявність норм права, що встановлюють можливість особи звернутися до уповноважених законом органів або застосувати інші способи його вирішення;
- наявність механізму реалізації права особи на захист [3, с. 2].

Відповідно до положень КАС України, публічно-правовий спір як предмет адміністративної юрисдикції є адміністративною справою. Цей спір передано на вирішення адміністративного суду шляхом звернення з адміністративним позовом, за яким суд відкриває провадження [4].

Предметом публічно-правового спору є рішення, дії чи бездіяльність суб'єктів публічно-правових відносин. Разом з тим, самостійним пред-

метом публічно-правового спору потрібно визнати адміністративний договір, оскільки законодавець окремо виділяє таку категорію публічно-правових спорів.

До структури публічно-правового спору входять такі елементи: суб'єкти, предмет і підстави. Елементи публічно-правового спору визначають структуру позову як процесуального засобу захисту особою свого порушеного права [5].

Таким чином, можемо зробити висновок, що публічно-правовий спір можна охарактеризувати як виражену в юридично значимих діях сторін суперечність, що виникла з приводу реалізації прав, свобод чи законних інтересів у сфері публічно-владних правовідносин у тому числі у зв'язку з прийняттям суб'єктами владних повноважень рішень у вигляді нормативно-правових актів. Публічно-правовому спору властиві такі ознаки: спір виникає з публічно-правових відносин; сторонами публічно-правового спору є суб'єкти публічно-правових відносин, серед яких принаймні один є суб'єктом владних повноважень, що наділений особливим правовим статусом; сфера виникнення публічно-правового спору обов'язково має бути зумовлена реалізацією публічного інтересу; предметом публічно-правового спору є рішення, дії чи бездіяльність суб'єктів владних повноважень, які порушують чи потенційно можуть порушити права, свободи та законні інтереси фізичних чи юридичних осіб приватного права, які є протилежною стороною спірних відносин. Також з вищевказаного робимо висновок, що публічно-правовий спір як предмет адміністративної судової юрисдикції є адміністративною справою, за якою суд відкриває провадження.

Використані матеріали

1. Кодекс адміністративного судочинства України від 06 липня 2005 року №2747- IV (із змінами).
2. Тихомиров Ю. Публічно-правовые споры / Ю. Тихомиров // <http://www.lawmix.ru/comm/7972>
3. Способи вирішення публічно-правових спорів з органами влади/ Практичний посібник/ Сало Л.Б., Сенюта І.Я., Хлібороб Н.Є., Школик А.М.. – Дрогобич : Коло, 2009. – 112 с.
4. Кодекс адміністративного судочинства України: науково-практичний коментар / за ред. С. В. Ківалова, О.І. Харитонової ; С. В. Ківалов, О.І. Харитонova, О.М. Пасенюк, М.Р. Аракелян та ін. – Х. : Одиссей, 2005. – 552 с.
5. Невідомський В. В. ПУБЛІЧНО-ПРАВОВИЙ СПІР ЯК ПРЕДМЕТ ЮРИСДИКЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ // Секція 5. Адміністративне право. Адміністративне процесуальне право. Митне та податкове право. Муніципальне право. – 2811. – URL: <http://www.spilnota.net.ua/ua/article/id-2631/>.

Глаш Валерія Олегівна

*студентка 2-го курсу юридичного факультету
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича (м. Чернівці, Україна)*

Науковий керівник: *асистент кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича Л.П. Рожок*

НЕВІДПОВІДНІСТЬ НОРМ КОДЕКСУ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА УКРАЇНИ НОРМАМ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ

Невід’ємним етапом судової реформи є реформування процесуального законодавства. Кодекс адміністративного судочинства України (далі — КАСУ), який набув чинності з 1 вересня 2005 року, установив судовий порядок вирішення публічно-правових спорів спеціалізованими судами. Незважаючи на те, що даний акт адміністративного законодавства є достатньо прогресивним, спірність його норм і далі породжує проблеми їх застосування на практиці.

Відповідно до положень ч. 2 ст. 8 Конституції України, закони та інші нормативно правові акти приймаються на основі Конституції та повинні відповідати їй [2]. І все ж, сьогодні адміністративні суди все частіше в ході розгляду справи звертають увагу на неконституційність деяких положень адміністративного процесуального законодавства.

Відповідно до п. 1 ст. 2 КАСУ, основним завданням адміністративного судочинства є справедливе, неупереджене та своєчасне вирішення судом спорів у сфері публічно-правових відносин з метою ефективного захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб від порушень з боку суб’єктів владних повноважень [1]. Ст. 125 Конституції України основне завдання адміністративних судів передбачає в захисті прав, свобод та інтересів особи у сфері публічно-правових відносин [2]. У той же час ч. 5 ст. 19 КАСУ визначає, що юрисдикція адміністративних судів поширюється на звернення до суду суб’єкта владних повноважень у випадках, коли право звернення до суду для вирішення публічно-правового спору надано такому суб’єкту законом [1]. Із цього випливає, що розгляд адміністративними судами таких справ суперечить Конституції України, а основне завдання адміністративного судочинства нівелюється, так як інтерес суб’єкта владних повноважень превалює над інтересом окремої особи.

Однією із найхарактерніших ознак правовідносин є їх динамічність. Право є «живим», а отже законодавець повинен реагувати на виникнення або зміну тих чи інших правовідносин у суспільстві і нормативно їх закріплювати. Так як питання адвокатської монополії, яке постало ще в 2017 році, залишається актуальним і сьогодні, варто звернути увагу

на наступну суперечність між КАСУ та Конституцією. Законом України від 18 грудня 2019 року “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розширення можливостей самопредставництва в суді органів державної влади, органів Автономної республіки Крим, органів місцевого самоврядування, інших юридичних осіб незалежно від порядку їх створення”, який набрав чинності з 29 грудня 2019 року було внесено зміни до КАСу, за якими ч. 4 ст. 55 КАСУ була викладена в такій редакції:

4. Держава, Автономна Республіка Крим, територіальна громада беруть участь у справі через відповідний орган державної влади, орган влади Автономної Республіки Крим, орган місцевого самоврядування відповідно до його компетенції, від імені якого діє його керівник, *інша уповноважена особа відповідно до закону, статуту, положення, трудового договору (контракту)* (самопредставництво органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим, органу місцевого самоврядування), або через представника[1].

Дані зміни знову дозволили представництво органів державної влади не тільки керівниками або представниками, а й іншими уповноваженими особами.

Одночасно Конституція (Розділ XV, п. 11 ч. 16) відповідно до таких нововведень змінена не була, і передбачає, що представництво органів державної влади та органів місцевого самоврядування в судах виключно прокурорами або адвокатами здійснюється з 1 січня 2020 року [2].

Існування в адміністративному процесуальному законодавстві норм, які суперечать Конституції України зумовлює неможливість їх застосування судами при розгляді справ. Ст. 7 КАС визначає, що:

3. У разі невідповідності 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, або положення відповідного міжнародного договору України.

4. Якщо суд доходить висновку, що закон чи інший правовий акт суперечить Конституції України, суд не застосовує такий закон чи інший правовий акт, а застосовує норми Конституції України як норми прямої дії. У такому випадку суд після винесення рішення у справі звертається до Верховного Суду для вирішення питання стосовно внесення до Конституційного Суду України подання щодо конституційності закону чи іншого правового акта, що віднесено до юрисдикції Конституційного Суду України[1].

Підсумовуючи все вищесказане, можемо зробити висновок, що одним із ключових моментів реформування судової системи є реформування законодавства, зокрема адміністративного процесуального, у якому містяться ті норми, які не відповідають Конституції України. Суперечність правових норм породжує проблематику в їх застосуван-

ні до тих чи інших правовідносин на практиці і, як наслідок, таке ж неправильне застосування закону судами. З огляду на це, вважаємо доцільним обов'язкову оціночну перевірку адміністративними судами положень закону під час судового розгляду.

Використані матеріали:

1. Кодекс адміністративного судочинства України. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35-36. № 37. Ст.446.
2. Конституція України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*, 1996, № 30, ст. 141)

Klypak Mariana Ivanivna

Studentin im 4. Jahr, Gruppe 421

Nationale Jurij-Fedkowytsh-Universität Czernowitz

die Leiterin: *Doktor der Rechtswissenschaften, außerordentlicher Professor,*

Leiter der Abteilung für Verfahrensrecht

Nationale Jurij-Fedkowytsh-Universität Czernowitz

Shcherbanyuk Oksana Volodymyrivna

EINSCHRÄNKUNGEN DES RECHTS, EINEN BEKLAGTEN IN STRAFVERFAHREN ZU WÄHLEN

Die Kategorie des Schutzes in Strafverfahren ist weit verbreitet und eng verstanden. Im Allgemeinen ist Schutz eine Aktivität, die Fehlverhalten gegen jeden Teilnehmer am Prozess und in allen Phasen des Prozesses entgegenwirkt. In diesem Zusammenhang sollte der Zweck des gesamten Strafverfahrens als eine Kategorie des «Schutzes» betrachtet werden, die gemäß Artikel 2 der CPC der Ukraine insbesondere den Schutz der Rechte, Freiheiten und berechtigten Interessen aller Teilnehmer an Strafverfahren darstellt. Schutz im engeren Sinne ist eine bestimmte Art von Straftat, die von der Verteidigung begangen wird und darauf abzielt, die strafrechtliche Verfolgung zu verweigern, Umstände zu identifizieren, die den Verdacht widerlegen, den Angeklagten (Angeklagten) freizusprechen, seine Haftung auszuschließen oder zu mildern.

Nach Art. Gemäß Artikel 59 der Verfassung der Ukraine kann jeder einen Verteidiger seiner Rechte wählen. Laut E.Yu. Bowie, in diesem Teil, ist die demokratische Tradition der Vergangenheit. Gleichzeitig ist die Existenz dieser demokratischen Institution von den internationalen Verpflichtungen der Ukraine abhängig. Nach den vom VIII. Kongress der Vereinten Nationen zur Verhütung von Straftaten im August 1990 verabschiedeten Grundprinzipien zur Rolle der Rechtsanwälte ist es die Pflicht der Regierungen, sicherzustellen, dass alle von den zuständigen Behörden über das Recht auf Unterstützung bei Festnahme, Inhaftierung

und Inhaftierung informiert werden. (Artikel 5)[1].

In der Ukraine gibt es zusätzliche Probleme im Zusammenhang mit der Anwendung der Bestimmungen von Art. 53 der KP Chinas der Ukraine über die Einbeziehung eines Anwalts für ein gesondertes Verfahren. Der Verdächtige oder Angeklagte hat keine Möglichkeit, die Wahl des Verteidigers durch den Ermittler, Staatsanwalt, Ermittlungsrichter oder das Gericht zu beeinflussen. In der Praxis führt dies manchmal dazu, dass die Staatsanwaltschaft den gewählten Verdächtigen, den beschuldigten Verteidiger, «eliminiert» und in den Prozess «seines» Anwalts einführt.

Verfassungsänderungen und die Einführung einer neuen Strafprozessordnung haben das Problem der Wahl eines Anwalts in der Ukraine formell «gelöst». Aber die Bestimmungen der Kunst. 59 der Verfassung, wonach jeder einen Verteidiger seiner Rechte frei wählen kann, ist nicht abgelaufen und hat die höchste Rechtskraft. Die Entscheidung des Verfassungsgerichts der Ukraine in der Rechtssache über die Verfassungsbeschwerde des Bürgers Soldatov GI (Fall über das Recht auf freie Wahl des Verteidigers) vom 16. November 2000, Nr. 13-rp / 2000, wurde nicht aufgehoben und kann daher jetzt im Rahmen der Reform der Strafjustiz und der Rechtspraxis angewendet werden. In dieser Entscheidung entschied das Verfassungsgericht, dass die Bestimmung von Artikel 59 Teil 1 der Verfassung der Ukraine, wonach «jeder frei ist, einen Verteidiger seiner Rechte zu wählen», als ein Verfassungsrecht eines Verdächtigen, Angeklagten und Angeklagten verstanden werden sollte, sich selbst und eine Person zu verteidigen Verwaltungshaftung Um Rechtsbeistand bei der Auswahl eines Rechtsverteidigers zu erhalten, hat eine Person, die auf dem Gebiet des Rechts und gesetzlich spezialisiert ist, das Recht, persönlich oder im Namen einer juristischen Person Rechtsbeistand zu leisten[2].

Da PDA der Ukraine 2012 nur einen Anwalt als Verteidiger benannte (Artikel 45 Teil 1), bestand das Problem der freien Wahl eines Anwalts für andere Angehörige der Rechtsberufe in der Ukraine offiziell nicht mehr. Obwohl die Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmung der PDA der Ukraine durchaus fraglich ist, da zum Zeitpunkt der Annahme dieses Kodex die Bestimmungen von Teil 1 der Kunst. 59 der Verfassung der Ukraine, dass jeder frei ist, einen Verteidiger seiner Rechte zu wählen, wurde vom Verfassungsgericht der Ukraine offiziell als Verfassungsrecht des Verdächtigen, Angeklagten und Angeklagten zur Verteidigung der Strafverfolgung sowie einer Person, die strafrechtlich verfolgt wird, um Rechtshilfe zu wählen, ausgelegt Ein Verteidiger seiner Rechte ist eine Person, die auf dem Gebiet des Rechts spezialisiert ist und gesetzlich das Recht hat, persönlich oder im Namen einer juristischen Person Rechtsbeistand zu leisten. Die Bestimmungen des CPC der Ukraine von 1960 und des Kodex der Ukraine über Verwaltungsverstöße, die das Recht auf freie Wahl eines anderen Anwalts als eines Anwalts einschränkten, wurden für verfassungswidrig erklärt (Absatz 10, Absatz 5 des motivierenden Teils und Absätze 1 und 3 des operativen Teils) Entscheidung Nr. 13-rp /

2000 vom 16. November 2000).

Es sei darauf hingewiesen, dass die Ausübung des Rechts, einen Anwalt zu wählen, damit ein solches Recht als wirksames Element eines fairen Verfahrens angesehen werden kann, in der Regel von der ersten Befragung des Verdächtigen an gewährleistet sein sollte, es sei denn, es liegen besondere Umstände vor Einschränkung dieses Rechts.

Daher ist das Recht einer Person, die einer Straftat beschuldigt wird, einen Anwalt nach Artikel 6 der Konvention frei zu wählen, nicht absolut und kann durch nationales Recht eingeschränkt sein.

Gebrauchte Materialien:

1. Bova. E.Yu. Organisation der kostenlosen Rechtshilfe in der Ukraine: Ref. dis. für die Wissenschaft. Grad der Cand. jurid. Wissenschaft: speziell. 12.00.10 / E.Yu. Bova. K., 2009. 21 p.
2. Urteil des Verfassungsgerichts der Ukraine vom 16. November 2000 Nr. 13-rp / 2000 im Fall des Rechtsbehelfs des Bürgers Soldatov Hennadiy Ivanovych über die offizielle Auslegung der Bestimmungen von Artikel 59 der Verfassung der Ukraine, Artikel 44 der Strafprozessordnung der Ukraine, Artikel 268, 271 der Ukraine Ordnungswidrigkeiten (Rechtssache zur freien Wahl eines Anwalts). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v013p710-00>

Коваль Юрій Олександрович

*студент 4-го курсу юридичного факультету
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м. Чернівці, Україна)*

Науковий керівник: *кандидат юридичних наук,
доцент кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича Л. А. Остафійчук*

ЕЛЕКТРОННЕ СУДОЧИНСТВО: ІСТОРІЯ ВИНИКНЕННЯ ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ В УКРАЇНІ

Одним з найголовніших завдань державної політики кожної демократичної, правової та соціальної держави є забезпечення неупередженості, справедливості та законності здійснення правосуддя. Механізми захисту прав, свобод та інтересів людини та громадянина, а також прав та інтересів юридичних осіб, в першу чергу в судовому порядку, повинні функціонувати належним чином та бути ефективними. Конституція України гарантує звернення до суду для захисту конституційних прав

і свобод людини і громадянина та закріплює захист цих прав судом [1]. Поряд з іншими процесуальними кодексами, Кримінальний процесуальний кодекс України також передбачає доступ до правосуддя та гарантує право на справедливий розгляд та вирішення справи в розумні строки незалежним і неупередженим судом [2].

Електронний суд являє собою здійснення документообігу в електронній формі, з допомогою спеціальних інформаційних систем, а замість проведення звичних нам судових рішень в приміщенні суду - застосовуються аудіо та відеоконференції. Впровадженню такого судочинства спонукає стрімкий науково-технічний прогрес, введення нових високоєфективних засобів фіксації та відтворення інформації – звуко- і відеозапису, відеоконференц-зв'язку. В 1984 р. Комітет Міністрів Ради Європи зазначив, що судові органи повинні мати у своєму розпорядженні найсучасніші технічні засоби, щоб здійснювати правосуддя найбільш ефективним способом та його прискорити, а починаючи з 1999 р. в США, Японії, країнах ЄС відеоконференц-зв'язок активно впроваджується в судовий процес. Вже в 2008 р. Європейська комісія представила стратегію європейського електронного правосуддя. Вперше електронний суд з'явився у американській судовій системі, відеоконференц-зв'язок отримав назву «телеправосуддя» (telejustice). Нью-Йорк та Сан-Дієго стали першими серед великих міст США, де суди було обладнано технічними засобами для віртуального проведення судового засідання. За інформацією благодійного фонду П'ю, який проводив дослідження з приводу ефективності введення телеправосуддя в США, слухання та вирішення справи зазвичай становило близько 120 днів, тепер займає не більше 10 днів, що спричинено відсутністю необхідності в особистій (очній) явці до залу судового засідання. Показовою є економія грошових коштів на прикладі використання телеконференції у кримінальному судочинстві США. Так, представник суду міста Пенсильванії стверджує, що у 2011 р. штат Філадельфія зекономив 550000 \$ на місяць, через те, що не транспортувалися ув'язнені з місць тримання під вартою чи позбавлення волі до суду за кожного необхідного випадку, а використовували відеоконференц-зв'язок (середня вартість перевезення з локального об'єкта – 39 \$, а з державного – 350 \$), при тому що обладнання судів технікою для відеоконференції у Пенсильванії коштувало 4,2 млн. доларів [3]. Уперше на пострадянському просторі відеоконференція в судочинстві була організована в травні 1999 р. у Челябінському обласному суді для дистанційної участі обвинувачуваних у касаційних судових засіданнях. Прийнята схема організації каналу відеоконференц-зв'язку відповідає міжнародним стандартам і забезпечувала дистанційну участь обвинувачуваних у судовому засіданні [4].

На теренах нашої держави «електронний суд», розглядається як особливий комплекс програмного забезпечення, що є складовою офіційного веб-порталу судової влади України, покликаний забезпечити роботу персонального електронного кабінету користувача та обмін інформацією

в електронній формі між судами та учасниками судового процесу. В Україні система електронного судочинства почала розвиватись у 2012 році після затвердження наказом Державної судової адміністрації України від 07.09.2012 Тимчасового регламенту обміну електронними документами між судом і учасниками судового процесу визначена процедура подачі заявки про отримання процесуальних документів в електронному вигляді. На сьогоднішній день «Електронний суд» країни передбачає такі можливості:

1) оплати судового збору онлайн (на офіційному веб-порталі Судова влада України (<http://court.gov.ua/>));

2) отримання інформація щодо стадій розгляду судових справ (на офіційному веб-порталі Судова влада України (<http://court.gov.ua/>), передбачена можливість користувачів порталу перегляду / пошуку / друку інформації щодо стадій розгляду судових справ);

3) отримання інформації з Єдиного державного реєстру судових рішень (<http://reyestr.court.gov.ua/>) . Цей реєстр є автоматизованою системою збирання, 42 зберігання, захисту, обліку, пошуку та надання електронних копій судових рішень;

4) відправки учасникам судового процесу процесуальних документів по електронній пошті [5, с.41].

Важливим кроком для розвитку електронного судочинства в Україні стало введення в дію у 2017 році Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи (ЄСІТС) – сукупності інформаційних та телекомунікаційних підсистем, які забезпечують автоматизацію визначених законодавством процесів діяльності, включаючи загальний та процесуальний документообіг, розгляд судових справ, складання оперативної та аналітичної звітності, надання інформаційної допомоги суддям, а також процесів, які забезпечують фінансові, майнові, організаційні, кадрові, інформаційно-телекомунікаційні та інші потреби користувачів. У системі реєструються позовні та інші заяви, скарги та інші процесуальні документи, що подаються до суду. Автоматизований розподіл справ (тобто визначення складу суду, в тому числі присяжних) також здійснюється через ЄСІТС під час реєстрації позовних заяв з урахуванням спеціалізації та рівномірного навантаження для кожного судді, за принципом випадковості та в хронологічному порядку надходження справ. Система забезпечує обмін документами в електронній формі між судами, між судом та учасниками судового процесу, між учасниками судового процесу, а також фіксування судового процесу і участь учасників судового процесу у судовому засіданні в режимі відеоконференції. До плюсів ЄСІТС можна віднести наступне:

- економія часу;
- мобільність роботи з документами (швидкий доступ до матеріалів справи у зручний час);

- економія коштів (можливість роботи з процесуальними документами у справах, учасником яких є особа, котра бажає отримати чи подати документ без необхідності виїзду до конкретного суду);
- утвердження принципів доступності та відкритості правосуддя (надіслати чи переглянути документ зможе кожен учасник процесу, який пройшов процедуру реєстрації в системі та має особистий електронний цифровий підпис).

Проте, повністю дана ініціатива ще не реалізувалась. Закон про електронне судочинство повинен бути прийнятий ще в січні минулого року, але його відклали, оскільки виявилось, що суди не мають належного матеріально-технічного забезпечення, а коштів для проведення їхньої матеріальної бази у відповідність потребам цієї системи наразі немає. Більшість експертів зазначають, що для нормальної роботи електронного судочинства необхідна тісна взаємодія людського фактору та належного фінансування електронних судів. Звичайно суди у великих містах чи обласних центрах мають змогу забезпечити технологічні та економічні можливості ефективної роботи такої системи, але в маленьких містечках, де невістачає коштів та працівників навіть для ведення звичайного «паперового» судочинства, запровадження його електронного варіанту є недосяжним завданням на даний момент. Також реалізації цього проекту заважають українські реалії - суттєве економічне, соціальне, культурне розшарування суспільства, що має нерівний доступ до сучасних інформаційно-телекомунікаційних технологій, низький рівень ефективності роботи поліції та кіберполіції, що має наслідком поширення інформаційної злочинності.

Отже, електронне судочинство – це механізм, який ефективно функціонує у розвинутих країнах. Воно є необхідним у нашій державі, такий інструмент зможе істотно прискорити та розвантажити здійснення судочинства. Сподіваємось, що наші можновладці нарешті зможуть грамотно та ефективно реалізувати довгоочікувану судову реформу та імплементувати в життя усі потрібні нашому суспільству інновації, зокрема і електронне судочинство, а здійснення правосуддя у нашій державі з часом відповідатиме стандартам та реаліям розвинутих країн.

Використані матеріали:

1. Конституція України: Закон від 28.06.1996 №254к/96-ВР. База даних «Законодавство України»/ВР України. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96%D0%B2%D1%80>
2. Кримінальний процесуальний кодекс: Закон України від 13. 04. 2012 р. // Відомості Верховної Ради України. - 2013.- № 9-13. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>
3. Sir Brahmaiah Maroju. Video Conferencing in Judicial Proceedings – An Innovative Practice. Centre for Innovations in Public Systems. URL: <http://www.cips.org.in/public-sectorsystemsgovernmention>

novations/ /documents/video-conferencinginjudicialproceedings-an-innovative-practice.pdf.

4. Miklós Kengyel; Zoltán Nemessányi. Electronic technology and civil procedure : new paths to justice from around the world. – New York, 2012. 329 p. P. 22-23 URL: <http://books.google.ru>.
5. Заплотинський Б. А. Електронне судочинство / URL: <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/11107/EC%20конспект%20лекцій.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Коцур Ірина Сергіївна

*студентка магістратури юридичного факультету
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м. Чернівці, Україна)*

Науковий керівник: доктор юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича О.В.Щербанюк

ОСОБЛИВОСТІ УЧАСТІ АДВОКАТА У СПРАВАХ ПРО РОЗПОДІЛ СПІЛЬНОГО МАЙНА ПОДРУЖЖЯ

Спори щодо поділу спільного майна подружжя завжди викликали заінтересованість як і в громадян, так і в суддів. Задля професійного вирішення спорів такого характеру необхідна консультація адвоката по розподілу майна та вкрай важлива для того подружжя, яке вирішило розірвати шлюб або прагне визначити, хто і чим буде володіти. Майнове право – одна з найскладніших юридичних галузей, розібратися в якій не фахівцю складно й важко. З майном пов'язано чимало гострих, бентежних питань. Своєчасна відповідь на них під час юридичної консультації дозволить уникнути безліч складнощів при ініціюванні розділу.

Право подружжя на поділ майна, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя виникає незалежно від розірвання шлюбу. У разі виникнення спору є обов'язковим вирішення через суд, у разі відсутності – за взаємною згодою.

Консультація адвоката по розподілу майна – перший рішучий крок до боротьби за свої права під час розподілу спільно нажитого за час шлюбу, та:

- адвокат допоможе клієнту визначити максимальну вигоду від процесу;
- юрист попросить вас надати інформацію про справу та уточнить усі нюанси, які сприяють позитивному рішенням суду;
- під час консультації клієнт буде проінформований про всі можливі складнощі та отримає прогноз;

- завдяки фахівцям ви дізнаєтеся, на яке майно та в яких частинах можете претендувати, а також які перспективи чекають на вашу справу.

Якщо ж між подружжям виникає спір щодо розміру належних їм часток, порядку або способу поділу спільного майна, то добровільний порядок поділу майна змінюється на судовий, в такому випадку вам допоможе адвокат з розлучень.

Поділ майна в такому випадку здійснюється в наступному порядку:

Суд визначає розмір часток чоловіка та жінки в праві на майно і, та здійснює поділ майна відповідно до встановлених часток. Суд, при визначенні розміру часток кожного з подружжя виходить з того, що відповідно до чинного законодавства частки майна дружини та чоловіка є рівними. Це правило є незмінним і в тому випадку, коли один із подружжя не мав з поважних причин самостійного заробітку. Такими поважними причинами можуть бути визнані судом навчання, ведення домашнього господарства, догляд за дітьми, хвороба тощо [2]

Однак, в законодавстві встановлено два винятки із загального правила щодо рівності часток подружжя в праві на спільне майно. Відповідно, судом може бути збільшено або ж зменшено частку одного з подружжя. Такий розвиток подій можливий, зокрема, якщо один із подружжя не дбав про матеріальне забезпечення сім'ї, приховав, знищив чи пошкодив спільне майно, витрачав його на шкоду інтересам сім'ї. Також суд може збільшити частку в праві на майно того з подружжя, з яким проживають неповнолітні або повнолітні непрацездатні діти, за умови, що розмір аліментів, які вони одержують, недостатній для забезпечення їхнього фізичного, духовного розвитку та лікування.

Важливо зауважити, що до майна, що є особистою приватною власністю дружини, чоловіка, та не підлягає поділу, належить:

- майно, яке набуто до шлюбу;
- подароване або успадковане майно;
- майно, що набуто в шлюбі, але за особисті кошти;
- житло, набуто за час шлюбу внаслідок його приватизації;
- земельна ділянка, набуто за час шлюбу внаслідок приватизації земельної ділянки.

Найефективнішим способом вирішення питання про поділ майна подружжя є договірне. Стаття 64 СК України визначає, що дружина та чоловік мають право на укладення між собою всіх договорів, які не заборонені законом, і щодо майна, що є їхньою особистою власністю, і щодо майна, яке є об'єктом права спільної власності подружжя [1]. Відповідно до ч.3 ст.8 Правил адвокатської етики адвокат за можливості сприяє досудовому та позасудовому порядку урегулювання спорів між клієнтом та іншими особами [2].

Основними перевагами у поділі майна у договірному порядку є можливість відступити від рівності часток подружжя; економія часу та коштів порівняно з поділом майна в судовому порядку; збереження хороших відносин між сторонами; можливість договірного поділу (проблемного) подружнього майна за згодою порівняно з невизначеною перспективою поділу в судовому порядку; поділу в договірному порядку підлягають і боргові зобов'язання за згодою кредиторів; позитивна судова практика визнання недійсним нотаріально посвідченого договору про поділ подружнього майна майже відсутня.

Яскравим прикладом таких переваг є випадки нетипових справ, є достатньо непростими в безпосередньому процесі доказування в суді.

Окремою проблемою сьогодні також виступає поділ у судовому порядку корпоративних прав, майна та доходів ФОП, адже правове регулювання часто містить колізії і прогалини, а судова практика постійно змінюється, що надає змогу спрогнозувати, як буде міркувати суд при вирішенні справи [3].

Задля побудови стратегії у питаннях поділу майна подружжя необхідно застосовувати не тільки норми законодавства, а й виходити з індивідуальних особливостей кожної справи. Важливо уточнити факт перебування у фактичних відносинах до реєстрації шлюбу, оскільки бувають випадки, коли один з майбутнього подружжя вклав гроші в новобудову, а свідомство на право власності отримав уже в період укладеного шлюбу, відповідно другий з подружжя свідомо хоче поділити майно по закону, хоча спільних коштів не було вкладено; одночасно з клієнтом необхідно відновити у пам'яті – за які кошти було набуто спірне майно та чи є письмові докази цього; бувають випадки, коли подружжя не дотрималося термінів позовної давності: спір давній, проте подружжя нічого ще не робило, а тільки зараз вирішили ділити майно, то терміни починаються зараз. У випадках, коли більше трьох років подавалися різні звернення, нотаріальні заяви тощо, які свідчили, що права однієї зі сторін порушується або може бути порушене, то термін позовної давності для судового порядку поділу сплаває, і таке майно залишилося спільним сумісним та підлягає поділу тільки в договірному порядку. Найважливішим етапом стратегії, після з'ясування усіх вищезазначених умов, варто сформулювати правову позицію поділу майна за законом, а саме чітко розібратися з нормами законодавства та останніми правовими позиціями Верховного Суду.

Важливо зрозуміти, що переговори зазвичай являють собою комунікацію безпосередньо між сторонами, або ж між сторона та їхніми адвокатами, у наслідок якого сторони приходять до спільно прийнятого варіанту умов договору, однак не завжди може самостійно вести переговори, оскільки їхні відносини забарвлені емоційно й переговори заходять у глухий кут, у наслідок неможливості сторін чути один одного. У такому випадку порятунком може стати медіація.

Медіація (англ. Mediation – посередництво) – вид альтернативного врегулювання спорів проводиться людиною, яка має фахові знання щодо предмету спору. Так, при поділі майна подружжя експертну медіацію може проводити адвокат, який водночас володіє навичками медіатора (причому, такий адвокат є нейтральним і не представляє у цьому спорі жодну зі сторін, не любіє її інтереси) і, використовуючи свої професійні знання та досвід, оцінює перспективи кожного з варіантів поділу майна подружжя, як-от: тривалість, вартість, можливий фінальний результат. На підставі отриманої інформації сторони можуть визначитись, яким шляхом вони хочуть здійснювати поділ майна та який варіант максимально задовольнить їх інтереси, будучи прийнятим для кожної зі сторін.

При виникненні спору щодо поділу майна подружжя необхідно отримати якісну консультацію фахівця даної сфери, також підготувати всі документальні факти приналежності частини чи більшої одному з подружжя, врахувати всі обставини, що виникли у підготовці до справи щодо поділу майна подружжя.

Використані матеріали:

1. Сімейний кодекс України. Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2002. – URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/2947-14>.
2. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2013. – URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text>.
3. Вища школа адвокатури НААУ Курси з підвищення кваліфікації адвокатів. тижневий аналіз судової практики з сімейного права. – 2020. – URL: <https://www.hsa.org.ua/blog/shhotyzhnevuj-analiz-sudovoyi-praktyky-z-simejnogo-prava-8/>.

Лавренюк Марина Олегівна

студентка 4-го курсу юридичного факультету

Чернівецького національного університету

імені Юрія Федьковича

(м. Чернівці, Україна)

Науковий керівник: доктор юридичних наук, доцент,

завідувач кафедри процесуального права

Чернівецького національного університету

імені Юрія Федьковича О.В.Шербанюк

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ СУДДІВСЬКОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ

Вектором розвитку суддівської реформи в Україні на сьогоднішньому етапі її формування є створення найбільш ефективного, сильного та незалежного судочинства. Насамперед, це стане відправним

важелем для створення найбільш ефективного забезпечення захисту прав людини, її свобод та інтересів фізичних і юридичних осіб у разі неправомірного посягання на них. Із упевненістю можна сказати про те, що у разі згуртування законодавців, корпусу суддів та ЗМІ, судова реформа досягне бажаного результату, а саме – побудує ту судову владу, яка необхідна в першу чергу суспільству.

Суддівське самоврядування – це одна із важливих ланок розвитку і побудови ефективного правосуддя. Варто зазначити, що вперше завдання, мету та функції цього інституту було передбачено у Законі України «Про суддівське самоврядування». Даний нормативно-правовий акт від 2 лютого 1994 року налічував у своєму змісті 22 статті. Відтак, у статті 1 цього Закону йдеться про те, що суддівське самоврядування є однією з найважливіших гарантій забезпечення незалежності судів і суддів України[1]. Крім того, у змісті нормативно-правового акту було передбачено головні завдання інституту суддівського самоврядування, що полягали у: створенні найбільш сприятливих умов для забезпечення діяльності судів; вдосконаленні підготовки кадрів, підвищенні кваліфікації суддів, наданні їм методичної допомоги; зміцненні незалежності суддів, захисті від втручання в їх судову діяльність. Однак, судова реформа здійснила вагомий вплив на положення цього закону, що і стало приводом для його активного обговорення у наукових колах. Структура самоврядування, функції та організація змінили своє формування і призвели до необхідності нового аналізу деталей, динаміки та впливу суддівського самоврядування на реальне бачення незалежності суддівського корпусу.

Аналізуючи чинне національне законодавство, варто звернути увагу на статтю 126 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», який передбачає: для захисту професійних інтересів суддів та вирішення питань внутрішньої діяльності судів в Україні діє суддівське самоврядування - самостійне колективне вирішення зазначених питань судьями. Також, у частині 2 цього ж Закону йдеться про те, що суддівське самоврядування є однією з гарантій забезпечення незалежності суддів. Діяльність органів суддівського самоврядування має сприяти створенню належних організаційних та інших умов для забезпечення нормальної діяльності судів і суддів, утверджувати незалежність суду, забезпечувати захист суддів від втручання в їхню діяльність, а також підвищувати рівень роботи з кадрами у системі судів. Зокрема, до питань внутрішньої діяльності судів належать питання організаційного забезпечення судів та діяльності суддів, соціальний захист суддів та їхніх сімей, а також інші питання, що безпосередньо не пов'язані зі здійсненням правосуддя[2].

Беручи до уваги вищенаведені положення національного законодавства, можна дійти до висновку, що органи суддівського самоврядування таким чином покликані захищати інтереси суддів та бути опорним інструментом для протидії адміністрації суддів та їх керівництву. В

свою чергу, це повинно привести до розвитку демократичності судової системи.

У статті 127 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» вказано про основні організаційні форми здійснення такого самоврядування. Зокрема, ними є збори суддів, Рада суддів України, з'їзд суддів України. А вже у частині 3 цієї ж статті йдеться про те, що порядок здійснення суддівського самоврядування визначається відповідно до **Конституції України** цим Законом та іншими законами, а також регламентами і положеннями, що приймаються органами суддівського самоврядування згідно з Конституцією України та цим Законом.

Відтак, провівши аналіз рішення, яке прийняв постійно діючий орган суддівського самоврядування Ради суддів України, увагу привертає рішення від 26 жовтня 2018 року про внесення змін до Рекомендацій щодо притягнення до відповідальності за неповагу до суду, схвалених рішенням Ради суддів України від 4 листопада 2016 року, № 74. Цікавим моментом у даному рішенні є саме Рекомендації, де йдеться про те, що розгляд справи про адміністративне правопорушення розпочинається з того, що головуєчий на засіданні оголошує: склад суду, яка справа підлягає розгляду, хто притягається до адміністративної відповідальності, роз'яснює особам, які беруть участь у розгляді справи, їх права і обов'язки, права та обов'язки інших осіб, які беруть участь у провадженні в справі про адміністративне правопорушення (законні представники та представники, захисник, свідок, експерт, перекладач), передбачені статтями 268-274 КупАП [3].

У вищезазначеному випадку, можемо зробити висновок, що вказане рішення прямо стосується порядку здійснення правосуддя, що виходить за межі компетенції органу суддівського самоврядування, оскільки чітко регламентується національним законодавством. Саме тому, проблемним залишається питання про оскарження таких рішень, яке на даному етапі розвитку інституту самоврядування не знайшло свого відображення у жодному акті. Крім того, законодавець не передбачив і механізм, який би дозволив оскаржити дії або бездіяльність членів органу суддівського самоврядування.

Підсумовуючи усе вищевикладене, можна зробити висновок, що функціонування суддівської реформи на сьогоднішньому етапі розвитку формування суддівського самоврядування є надзвичайно актуальним. Одним із відкритих питань, що свідчить про необхідність внесення змін до регулювання даного інституту, належить порядок оскарження як дій, так і бездіяльності органів суддівського самоврядування та їх членів.

Використані матеріали:

1. Про органи суддівського самоврядування: Закон України від 2 лютого 1994 року, № 3909-XII. Відомості Верховної Ради України. 1994. № 22. Ст. 139.
2. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016

року, № 1402- VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 31. Ст. 545.

3. Рішення Ради суддів України від 26 жовтня 2018 року, №62.
URL: www.rsu.gov.ua.

Arina Lupu

3rd year Law faculty student

Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University

(Chernivtsi, Ukraine)

Scientific adviser: *The Head of the Department of Procedural Law,
Doctor of Law Oksana Shcherbaniuk*

FORMATION OF THE PRINCIPLES OF THE JUDICIARY IN ACCORDANCE WITH THE DOCTRINE OF MODERN CONSTITUTIONALISM: PRACTICE OF CONSTITUTIONAL CONSTITUTIONALISM

Constitutionalism in the modern theory of constitutional law properly reproduces all the processes of constitutionalization of the rule of law and testifies to the high-quality observance of human rights and freedoms. In modern conditions of development of the statehood and both social and legal changes, the concept «judicial constitutionalism» which, in my opinion, is rather new and modern phenomenon both in science and practice is used rather often.

There is no single, unified approach to the definition of this phenomenon in constitutional and legal science. Modern scholars consider it necessary to first clearly define the concept of constitutionalism. For example, S. Shevchuk notes that «constitutionalism is a mode of functioning of state power in accordance with the Constitution, and the term «constitution» in a society in which there is a constitutional state (the state is directed only to ensure certain, normatively defined social goals universally recognized legal principles and norms) is understood in a broad sense - as a Constitution based on the ideology of constitutionalism» [5, p. 136–137].

According to M. Bondar, in a broad meaning, judicial constitutionalism is determined by the activities of the entire system of the judiciary in the aspect in which it exerts an organizing and protective influence on constitutional and legal relations [1, p. 105–106]. Professor I. Kravets claims that judicial constitutionalism is a set of decisions of the constitutional justice bodies and the legal positions reflected in them on constitutional and legal issues [3, p. 9]. Accordingly, I believe that the Constitutional Court of Ukraine plays a key role in the formation of the constitutional justice. Constitutional justice as a special judicial constitutional control institution forms one of the main features of modern Ukrainian constitutionalism and at the same time - a

means of guaranteeing the fundamental values of constitutionalism, the mechanism of their implementation. Thus, the essence of constitutional justice as a «guarantor» of the values of constitutionalism is revealed through the constitutional normative control exercised by the body of constitutional jurisdiction through its analytical work on «creating legal structures that address issues of compliance or interpretation of certain legal norms» [4, с. 25].

In addition to the article 125 of the Constitution of Ukraine, which states that: «The judiciary in Ukraine is based on the principles of territoriality and specialization and is determined by law» [2], I consider it necessary to apply the following principles: 1) exclusivity and completeness of the judiciary on all matters of state power, in accordance with the functional powers; 2) formation of a court based on the law and its formation in accordance with the procedural legislation; 3) the unity of the judicial system; 4) accessibility of the judicial system. As a result, it can be argued that to identify certain patterns of development is possible only with a detailed analysis of the construction and functioning of the legal system of a country.

The Judicial Chamber of the Supreme Court of Ukraine in the decision from 02.10.2003 found that the article 55 of the Constitution of Ukraine guarantees every citizen the right to seek protection of violated rights and freedoms, if these rights or freedoms have been violated or are violated, created or create obstacles to their implementation, there are other violations of rights and freedoms. Refusal of the court on the basis of Part 1 of the article 126 Code of Civil Procedure of Ukraine in the acceptance of claims and other statements, complaints, drawn up in accordance with applicable law, is a violation of the right to judicial protection, which according to the article 64 of the Constitution of Ukraine cannot be limited [6].

The Constitutional Court plays an important role in ensuring constitutional law and order, fundamental rights and freedoms, which is determined by dispositiveness, jurisdiction and subsidiarity in the administration of constitutional justice. The most important is the connection between fundamental rights, organization and procedural forms of activity, which in general determines the activity of the Constitutional Court of Ukraine as a body of constitutional justice. As one of the public authorities, the body of constitutional justice serves as an important tool for ensuring the right to protection as a necessary «prerequisite for the freedom of citizens approved by the state».

I believe that for the qualitative formation and proper functioning of such a phenomenon as judicial constitutionalism, it is necessary to, firstly, focus on the professional constitutional legal consciousness of judges, that make decisions, thus ensuring a high level of judicial decisions and effective protection of human rights and interests. Another important factor, in my opinion, is the establishment of the administration of justice, as well as the positive interaction of the judiciary with the legislature and the executive. Only taking into account these factors, we can talk about the possibility of the functioning of judicial constitutionalism.

Thus, «judicial constitutionalism» directly affects the real integration processes of political development, economic and social transformation. Constitutional justice as a kind of organizational and procedural mechanism for ensuring constitutional law and order, the rule of fundamental rights and freedoms is the embodiment of the power of a specialized supreme judicial body within the relevant legal procedure. The Constitutional Court ensures stability in society, determines on the basis of the Constitution and laws of Ukraine the rights and obligations of all participants in legal relations. The body of constitutional justice ensures the balance of interests between the state and civil society. That is why, for the formation and effective functioning of the judiciary in accordance with the doctrine of modern constitutionalism, I consider it necessary to focus on creating a quality state of justice that ensures the supremacy of the Constitution, the rule of law, the restriction of public power in favor of civil society, human rights and freedoms.

Used Materials:

1. Bondar N. S. Judicial Constitutionalism in Russia in the Light of Constitutional Justice / N.S. Bondar. – M.: Norma - Infra-M, 2001. – 544 p.
2. Constitution of Ukraine [Electronic resource] // Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine (VVR). - 1996. - № 30. - p. 141. - Access mode: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>
3. Kravets I. A. Russian Constitutionalism: Problems of Formation, Development and Implementation. - SP.: R. Aslanov's Publishing House, Legal Center "Press", 2005. – 675 p.
4. Liverovsky A. A. Organs of Constitutional Control as "Quasi-courts" / A. A. Liverovsky, M. V. Petrov // Journal of Constitutional Justice. – 2010. – № 3 (15). – P. 23–27.
5. Shevchuk S. V. Fundamentals of Constitutional Jurisprudence. – Kyiv: Ukrainian Center for Legal Studies, 2001. – 302 p.
6. http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VS03260.html

Манайку Тетяна Василівна

*студентка 2-го курсу юридичного факультету
Чернівецького національного університету*

імені Юрія Федьковича

(м. Чернівці, Україна)

Науковий керівник: *доктор юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича О.В.Щербанюк*

ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД ОРГАНІЗАЦІЇ СУДОВОЇ ВЛАДИ: ІДЕЇ ДЛЯ УКРАЇНИ

У кожній країні по-своєму розуміється судова влада, по-різному забезпечуються її авторитет і сила. Судова влада, функціонуючи поряд із законодавчою і виконавчою владою, повинна вміти при необхідності протистояти їм. Судову владу часто називають «третьою владою», оскільки в конституційних текстах і доктрині при перерахуванні гілок влади, що складають систему поділу влади, вона зазвичай слідує за законодавчої і виконавчої.

В залежності від форми правління взаємозалежність законодавчої і виконавчої влади може бути більшою (парламентська форма правління) або меншою (президентська республіка). Положення ж судової влади залишається незмінним. Хоча в європейських країнах суди існували здавна і повсюдно, для того щоб судова влада постала як відносно самостійна і незалежна, отримала конституційний статус «третьої влади», потрібен був чималий історичний період - перехід від абсолютної монархії до демократичних режимів і далі до правової державності. Незалежна судова влада за визначенням несумісна з самодержавним правлінням і з тоталітарними режимами.

Друга половина ХХ ст. наочно продемонструвала, що чим далі просувалися демократичні країни по шляху правової державності, тим сильніше виявлялася тенденція до зростання ролі судової влади як гаранта

«верховенства Права» і законності в житті суспільства і держави, прав і законних інтересів її громадян. І, навпаки, навіть часткова втрата судової влади її самостійності та незалежності є небезпечним симптомом авторитаризму в державному управлінні [1, с. 5-7].

Судова влада - одна з гілок державної влади, суб'єктом якої є суд, займає особливе місце в системі державних органів і реалізує свої функції в особливій процесуальній формі. Поняття судової влади - одна з ключових конституційних понять. У тих країнах, де державна влада організована на основі принципу поділу влади, судова влада є важливою складовою триєдності (поряд із законодавчою і виконавчою властями), в якому кожна гілка влади виконує свою функцію [1, с. 17-21].

Характерні риси судової влади:

- здійснюється у зв'язку з конкретною справою (соціальним конфліктом);
- реалізується в особливій процесуальній формі, відмінній від процедур в інших гілках влади.

Судова влада в зарубіжних країнах володіє наступними ознаками:

1. суди, що складають у сукупності судову систему; ця жорстко структурована система створюється і змінюється тільки в законодавчому порядку, а її діяльність відбувається в рамках настільки ж суворого і детально регламентованої законом процедури («Судова влада Сполучених Штатів здійснюється Верховним судом і тими нижчими судами, які будуть час від часу встановлюватися і засновуватися Конгресом». Розд. I ст. III Конституції США) [2]. Її кадровий склад - судді - утворює особливий професійний шар, так званий суддівський корпус, який як такий, так само як і складові його судді, має особливий правовий статус («Судова влада доручається суддям» (ст. 92 Основного закону Федеративної Республіки Німеччина) [3].
2. правосуддя як особлива форма діяльності, що має на меті вирішення на основі чинного права економічних, політичних та інших конфліктів і суперечок, учасниками яких стають громадяни, їх об'єднання, юридичні особи, муніципальні державні органи і навіть саме держава. Ніхто, крім судової системи в особі її утворюють судів, не може вершити правосуддя від імені держави. Ніхто, в тому числі і держава в особі будь-яких його органів, не має права втручатися в діяльність судової системи по здійсненню правосуддя. Громадяни, їх організації та об'єднання, всі державні і муніципальні органи, сама держава, представлене вищими органами влади і управління, зобов'язані неухильно виконувати рішення суден.

Рішення суду - владний акт, який не може скасувати ні законодавчий, ні будь-якої виконавчий орган і навіть глава держави. У зв'язку з цим положення ст. 64 Конституції Франції говорить, що «Президент Республіки є гарантом незалежності судової влади». Президент покликаний охороняти правосуддя від яких би то не було посягань на його незалежність, як і всі інші державні органи, не має права втручатися в діяльність органів правосуддя [4].

В Основних принципах незалежності судових органів, прийнятих сьомим Конгресом ООН по попередженню злочинності та схвалених Генеральною Асамблеєю ООН 29 листопада 1985 року підкреслюється, що судді беруть «остаточне рішення з питань життя і смерті, свободи, прав, обов'язків і власності громадян». «Тільки суддя може вирішити питання допустимості та тривалості позбавлення волі».

Також відзначимо й інші ознаки судової влади, властиві так чи інакше більшості судових органів зарубіжних країн:

- винятковість (правосуддя не може здійснюватися ніяким іншим органом крім суду ні при яких умовах);
- особливий статус посадових осіб - суддів (підвищені вимоги до кандидатів на суддівські посади, незалежність, незмінюваність і недоторканність суддів);
- має конкретний характер (розглядає і вирішує конкретні справи і суперечки, що виникають внаслідок різних конфліктів в суспільстві);
- здійснюється в ході судового процесу, тобто в особливій процесуальній формі, встановленій законом;
- велике значення надає правосвідомості, внутрішнім переконанням суддів, котрий склався на базі життєвого досвіду і в ході розгляду конкретної справи;
- належить не судовій установі, а судовій колегії (одноосібно судді), яка розглядає справу відповідно до вимог судової процедури (колегія може складатися з професійних суддів (3-5 суддів зазвичай розглядають деякі цивільні позови), з одного або декількох суддів і 6-9-12-24 присяжних засідателів);
- її реалізація - вирок у кримінальній справі, рішення за цивільним позовом - являє собою акт державного примусу, що чиниться в особливих формах;
- особлива система контролю за судовою діяльністю (виняток чийогось втручання в відправлення правосуддя і в оцінку рішень суду) [5].

Отже, при всьому різноманітті судових систем розвинених європейських держав, можна виділити деякі загальні риси і тенденції розвитку, причому незалежно від системи права.

До них можна віднести наступні: - судова влада огорожена від будь-якого втручання з боку законодавчої та виконавчої влади. З іншого боку, діє обмежує концепція судового втручання, що має в європейських країнах законодавчо закріпити. В Англії - в доктринах успадкованої юрисдикції та суддівського розсуду, у Франції - подвійна суддівська заборона: стосовно виконавчої влади - заборонено «яким би то не було чином заважати роботі органів адміністрації» та щодо законодавчої влади - заборонено «вносити рішення у справах, представленим на розгляд судді шляхом формулювання загальних правил» [6, с. 180-183].

При цьому загально визнано, що суди вносять свою важливу дію в процес нормотворчості, і не тільки в англо-американській судовій системі, причому для цього існують різні способи:

- підпорядкування національних судових систем країн ЄС вищому органу правосуддя - Європейському суду справедливості (м Люксембург);
- наявність спеціальних судів і судів обмеженої юрисдикції; наявність ювенальної юстиції; наявність дисциплінарних та судів честі (заходи впливу до державних службовців, суддям, адвокатам, нотаріусам);
- наявність особливих судових органів для вищих посадових осіб

- держави (президента, міністрів і членів уряду);
- апеляційний і касаційний порядок перегляду судових справ, а також наглядовий (на континенті);
 - перехід до «делегованого правосуддя», спрощення традиційної судової системи, створення величезної кількості судових органів, тенденція до розгляду цивільних і торгових справ в цих органах або в досудовому порядку;
 - інститут мирових суддів і застосування суду присяжних (виборних непрофесійних суддів), зміцнення правосуддя колегіальністю професійних суддів (від 3 суддів у Франції до 3 - 5 в Федеративній Республіці Німеччина) [6, с. 167-170, с. 141-145];
 - система прокуратури, підкоряючись міністру юстиції, забезпечує роботу судової системи на всіх її рівнях;
 - велика кількість судів усіх рівнів щодо на душу населення, забезпеченість судів кваліфікованими суддями, судовим персоналом, програми захисту свідків; прозорість і гласність правосуддя, публічність засідань, багатовікові традиції судової етики.

В Італії усунути суддю від займаної посади можна тільки за рішенням Вищої ради магістратури в порядку дисциплінарного провадження. Право на порушення дисциплінарного переслідування належить міністрові юстиції та Генеральному прокуророві Касаційного суду.

Отже, деякі аспекти побудови судових систем і роботи суддів країн Європи, а також досвід проведення судових реформ доцільно було використати для імплементації в українське законодавство. Частина нововведень вже поступово втілюється на практиці. Проте частина проблем залишаються нерозв'язаними, зокрема на критично низькому рівні лишається довіра громадян до суду; залежність судів і суддів; надзвичайно висока завантаженість судів; невиконання судових рішень, що набуло системного характеру; політизованість процедури формування суддівського корпусу; хронічне недофінансування судової влади тощо. Тому всі ці прогалини потребують вирішення та проведення змін.

Таким чином міри, що здійснюються у країнах Європи, свідчать про те, що роль управлінських підходів до організації судової діяльності постійно росте. Вони також можуть бути застосовані й в Україні, але з рядом обов'язкових умов:

1. забезпечення незалежного відправлення правосуддя;
2. створення необхідних для відправлення правосуддя умов роботи;
3. забезпечення достатньої професійної підготовки суддів;
4. забезпечення доступності правосуддя для населення.

Використані матеріали:

1. Безнасюк А.С. Судова влада: підручник для вузів / А.С.Безнасюк, Х.У. Рустамов. - М. : Закон і право, ЮНІТИ-ДАНА, 2002. 455 с.

2. 1st Amendment to the Constitution/Totallyhistory. URL: <http://totallyhistory.com/1st-amendment-to-the-constitution/>.
3. Конституція Федеративної Республіки Німеччина від 23 травня 1949 р // Конституції країн світу на українській мові URL: <https://legalns.com/>
4. Конституція Французької Республіки від 04 жовтня 1958 р // Конституції країн світу на українській мові/ URL: <https://legalns.com/>
5. Основні принципи незалежності судових органів URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/indep.
6. Туманов В.А. Судові системи західних держав / В.А. Туманов. - М. : Наука, 1991. - 240 с.

Мукомела Катерина Олегівна

*студентка 4-го курсу юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права
імені Леоніда Юзькова
(м. Хмельницький, Україна)*

Науковий керівник: кандидат юридичних наук,
доцент кафедри конституційного, адміністративного
та фінансового права І. В. Рижук

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ ІНСТИТУТУ КОНСТИТУЦІЙНОЇ СКАРГИ В УКРАЇНІ

Наслідком конституційної реформи в Україні є те, що юридичні та фізичні особи отримали можливість реалізувати своє право на подання конституційної скарги. Сутність даного інституту індивідуального доступу до конституційного судочинства полягає в тому, що особи отримали право поставити перед Конституційним Судом питання щодо визнання неконституційним закону чи його окремих положень, які застосовувались у рішенні суду загальної юрисдикції щодо цієї особи та, в подальшому, переглянути це судові рішення.

Інститут конституційної скарги регулює відносини у сфері індивідуального доступу громадян до конституційного правосуддя, є складовою ланкою конституційного права та частиною комплексного інституту судового конституційного процесу, становить логічно замкнену, відокремлену сукупність норм і функціонує у системі конституційного права. Такий інститут передбачено у законодавстві більшості країн Європи та інших країн світу. Конституційна скарга є можливістю особи захистити свої конституційні права й свободи у стосунках із державою, а також забезпечує можливість зворотного впливу індивідів та їх об'єднань на публічну владу у разі державного свавілля, протистояння

конституційному правопорядку, що суперечить принципу верховенства права [3, с. 294].

Відповідно до ч. 3 ст. 55 Конституції України кожному гарантується право звернутись із конституційною скаргою до Конституційного Суду України з підстав, установлених цією Конституцією, та у порядку, визначеному законом [1].

За даними офіційного сайту Конституційного Суду України вже на 28 серпня 2020 року до органу конституційної юстиції надійшло 399 конституційних скарг від фізичних та юридичних осіб (384 скарги – від фізичних та 15 від юридичних осіб). З них – 137 випадків, коли ухвалою колегії суддів КСУ було відмовлено у відкритті конституційного провадження у справі, 31 скаргу розподілено судді – доповідачу, 231 скарга за формою не відповідає вимогам Закону України «Про Конституційний Суд України» та підлягає поверненню [2].

На мою думку, однією з проблем, яку можна виокремити в реалізації конституційної скарги і яка підтверджується поданими в попередньому розділі даними про повернення скарг суб'єктам звернення або прийняття ухвал про відмову у прийнятті Колегіями чи Сенатами Конституційного Суду України - це рівень правової грамотності (професійної підготовки) суб'єктів звернення. Розібратися в складних питаннях конституційності, фундаментальності прав і свобод людини, системному зв'язку закону і норм Конституції України можуть лише добре підготовлені фахівці-юристи. А це у свою чергу впливає на доступність правосуддя для звичайного громадянина.

Також слід відзначити і те, що недоліком є і низький рівень толерантності КСУ до недоліків конституційної скарги, що створює надмірні перешкоди в захисті конституційних прав людини, а також критично низька правова грамотність (свідомість) суб'єктів подання конституційної скарги, яку можливо усунути тільки активною освітньо-просвітницькою роботою.

Генезис впровадження інституту конституційної скарги в Україні варто розглядати у двох взаємопов'язаних етапах: перший етап характеризується початком конституційної реформи в Україні та прийняттям змін до Конституції України; другий етап характеризується імплементацією конституційних положень в Закон України «Про Конституційний Суд України».

Зміни, які відбулися в рамках судової реформи, зокрема, в плані модернізації механізму захисту прав і свобод людини й громадянина Конституційним Судом України та введенням інституту конституційної скарги, реформували вітчизняну систему конституційної юстиції. Основною формою звернення громадян України, іноземців, осіб без громадянства та юридичних осіб до Конституційного Суду є конституційна скарга. Крім того, конституційна скарга обов'язково повинна відповідати межам прийнятності, які чітко визначені в ст. 77 Закону

України «Про Конституційний Суд України» [4].

Також слід зазначити, що доцільно було б передбачити у Законі положення про те, що Суд визначаючи Закон, інші акти або окремі положення неконституційними зобов'язує гілки влади привести нормативно-правову базу у відповідність. Крім того, враховуючи широкі повноваження зарубіжних моделей інституту конституційної скарги ефективно передбачити в законодавстві виняткові моменти, коли суб'єкт може звернутися з конституційною скаргою без проходження всіх етапів судового процесу.

Отже, виходячи з зарубіжного досвіду впровадження інституту конституційної скарги, можливо зазначити про доцільність розширення предмету оскарження, тобто права на оскарження не лише нормативно-правових актів (законів), але і актів Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України, міністерств. Адже більшість актів нормативно-правового регулювання припадає саме на підзаконну нормативно-правову базу, яка в деяких випадках є суперечливою конституційним засадам.

Використані матеріали:

1. Конституція України // (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141 від 01.01.2020 року.
2. Конституційні скарги, що надійшли до Конституційного Суду України, та їх опрацювання станом на 28 серпня 2020 року. Офіційний веб-сайт «Конституційний Суд України». URL: <http://www.ccu.gov.ua/konstytuciyini-skargy-shcho-nadiyshly-do-konstytucynogo-sudu-ukrayiny-ta-yih-opracyuvannya-21>
3. (дата звернення 17.09.2020).
4. Деркач А. Л. Захист прав людини у конституційному процесі: питання теорії та практики : рукопис. Київ, Центр правових наукових досліджень, 2016.
5. Про Конституційний Суд України : Закон України від 20.03.2020 року № 2136-VIII [Електронний ресурс]. Законодавство України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19#Text>

Надієнко Юлія Андріївна

*студентка 3-го курсу юридичного факультету
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м. Чернівці, Україна)*

Науковий керівник: кандидат юридичних наук,
доцент кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича Л. А. Остафійчук

ВИСНОВОК ЕКСПЕРТА У ГАЛУЗІ ПРАВА В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Між Україною та Європейським союзом в 2014 році було підписано Угоду про Асоціацію [5], яка вкотре підтвердила необхідність адаптації вітчизняного законодавства із законодавством ЄС, а насамперед – у сфері судоустрою, судочинства та процесуального законодавства. Внаслідок чого Верховною Радою було прийнято ряд законів. Відповідно дана реформа процесуального законодавства вплинула на інститути адміністративного права і процесу, які вже існували, а також ввела нові, невідомі раніше. Однією з таких новел є експерт з питань права – особа, яка має науковий ступінь та є визнаним фахівцем у галузі права [1].

В українському законодавстві, відповідно, разом із появою інституту експерта з питань права з'явилося поняття висновку такого експерта. Адже головною метою залучення фахівця є надання ним висновку. Проте у законодавстві немає чіткого визначення даного терміну, правова природа висновку експерта в галузі права невизначена, що спричиняє досить великі незручності щодо практичного застосування. Щоб все це з'ясувати потрібно дослідити витоки понять «експерт у галузі права» та «висновок експерта у галузі права».

Так, У. Воробель зазначає, що інститут експерта у галузі права є дуже давнім, та зустрічався ще за часів римського права під назвою «друг суду», що на латині звучить як «amicus curiae», які подавали висновки щодо правових питань. Так, вперше в 1988 році у Франції було використано в судовому процесі цей термін. Другою державою, романо-германської правової сім'ї, яка прийняла зміни до процесуального законодавства була Німеччина, було закріплене право суду звертатися за допомогою до так званих «друзів суду», з метою подання ними висновків щодо поставлених правових питань.

КАС України, викладений у редакції від грудня 2017 року, містить ст. 112, яка регулює зміст висновку експерта у галузі права [1]. У ній передбачено, що учасники справи мають право подати до суду висновок експерта з питань права щодо застосування аналогії закону чи аналогії права та змісту норм іноземного права згідно з їх офіційним

або загальноприйнятим тлумаченням, практикою застосування, доктриною у відповідній іноземній державі. В другій частині даної норми зазначено, що у своєму висновку експерт не може оцінювати докази, вказувати на достовірність, а також зазначати про переваги одного доказу над іншим, та ін.

Що ж стосується змісту, термін «аналогія» детально розкрито українським законодавством. Зокрема, ст. 7 КАС України, зазначає якщо немає закону, що регулює відповідні правові відносини, то суд застосовує закон, що регулює схожі відносини (аналогія закону), а за відсутності такого суд виходить із конституційних принципів і загальних засад права (аналогія права). Слушною є думка правознавця О. Константого, що потреба в поданні до суду висновку фахівця у галузі права з причини застосування аналогії може виникати лише у спорах за позовом суб'єктів владних повноважень до приватних осіб [2]. Тобто, доходимо до підсумку, що судді мають право самостійного застосування для врегулювання спірних відносин аналогії права чи аналогії закону, або ж для того, щоб застосувати її, скористатися висновком експерта у галузі права, посилаючись на нього як на джерело інформації.

У висновку експерта у галузі права може міститися з'ясування змісту норм іноземного права згідно з їх офіційним або загальноприйнятим тлумаченням, практикою застосування, доктриною у відповідній іноземній державі. Відомо, що належне застосування іноземного права є досить непростим завданням для суду. По-перше, будь-який правозастосовний орган у таких ситуаціях позбавлений вичерпних відомостей про дійсний зміст конкретних приписів іноземного законодавства. По-друге, у більшості випадків суддя, який вирішує спір з іноземним елементом, не володіє досконало мовою іноземного права. Для вирішення указаної проблеми чинними законодавчими актами України передбачено можливість використання судами декількох дієвих способів установлення змісту іноземного права, серед яких центральне місце посідає висновок експерта з питань права.

Більшість правознавців підтримують думку, що надання експертом висновку щодо норм міжнародного права є позитивною стороною новели, адже доречним є залучення людини, яка володіє найбільш повними, точними і правильними знаннями про право, яке підлягає застосуванню, аніж суддя. Це позитивно впливатиме на судову практику.

Проте досить складно уявити собі обставину, за якої адміністративний суд під час розгляду тієї чи іншої адміністративної справи, був змушений, як передбачено ст. 112 КАС України, встановлювати зміст норм зарубіжного права. Оскільки в ст. 19 цього ж Кодексу передбачено, що предметна юрисдикція українських адміністративних судів обмежена публічно-правовими спорами, в той час як можливість застосування вітчизняними судами міжнародного права передбачена лише тоді, коли предметом є спір приватноправового характеру [1].

Не до кінця зрозумілою є правова позиція, яка стосується значення висновку експерта з питань права в процесі доказування. Слід сказати, що ст. 113 КАС України передбачає ставлення суду до висновку експерта у галузі права [1]. Дана стаття містить норму, що вказує на його допоміжний характер і на необов'язковість для суду, а також те, що він взагалі не є доказом. Проте в другій частині цієї ж статті зазначено, що суд все ж таки може посилатися на нього, як на джерело інформації, яка міститься в ньому, але має зробити власні підсумки щодо відповідних питань.

Таким чином, висновки експерта у галузі права – це письмово висловлені думки визнаного науковця у певній галузі права, що повинні стосуватися питань щодо застосування аналогії права чи аналогії закону, а також роз'яснення змісту норм зарубіжного права відповідно до їх офіційного або загальноприйнятого тлумачення, практики застосування, доктрини у відповідній державі, але не є доказом та має лише рекомендаційний характер. Саме за таких умов міркування експерта матиме значення для суду. Водночас слід наголосити, що у своєму рішенні суд може послатися на висновок експерта як на джерело відомостей, які в ньому містяться. Проте під час прийняття рішення по справі суд повинен перевірити обґрунтованість висновку й самостійно прийняти його. Такий висновок слідує з норм законодавства, а також із судової практики, наприклад, ухвала Дніпропетровського окружного суду від 25.04.2019р. у справі №160/1088/19.

Слід зауважити, що на сьогодні залишається досить багато проблем. Так, невіршеними питаннями можна вважати те, що на практиці досить часто виникають проблеми із визначенням поняття висновку експерта, питань, яких він стосується, місця та ролі, також непоодинокими випадками є плутанина висновку з тлумаченням законодавства та права в загальному. Варто зазначити, що судді нехтують можливістю скористатись даним правовим інститутом, тобто не в повному обсязі використовують інститут експерта у галузі права, задля спрощення та економії часу розгляду та вирішення спору, свідченням чого є підстави для відмови у залученні експертів до слухань у справі та долученні до матеріалів справи їх висновків.

На сьогоднішній день, вітчизняним процесуальним законодавством не вироблено жодного зразку для такого процесуального документу як «Висновок експерта у галузі права», а тому експертами в галузі права використовуються дещо модифіковані ними стандартизовані зразки для висновків судових експертів, що порушують цілісність, структурність та відповідність висновку правовим приписам визначених у процесуальному законодавстві. Відтак, проаналізувавши правові норми та статті науковців, можна зробити припущення що такий процесуальний документ повинен містити: назву акту; номер і назва справи; від кого отримано запит на проведення експертизи в галузі права; питання, які поставлені перед експертом; які матеріали надані в розпоряджен-

ня; дані про експерта, який надав висновок; викладення фактичних обставин справи, які експерт з питань права вважає доведеними; якими нормативно-правовими актами керувався експерт; відповідь з аргументацією окремо на кожне з поставлених питань; загальний висновок; підпис експерта з питань права [3;4].

Таким чином, висновок експерта з питань права – це письмовий документ, який формується експертом-науковцем, в результаті проведення ним науково-практичного дослідження із застосуванням спеціальних правових знань, має стосуватися виключно питань аналогії та застосування норм іноземного права, який не є доказом та має допоміжний (рекомендаційний) характер. Висновок експерта з питань права хоч і не має обов'язкового значення, адже остаточне тлумачення законодавства залишається виключно за судом, однак цінність викладеної правової позиції в ньому зумовлена: аргументованістю висновків, раціональністю доводів та його ролі як додаткового джерела відомостей.

Використані матеріали:

1. Кодекс адміністративного судочинства України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15> (дата звернення: 07.10.2020).
2. Константи́й О. «Amicus curiae» в адміністративному судочинстві України: проблеми впровадження. Юридичний науковий електронний журнал, 2018. № 1. URL: http://lsej.org.ua/1_2018/28.pdf
3. Кройтор В. Висновок експерта з питань права. Матеріали II Міжнар. наук.-практ. конф.: Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні, 2018. С. 129–131.
4. Озерський І. Зразок бланку висновку експерта у галузі права. Міжнар. наук.-практ. конф.: Реформування законодавства і державних інституцій: досягнення, недоліки та перспектив, 2019. URL: http://legalactivity.com.ua/index.php?option=com_content&view=section&id=47&Itemid=296&lang=ru
5. Угода про асоціацію, між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011 (дата звернення: 07.10.2020).

Оношка Василь Анатолійович

*студент 4-го курсу юридичного факультету
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м. Чернівці, Україна)*

Науковий керівник: *доктор юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича О.В.Щербанюк*

ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ ІНСТИТУТУ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Нині, модель нормативного регулювання адміністративної відповідальності має орієнтуватися на цінності правової держави, досягнення адміністративно – правової науки та передового зарубіжного досвіду у зазначеній сфері. Чинне законодавство України про адміністративну відповідальність не зовсім відповідає зазначеним стандартам та характеризується великою кількістю недоліків. Так, до них можна віднести наявність багатьох підзаконних, недостатньо систематизованих нормативних актів, які встановлюють адміністративну відповідальність, що стає причиною прогалин у сфері притягнення до адміністративної відповідальності. Також можна констатувати, що нині наявна велика кількість норм, що регламентують однотипні суспільні відносини у сфері адміністративної відповідальності, але уніфікованої процедури їх реалізації не існує.

Слушну думку, в цьому контексті, наводить І.П. Голосніченко, який вказує, що Україна вже «стоїть на порозі демократичних перетворень і в майбутньому стане правовою державою європейського зразка, що у свою чергу вимагає певних змін правової системи в цілому і, відповідно, адміністративного і кримінального права як її складової. Тому є нагальна потреба вже зараз подбати про максимальне наближення нашого адміністративного і кримінального законодавства до законодавства Євросоюзу». Таким чином, дослідження інституту адміністративної відповідальності провідних європейських країн вважаємо більш доцільним.

Здебільшого у країнах Європи немає єдиного нормативного акта в якому об'єднуються склади адміністративних деліктів. Проте більшість держав мають закони змішаного характеру, в яких поєднані загальні матеріальні положення (про адміністративні порушення, суб'єкти відповідальності, стягнення тощо), та процедурні положення про порядок накладення адміністративних стягнень (Німеччина, Швейцарія, Австрія, Італія, Португалія.

Для багатьох країн Європи, як і для України, характерна надзвичайна розпорошеність адміністративно-деліктного законодавства. У Німеччині, наприклад, йдеться про положення близько тисячі федеральних законів, які містять склади порушень порядку. Пряма вимога про необхідність визначення адміністративних деліктів тільки в нормах закону існує в праві Швейцарії, Італії, Греції, Іспанії, Португалії. В інших державах склади адміністративних деліктів і стягнення за них встановлюються і у законах, і в підзаконних актах.

У законодавстві цих країн адміністративні делікти є різновидом караних діянь, які підпадають під дію загальних положень карних законів. Правові системи інших держав (Австрії, Франції, Нідерландів, Іспанії, Греції) характеризуються відмежуванням адміністративного деліктного законодавства від карного, що виявляється у неможливості застосування до адміністративних деліктів і відносин, які виникають унаслідок їх учинення, загальних положень карних законів. Загалом слід зазначити, що регламентація адміністративного провадження залежить від співвідношення кримінального та адміністративно-деліктного законодавства. Порядок провадження у справах про адміністративні правопорушення може бути врегульований: нормами кримінального закону (Данія); нормами кодексу про адміністративні проступки (Білорусія, Чехія, Польща); одночасно як нормами кримінального закону, так і адміністративно-деліктного законодавства (Естонія, Болгарія, Хорватія). В останньому випадку загальні норми кримінального законодавства поширюються на порядок провадження у справах про адміністративні правопорушення, за виключенням особливостей, визначених нормативно-правовим актом про проступки.

Аналіз зарубіжної доктрини та законодавства в сфері адміністративної відповідальності свідчить про відсутність єдиної моделі правового регулювання цього інституту в зарубіжних країнах, де в одних – це частина карного законодавства, в інших – абсолютно інша сфера правового регулювання. Також у зарубіжних країнах досить часто є відмінності в юрисдикційних адміністративних процедурах, які були відображені нами у роботі

Отже, для ефективного реформування інституту адміністративної відповідальності варто звернути увагу, перш за все, на міжнародний досвід регулювання інституту адміністративної відповідальності. У зв'язку з цим, доцільним, на наш погляд, є прийняття нової редакції КУпАП з проведенням повномасштабної кодифікації чинного законодавства України в цій сфері. Аналізуючи міжнародний досвід у зазначеній сфері, українське законодавство має адаптувати інститут адміністративної відповідальності до сучасних вимог з врахуванням тенденцій адміністративної відповідальності зарубіжних країн і обрати оптимальну модель. Перспективним напрямком оновлення законодавства в адміністративно – деліктній сфері і досі залишається кодифікація, котра має включати переосмислення існуючих норм, усунення

суперечностей між ними, та використання позитивного міжнародного досвіду у вказаній сфері.

Паламарчук Ангеліна Іванівна

*студентка 4-го курсу юридичного факультету
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м. Чернівці, Україні)*

Науковий керівник: *асистент кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича Л.Г. Бзова*

УЧАСТЬ АДВОКАТА ПРИ ВИЗНАННІ ШЛЮБНОГО ДОГОВОРУ НЕДІЙСНИМ

Так, ми погоджуємося з думкою Ю.С. Чернового який стверджував, що шлюбний договір є сімейно-правовим договором, оскільки його суб'єктами є лише подружжя. Таким чином, шлюбний договір можна визнати як цивільний правочин, оскільки він базується на домовленості подружжя відповідно до встановлення майнових прав та обов'язків подружжя на період існування та припинення шлюбу. Важко не погодитися з тезою, запропонованою для роздуму І.В. Жилінковою, яка відмітила, що, як і будь-який інший цивільно-правовий договір, шлюбний контракт має істотні особливості, котрі дозволяють розглядати його як самостійний вид договору. Тобто згідно зі ст.94 СК України шлюбний договір укладається у письмовій формі й обов'язково нотаріально посвідчується. Адвокат, який здійснює консультацію одного з подружжя, необхідно при укладанні шлюбного договору врахувати, що ст.9 СК України встановлені межі врегулювання сімейних відносин за домовленістю, і вона не повинні суперечити вимогам СК України.

Вважаємо, що за своєю юридичною природою шлюбний договір має ряд особливостей, що і зумовило його закріплення саме в СК України. Окрім цього, розглядаючи предмет шлюбного договору можна зазначити, що він має цивілістичний характер, адже основу його складають відносини власності та інші майнові відносини сторін. Однак ряд науковців недооцінюють роль сімейно-правових норм у формування умов шлюбного договору та визначенні правового режиму майна подружжя.

Хотіли б зазначити, що шлюбний договір можна розглядати, як цивільно-правовий правочин, однак, з певною сімейно-правовою специфікою. Посилання ж деяких авторів на особливий склад шлюбного договору не може заперечити його цивілістичних ознак, адже в цивільному праві є чимало договорів з особливим суб'єктним складом, що не виводить їх за межі цивільно-правового договору.

Важко не погодитися з тезою, запропованою М.В. Антоколоською,

яка зазначає, що стосовно шлюбного договору неможливо довести його специфічну сімейно-правову сутність, яка відрізняє його від договорів цивільних.

Судова практика, у тому числі щодо розірвання то визнання шлюбних договорів недійсними, свідчить про певні проблеми у сфері правового регулювання укладення шлюбних договорів. Адвокатам, насамперед, потрібно врахувати, що шлюбний договір може бути визнаний недійсним утому випадку, якщо він укладений особою під впливом тяжкої для неї обставини та на вкрай не вигідних умовах. Варто зазначити, що у більшості випадків судова практика розглядає наявність «наявність не вигідного матеріального становища» в якості порушення саме загальних вимог до укладення договору. На вказану думку, випадає те, що позиція викликана об'єктивною складністю у встановленні факту укладення шлюбного договору під впливом тяжкою обставини та на не вигідних умовах. Так, аналіз судової практики свідчить, що у більшості випадків Верховний Суд скасовує рішення судів першої та апеляційної інстанції при визнанні недійсними шлюбних договорів внаслідок недоведеності існування надзвичайно не вигідного матеріального становища або інших суперечностей актами законодавства.

Вважаємо, що слід звернути увагу на цікаву і прогресивну правову позицію, висловлену в постанові ВСУ від 28-01-2015р. у справі №6-230цс14за, результатами перегляду ухвали ВССУ від 10-09-2014р. у справі №6-24071св14. Фактичні обставини справи полягали в тому, що за положеннями оспорюваного шлюбного договору на нерухоме майно, яке дружина придбала до моменту реєстрації шлюбу, був поширений правовий режим спільної сумісної власності. Також умовами цього договору сторони визнали перебування у фактичних шлюбних відносинах з моменту реєстрації їх шлюбу. Предметом перегляду у справі були питання правомірності домовленості сторін шлюбного договору про правовий режим майна, придбаного до реєстрації шлюбу, та юридичної значимості добровільно визнаного ними спільного проживання однією сім'єю до реєстрації шлюбу і придбання в цей період спільного майна. Загалом, Верховний Суд дійшов висновку, що критеріями правомірності шлюбного договору є, по-перше, відсутність суперечностей між його змістом і вимогами закону, тобто відповідність договору імперативним нормам, та, по-друге, дотримання моральних засад суспільства.

Можна зробити висновок, що незважаючи на понад 20-річну історію закріплення інституту шлюбного договору в українському законодавстві, практика їх укладення є вкрай невизначеною. Саме тому цікавою видається судова практика оскарження шлюбних договорів, яка дозволяє визначити вкрай практичні аспекти їх застосування, ризики, визнання недійсними тощо. Загалом, можна зазначити, що вказана практика засвідчує складність доведення адвокатом в судовому порядку факту того, що шлюбний договір ставить одного із подружжя у надзвичайно не вигідне матеріальне становище. При цьому

судова практика підтверджує правомірність визначення в шлюбному договорі правового режиму майна придбаного до або під час шлюбу, та встановлення факту проживання однією сім'єю.

Використані матеріали

1. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. № 2947-III // Там же. – 2002. – № 21-22. – Ст. 135.
2. Сімейний кодекс України: науково-практ. коментар / за заг. ред. С. Я. Фурси. К.: Видавець Фурса С. Я.; КНТ, 2008. 1248 с
3. Сімейне право України: підручник / Т. В. Боднар, В. С. Гопанчук, О. В. Дзера та ін.; за заг. ред. Т. В. Боднар та О. В. Дзери. К.: Юрінком Інтер, 2016. 520 с.
4. Харитонов Є. О. Сімейне право України: навч. посіб. К.: Істина, 2008. 200 с.
5. Сімейне право України: Підруч. / Л.М. Баранова, В.І. Борисова, І.В. Жилінкова та ін.; За заг. ред. В.І. Борисової, І.В. Жилінкової. – К.: Юрінком Інтер, 2004
6. Кузьмичова Л.О., Жилінкова І.В. Особисті права та обов'язки батьків і дітей: Навч. посіб. – К.: ИУМК ВО, 1991.

Пастух Дмитро Миколайович

*студент 3-го курсу юридичного факультету
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м. Чернівці, Україна)*

Науковий керівник: кандидат юридичних наук,
доцент кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича Л. А. Остафійчук

ІНСТИТУТ ВІДВОДУ (САМОВІДВОДУ) СУДДІ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ТЕОРЕТИЧНИЙ І ПРАКТИЧНИЙ АСПЕКТИ

Одним із важливих питань удосконалення судівництва та судочинства в Україні є створення нормативно-прикладного підґрунтя реалізації громадянами права на справедливий суд з урахуванням принципів професійності, об'єктивної безсторонності, неупередженості судді й незалежності суду зокрема. Спроможність організації належного здійснення правосуддя шляхом формування високої суддівської етики характеризує державу як правову, а систему судоустрою – як компетентну й авторитетну. Безумовно, дотичність обговорюваного питання стосується насамперед функціонування вітчизняного інституту відводу (самовідводу) судді як процесуальної гарантії належного судового захисту прав, свобод та інтересів громадян.

Дослідження даної проблематики доречно розпочати із аналізу підстав ініціювання відводу (самовідводу) судді, його обґрунтованості й мотивування у відповідній заяві учасника справи. Законодавчі підстави неможливості розгляду справи конкретним суддею визначені, насамперед, в ст.ст. 36, 37 ЦПК України, а саме: 1) перебування в родинних чи близьких відносинах із учасниками справи або іншим суддею, який входить до складу суду, що розглядає чи розглядав справу, надання стороні або іншим учасникам справи правничої допомоги у цій справі; 2) участь в цій справі в статусі свідка, експерта, спеціаліста, перекладача, представника, адвоката, секретаря судового засідання чи надання стороні чи іншим учасникам справи правничої допомоги в цій чи іншій справі; 3) пряма чи побічна заінтересованості у результаті розгляду справи; 4) порушення порядку визначення судді для розгляду справи; 5) інші обставини, що викликають сумнів в неупередженості або об'єктивності судді; 6) недопустимості повторної участі судді в розгляді справи в питаннях інстанційності, перегляду судових рішень за нововиявленими й виключними обставинами й призначення їх на новий розгляд судом першої інстанції [1]. Важливо, що своєрідна правова позиція щодо відводу (самовідводу) судді закріплена й в ст.15 Кодексу суддівської етики: «Суддя має право заявити самовідвід також у випадку, якщо судді з його власних джерел стали відомі докази чи факти, які можуть вплинути на результат розгляду справи. Суддя не повинен зловживати правом на самовідвід» [2].

Тобто, можемо констатувати змішану природу підставності відводу (самовідводу) судді, а саме функціонально-компетентну в аспекті здійснення правосуддя й прийняття рішень стосовно конкретних учасників й третіх осіб та особистісно-ціннісну або ж векторну, оскільки певні суб'єктивні бар'єри створюють потенційний чи реальний конфлікт інтересів судді, що недопустимо в процесі здійснення правосуддя. Варто зазначити, що така підставність не була б виправдана правовим змістом без існування законодавчих гарантій оскарження й скасування рішень, прийнятих упередженим судом – порушення норм процесуального права в аспекті відводу (самовідводу) є обов'язковою підставою для скасування судового рішення суду першої інстанції та ухвалення нового судового рішення або ж направлення рішення на новий судовий розгляд. Разом із тим, вважаємо з'ясування подібних обставин на більш ранніх етапах менш обтяжливим для особи, а відтак – оперативнішим в реагуванні.

Саме із висвітлених позицій як правило постає питання легітимності розумного сумніву в безсторонності судді й правосуддя не лише як здійсненого, а й як об'єктивно здійснюваного! Що це означає? Презумпція об'єктивності судді є основоположною для процесу розгляду та вирішення цивільної справи й за своїм значенням претендує на визнання її процесуальним принципом, оскільки знаходить досить обширне, хоч і непряме закріплення у цілій низці конституційних, галузевих норм й прецедентів ЄСПЛ як апіорна [3, с.187]. Паралельно, кожен кон-

кретний випадок безспірно співвіднести із формальними вимогами закону неможливо, й сам суддя повинен вчиняти необхідні дії щодо дотримання пропорційності судового розсуду й гарантій авторитету суду як об'єктивного. Оскільки початком дії презумпції об'єктивності є винесення судом ухвали про відкриття провадження у справі, а ініціювання питання відводу можливе як до, так і після його відкриття, слід вважати цю презумпцію спростовною.

Відтак, компетентність судді не слід прирівнювати до абсолюту – наявність в сторони справи сумніву щодо достатності гарантій безсторонності є закономірним й підлягає врахуванню в кожному конкретному випадку. Така позиція детермінує право особи на справедливий суд й, що важливо, – ніяк не може слугувати підставою констатування неповаги до суду. Така позиція Страсбурзького суду була висвітлена в справі «Михайлова проти України» від 13 січня 2011 р., де судом було констатовано порушення п. 1 ст. 6 та п. 3 (b) ст. 6 Конвенції, ст. 10 Конвенції, ст. 2 Протоколу №7 у справі щодо заявленого відводу судді, який цим же суддею розцінено як неповагу до суду та притягнуто заявника до адміністративної відповідальності [4].

Подання заяви про відвід судді, власне як й іншому учаснику процесу, має відповідати критеріям прийнятності, що полягає у вмотивованості й доведеності обставин, на які сторона процесу посилається як підтвердження своєї вимоги, й бути поданою в належному порядку, визначеному процесуальним законом. На практиці, попри існування декількох підстав відводу, що не підлягають доказуванню на підставі їх виправданості, доволі важко, якщо взагалі можливо, надати належні докази, які б не стосувалися інформації, що не може належати третім особам, або не підлягає розголошенню як особиста й свідчила б про психологічний критерій упередженості.

Нетиповим, але суміжним заходом врегулювання конфлікту інтересів є розкриття інформації про конфлікт інтересів в судовому засіданні шляхом повідомлення учасникам судового розгляду про певні конкретні обставини, що свідчать про будь-який потенційний інтерес особи в розгляді справи, причому така дія має бути відображена в протоколі судового засідання. Цікаво, що досі таке розголошення не є підставою відводу, якщо учасниками процесу такий відвід не ініційовано й сумнів в об'єктивності розгляду відсутній!

Фіксація ж всіх проведених процесуальних дій в матеріалах справи детермінує як реалізацію принципів гласності й відкритості, так і створює для учасників процесу можливість обґрунтування власного сумніву, а відтак – слугує превенцією ігнорування законних вимог сторони, створення перешкод в реалізації процесуальних прав, одностороннього розгляду справи тощо.

У певних наукових публікаціях висловлюється думка, що така підстава як наявність сумнівів в об'єктивності та неупередженості судді,

може бути підставою для відводу лише з ініціативи осіб, які беруть участь у справі, а самовідвід з цієї підстави суддя заявити не може, адже у нього не може бути сумнівів у власній об'єктивності чи неупередженості [5, с. 119]. Не погоджуємося із такою позицією, оскільки інтерпретація законодавчих положень оперує саме категорією підставності, й виявлення суддею правомірного сумніву не слід трактувати як його некомпетентність. Паралельно така можливість не повинна переходити в системне зловживання правом, як акт недобросовісного виконання суддівських обов'язків.

Щодо процесуальних моментів реалізації відводу, зокрема стосовно інстанційності, то за правилами ЦПК України, питання про відвід судді вирішує суд, який розглядає справу, якщо доходить висновку про його обґрунтованість, шляхом прийняття ухвали в нарадчій кімнаті (ст. 40 ЦПК України). В контексті нещодавніх змін в процесуальні кодекси щодо можливості делегування вирішення питання про відвід (самовідвід) (ч. 3, 6 ст. 40 ЦПК України), важливо відзначити критерій неможливості передачі на розгляд іншого суду в зв'язку із строками (менше трьох робочих днів до наступного засідання) й інстанційністю Великої Палати (в цьому випадку питання про відвід не підлягає передачі на розгляд іншому судді взагалі й розглядається безпосередньо Великою Палатою).

Складна ситуація виникає із оскарженням ухвали про відвід. В ЦПК України немає прямої вказівки на неможливість оскарження ухвали за результатами розгляду заяви про відвід, проте такий висновок можна зробити із загального системного аналізу ст. 353 ЦПК України, що містить перелік ухвал, на які скарга може бути подана окремо від рішення. Тобто, залишається можливість подати заперечення на таку ухвалу, включивши їх до апеляційної скарги на рішення суду. На практиці, апеляційний суд навряд чи надасть значення запереченням щодо відводу судді, якщо справу розглянуто процесуально правильно, проте сам факт неправомірної шкоди авторитету судді потенційно можливий.

Отже, проаналізувавши актуальні питання функціонування інституту відводу (самовідводу) в рамках цивільного судочинства слід підкреслити виняткове значення його вдосконалення в процесі розбудови правової держави, як однієї із платформ реалізації судової реформи й забезпечення права на справедливий суд. Відтак, вирішення існуючих проблем законодавчої бази з цих питань повинно йти опіч вдосконалення інститутів суддівської етики й врядування, відповідальності судді й вирішення конфлікту інтересів.

Використані матеріали:

1. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18 березня 2004 № 1618-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> (дата звернення: 27.09.2020).
2. Кодекс суддівської етики: затв. рішенням XI черговий з'їзд суддів України від 22.02.2013. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/>

rada/show/n0001415-13#Text (дата звернення: 27.09.2020).

3. Романів В. Я. Забезпечення розгляду справи належним складом суду у цивільному судочинстві України: *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України*, 2015. № 39. С.186-194.
4. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Михалкова проти України» від 13 січня 2011 року. *Офіційний вісник України*. 2011 р., № 82, стор. 78, стаття 3012. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_676#Text
5. Соколова В. В. Узагальнення практики розгляду судами питань відводу та самовідводу у цивільному судочинстві. *Судова апеляція*, 2017. № 4. С. 111-127.

Паш Ярина Василівна

*студентка 4-го курсу юридичного факультету
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м. Чернівці, Україна)*

Науковий керівник: *асистент кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича А.Г. Бзова*

ПОВНОВАЖЕННЯ ДЕРЖАВНОГО БЮРО РОСЛІДУВАНЬ ЯК СПЕЦІАЛЬНОГО ОРГАНУ ДОСУДОВОГО РОСЛІДУВАННЯ

Зважаючи на небезпеку та загрозу для економіко-політичної сфери життєдіяльності українського суспільства, злочинів вчинених посадовими особами найвищого рівня, а також військових злочинів, враховуючи правомочності та повноваження наданих визначеній категорії посадових осіб, згідно законодавства, створення окремого спеціалізованого органу розслідування стало вимогою часу, запорукою правопорядку та захищеності прав та законних інтересів громадян. Саме на Державне бюро розслідувань (надалі – ДБР) було покладено обов'язок боротьби зі злочинністю посадовців високого рівня, та військовими злочинами, за винятком злочину, передбаченого ст. 422 КК України.

Відповідно до Закону України «Про Державне бюро розслідувань» № 889-VIII від 10.12.2015 року [2]: «Державне бюро розслідувань є державним правоохоронним органом, на який покладаються завдання щодо запобігання, виявлення, припинення, розкриття та розслідування кримінальних правопорушень, віднесених до його компетенції».

Як і діяльність будь-якого іншого органу державної влади, так і функціонування всього правового суспільства загалом повинно базуватися

на правових основах, принципах, ідеях. Зокрема ст. 3 Закону України «Про Державне бюро розслідувань» встановлює, [2] що Державне бюро розслідувань організовується і діє на засадах:

- 1) верховенства права;
- 2) законності;
- 3) справедливості;
- 4) неупередженості;
- 5) незалежності і персональної відповідальності кожного працівника Державного бюро розслідувань;
- 6) відкритості та прозорості діяльності Державного бюро розслідувань для суспільства та демократичного цивільного контролю, підзвітності і підконтрольності визначеним законом державним органам;
- 7) політичної нейтральності і позапартійності;
- 8) єдиноначальності у реалізації повноважень Державного бюро розслідувань.

Особливістю даного правоохоронного органу порівняно з іншими є його вузькоспеціалізованість, що виражається в підслідності ДБР особливої категорії злочинів вчинених встановленою категорією суб'єктів, передбачених ч. 4 ст. 216 Кримінального процесуального кодексу України. Дана норма передбачає, що слідчі органів Державного бюро розслідувань здійснюють досудове розслідування кримінальних правопорушень [1] :

1) вчинених Президентом України, повноваження якого припинено, Прем'єр-міністром України, членом Кабінету Міністрів України, першим заступником та заступником міністра, членом Національної ради України з питань телебачення і радіомовлення, Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, Антимонопольного комітету України, Головою Державного комітету телебачення і радіомовлення України, Головою Фонду державного майна України, його першим заступником та заступником, членом Центральної виборчої комісії, народним депутатом України, Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини, Директором Національного антикорупційного бюро України, Генеральним прокурором, його першим заступником та заступником, Головою Національного банку України, його першим заступником та заступником, Головою Національного агентства з питань запобігання корупції, його заступником, Секретарем Ради національної безпеки і оборони України, його першим заступником та заступником, Постійним Представником Президента України в Автономній Республіці Крим, його першим заступником та заступником, радником або помічником Президента України, Голови Верховної Ради України, Прем'єр-міністра України, суддею, працівником правоохоронного органу, особою, посада якої належить до категорії «А», крім випадків, коли

досудове розслідування цих кримінальних правопорушень віднесено до підслідності Національного антикорупційного бюро України згідно з частиною п'ятою цієї статті КПК України;

2) вчинених службовими особами Національного антикорупційного бюро України, заступником Генерального прокурора - керівником Спеціалізованої антикорупційної прокуратури або іншими прокурорами Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, крім випадків, коли досудове розслідування цих кримінальних правопорушень віднесено до підслідності детективів підрозділу внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України згідно з частиною п'ятою цієї статті;

3) проти встановленого порядку несення військової служби (військові кримінальні правопорушення), крім кримінальних правопорушень, передбачених статтею 422 Кримінального кодексу України.

Базисними завданнями цього органу є утвердження справедливості у суспільстві шляхом неупередженого, незалежного, повного та всебічного розслідування злочинів, а також притягнення винних до встановленої законом відповідальності, незважаючи на їхні посади, зв'язки та ресурси. [3, с. 62]

Зважаючи на вищезазначене, необхідно зауважити, що оскільки ДБР має певні завдання, то повинне мати і відповідні повноваження для їхньої реалізації.

До основних повноважень слід віднести [5, с. 69]:

1) участь у формуванні та реалізації державної політики у сфері протидії злочинності, вносить відповідні пропозиції на розгляд Кабінету Міністрів України;

2) здійснення інформаційно-аналітичних заходів щодо встановлення системних причин та умов проявів організованої злочинності та інших видів злочинності, протидію яким віднесено до компетенції Державного бюро розслідувань, вживає заходів до їх усунення;

3) припиняє і розкриває кримінальні правопорушення, розслідування яких віднесено до компетенції Державного бюро розслідувань;

4) здійснює оперативно-розшукову діяльність та досудове розслідування кримінальних правопорушень, віднесених до підслідності Державного бюро розслідувань, на підставах та в порядку, встановлених законом;

5) здійснює розшук осіб, які переховуються від слідства та суду за кримінальні правопорушення, розслідування яких віднесено до підслідності Державного бюро розслідувань;

6) використовує гласних і негласних штатних та позаштатних працівників на підставах та в порядку, встановлених законом, дотримуючись умов добровільності і конфіденційності цих відносин, матеріально і морально заохочує осіб, які надають допомогу в запобіганні, виявленні, припиненні і розслідуванні кримінальних правопорушень, віднесених

до підслідності Державного бюро розслідувань;

7) розробляє і затверджує методiku розслідування окремих видів кримінальних правопорушень;

8) розробляє пропозиції до проектів міжнародних договорів України та забезпечує дотримання і виконання зобов'язань, взятих за міжнародними договорами України;

9) здійснює співробітництво з поліцейськими та іншими відповідними органами іноземних держав відповідно до законів та міжнародних договорів України;

Отже, можна зробити висновок, що Державне бюро розслідувань забезпечує розслідування кримінальних проваджень щодо правоохоронців, суддів, найвищих посадових осіб, бере на себе функції досудового слідства від прокуратури та завдяки відкритості, прозорості своїх дій та комунікації з суспільством може дійсно називатись незалежним органом. Внесок ДБР на сьогодні є дуже важливим як для судової системи, так і для правоохоронної та навіть політики, адже у зв'язку зі своїм становищем політики, судді та прокурори інколи через свій статус і зв'язки забувають про те, що ніхто не може бути вище за закон.

Використані матеріали:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI;
2. Про державне бюро розслідувань: Закон України від 12.11.2015 № 794-VIII;
3. Вакарова О. В. Перспективи діяльності Державного бюро розслідувань у контексті охорони й захисту прав і свобод людини та громадянина в Україні// Науковий вісник публічного та приватного права. — 2018. — Вип. 5, т. 1. — С. 61–66;
4. Комашко В. В. Особливості організаційно-правових основ функціонування державного бюро розслідувань як однієї з новел Кримінального процесуального кодексу України// Вісник АМСУ. Серія: Право. — 2014. — № 1(12). — С. 136;
5. Скулиш Є. Д. Проблемні питання створення Державного бюро розслідувань// Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). — 2013. — № 2. — С. 60–71.

Процюк Андрій Ігорович

*студент 3-го курсу юридичного факультету
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м. Чернівці, Україна)*

Науковий керівник: кандидат юридичних наук,
доцент кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича Л. А. Остафійчук

СУДОВА АРГУМЕНТАЦІЯ ЯК ОСОБЛИВИЙ ВИД ЮРИДИЧНОЇ АРГУМЕНТАЦІЇ

У сучасному світі юридична аргументація стала важливим інструментом для вирішення різноманітних завдань, які виникають в ході соціального життя. Відповідно до загальних положень, у значення юридичної аргументації науковці насамперед вкладають показ, з'ясування, ствердження та логічне обґрунтування певних положень з метою переконання в їх істинності й доцільності.

Специфічним видом юридичної аргументації виступає саме судова. Досить влучне визначення даного виду аргументації дає адвокат Володимир Кістяник, називаючи її сукупністю засобів, методів і прийомів, які використовуються учасниками судового процесу під час представлення своєї позиції в судовому процесі, що знаходить своє відображення в певному виді судового рішення [1].

Судова аргументація характеризується такими особливостями:

– усі засоби та прийоми мають поетапний характер, що зрештою впливає на вибір найбільш важливих аргументів;

– використовується такий тип судової аргументації як диспут (дискусія, спір, полеміка та дебати), в результаті чого суддя повинен обрати позицію, яка є найбільш переконливою;

– основу складає риторика під час побудови аргументів, тому важливим у цьому разі є фактор аудиторії, звертання до якої впливає на вирішення справи;

– використання діалектичної моделі, що ґрунтується на різних типах судової комунікації, процес розглядається з погляду гри, є важливим передусім стосовно «складних справ»;

– можливе застосування правил раціональної дискусії, відповідно до яких суддя під час розгляду справи не керується лише конкретною нормою права, а враховує раціональні та позараціональні аспекти;

– залежить від спеціалізації судів і форм судочинства [1].

Вона є обов'язковою в судовому процесі, та зумовлюється такими чинниками як вид процесу – конституційний, адміністративний, гос-

подарський чи кримінальний, та категоріями справ, що розглядаються судами.

Судовій аргументації притаманна постійна боротьба двох протилежних точок зору, й особливість її полягає не лише в змісті тих чи інших використовуваних доказів, а в доведенні їх до всіх учасників судового процесу. Тому логічно з цього виникає питання: вона керується лише раціональною діяльністю, за законами логіки, чи позараціональними складовими?

Дійсно, в будь-якому спорі існує конфлікт двох версій реальності, де судовий розгляд можна порівняти з п'єсою, в якій учасники судового процесу діють як актори, й вирішується цей конфлікт судом, в особі звичайних людей з притаманними їм властивостям, що додає процесу певний позараціональний відбиток драми [2, с. 37–38]. Водночас дуже велику роль має саме буква закону та «об'єктивна істина» судового процесу. Тобто, ці дві частини є абсолютно рівними та повинні взаємодіяти в максимальній гармонії.

Досить цікаву думку висловлює професор М. І. Козюбра, зазначаючи, що цивільне, господарське та кримінальне судочинства, побудовані винятково на змагальності сторін, в той час як адміністративне і конституційне судочинство не зводиться до неї. Як конституційні, так і адміністративні суди не обмежуються на судовому засіданні вивченням наданих доказів, оскільки вони можуть збирати, узагальнювати й аналізувати їх за власною ініціативою, що для суддів цивільного, господарського, кримінального судочинства тощо є неприпустимим. Тобто позараціональний чинник, прийоми ораторського мистецтва у порівнянні з раціональними моментами значно менший [3, с. 7].

Так, Конституційний Суд України може використовувати лише ті аргументи власних рішень і рішень Європейського суду з прав людини, які базуються на ґрунтовному дослідженні й стали основою прийняття відповідного рішення. Не можна розцінювати як аргумент одне лише посилання на норми Конституції України чи міжнародно-правових актів, рішення Європейського суду з прав людини, на неаргументовані висловлювання у власних рішеннях. Простий набір подібних посилань або висмикування окремих положень роздумів певного суду не відповідає вимогам до змісту юридичної аргументації. Неприпустимим є використання в аргументації такого техніко-юридичного прийому як юридична фікція, а також пересмикування, маніпулювання міркуваннями Європейського суду з прав людини та власними в попередніх рішеннях, тобто свідоме і навмисне намагання визнати окремі правові судження, орієнтири, що не мають жодного відношення до справи, аргументами з метою створити ілюзію переконливості позиції органу конституційної юрисдикції [4].

Зазначимо, що аргументація в судовому процесі має дуже важливе значення адже від переконливості доказів, викладених в обвинувальній

промові прокурора, в обґрунтованості спростувань й виправдальних фактів виступу адвоката, у високопрофесійному рівні аргументативності позовної заяви тощо, практичних діянь правників залежать не лише правомірність рішень суду, справедливість ухваленого вироку, а й вирішення низки взаємопов'язаних із судовим процесом справ, та й зрештою доля, життя людини – найвищої соціальної цінності суспільства[5].

На нашу думку, саме судова аргументація найбільш пристосована до потреб суспільного розвитку, проте, зважаючи на той факт, що в Україні постійно триває реформування судової системи, потрібно розуміти, що судовий процес буде проводитися на доскональному рівні лише тоді, коли буде дотримано основний принцип верховенства права, а його учасники не лише на високому рівні знатимуть основи законодавства, а й вмітимуть правильно вести «судову дискусію», що закладається в основні засади змагальності сторін, а в процесі – судові дебати, які найкраще допомагають відобразити найдієвіші засоби та прийоми судової аргументації.

Таким чином, судова аргументація як особливий вид юридичної аргументації представляє собою титанічну роботу національних судових органів, вітчизняної та міжнародної доктрини та судової практики, має ряд специфічних особливостей, які дозволяють вивчати його з різних позицій. Відображає основні методи, засоби та прийоми юридичної аргументації, основне призначення й особливості судочинства, що якісно відображається на змісті судового рішення, й, відповідно, на усій системі правосуддя.

Використані матеріали:

1. Кістяник В. І. Особливості аргументації в судах загальної юрисдикції. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*, 2015. Т. 168. С. 52–56. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/NaUKMAun_2015_168_15.
2. Bogoch B. Fixed fight or free-for-all? An empirical study of combativeness in the adversary system of justice. *British Journal of Law and Society*, 1976. № 7.
3. Козюбра М. І. Моделі (типи) юридичної аргументації. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*, 2013. Т. 144–145: С. 3–8.
4. Савенко М. Д. Методологія юридичної аргументації у рішеннях конституційної юстиції. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*, 2013. Т. 144–145. С. 12–17. URL:http://nbuv.gov.ua/UJRN/NaUKMAun_2013_144-145_5.
5. Чорнобай О. А. Аргументативна практика у судовому процесі: до постановки проблеми. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія: Юридичні науки: збірник наукових праць*, 2016. № 850. С. 300–306.

Савчук Марія Вікторівна

*студентка магістратури юридичного факультету
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м. Чернівці, Україна)*

Науковий керівник: доктор юридичних наук, доцент,
Завідувач кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича О.В. Щербанюк

ПОРЯДОК РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПУ ЗАКОННОСТІ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ КРАЇН ЄВРОПИ

Принцип кримінальної законності виражає подвійну вимогу визначення законом як гнітної поведінки, так і санкцій, призначених для її покарання. У державі, що регулюється верховенством права, не може бути караної поведінки, яка раніше не була визначена як така законом, і більше не може виникати питання про накладення на її автора штрафу, який не був би передбачений законодавчо. бути застосованим до нього. Незалежно від недоліків, пов'язаних із недосконалістю репресивних текстів та доцільністю санкціонувати безпрецедентну девіантну поведінку, цей принцип є незамінною гарантією від свавілля, якого суспільство не може звільнити.

Це також найкращий спосіб встановити законність кримінального діяння шляхом мовчазної прихильності, яку він передбачає у судових процесах. Якщо вибір кримінально захищених цінностей та методів репресій впливає із вираження народної волі - через посередника парламентського представництва - тоді можна очікувати меншої суперечності соціального органу в умовах суворості кримінального закону.

Довго обмежений процедурою, принцип кримінальної законності стверджували правознавці та філософи 18 століття у відповідь на свавілля репресій в Ансієнському Regime. Спершу Монтеск'є у «L'esprit des lois» (1748), Беккарія, потім у своєму Трактаті про злочини та покарання (1764), відіграватиме ключову роль у його формулюванні. Декларація прав людини і громадянина від 26 серпня 1789 р. Забезпечує її освячення, головним чином, у статті 8, в якій зазначається, що «Закон може встановлювати лише ті санкції, які суворо і очевидно необхідні, і ніхто не може бути покараний, крім закон, встановлений і оприлюднений до правопорушення, і застосовується на законних підставах». Включений до статті 4 старого Кримінального кодексу, принцип тепер визначений у чинному Кримінальному кодексі у статтях 111-2, 111-3, 111-4, 112-1, 113-1 і наступні.

Принцип законності діє не тільки на користь здійснення оперативно-розшукової діяльності стосовно розслідування злочинів і покарань, але і на кримінальну процедуру. Суттєве кримінальне законодавство та кримінальна процедура занадто переплітаються для цього важливого принципу, щоб не гарантувати кримінальне законодавство в цілому. Тому бажано використовувати більш загальне вираження «злочинної законності», щоб позначити ваше сприйняття всієї справи. Якщо добре бачити зміст законності правопорушень та покарань, зокрема, зобов'язання викласти чіткі та точні тексти, обсяг яких не має зворотної сили, процесуальна законність є, зі свого боку, є менш очевидним змістом. Для професора Гассіна «процесуальна законність порушується тоді, коли результат, який є результатом застосування процесуального положення, буде засуджений, якиби він був отриманий внаслідок матеріального положення»[1]. Ідеї необхідності та поміркованості були б спільними для фігур законності.

У всіх випадках принцип кримінальної законності - це вираження національного суверенітету, який має право карати і повинен мати можливість вільно ним користуватися. Баланс між дотриманням свободи автора злочинного стандарту та врахуванням необхідності безпеки адресата стандарту не є очевидним у дедалі нестабільнішій, обмежувальній сфері, за характером свобод і політично чутливих. Конституційна рада, виконуючи завдання зберігання цього балансу, намагається водночас стежити за свободою втручання законодавця, формуючи її (I) та контролювати якість своїх втручань (II).

Основний закон 1949 р. Сильно позначений верховенством права. З цього випливають два принципи: принцип верховенства права (Vorrang des Gesetzes), в силу якого «воля держави, виражена в законодавчій формі, юридично переважає над усіма іншими проявами волі державних установ»[2], і запас закону (Gesetzesvorbehalt), який вимагає від законодавчої влади втручатися проти очікуваних нападів на основні права громадян. Дотримуючись цих принципів у рішенні від 4 березня 19725 р. Конституційний суд офіційно повідомив законодавчий орган про надання Німеччині закону, пов'язаного із виконанням покарань. Це поклало край класичній теорії адміністративного права, згідно з якою органи покарання та ув'язнені були пов'язані «певним правовідношенням органів державної влади», що виправдовувало порушення основних прав за відсутності законодавчої бази[3].

Узагальнюючи підходи до правового регулювання оперативно-розшукової діяльності поліції у європейських країнах й використання оперативно-розшукових засобів у оперативно-розшуковому запобіганні та розкритті злочинів можна констатувати: законодавство цих країн передбачає такий порядок таємної оперативно-розшукової діяльності поліції, яка дозволяє їй, з одного боку, успішно виявляти значну кількість найнебезпечніших злочинів, які готуються або вчиняються професійними злочинцями й організованими злочинними угрупову-

ваннями і запобігати їх діям, а з другого боку, дає суспільству можливість вести досить жорсткий і ефективний громадський контроль з метою нейтралізації негативних проявів в діяльності поліції, яка може зашкодити інтересам конкретних осіб, суспільству та державі. При цьому, європейське законодавство виходить із того, що втручання в особисте життя громадян, характерне для діяльності поліції, звичайно ж з погляду інтересів абстрактної особи - є злом, але злом необхідним і вимушеним, що є засобом забезпечення її ж особистої безпеки. Щоб зазначені обмеження не стали більш небезпечними, ніж загроза, яка походить від злочинності, суспільство повинне мати можливість контролювати також і рівень наявної небезпеки що створює злочинність для окремого громадянина, суспільства та держави і адекватність застосовуваних засобів їх захисту.

Враховуючи актуальність та значення у сучасних умовах вирішення проблем ефективності боротьби з окремими видами тяжких злочинів, організованою злочинністю в ряді країн Європи, треба зазначити, що кожна країна за національним законодавством визначила конкретну форму боротьби з організованою злочинністю із покладанням зазначених функцій на певний окремий поліцейський орган, а координацію всієї діяльності - на державні міжвідомчі органи, якими є, зокрема комітети, комісії, агентства, центри, служби, ради, бюро, управління тощо. Об'єднуючими в цьому є обставини, які з різною інтенсивністю спонукали до прийняття владних рішень щодо створення подібних органів, у тому числі і координуючих.

Європейський досвід діяльності поліції свідчить, що необхідною умовою ефективної боротьби з організованою злочинністю є створення незалежних, відокремлених від інших правоохоронних органів, спеціалізованих підрозділів, які безпосередньо підпорядковуються вищому політичному керівництву держави, зміцнення їх потенціалу та надання надзвичайних повноважень. Практично всі країни, які досягли успіху у боротьбі з організованою злочинністю, йшли цим шляхом.

Проблема злочинності в даний час набуває зростаючого глобального характеру. Злочинність практично у всіх країнах світу перетворюється у серйозну перешкоду на шляху їх соціально-економічного, політичного і культурного розвитку, істотно знижуючи рівень життя населення, що викликає для світової спільноти необхідність спільного пошуку оптимальних форм співробітництва у вирішенні цієї проблеми. На даний час правоохоронні органи зіткнулись з такими видами злочинів, як міжнародний тероризм, організована транснаціональна злочинність, торгівля людьми, незаконна міграція, наркобізнес, торгівля зброєю та іншими, що становлять небезпеку не тільки для окремих держав, але й для всього людства, і потребують спільних зусиль і повсякденного співробітництва правоохоронних органів.

Використані матеріали:

1. Gassin (R.), Le principe de la légalité et la procédure pénale, RDPD 2001, p. 300, et spéc. p. 326-327.
2. Federal Constitutional Court, on May 6, 1958, *Entscheidungen of Bundesverfassungsgerichtes*, 8, 155.
3. Federal Constitutional Court, on March 14, 1972, *Entscheidungen of Bundesverfassungsgerichtes*, 33, 1; Fromont, 1975.

Сичов Богдан Сергійович

*студент магістратури юридичного факультету
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м. Чернівці, Україна)*

Науковий керівник: доктор юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича О.В.Щербанюк

ПРИВАТИЗАЦІЯ ПРАВОСУДДЯ В УКРАЇНІ, АБО «ПАРАДОКС ПРОЦЕСУАЛЬНОГО БЕЗУМСТВА»

*«Нашими общими усилиями, в борьбе за общую справедливость,
родилось решение о незаконном обогащении, о признании
неконституционным. Поэтому есть возможность у вас купить на
себя все, что вы хотите».*
НЕВСТАНОВЛЕНА ОСОБА...

Становлення та розвиток будь-якої правової держави неможливий без ефективних механізмів захисту прав та свобод людини, що найефективніше здійснюється в рамках системи органів судової влади, саме тому, незалежність, неупередженість та незаангажованість судової системи є тим фактором, який гарантує надійне функціонування держави як необхідного соціального інституту. Українська система правосуддя проходить досить тернистий шлях реформування та прийняття нових, сучасних стандартів здійснення правосуддя і перебуває у стані постійних змін та невизначеності, навіяних євроінтеграційними процесами, які досить часто призводять до певного роду конфронтації з правовою дійсністю в Україні, та викликають питання необхідності виваженого та обережного відбору правових орієнтирів.

Суд, як наріжний камінь правової держави, має застосовувати принцип верховенства права у його континентально-європейському розумінні, бо тут присутні дві традиції, які відображені у формальних (обмеженість держави законом) та матеріальних (обмеженість держави не тільки законом інтерпретаціях цього принципу [1, С.52]. Українське

судочинство традиційно схилене до формального розуміння даного принципу, однак в рамках сучасних тенденцій навіяних євроінтеграційними процесами та численною практикою Європейського суду з прав людини, судова система стикається з проблемами застосування норм матеріального та процесуального права, які не завжди вписуються у традиційну «червону» доктрину застосування права. Українські суди стикнулися з проблемою невизнання їх правових позицій європейською спільнотою, що значним чином впливає на українську систему судочинства.

Незважаючи на численну практику міжнародних установ та «агресивний динамізм» українського законодавства, судова влада досить часто змінює власні правові позиції, що викликає певний правовий дисонанс, це явище викликає невизначеність правової аргументації та різні думки щодо тлумачення правових норм. Дане явище можна розглядати в контексті «активної практики» вищих українських судових установ, однак будь-яка офіційна оцінка правильності (істинності) або неправильності (злочинності) ухвалених на основі принципу більшості колегіальних нормативних рішень і висновків єдиного органу конституційної юрисдикції є малоімовірною? або взагалі неможливою по суті [2]. Однак така невизначена ситуація може бути не тільки наслідком незавершеності української судової системи, а й наслідком її значного «викривлення» та «приватизації» українського правосуддя судами та судьями особисто.

Судочинство є одним з трьох стовпів демократичної держави, але внаслідок занадто різкої зміни доктринальних підходів до визначення правової дійсності та соціального місця судової влади, внаслідок збільшення нормативно-владних функцій, судова система може сприймати себе як «останній бастион законодавчої волі».

Події останніх місяців наочно демонструють негативну тенденцію, щодо «незрозумілих суспільству рішень», які досить часто викликають досить значний резонанс, та бурхливу реакцію в правничих колах. Нещодавно зі ЗМІ вся країна дізналась, що судовою системою керує не Вища рада правосуддя, а маленький київський суд. Цей суд через шантаж, корупційні рішення та політичні зв'язки ляльководить чиновниками і навіть президентами [3]. Така ситуація створює досить негативний прецедент, «узурпування» влади судовою системою, та надмірним втручанням судів у державне управління, яке може призвести до негативного ефекту ручного керування процесом судочинства та державного управління, який може іти в розрізі з державним інтересом та «здоровим глуздом», як таким.

Запозичення правових тлумачень у «старих демократій» є прекрасним прагненням, яке має на меті, закласти фундамент українського суду, як основи держави, однак, занадто «залежність» та відданість «минулим традиціям» може викликати негативний ефект, державотворчої кризи, викликані суперечностями правових позицій національних

судів, наднаціональних інстанцій, та правової реальності та дійсності функціонування українського суспільства.

Судова система має значну тенденцію до «буквоїдства» процесуальними та матеріальними нормами, які становлять небезпеку, в контексті вибіркового судочинства, та неправильного розуміння суті та мети судової системи у демократичній державі, така ситуація викликає «парадокс», який викликаний, відірваністю судової системи від реальності та занадто надмірне нехтування, інтересами держави. Така ситуація виникла внаслідок надто «агресивного процесу законотворчості», та тривалої залежності українського судочинства від політичних «еліт».

Така ситуація може призвести до небезпечного процесу, перетворення України, на країну, де процесуально-матеріальні норми стануть важливішими за національний інтерес, та суверенні прагнення держави та її принципіальні питання «національної самосвідомості». Чи це не парадокс?

Використані матеріали:

1. Бориславська О. Верховенство конституції чи верховенство права: деякі питання відновлення дії окремих положень Конституції України // *Вісник Конституційного Суду України*. - 2015. - № 6. - С. 48-57. -URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vksu_2015_6_14
2. Речицький В. Чи можна довіряти конституційним суддям? 2017. – URL: <https://helsinki.org.ua/chy-mozhna-doviryaty-konstytutsijnym-suddyam-v-rechytyskyj/>
3. Чижик Г. Як ефективно оновити судову систему: український рецепт// *Українська Правда*. – 2020. – URL: <https://www.pravda.com.ua/columns/2020/10/7/7269120/>.

Смолій Софія Михайлівна

*студентка магістратури юридичного факультету
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м. Чернівці, Україна)*

Науковий керівник: *доктор юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича О.В.Шербанюк*

ЕЛЕКТРОННЕ ПРАВОСУДДЯ В УКРАЇНІ

Сьогодні, Україна, як загалом і увесь світ має на меті побудову нового інформаційного суспільства. Судочинство у електронній формі є частиною електронної демократії. Однією з ознак переведення суспільства в електронну форму є сфера судочинства.

Кожного року кількість заяв до суду, у різних сферах судочинства збільшується, тобто судова форма захисту є пріоритетною, хоча рівень довіри людей до системи правосуддя є низьким. В цьому в нагоді стає інформатизація, як легкий, швидкий та прозорий спосіб, який на новий рівень піднімає наукові дослідження, розробки, виробництво [2].

Різні країни світу впроваджують «електронізацію» з певними особливостями. У Китаї судовий процес був проведений з використанням популярного додатка WeChat. Суддя і адвокати зв'язувались через програму з різних точок світу. Голосові повідомлення прикріплювались до матеріалів справи. Дана програма має на меті пришвидшити розгляд справ та зменшити завантаженість суддів. Даний процес забрав лише пів години, замість традиційного робочого дня.

Крім того, британські судді зможуть виносити вироки по Facetime та Skype. Є навіть план створити «мобільні суди», щоб особи мали доступ в університетах, громадських місцях.

Наразі, Україна використовує дистанційну участь сторони в судовому процесі через проведення відео конференції з учасником процесу [1].

Сьогодні існує «Кабінет електронних сервісів», який дає змогу використовувати переваги електронного суду, а саме:

- сплатити судовий збір онлайн,
- мати інформацію щодо стадії розгляду судових справ,
- відправляти процесуальні документи новою поштою,
- отримувати інформацію з Єдиного державного реєстру судових рішень,
- відправка повістки SMS повідомленням.

Взагалі Єдина судова інформаційно-телекомунікаційна система (далі ЄСІТС) мала запрацювати в Україні з 2019 року. Був створений проект Положення про ЄСІТС, утворена приблизна концепція провадження, але не були прораховані усі аспекти, тобто не було нормативного закріплення для подальшого застосування ЄСІТС.

В Київському районному суді міста Одеси є досвід електронного суду.

Особа може надіслати документ в електронній формі, маючи цифровий підпис та зареєструвавши свою поштову скриньку.

Даний процес складається з двох етапів:

1. Реєстрація в системі обміну електронними документами на сайті «Судова влада».
2. Подача заявки в суд, використовуючи електронну скриньку.

Важливою перепоною впровадження нових розширених можливостей – є чинне законодавство, яке не передбачає можливості формування матеріалів справи в електронному вигляді.

Прогнози щодо швидкого переходу на електронну систему правосуддя досить невтішні. На думку розробників повний запуск ЄСІТС відбудеться у 2023 році. Звичайно, в даному аспекті важливу роль

відіграє не швидкість, а якість [3].

Цифровізація має проходити поступово, у всіх органах влади. Зовсім нещодавно, Комітет Верховної Ради України з питань правової політики підтримав створення робочої групи з питань діджиталізації правосуддя.

У перспективі – сприяння ефективній автоматизації роботи судових органів. Поки ЄСІТС не цілком удосконалена, користувачі скаржаться на помилки, які полягають в тому, що є різна практика роботи суддів з даним продуктом і відсутність законодавчої регламентації електронних документів в судах. Проектується щось нове, яке потрібно пристосувати до діяльності судових органів за допомогою наказів ДСА. Насправді, в судочинстві не має бути експериментів, бо вони ставлять під загрозу законність процесуальних дій, що в кінцевому етапі впливає на громадян [2].

Потрібно врахувати, що створити абсолютно захищену систему баз даних неможливо, адже можуть бути різного роду кібератаки, де б втрачалися відповідні докази позивача або відповідача. Адже сторони подають їх в електронній формі без аналогів у паперовій. В такій ситуації ставиться під загрозу принцип доступу до суду, бо інформаційно-комунікаційні технології (далі ІКТ) не може бути повністю захищена від різного роду посягань та кібератак [3].

Підсумовуючи вище сказане, зрозуміло, що новітні процеси потрібно якнайшвидше впроваджувати в суспільні відносини, щоб полегшити існуючі процеси. Вони повинні зменшити витрати при зверненні до суду, зекономити час та бути доступними.

Електронне судочинство – це ривок у майбутнє, дієвий інструмент системи правосуддя.

Крім, проблеми захищеності системи, з'являється питання щодо зберігання значних баз даних та можливості доступу до них з плином часу. Тому впровадження даних нововведень повинно бути зваженим, поступовим та прагматичним, враховуючи всі аспекти.

Використані матеріали :

1. Логінова Н. І. Упровадження електронного правосуддя в системі судочинства / Н.І. Логінова // Актуальні проблеми держави і права. – 2014. – С. 429–435.
2. Білоус В.В. Інноваційні напрямки інформатизації судочинства. [Електронний ресурс] / В. В. Білоус. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/old_jrn/Soc_Gum/Trpsek/2011_11/Bilous.pdf.
3. Боголюбский И. Електронный суд в Украине: возможности, проблемы, перспективы [Електронний ресурс] / И. Боголюбский // Судеб.юрид. газ. – №13 (331). – 2016. – 4 квіт. – Режим доступу: <http://sud.ua/newspaper/2016/04/04/89028elektronnij-syd-v-ukraine-vozmozhnosti-problemiperspektivi>.

Солтис Христина Петрівна

*студентка 4-го курсу юридичного факультету
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м. Чернівці, Україна)*

Науковий керівник: доктор юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича О.В.Щербанюк

АРГУМЕНТАЦІЯ ТА ДОКАЗУВАННЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ НА СТАДІЇ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ

Аргументація є невід'ємною складовою будь-якої юридичної діяльності, зокрема, і судової. Це пов'язано з тим, що зазвичай активні сторони процесу (наприклад, кримінального: захисник на стороні захисту і прокурор на стороні обвинувачення) доводять протилежні положення безпосередньо на таких етапах судового розгляду як доказування та судові дебати. Суддя на зазначених етапах повинен вислухати і проаналізувати раціональність наведених сторонами аргументів, тому його роль тут мінімальна. А вже на етапі винесення судового рішення, суддя так само повинен користуватися аргументацією, щоб було зрозуміло, чому прийнято саме таке рішення. Зазвичай аргументація судді відображається у мотивувальній частині судового рішення.

Передусім нам потрібно визначити, що слід розуміти під аргументацією – це вид інтелектуальної діяльності, у ході якої формується переконання в істинності або хибності довільного положення, а також визначається його оцінка та доцільність як для самого автора, так і для співрозмовника чи аудиторії [1, 362]. Тобто аргументація – це діяльність, яка включає в себе пошук та пред'явлення переконливих підстав підтвердження наших суджень.

Юридична (правнича) аргументація – це процес і результат обґрунтування істинності (правильності) фактів та/або переконання у прийнятності сукупності аргументів стосовно юридично значущого питання, що виникає під час юридичної діяльності [2].

Якщо говорити про судову аргументацію, то вона є видом юридичної аргументації, поряд з нормативною, доктринальною тощо. Таким чином, враховуючи вищенаведене, судову аргументацію необхідно визначити як вид інтелектуальної діяльності учасників судового процесу, які представляють та підтверджують свою позицію в суді за допомогою наведення аргументів, що надалі відображається в одному із видів судового рішення.

До ознак судової аргументації можна віднести: поетапний характер

застосування прийомів аргументації; залежність від справи, яка розглядається, її фактичних та юридичних обставин; диспут, як один із основних видів аргументації, у результаті якого суддя повинен обрати позицію, яка є найбільш переконливою; визначальним є місце риторики, адже сторони безпосередньо звертаються до аудиторії (використовуючи так звані аргументи до публіки); діалогічна модель судової аргументації, що ґрунтується на різних типах судової комунікації; використання правила раціональної дискусії, де суддя під час розгляду справи не завжди керується відповідним приписом, наприклад застосуванням нормативно-правового акта, а враховує раціональні та позараціональні моменти [3, 54].

Ключова роль аргументації на стадії судового розгляду належить саме етапу доказування. І хоча ці два поняття схожі за своєю суттю, не варто їх ототожнювати, адже порівняно з аргументацією, яка полягає у тому, що у суб'єкта доказування вже наявні теза, аргументи та факта демонстрації, доказування включає в себе й такі елементи як збирання, перевірку та оцінку доказів з метою встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження [4]. Іншими словами доказування це процес, який включає не тільки обґрунтування доказами відповідних позицій учасників кримінального провадження та процесуальних рішень у справі, але й їх отримання.

Тобто аргументація в даному випадку виступатиме елементом етапу доказування, який, виходячи з наведеного поняття, є дещо ширшим.

Особливості аргументації у кримінальному процесі передусім впливають із специфічності сфери відносин – кримінально-процесуальних, статусу суб'єктів аргументації, елементів аргументації (тези, аргументів) тощо.

Як вже зазначалося раніше, основними суб'єктами аргументації є учасники кримінального провадження: це може бути захисник, який доводить невинуватість особи, прокурор, який представляє обвинувачення, потерпілий, який бажає справедливості для себе. Суддя чи колегія суддів – не є учасниками кримінального провадження, але суддя аргументує своє рішення при винесенні вироку у його мотивувальній частині, тому він також є суб'єктом аргументації.

Специфічність сфери кримінально-процесуальних відносин зумовлює специфіку тез/суджень аргументації у кримінальному провадженні. Метою аргументації в даному випадку буде встановлення правильності суджень і позицій учасників справи, підтвердження припущень у конкретному кримінальному провадженні, тобто підтвердження того чи мала місце подія кримінального правопорушення, чи скоїв обвинувачений дане кримінальне правопорушення, чи було використано це знаряддя злочину, чому на цьому місці було скоєно дане кримінальне правопорушення тощо. Коло питань передусім залежить від фактичних обставин справи, тобто від складу злочину.

Засобами аргументації, тобто аргументами в даному випадку будуть виступати встановлені на підставі доказів судження у вигляді фактів, які можуть бути використані для обґрунтування тієї чи іншої позиції. У ст. 84 КПК України чітко визначено, що слід вважати доказами – це фактичні дані, які дозволяють встановити наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню. До них відносяться показання, речові докази, документи, висновки експертів – якими й можна підтвердити те чи інше припущення (наприклад, винність чи невинність особи).

Що стосується аргументації позиції суду, то саме наведення необхідних, логічних і достатніх аргументів збоку суду щодо такої його позиції у мотивувальній частині судового рішення визначатиме його як обґрунтоване й вмотивоване, а отже аргументоване – те яке ми повинні сприймати як істинне і правильне.

Отже, якщо говорити про аргументацію у кримінальному провадженні, то можна зробити висновок, що вона залежить від доказування та його елементів, оскільки саме доказуванням і доказами визначається коло тих аргументів, які будуть використовувати сторони обґрунтовуючи свою позицію, а від достовірності, чіткості і логічності останніх залежить те, що прийме до уваги суд та на чію користь буде прийнято рішення. Тому навички креативного аргументування є важливою рисою будь-якого юриста, адже від них залежить успішність справи.

Використані матеріали

6. Конверський А. Є. Логіка: підручник. – 2-ге вид. виправлене / А. Є. Конверський. Київ : ВПЦ «Київський університет». 2017. 391 с.
7. Навчальні матеріали. Тема 4. Юридична аргументація. Національна академія внутрішніх справ. Кафедра теорії держави та права. Мультимедійний навчальний посібник : веб-сайт. URL: <https://arm.naiu.kiev.ua/books/enforcement/info/lec4.html> (дата звернення: 17.09.2020).
8. Кістяник В. І. Особливості аргументації в судах загальної юрисдикції. Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки. Том 168. 2015. С. 52-55.
9. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 р. №4651-VI. База даних «Законодавство України» : URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/conv#n1081> (дата звернення 17.09.2020 року).