

Науково-  
практичний  
журнал

# СУДОВА АПЕЛІАЦІЯ

Журнал виходить 1 раз на квартал

**№ 3 (52), 2018**

**Засновники:**

*Апеляційний суд м. Києва*  
03680, м. Київ,  
вул. Солом'янська, 2а,  
тел. 038-044-284-15-61

*Інститут держави і права  
ім. В. М. Корецького  
НАН України*  
01601, м. Київ,  
вул. Трьохсвятительська, 4,  
тел. 038-044-278-51-55

Свідectво про державну  
реєстрацію друкованого засобу  
масової інформації  
Серія КВ № 9693  
від 23 березня 2005 року

**Видавець:**

*ТОВ «Видавництво  
“Юридична думка”»*  
01103, м. Київ,  
вул. Кіквідзе, 18-а,  
тел. 038-044-278-75-33

ISSN 2413-1342  
**Передплатний індекс  
91888**

Теорія та історія  
апеляційного судочинства

Судова система в Україні

Адміністративна юстиція  
в Україні

Проблеми розвитку  
кримінального права  
і процесу

Цивільне судочинство

Господарське право  
та процес

Порівняльне правознавство

Практика міжнародних  
судів і трибуналів

Судова практика

Наукова хроніка

## Наукова рада журналу

- ШЕМПУЧЕНКО Ю. С.** — директор Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, академік НАН України  
(голова наукової ради)
- КРОТЮК В. Л.** — заступник Голови Національного банку України, кандидат юридичних наук
- КУЛИНИЧ П. Ф.** — доктор юридичних наук, професор
- ОНІЩУК М. В.** — ректор Національної школи суддів України, доктор юридичних наук
- ПАРХОМЕНКО Н. М.** — вчений секретар Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, доктор юридичних наук, професор
- ПРИТИКА Д. М.** — доктор юридичних наук, академік НАПрН України
- СЕЛІВАНОВ А. О.** — доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- СІРЕНКО В. Ф.** — доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАН України
- ТИХИЙ В. П.** — доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
- ФУРСА С. Я.** — доктор юридичних наук, професор
- ШЕВЧУК С. В.** — Голова Конституційного Суду України, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України

*Рекомендовано до друку  
вченою радою Інституту держави і права  
ім. В. М. Корецького НАН України  
(протокол № 8 від 20 вересня 2018 р.)*

*Журнал «Судова апеляція»  
включено до Переліку фахових видань  
у галузі юридичних наук, в яких можуть публікуватися результати  
дисертаційних досліджень  
(постанова Президії ВАК України № 2-05/7 від 04.07.2006 р. //  
Бюлетень ВАК України. 2006. № 8)*

## Редакційна колегія

<b>ГОЛОВАЧОВ Я. В.</b>	— Голова Апеляційного суду м. Києва (головний редактор)
<b>КРЕСІНА І. О.</b>	— доктор політичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (заступник головного редактора)
<b>ТИМЧЕНКО Г. П.</b>	— доктор юридичних наук (відповідальний секретар)
<b>АБУШЕНКО Д. Б.</b>	— доктор юридичних наук (Уральський державний юридичний університет)
<b>АЛЕНІН Ю. П.</b>	— доктор юридичних наук, професор
<b>ВЛАСОВ Ю. Л.</b>	— суддя Господарського суду м. Києва, кандидат юридичних наук
<b>КОРОЛЕНКО М. П.</b>	— кандидат юридичних наук
<b>КОСТЕНКО О. М.</b>	— доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
<b>КРИЖАНІВСЬКА Г. В.</b>	— заступник Голови Апеляційного суду м. Києва, кандидат юридичних наук
<b>КУЗНЕЦОВА Н. С.</b>	— доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
<b>ЛАПЧЕВСЬКА О. Ф.</b>	— суддя Апеляційного суду м. Києва, кандидат юридичних наук
<b>ЛЕВЕНЕЦЬ Б. Б.</b>	— суддя Апеляційного суду м. Києва
<b>ЛУЦЬ В. В.</b>	— доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
<b>МАЛИШЕВА Н. Р.</b>	— доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України
<b>НАГРЕБЕЛЬНИЙ В. П.</b>	— заступник директора Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, кандидат юридичних наук, член-кореспондент НАПрН України
<b>ПРИЛУЦЬКИЙ С. В.</b>	— доктор юридичних наук
<b>СІРИЙ М. І.</b>	— кандидат юридичних наук
<b>УСЕНКО І. Б.</b>	— кандидат юридичних наук, професор
<b>ХУТОРЯН Н. М.</b>	— доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України
<b>ШУМИЛО М. М.</b>	— доктор юридичних наук

## Зміст

### АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО ТА АДМІНІСТРАТИВНИЙ ПРОЦЕС

*Лошицький М. В., Короед С. О.*

Процесуальна заінтересованість позивача як нова передумова реалізації права на звернення до адміністративного суду та підстава відмови у відкритті провадження в адміністративній справі (відмови у правосудді) . . . . . 6

*Співак М. В.*

Жінки-поліцейські та державна політика гендерної рівності: зарубіжний досвід у вітчизняному контексті . . . . . 18

### КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

*Горох О. П.*

Принципи звільнення від покарання . . . . . 28

*Ахмедов В. А.*

Елементи складу злочинів проти правосуддя за законодавством Азербайджанської Республіки та України: порівняльна характеристика . . . . . 39

*Белкін Л. М.*

Проблеми ефективності судового контролю на досудовому слідстві . . . . . 49

*Костенко О. О.*

Щодо криміналізації поширення «фейкових» новин . . . . . 61

### ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ТА ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

*Гулик А. Г.*

Етапи становлення вітчизняного цивільного судочинства . . . . . 68

<b>Корнієнко П. С.</b>	
Нотаріат як елемент системи правозахисної діяльності в Україні . . . . .	77
<b>Штефан А. С.</b>	
Імунітет свідка у цивільному судочинстві . . . . .	85
<b>Ван Рее К. Х.</b>	
Case management у Європі: сучасні підходи до реалізації у цивільному судочинстві . . . . .	95
<b>Горбань Н. С.</b>	
Тимчасове обмеження у праві виїзду за межі України: практичний аспект . . . . .	115
<b>ЗЕМЕЛЬНЕ, АГРАРНЕ ТА ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО</b>	
<b>Кулинич П. Ф.</b>	
Суд «над земельним мораторієм»: два рішення – два правових світогляди . . . . .	125
<b>СУДОВА ПРАКТИКА</b>	
<b>Кравець В. А., Виноградова А. І.</b>	
Узагальнення практики розгляду малозначних справ судами першої та апеляційної інстанції. . . . .	140
<b>До уваги авторів . . . . .</b>	152

УДК 342.951

**Процесуальна заінтересованість позивача  
як нова передумова реалізації права  
на звернення  
до адміністративного суду  
та підстава відмови у відкритті провадження  
в адміністративній справі  
(відмови у правосудді)**

**М. В. Лошицький,**  
доктор юридичних наук, професор

**С. О. Короед,**  
доктор юридичних наук, доцент

*Аналізуються положення Конституції України, Рішень Конституційного Суду України та роз'яснень Верховного Суду України та Вищого адміністративного суду України стосовно розуміння права на звернення до адміністративного суду. Виділяється окремо право на позов (право на судовий захист) та право на пред'явлення позову (право на звернення до суду), у зв'язку з чим юридична заінтересованість поділяється на матеріальну і процесуальну. Визначаються правові наслідки в аспекті реалізації права на пред'явлення позову та права на задоволення позову. Здійснюється огляд окремих рішень Верховного Суду, в яких виділяється процесуальна заінтересованість позивача як передумова реалізації права на звернення до адміністративного суду. Обґрунтовується твердження про незаконність обмеження доступу до правосуддя на підставі висновку про від-*

---

© Лошицький Михайло Васильович – доктор юридичних наук, професор

© Короед Сергій Олександрович – доктор юридичних наук, доцент

сутність у неналежного позивача права на судовий захист в матеріально-правовому розумінні.

**Ключові слова:** адміністративна юстиція, адміністративне судочинство, право на звернення до суду, процесуальна заінтересованість, відмова в правосудді, відмова у відкритті провадження, індивідуальний акт, неналежний позивач.

**Лошицкий М. В., Короєд С. А. Процесуальная заинтересованность истца как новая предпосылка реализации права на обращение в административный суд и основание отказа в открытии производства по административному делу (отказа в правосудии)**

Анализируются положения Конституции Украины, Решений Конституционного Суда Украины и разъяснений Верховного Суда Украины и Высшего административного суда Украины относительно понимания права на обращение в административный суд. Выделяется отдельно право на иск (право на судебную защиту) и право на предъявление иска (право на обращение в суд), в связи с чем юридическая заинтересованность делится на материальную и процессуальную. Определяются правовые последствия в аспекте реализации права на предъявление иска и права на удовлетворение иска. Осуществляется обзор отдельных решений Верховного Суда, в которых выделяется процессуальная заинтересованность истца как предпосылка реализации права на обращение в административный суд. Обосновывается утверждение о незаконности ограничения доступа к правосудию на основании вывода об отсутствии у ненадлежащего истца права на судебную защиту в материально-правовом смысле.

**Ключевые слова:** административная юстиция, административное судопроизводство, право на обращение в суд, процессуальная заинтересованность, отказ в правосудии, отказ в открытии производства, индивидуальный акт, ненадлежащий истец.

**Loshytskyi Mykhailo, Koroied Serhii. The procedural interest of the plaintiff as a new prerequisite for the realization of the right to appeal to the administrative court and the grounds for refusal to open proceedings in the administrative case (denial of justice)**

The article analyzes the provisions of the Constitution of Ukraine, the Judgment of the Constitutional Court of Ukraine and the clarifications of the Supreme Court of Ukraine and the Supreme Administrative Court of Ukraine regarding the understanding of the right to appeal to an administrative court. The right on a claim (the right on judicial protection) and the right to file a lawsuit (the right to apply to a court) are singled out separately, and therefore the legal interest is divided into material and procedural. Legal consequences are determined in the aspect of exercising the right to file a lawsuit and the right to satisfy the claim. A review of individual judgments of the Supreme Court, which highlight the procedural interest of the plaintiff as a prerequisite for the realization of the right to appeal to the administrative court. The author substantiates the statement about the illegality of restricting access to justice on the basis of the conclusion that the improper plaintiff has no right on judicial protection in the substantive sense.

*Keywords: administrative justice, administrative proceedings, right to appeal to court, procedural interest, denial of justice, refusal to open proceedings, individual act, improper plaintiff.*

Права і свободи людини і громадянина, утвердження і забезпечення яких є головним обов'язком держави і які визначають зміст і спрямованість її діяльності, захищаються судом (статті 3, 55 Конституції України). Ратифікувавши Загальну декларацію прав людини, Міжнародний пакт про громадянські та політичні права, Конвенцію про захист прав людини та основоположних свобод, Україна взяла на себе зобов'язання забезпечити своїм громадянам право на судовий захист, право на справедливий судовий розгляд та право на ефективне поновлення в правах компетентними національними судами, в тому числі у відносинах громадян із суб'єктами владних повноважень від порушень з боку останніх. Така функція була відведена адміністративній юстиції.

Так, Концепція судово-правової реформи в Україні 1992 р. другим етапом зазначеної реформи задекларувала створення адміністративних судів. Надалі Концепція адміністративної реформи в Україні 1998 р. надала особливого значення створенню правової бази для повноцінного запровадження такої форми судового захисту прав і свобод громадян у сфері виконавчої влади, як адміністративна юстиція; передбачила поетапне формування Вищого адміністративного суду України та апеляційних і місцевих адміністративних судів; а також закріпила принципові засади функціонування виконавчої влади, серед яких виділено здійснення судового контролю за діяльністю органів виконавчої влади, їх посадових осіб, насамперед з позиції забезпечення поваги до особи та справедливості. Концепція вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів 2006 р. визначила, що подальший розвиток правосуддя в Україні має бути спрямовано на утвердження верховенства права через забезпечення, зокрема, ефективності судового захисту. Адміністративні суди мають розв'язувати публічно-правові спори в порядку адміністративного судочинства, яке спрямоване на захист прав особи у публічно-правових відносинах з боку суб'єктів владних повноважень.

Адміністративна юстиція в Україні, як встановлений законом порядок оскарження до суду рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень у вигляді адміністративного судочинства, на законодавчому рівні була запроваджена ще Указом Президії Верховної Ради Української РСР «Про внесення доповнень і змін до Цивільного процесуального кодексу Української РСР» від 25 квітня 1988 року № 5803-XI, згідно із яким цей Кодекс було доповнено главою 31-А «Скарги на неправомірні дії службових осіб, що ущемляють права громадян» (статті 248<sup>1</sup>-248<sup>10</sup>). В порядку

господарського судочинства такі справи розглядалися за загальними правилами позовного провадження<sup>1</sup>.

Конституційною основою діяльності адміністративної юстиції стала стаття 55 Конституції України, згідно з якою кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб.

Як роз'яснив Конституційний Суд України ще у 1997 році, частину першу статті 55 Конституції України треба розуміти так, що кожному гарантується захист прав і свобод у судовому порядку. *Суд не може відмовити у правосудді, якщо громадянин України, іноземець, особа без громадянства вважають, що їх права і свободи порушені або порушуються*, створено або створюються перешкоди для їх реалізації або мають місце інші ущемлення прав та свобод. *Відмова суду у прийнятті позовних та інших заяв, скарг, оформлених відповідно до чинного законодавства, є порушенням права на судовий захист, яке згідно зі статтею 64 Конституції України не може бути обмежене*<sup>2</sup>.

Грунтуючись на цих засадах, Пленум Верховного Суду України надав роз'яснення про те, *що громадянами можуть бути оскаржені до суду рішення, дії чи бездіяльність у сфері управлінської діяльності будь-якого органу державної влади чи місцевого самоврядування, підприємства, установи, організації, об'єднання громадян, іншої юридичної особи або їх посадових чи службових осіб (далі — суб'єкт оскарження), за винятком актів, перевірку конституційності яких віднесено до повноважень Конституційного Суду України або щодо яких передбачено інший порядок судового оскарження*. Під останнім слід розуміти порядок, спеціально встановлений відповідними законами. Право на звернення зі скаргою до суду на підставі ст. 55 Конституції України та ст. 248<sup>1</sup> ЦПК мають лише фізичні особи, які вважають, що суб'єктом оскарження порушено їх особисті права і свободи<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Лошицький М. В., Короед С. О. Реалізація судової влади адміністративними судами: окремі проблеми теорії та практики адміністративного судочинства в Україні: монографія. Київ: МП Леся, 2015. С. 61-62.

<sup>2</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадян Проценко Раїси Миколаївни, Ярошенко Поліни Петрівни та інших громадян щодо офіційного тлумачення статей 55, 64, 124 Конституції України (справа за зверненнями жителів міста Жовті Води) від 25 грудня 1997 року № 9-зп // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-97/print>.

<sup>3</sup> Про практику розгляду судами справ за скаргами на рішення, дії чи бездіяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, юридичних, посадових і службових осіб у сфері управлінської діяльності, які порушують права та свободи громадян: постановою Пленуму Верховного Суду України від 3 грудня 1997 року № 13 // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0013700-97/print>.

Пленум Вищого адміністративного суду України у 2008 році також звернув увагу на необхідність врахування адміністративними судами положень вищезазначеного Рішення Конституційного Суду України<sup>4</sup>.

У 2011 році Конституційний Суд України теж надавав тлумачення положень частини другої статті 55 Конституції України, розуміючи його так, що конституційне право на оскарження в суді *будь-яких рішень, дій чи бездіяльності всіх органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб гарантовано кожному*<sup>5</sup>.

Як роз'яснив Пленум Вищого адміністративного суду України, право оскаржити нормативно-правовий акт (а якщо виходити з позиції суддів Касаційного адміністративного суду, то це правило стосується також оскарження індивідуального акта. — *М. В., С. О.*) мають особи, щодо яких його застосовано, а також особи — суб'єкти правовідносин, у яких буде застосовано цей акт. Тобто, особа (позивач) повинна довести факт застосування до неї оскаржуваного нормативно-правового або те, що вона є суб'єктом відповідних відносин, на які поширюється дія цього акта. *Суд не може давати оцінку таким обставинам при відкритті провадження в адміністративній справі, а тому не має права відмовити у відкритті провадження у справі чи повернути позовну заяву з посиланням на частину другу цієї статті, якщо особа своє звернення обґрунтовує необхідністю захисту своїх прав, свобод чи інтересів.* Приписи зазначеної частини можуть бути підставою для відмови в задоволенні позовних вимог, якщо суд встановить, що оскаржуваний акт до особи не застосовувався і вона не перебуває у відносинах, до яких цей акт може бути застосовано. У такому разі суд не проводить перевірку нормативно-правового акта на предмет його протиправності (законності та відповідності правовим актам вищої юридичної сили)<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> *Про практику* застосування адміністративними судами окремих положень Кодексу адміністративного судочинства України під час розгляду адміністративних справ: постанова Пленуму Вищого адміністративного суду України від 6 березня 2008 року № 2 // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0002760-08>.

<sup>5</sup> *Рішення* Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Осетрова Сергія Володимировича щодо офіційного тлумачення положень частини другої статті 55 Конституції України, частини другої статті 2, пункту 2 частини третьої статті 17 Кодексу адміністративного судочинства України, частини третьої статті 110, частини другої статті 236 Кримінально-процесуального кодексу України та конституційним поданням Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ щодо офіційного тлумачення положень статей 97, 110, 234, 236 Кримінально-процесуального кодексу України, статей 3, 4, 17 Кодексу адміністративного судочинства України в аспекті статті 55 Конституції України (справа про оскарження бездіяльності суб'єктів владних повноважень щодо заяв про злочини) від 14 грудня 2011 року № 19-рп/2011 // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v019p710-11>.

<sup>6</sup> *Про практику* застосування адміністративними судами окремих положень Кодексу адміністративного судочинства України під час розгляду адміністративних справ:

Таким чином, виходячи з наведених положень, судова практика йшла тим шляхом, що статус «неналежного» позивача не був перешкодою для відкриття провадження в адміністративній справі та розгляду по суті пред'явлених позовних вимог про оскарження індивідуальних рішень, дій чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень, які безпосередньо не стосувалися такого позивача; це було самостійною правовою підставою для відмови в задоволенні такого позову, оскільки права, свободи чи законні інтереси такого позивача у спірних публічно-правових відносинах були відсутні. Нами при цьому раніше в наукових публікаціях обґрунтовувалося, що такі позовні вимоги, зумовлені відсутністю юридичної (матеріально-правової) заінтересованості позивача та його неналежним статусом, мають стати критерієм застосування «процесуального фільтру» від потрапляння до судового розгляду в загальному порядку таких очевидно незаконних позовних вимог. В цьому випадку юридична (матеріально-правова) заінтересованість має виступити критерієм диференціації судових процедур в адміністративному судочинстві шляхом виділення таких справ із загального порядку їх розгляду та поширення на них процедури скороченого провадження<sup>7</sup>. Проте жодним чином про обмеження в доступі до правосуддя не йшлося, оскільки судовий розгляд таких позовних вимог має все ж таки відбутися, навіть формально.

Проте в судовій практиці дедалі більше (у зв'язку із початком функціонування нового Верховного Суду) почали з'являтися судові рішення, якими фактично визнається існування в адміністративному судочинстві процесуальної заінтересованості позивача як передумови права на звернення до адміністративного суду, про що яскраво свідчать окремі справи.

Так, ухвалою Верховного Суду (у складі судді Касаційного адміністративного суду) від 12 січня 2018 року відмовлено у відкритті провадження у справі за позовом Особи до Президента України Порошенка Петра Олексійовича про визнання протиправним та скасування Указу Президента України від 10 листопада 2017 року № 357/2017 «Про призначення суддів Верховного Суду». При цьому в мотивувальній частині ухвали зазначено таке. Відповідно до частини другої статті 264 КАС право оскаржити нормативно-правовий акт мають особи, щодо яких його застосовано, а також особи, які є суб'єктом правовідносин, у яких буде засто-

постанова Пленуму Вищого адміністративного суду України від 6 березня 2008 року № 2 // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0002760-08>.

<sup>7</sup> Короєд С. О. Юридична заінтересованість заявника як процесуальний фільтр від необґрунтованих вимог в адміністративному судочинстві та передумова застосування скороченого провадження для їх розгляду // Держава і право: збірник наукових праць. Серія Юридичні науки. Вип. 69. 2015. С. 149-152.

совано цей акт. Отже, процесуальний закон вимагає, щоб у позовній заяві про оскарження нормативно-правового акта позивач, з-поміж іншого, обґрунтував свою належність до суб'єктів правовідносин, у яких застосовується або буде застосовано цей акт. Таке ж правило має застосовуватись і до оскарження правових актів індивідуальної дії. Звертаючись до суду з позовом щодо законності правового акта суб'єкта владних повноважень індивідуального характеру, позивач також повинен пояснити, які правові наслідки безпосередньо для нього породжує оскаржене рішення суб'єкта владних повноважень. Указ Президента України може бути предметом розгляду адміністративного суду на відповідність їх законам України. Проте захисту в порядку адміністративного судочинства підлягають порушені права особи у публічно-правових відносинах, у яких відповідач реалізовує владні управлінські функції стосовно заявника. Указ Президента України від 10 листопада 2017 року № 357/2017 «Про призначення суддів Верховного Суду» є актом індивідуальної дії, який породжує права та обов'язки тільки для тих суб'єктів (чи визначеного цим актом кола суб'єктів), яким його адресовано. Відсутність у будь-кого, і зокрема у позивача, прав та/або обов'язків у зв'язку з виданням оскарженого Указу, не породжує у такої особи і права на захист, тобто права на звернення із цим адміністративним позовом<sup>8</sup>.

Ухвалою Верховного Суду (у складі судді Касаційного адміністративного суду) від 2 липня 2018 року було відмовлено у відкритті провадження у справі за позовом Громадської організації «Центр протидії корупції», Громадської організації «Всеукраїнське об'єднання «Автомайдан», Громадської організації «Трансперенсі Інтернешнл Україна» до Президента України Порошенка Петра Олексійовича, треті особи: Національне антикорупційне бюро України, про визнання протиправним та скасування Указу Президента України № 169/2018 «Про визначення особи до складу комісії зовнішнього контролю з проведення незалежної оцінки (аудиту) ефективності діяльності Національного антикорупційного бюро України» від 19 червня 2018 року. При цьому в мотивувальній частині ухвали зазначено таке. Укази Президента України можуть бути предметом розгляду адміністративного суду на відповідність їх законам України. Втім захисту в порядку адміністративного судочинства підлягають порушені права особи у публічно-правових відносинах, у яких відповідач (за цим позовом їх трьох) реалізовує владні управлінські функції стосовно заявника. Указ Президента України № 169/2018 «Про визначення особи до складу комісії зовніш-

<sup>8</sup> Ухвала Верховного Суду у складі судді Касаційного адміністративного суду Мороз Л. Л. від 12 січня 2018 року в адміністративній справі № 800/587/17 (провадження П/9901/354/18) // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71578930>.

нього контролю з проведення незалежної оцінки (аудиту) ефективності діяльності Національного антикорупційного бюро України» від 16 червня 2018 року є актом індивідуальної дії, який породжує права та обов'язки тільки для того суб'єкта (чи визначеного цим актом кола суб'єктів), якому його адресовано. Відсутність у будь-кого, й зокрема у позивачів, прав та/або обов'язків у зв'язку з виданням оскарженого Указу не породжує у таких осіб і права на захист, тобто права на звернення із цим адміністративним позовом<sup>9</sup>.

Іншою ухвалою Верховного Суду (у складі судді Касаційного адміністративного суду) від 21 серпня 2018 року теж було відмовлено у відкритті провадження у справі за позовом Національного антикорупційного бюро України до Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів, за участю третьої особи, яка не заявляє самостійних вимог, на стороні позивача — Генеральної прокуратури України та третьої особи, яка не заявляє самостійних вимог, на стороні відповідача — заступника Генерального прокурора — керівника Спеціалізованої антикорупційної прокуратури Генеральної прокуратури України Холодницького Н. І., про визнання протиправним та скасування рішення КДКП від 26 липня 2018 року № 343дп-18 «Про накладення на заступника Генерального прокурора — керівника САП ГПУ Холодницького Н. І. дисциплінарного стягнення»; та зобов'язання Комісії на засіданні розглянути висновок про наявність дисциплінарного проступку в діях заступника Генерального прокурора — керівника САП ГПУ Холодницького Н. І. та зібрані матеріали у дисциплінарному провадженні № 11/2/4-526дс-101дп-18. При цьому в ухвалі зазначено, що аналіз наведених норм дає підстави для висновку, що гарантоване статтею 55 Конституції України й конкретизоване у законах України право на судовий захист передбачає можливість звернення до суду за захистом порушеного права. При цьому таке порушення права повинно стосуватися індивідуальних прав або інтересів особи, яка стверджує про їх порушення<sup>10</sup>.

При цьому подібна правова позиція раніше вже висловлювалась у постановках Верховного Суду України від 15 липня 2014 року в справі № 21-273а14, від 03 лютого 2015 року в справі № 21-617а14, від 12 квітня 2017 року в справі № П/800/589/16.

<sup>9</sup> Ухвала Верховного Суду у складі судді Касаційного адміністративного суду Бучик А. Ю. від 02 липня 2018 року в адміністративній справі № 9901/657/18 (провадження № П/9901/657/18) // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75047456#>.

<sup>10</sup> Ухвала Верховного Суду у складі судді Касаційного адміністративного суду Смоковича М. І. від 21 серпня 2018 року в адміністративній справі № 9901/737/18 (провадження № П/9901/737/18) // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76004899>.

Зі змісту вказаних судових рішень (ухвал) вбачається, що в них право на судовий захист та право на звернення до адміністративного суду фактично ототожнюється, а висновок про неможливість оскарження індивідуальних актів, які не стосуються позивача (тобто неможливість звернення до адміністративного суду) фактично робиться на підставі висновку про відсутність у такого позивача права на судовий захист в матеріально-правовому розумінні (тобто права на задоволення позову через неналежність позивача).

Так, можливість реалізації права на звернення до суду (право на пред'явлення позову) та можливість отримання судового захисту (право на задоволення позову) залежить від сукупності передумов (чинників), одним із яких є юридична заінтересованість особи, яка звертається до суду. При цьому з огляду на існування права на позов (права на судовий захист) та права на пред'явлення позову (права на звернення до суду) варто розмежовувати й юридичну заінтересованість у судовому процесі на два види — матеріальну і процесуальну, кожна з яких визначає свої правові наслідки в аспекті реалізації права на пред'явлення позову та права на задоволення позову. Проте деякі науковці взагалі заперечують можливість існування матеріальної юридичної заінтересованості, вважаючи, що юридична заінтересованість у цивільному процесі може бути лише процесуальною і пов'язана лише із правом на пред'явлення позову<sup>11</sup>. Інші ж учені, навпаки, визнають лише матеріальну юридичну заінтересованість, заперечуючи її процесуальний характер<sup>12</sup>. Ми ж підтримуємо позицію М. І. Балюка і Д. Д. Луспеніка, які слушно визнають, що однією із суб'єктивних передумов права на пред'явлення позову є наявність у позивача юридичної (процесуальної) заінтересованості. Проте на практиці вона майже не враховується, і теоретичні розробки цього питання вченими для судової практики, на жаль, якогось визначального значення не мають через неоднозначне врегулювання цього питання у ЦПК. Варто приєднатися до їх думки про те, що юридична заінтересованість означає, що звернутися до суду за судовим захистом права чи інтересу може лише та особа, якій, на її думку, це право чи інтерес належать, про що зазначено в ч. 1 ст. 3 ЦПК<sup>13</sup>.

Про процесуальну заінтересованість, як передумову реалізації права на звернення до суду, можна говорити в тих випадках, коли норми про-

<sup>11</sup> Банников Р. Юридический интерес как предпосылка права на предъявление иска в суд // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 10. С. 13-17. URL: [http://www.juristlib.ru/book\\_5449.html](http://www.juristlib.ru/book_5449.html).

<sup>12</sup> Штефан М. Й. Цивільний процес: Підручник для студ. юрид. спеціальностей вищих закладів освіти. Харків: Одиссей, 2007. С. 230.

<sup>13</sup> Балюк М. І., Луспенік Д. Д. Практика застосування цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях). Коментарі, рекомендації, пропозиції. Серія «Судова практика». Харків: Харків юридичний, 2008. С. 236-237, 358.

цесуального права для певної категорії справ чітко визначають перелік суб'єктів, які вправі звертатися до суду з конкретними вимогами (наприклад, ч. 1 ст. 273, ч. 1 ст. 274, ч. 1, 2 ст. 275, ч. 1-3 ст. 277, ч. 1 ст. 281, ст. 283, ст. 284, ч. 1 ст. 285, ч. 1 ст. 287, ч. 1 ст. 289 та ін. КАС). Проте, це є лише винятком із загального правила про право кожного на звернення до суду. І саме про це, на нашу думку, йдеться в постанові Колегії суддів Судової палати в адміністративних справах Верховного Суду України від 24 лютого 2015 року про те, що у деяких випадках сам законодавець визначає коло осіб, права яких можуть бути порушені внаслідок бездіяльності, вчинення суб'єктом владних повноважень певних дій чи прийняття актів, правомірно обмежуючи право інших осіб на звернення до суду по захист порушених прав, свобод або інтересів<sup>14</sup>.

Таким чином, з огляду на наявні в процесуальній науці напрацювання, процесуальна заінтересованість заявника (позивача) якраз і пов'язана із можливістю реалізації права на звернення до суду за судовим захистом, встановленим частиною другою статті 55 Конституції України (в той час, як матеріально-правова заінтересованість позивача пов'язана із можливістю задоволення його матеріально-правових вимог), надаючи тлумачення положенням якої Конституційний Суд України зауважив, що конституційне право на оскарження в суді будь-яких рішень, дій чи бездіяльності всіх органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб *гарантовано кожному*. Громадянами можуть бути оскаржені до суду рішення, дії чи бездіяльність у сфері управлінської діяльності *будь-якого органу* державної влади чи місцевого самоврядування. Суд не може відмовити у правосудді, *якщо громадянин України, іноземець, особа без громадянства вважають, що їх права і свободи порушені* або порушуються.

З цього випливає, що будь-які обмеження в реалізації громадянами права на звернення до адміністративного суду з мотивів відсутності у них юридичної заінтересованості та прав і обов'язків у спірних правовідносинах суперечать вищенаведеним положенням Конституції та Рішенням Конституційного Суду України. А оскільки право на судовий захист (в широкому розумінні) пов'язане виключно із порушенням суб'єктивних прав заявника у сфері публічно-правових відносин, при цьому обставину дійсного (фактичного) порушення відповідачем — суб'єктом владних повноважень прав, свобод чи інтересів заявника має довести належними і допустимими доказами саме заявник (позивач), тому давати оцінку доводам заявника про порушення його прав оскаржуваним рішенням,

<sup>14</sup> *Постанова* Колегії суддів Судової палати в адміністративних справах Верховного Суду України від 24 лютого 2015 року в справі № 21-34а15 // Веб-сайт газети «Закон і бізнес». URL: [http://zib.com.ua/ua/print/115554-vs\\_zrobiv\\_visnovok\\_schodo\\_rozporoyadzhennya\\_zemleyu.html](http://zib.com.ua/ua/print/115554-vs_zrobiv_visnovok_schodo_rozporoyadzhennya_zemleyu.html).

діями чи бездіяльністю без розгляду справи по суті фактично буде відмовою в доступі до правосуддя та порушенням положень частини другої статті 55 Конституції України. Отже, переслідуючи мету звільнити адміністративний суд від розгляду очевидно незаконних вимог про оскарження рішень, дій чи бездіяльності, пред'явлених особами, чиїх прав та обов'язків безпосередньо такі рішення не стосуються, у вищенаведених прикладах суди фактично використали заборонений Конституцією України процесуальний фільтр. Натомість розгляд таких позовних вимог міг відбуватися за правилами спрощеного позовного провадження без шкоди для судочинства із збереженням для заявників гарантій права на доступ до правосуддя.

***Loshytskyi Mykhailo, Koroied Serhii. The procedural interest of the plaintiff as a new prerequisite for the realization of the right to appeal to the administrative court and the grounds for refusal to open proceedings in the administrative case (denial of justice)***

Proceeding from the provisions of the Constitution of Ukraine, the judgments of the Constitutional Court of Ukraine and the clarifications of the Supreme Court of Ukraine and the Supreme Administrative Court of Ukraine, the judicial practice proceeded in such a way that the status of an «improper» plaintiff was not an obstacle for opening of proceedings in an administrative case, and consideration of claims for appealing against individual decisions, actions or inactivity of the subject of authority that did not directly relevant to such a plaintiff; it was an independent legal basis for refusal to satisfy such a claim, since the plaintiff's rights, freedoms or lawful interests in disputed public-legal relations were absent. At the same time, we substantiated that such claims, due to the lack of legal (material) interests of the plaintiff and his inadequacy, should become a criterion for the usage of a «procedural filter» from entering into a trial in the general order of such obviously unlawful claims. In this case, the legal (substantive) interest should act as a criterion for the differentiation of judicial procedures in administrative proceedings by separating such cases from the general procedure for their consideration and distributing on them of procedures for reduced proceedings. However, no restrictions were placed on access to justice, since justice for reviewing such claims should still occur, even formally.

However, in court practice, more and more (in connection with the start of the new Supreme Court) judicial decisions began to occur, which in fact are recognizing the existence in the administrative legal process of the procedural interest of the plaintiff as a precondition for the right to apply to the administrative court, as evidenced by some cases.

From the content of these court decisions it is evident that in them the right on judicial protection and the right to apply to the administrative court are actually identified, and the conclusion about the impossibility of challenging individual acts that are not relevant to the plaintiff (that is, the impossibility of appealing to administrative court) is actually based on the conclusion of the absence of such a plaintiff's right on judicial protection in the substantive sense (that is, the right to satisfy the claim due to the inadequacy of the plaintiff).

Taking into account the developments in the procedural science, the procedural interest of the applicant (the plaintiff) is precisely related to the possibility of exercising the right to apply to the court for judicial protection, established by part two of Article 55 of the Constitution (while the plaintiff's substantive interest of the plaintiff is connected with the possibility of satisfying his substantive requirements), providing clarification of the provisions Constitutional Court has noted that the constitutional right to appeal to court of any decisions, actions or inactivity of all organs of state authority, local self-government bodies, officials and officers are guaranteed to everyone. Citizens can appeal any decisions, action or inaction in the field of management activity of any government body or local government body. The court cannot refuse justice if a citizen of Ukraine, a foreigner, a stateless person believes that their rights and freedoms are violated.

It follows that any restrictions on the right of citizens to apply to the administrative court on the grounds of their lack of legal interest rights and obligations in controversial legal relations are contrary to the above stated provisions of the Constitution and of the Constitutional Court. Consequently, with the aim of dismissing the administrative court from the consideration of obviously unlawful claims on appeal against decisions, actions or inactions claimed by persons whose rights and duties are not directly related to such decisions, the courts actually use the procedural filter prohibited by the Constitution of Ukraine. Instead, consideration of such claims could have been made under the rules of simplified proceedings, without harm to legal proceedings, while preserving the applicants' right to access to justice.

**Keywords:** administrative justice, administrative proceedings, right to appeal to court, procedural interest, denial of justice, refusal to open proceedings, individual act, improper plaintiff.

УДК 342.98

## Жінки–поліцейські та державна політика гендерної рівності: зарубіжний досвід у вітчизняному контексті

**М. В. Співак**

доктор політичних наук, доцент  
кафедри адміністративного права і процесу  
Національної академії внутрішніх справ

*Доведено необхідність урахування гендерної складової у процесах реформування сектора безпеки, впливу жінки на ефективне функціонування правоохоронної діяльності, становлення гендерного паритету як складової державної політики в Україні, дотримання прав жінок у діяльності правоохоронних органів, розробки відповідних заходів щодо попередження порушення їх прав. Показано роль жінки-поліцейського в суспільно-політичному житті країни. Аналізуються зарубіжні позитивні практики поліцейських інституцій, в яких працюють жінки.*

**Ключові слова:** жінка, гендерна рівність, гендерне квотування, поліцейський, державна політика, дискримінація.

**Співак М. В. Женщины-полицейские и государственная политика гендерного равенства: зарубежный опыт в отечественном контексте**

*Доказана важність урахування гендерної складової у процесах реформування сектора безпеки, впливу жінки на ефективне функціонування правоохоронної діяльності, становлення гендерного паритету як складової державної політики в Україні, дотримання прав жінок у діяльності правоохоронних органів, розробки відповідних заходів щодо попередження порушення їх прав. Показано роль жінки-поліцейського в суспільно-політичному житті країни. Аналізуються зарубіжні позитивні практики поліцейських інституцій, в яких працюють жінки.*

**Ключевые слова:** женщина, гендерное равенство, гендерное квотирование, полицейский, государственная политика, дискриминация.

**Spivak Maryna. Women police officers and state policy of gender equality: foreign experience in the domestic context**

*The article is sanctified to importance of taking into account of gender constituent in the processes of reformation to the sector of safety, role and influence of woman on the effective functioning of law-enforcement activity, becoming of gender parity as a*

© Співак Марина Вікторівна — доктор політичних наук, доцент кафедри адміністративного права і процесу Національної академії внутрішніх справ

*component public policy in Ukraine, observance of rights for women in law enforcement authorities, developments of corresponding events of warning of violation of their rights. The role of woman-policeman is shown in social and political life of country. The short review of international positive practices of inherent for majority constabulary institutes, women work in that, is done.*

**Keywords:** *woman, gender equality, gender quota, policeman, public policy, discriminatio.*

У XXI столітті забезпечення гендерної рівності стало пріоритетним напрямом політичного розвитку, позаяк рівності можна досягти подоланням нерівності між чоловіком і жінкою та гендерним вирівнюванням в усіх сферах життя. Суть наукової проблеми полягає у суперечності між законодавчим закріпленням принципів гендерної рівності та реальними соціальними процесами, що характеризуються збереженням гендерних диспропорцій у структурі правоохоронних органів. В Україні гендерні дослідження залишаються маргінальним сегментом науки, що зумовлено новизною проблематики реформування поліції і вироблення поліцейської культури в країні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій дає підстави автору зробити висновок, що нині наукових праць з даної проблематики, нараховується небагато. Зокрема, І. Приходько, Н. Юр'євою, Я. Мацегорою досліджені гендерні особливості правоохоронної діяльності та військової служби<sup>1</sup>, Л. Шевченко, О. Леценко показано особливості ресурсності поліцейських<sup>2</sup>, І. Єпішко опрацьовані питання захисту честі та гідності поліцейського в процесі інтеграції гендерних аспектів у його діяльності<sup>3</sup>, О. Орловою визначені гендерні аспекти у формуванні позитивного іміджу жінки-поліцейського в Україні<sup>4</sup>, П. Макаренком досліджені гендерні особливості механізмів психологічного захисту працівників ОВС<sup>5</sup>.

Одним із завдань права є закріплення соціально корисних тенденцій суспільного розвитку. Правове регулювання гендерних процесів необхідне для забезпечення гарантій розвитку цих процесів, усунення викривлень, які можуть призвести до негативних наслідків та відкритого проти-

<sup>1</sup> Приходько І. І., Юр'єва Н. В., Мацегора Я. В. Гендерні особливості правоохоронної діяльності та військової служби: теоретичний аспект // Честь і закон. 2018. № 4. С. 106-114.

<sup>2</sup> Шевченко Л. О., Леценко О. С. Гендерні особливості ресурсності поліцейських // Право і Безпека. 2017. № 4. С. 216-221.

<sup>3</sup> Єпішко І. С. Захист честі та гідності поліцейського в процесі інтеграції гендерних аспектів у його діяльності // Право. ua. 2017. № 3. С. 60-62.

<sup>4</sup> Орлова О. О. Гендерні аспекти у формуванні іміджу поліцейського в Україні // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. 2017. № 2. С. 45-51.

<sup>5</sup> Макаренко П. В. Гендерні особливості механізмів психологічного захисту працівників ОВС // Вісник Національного університету оборони України. 2014. Вип. 2. С. 248-251.

стояння статей. Право має високу гуманітарну цінність як найвища форма соціальної взаємодії, яку не завжди мають інші соціальні регулятори. Тому його вплив на гендерні відносини має бути охарактеризований як позитивний. Більшою мірою це міжнародно-правові акти, доповіді міжнародних конвенційних органів, документи і матеріали правозахисних організацій, які свідчить, що гендерна нерівність є актуальною правовою проблемою для багатьох країн світу, і зокрема України, пов'язана насамперед із соціостатевою нерівністю та гендерною дискримінацією жінок у всіх сферах.

Гендерну дискримінацію заборонено Конституцією та законодавством, зокрема Законом України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» від 06.09.2012 р. Цей Закон визначив організаційно-правові засади запобігання та протидії дискримінації з метою забезпечення рівних можливостей щодо реалізації прав і свобод людини та громадянина<sup>6</sup>.

Досягнення паритетного становища жінок і чоловіків у всіх сферах життєдіяльності суспільства шляхом правового забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків, ліквідації дискримінації за ознакою статі та застосування спеціальних тимчасових заходів, спрямованих на усунення дисбалансу між можливостями жінок і чоловіків реалізовувати рівні права, надані їм Конституцією, забезпечуються також Законом України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» від 08.09.2005 р.<sup>7</sup> Організаційно-правові засади запобігання та протидії домашньому насильству, основні напрями реалізації державної політики у сфері запобігання та протидії домашньому насильству спрямовані на захист прав та інтересів осіб, які постраждали від такого насильства визначені Законом України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» від 07.12.2017 р.<sup>8</sup>

У 2017 р. Кабінет Міністрів затвердив Концепцію Державної соціальної програми забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків на період до 2021 року. Метою виконання Програми є удосконалення механізму забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків у всіх сферах життя суспільства та впровадження європейських стандартів рівності. Виконання Програми має розширити доступ жінок і чоловіків до товарів і послуг шляхом урахування у нормативно-правових актах гендерного компонента, створити комплексну систему

<sup>6</sup> Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні // ВВР України. 2013. № 32. Ст.412.

<sup>7</sup> Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків // ВВР України. 2005. № 52. Ст.561.

<sup>8</sup> Про запобігання та протидію домашньому насильству // ВВ Р України. 2018. № 5. Ст. 35.

реагування на випадки дискримінації за ознакою статі, зменшити розрив у рівнях оплати праці жінок і чоловіків тощо. Концепція враховує міжнародні інструменти ООН, Ради Європи, Європейського Союзу, ОБСЄ, рекомендації міжнародних моніторингових інституцій у галузі прав людини, а також положення Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії та їхніми державами-членами, з іншої сторони. А до її реалізації будуть залучені міжнародні організації та громадські об'єднання<sup>9</sup>.

Виконання Україною чотирьох «гендерних» директив ЄС, як і інших складових європейського законодавства у сфері забезпечення рівності, стане одним із найпотужніших чинників модернізації української економіки, органів державної влади та суспільства у цілому. Світовий досвід свідчить, що ширше залучення жінок до роботи в органах правопорядку є ключем до істотного скорочення насилля з боку цих органів щодо громадян. Існує точка зору, що чоловік-поліцейський часто бачить свою роботу як «владний контроль», у той час як жінка-поліцейський — як «громадську службу» (public service). Експерти вказують на переваги роботи жінок у поліції: жінки менш схильні безпідставно застосовувати силові методи та перевищувати застосування сили; мають такі ж самі компетенції, як і їхні колеги-чоловіки; більш схильні застосовувати стиль патрулювання, спрямований на задоволення потреб громади; мають більше можливостей та більше включені у подолання насилля проти жінок і домашнього насилля; залучення жінок-поліцейських до роботи у поліцейських департаментах впливає на зниження рівня гендерної дискримінації всередині установ та гендерних упереджень серед самих співробітників; присутність жінок-поліцейських у поліцейських департаментах позитивно впливає на усіх співробітників<sup>10</sup>.

Однак на практиці жінки-поліцейські потребують особливого захисту. Прийняті на службу до органів поліції жінки частіше за все обіймають нижчі посади, ніж чоловіки, що призводить до їх звільнення, позаяк вони не мають змоги реалізувати свої знання та професійні навички. Також жінки потерпають від сексуальних домагань та зневаги з боку чоловіків, мають труднощі зі суміщенням роботи в поліції та сімейними обов'язками.

<sup>9</sup> Про схвалення Концепції Державної соціальної програми забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків на період до 2021 року: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 5 квітня 2017 р. № 229-р. // Урядовий портал. URL: <https://www.kmu.gov.ua/ua/npras/24989046>

<sup>10</sup> Дутчак О. Гендерна нерівність та режим жорсткої економії в Україні посткризового періоду. URL: <https://commons.com.ua/uk/genderna-nerivnist-ta-rezhim-zhorstkoyi-ekonomii>

В Україні ідея створення цілісної концепції правового регулювання діяльності жінок-працівників органів внутрішніх справ підтримується низкою фахівців, які вказують на чисельні недоліки нормативної бази, яка є наслідком невдалих компромісів, непродуманих рішень, помилок законодавця. Завдяки реформі правоохоронних органів ситуація почала змінюватися, особливо після створення нової патрульної служби. Саме серед патрульних поліцейських жінок найбільше. Першість у цьому плані утримують Івано-Франківськ і Тернопіль, більшість кандидатів, які у 2018 р. подали свої заяви до лав Патрульної поліції Ковеля та Луцька, — жінки<sup>14</sup>. У Головному управлінні Національної поліції в Чернівецькій області працюють 310 жінок<sup>12</sup>, у Патрульній поліції Луганщини із 385 співробітників 65 — жінки, тобто 20 відсотків<sup>13</sup>.

У Національній поліції України нині працюють 21,8% жінок<sup>14</sup>. За іншими даними, 40% тих, хто вступає до лав Національної поліції, — жінки, а загалом у правоохоронній системі працюють понад більше 50 тисяч жінок<sup>15</sup>.

Статистичні дані щодо кількості жінок, які несуть службу в Національній поліції, вказують на те, що їх кількість постійно зростає. Проте у правоохоронному середовищі жінки знаходяться у дискримінованому становищі. Це спричинено різними чинниками: соціальними, психологічними, культурними, освітянськими тощо. Такі ситуації суперечать принципам сталого та недискримінаційного розвитку суспільства, що підтверджує необхідність концептуального підходу до забезпечення гендерної рівності в діяльності ОВС України.

Окремої статистики щодо дискримінації жінок-поліцейських на робочому місці немає, проте, за даними Держслужби статистики, розрив у оплаті праці жінок та чоловіків в Україні може сягати від 9 до 35% у різних сферах. Також жінки нерідко стикаються зі «скляною стелею» — неможливістю отримати підвищення через стереотипи та нерівне ставлення керівників. Крім того, кількісно жінок у правоохоронних

<sup>14</sup> На Волині жінки йдуть в поліцію більш охоче, ніж чоловіки. 7 Лютого 2018 // Інформаційне агентство Волинські Новини. URL: <https://www.volynnews.com/news/all/na-volyuni-zhinky-ydut-v-politsiiu-bilsh>

<sup>12</sup> В управлінні Національної поліції Чернівецької області працюють 310 жінок. 08.03.2018 // Погляд. URL: <https://pogliad.ua/news/bukovina/v-upravlinni-na>

<sup>13</sup> Патрульна поліція Луганщини. Хто вони жінки-поліцейські? 26.07.2018 // Новини Луганська і України. URL: <http://paralel-media.com.ua/p80027.html>

<sup>14</sup> У Нацполіції працюють майже 22% жінок – МВС. 14 листопада 2017 // Жіночий Консорціум України. URL: <https://wcu-network.org.ua/possessing-equal>

<sup>15</sup> Аваков А. У системі Міністерства внутрішніх справ України працює понад 50 тисяч жінок. URL: [https://24tv.ua/ukrayina\\_tag1119](https://24tv.ua/ukrayina_tag1119)

органах менше, а отже, їм складніше відстоювати свої права у професії<sup>16</sup>.

Звертаючись до зарубіжного досвіду, наприклад Швеції насамперед відзначимо, що участь жінок у роботі поліції розглядається з позиції RRR: Rights — права, Resources — ресурси, Representation — представництво. Лише за наявності всіх трьох пунктів жіноча участь та інтереси жінок помітні в суспільстві<sup>17</sup>.

На першому місці за показником чисельності жінок у поліції ОАЕ. Тут на службі в поліції понад 15 тис. жінок. Це більше, ніж у будь-якій іншій країні світу<sup>18</sup>. В 2016 р. жіночим поліцейським підрозділом проведено понад сто успішних операцій, серед яких охорона і захист представницьких осіб. Крім цього, жінки-поліцейські беруть участь у забезпеченні охорони різних урочистих заходів та святкувань, спортивних подій, міжнародних виставок і тематичних конференцій. Наприклад, Дубай — перше сучасне місто в Перській затоці, де патрулювання міста здійснює жіночий підрозділ поліції<sup>19</sup>.

У 2018 р. уперше жінка очолила поліцію Канади. Прем'єр-міністр країни Джастін Трюдо призначив на цю посаду Брендю Лакі, яка є співробітником поліції з 1986 р. Вона служила в миротворчих силах у колишній Югославії, а також брала участь у навчанні поліцейських для місії ООН на Гаїті<sup>20</sup>.

У 2018 р. Рада ЄС з питань юстиції та внутрішніх справ призначила генерального комісара бельгійської федеральної поліції Катрін де Болль на посаду виконавчого директора Європолу. До цього вона обіймала посаду генерального комісара Федеральної поліції Бельгії<sup>21</sup>.

Заслуговує на увагу проект американських поліцейських структур «Нове робоче місце для жінок», що полягає у залученні жінок на службу. Проект фінансується з 1995 р. Міністерством праці США для департаменту поліції м. Альбукерке (Нью-Мехіко). Для реалізації проекту було розроблено нову стратегію залучення жінок до роботи в поліції, і вже за два

<sup>16</sup> Тарасова М. Українські правоохоронниці об'єдналися в асоціацію. Навіщо їм це потрібно? 4 травня 2018. URL: [https://humanrights.org.ua/material/ukrajinski\\_pravoohoronnici\\_objednalisjia\\_v\\_asociaciiu](https://humanrights.org.ua/material/ukrajinski_pravoohoronnici_objednalisjia_v_asociaciiu)

<sup>17</sup> Питання миру та безпеки в Україні: роль жінок у становленні стійкого миру. 18 листопада 2017. URL: <http://www.genderculturecentre.org/pitannya-miru-ta-bezpeki-v-ukraini-rol>

<sup>18</sup> ОАЕ – рекордсмен по количеству женщин в полиции. URL: <http://islam-today.ru/novosti/2017/08/29/uae-rekordsmen-po-kolicestvu-zensin-v-policii>

<sup>19</sup> Полиция в Дубае, ОАЭ. URL: <http://russian-dubai.com/news-blog/life-in-uae/363-politsiya-v-dubaye-uae>.

<sup>20</sup> Уперше жінка очолила поліцію Канади. 10 березня 2018. // depo.ua Інтернет-видання. URL: <https://www.depo.ua/ukr/svit/upershe-zhinka-ocholila-policiyu-kana-di-20180310739842>

<sup>21</sup> Жінка вперше в історії очолила Європол. 9 березня 2018 // Інтернет-видання. URL: <https://www.depo.ua/ukr/svit/zhinka-vpershe-v-istoriyi-ocholila-yevropol>

роки кількість жінок, що проходили службу в поліцейських підрозділах, зросла з 10% до 25%, а питома вага жінок-представників етнічних меншин у деяких відділах сягнула 47%. Враховуючи той факт, що на 2000 р. у США посади начальника поліцейського підрозділу посідали лише 123 жінки, було значно розширено представництво жінок у кадрових та відбіркових комісіях, розроблено чіткі методики проведення співбесід та оцінювання кандидатів на керівні посади, активно підтримується інститут офіційного наставництва для жінок.

Спеціальні дослідження виявили, що в американських та європейських підрозділах питома вага жінок, які ставали об'єктом сексуальних домагань, майже однакова — 67 % та 68 % відповідно. Для подолання проблем у цьому напрямку розроблені навчальні програми для керівників підрозділів, проводяться заняття з персоналом поліції та раптові перевірки на робочих місцях. До програми іспитів для підвищення кваліфікації і просування по службі внесені питання щодо протидії сексуальним домаганням, гендерної рівності й дискримінації<sup>22</sup>.

Однак існують і такі випадки, коли за тих чи інших підстав жінки не могли працювати в поліції США. Так, Тіффані Д'Алессандро, колишня офіцер штату Нью-Йорк, яка патрулювала метро та працювала в Анти-терористичній службі, 8 лютого 2018 р. стала першою жінкою-офіцером, що склала присягу на вірність департаменту поліції міста Garden City<sup>23</sup>.

Жінки відіграли важливу роль у забезпеченні правопорядку з початку 1990-х років у Австрії. 1 вересня 2017 р. Міхаела Кардейс стала першою жінкою — головою федеральної австрійської поліції, якій підпорядковуються усі поліцейські підрозділи в країні та штат загальною чисельністю 29 000 тисяч поліцейських<sup>24</sup>.

У березні 2016 р. жінки становили 28,6 % поліцейських у Англії та Уельсі. Зокрема, Крессіда Дік, нинішній Уповноважений (начальник) Служби поліції, є першою найвищою посадовою особою у Великій Британії, яка контролює 43 000 тисячі поліцейських та щорічний бюджет у розмірі 3,24 млрд. фунтів стерлінгів для їх утримання<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> *Права жінок правоохоронців та політика гендерної рівності: досвід інших країн у вітчизняному контексті*. 08.05.2009. URL: <https://helsinki.org.ua/articles/prava-zhinok-pravoohorontsiv-ta-polityka-hendernoji>

<sup>23</sup> *Garden City welcomes department's first female police officer*. arden City welcomes department's first female police officer. URL: <https://www.newsday.com/long-island/nassau/garden-city-police-female-1.16805065>

<sup>24</sup> *Michaela Kardeis: «Brauchen adäquate Mittel!»*. URL: <http://www.noen.at/niedereroesterreich/chronik-gericht/oberste-polizistin-michaela>

<sup>25</sup> *The 5ft 4in vegetarian who says she's never raised her voice — and yet has become the first female head of macho Scotland*. URL: <http://www.dailymail.co.uk/femail/article-5392335/Meet-modern-chief-police>

Безперечно, практика гендерного квотування в країнах Європи довела свою ефективність у збалансуванні різних статей у правоохоронній діяльності. Проте ми звернемо увагу на те, що задля результативної реалізації гендерного квотування в органах поліції в Україні необхідно попередньо створити законодавчу базу та суспільний консенсус для подібних перетворень. В інакшому випадку застосування системи квот матиме штучний характер, створюючи значний дисбаланс у загальній системі силових структур.

Отже, поняття гендерної рівності в правоохоронних органах є досить актуальним, позаяк означає утвердження демократичних принципів та ефективний розвиток соціального партнерства між чоловіками та жінками в системі управління суспільством. Протягом останніх десятиліть регулювання гендерних відносин здійснюється за допомогою активної роботи різноманітних міжнародних організацій, проведення різних конференцій та ухвалення відповідних світових стандартів.

На нашу думку, для України може бути прийнятна поступова програма дій гендерних перетворень у правоохоронній системі. Вона має передбачати такі заходи: теоретична розробка загальної Концепції гендерного розвитку в МВС; затвердження плану заходів з реалізації Стратегії комунікацій у сфері гендерного розвитку в МВС у найближчі 10 років; включення жінок (на менш як 1/3) на прохідні позиції до списків кадрового резерву на посади (у тому числі керівні) в Міністерстві внутрішніх справ України, апараті МВС та територіальних органах з надання сервісних послуг МВС, закладах, установах і на підприємствах, що належать до сфери управління МВС, а також у Національній гвардії України, Національній поліції, Державній прикордонній службі України, Державній службі України з надзвичайних ситуацій, Державній міграційній службі України, діяльність яких спрямовується та координується Кабінетом Міністрів України через Міністра внутрішніх справ; підтримка громадських ініціатив, спрямованих на зміну суспільної свідомості у бік гендерної толерантності, формування гендерної культури, подолання стереотипів щодо ролі й місця жінок у правоохоронних органах.

***Spivak Maryna. Women police officers and state policy of gender equality: foreign experience in the domestic context***

Modern trends in the development of police institutions are increasingly focusing on the place and role of women in the security sector. Gender equality appears as an indicator of the democratization and civilization of society. The presence of women in police institutions and power structures makes it possible to talk about representation of the interests of the female population, which, in turn, corresponds

to the basic principles of a democratic system in one or another country. In the context of global practice of comprehensive democratization, the gender dimension in the law-enforcement context becomes very important.

Taking into account the problems of this research, which is new to today, a few scientific works are accounted for. To a greater extent, these are international legal acts, the reports of international conventions of the United Nations, documents and materials of human rights organizations, which indicate that gender inequality is an actual legal problem for many countries of the world, including for Ukraine, is primarily related to social and sexual inequality and gender discrimination in all areas.

The issue of gender equality in law enforcement structures has become popular after the reform of the National Police. In practice, female police officers need special protection. Women admitted to the police office often occupy lower positions than men, which leads to their release, as they are not able to realize their knowledge and professional skills. Women also suffer from sexual harassment and neglect by men, they have difficulty combining work in the police and family responsibilities.

According to the author, the concept of gender, despite the fact that it has biological roots, is still a product of society, and therefore, in the first place, should be interpreted through a number of social characteristics. From this standpoint, the author suggests expert opinions pointing to the benefits of women's work in the police to society: women are less inclined to use force methods unjustifiably and to exceed the use of force; have the same competencies as their male counterparts; are more inclined to apply a patrolling style aimed at satisfying the needs of the community; have more opportunities and more involved in combating violence against women and domestic violence; the involvement of female police officers in police departments affects the reduction of gender-based discrimination within institutions and gender prejudices among employees themselves; the presence of female police officers in the police departments has a positive effect on all employees.

The article presents statistical data on the regions of Ukraine with the highest number of applications filed by the National Police units and statistics of the Ministry of Internal Affairs on gender quotas. The experience of the OAU, the United States, and some European countries in attracting women to work in the police is shown.

It is emphasized that the modern period is marked by the activation of the legislative provision of gender equality in the activity of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine, but in practice there are a number of socio-psychological and organizational problems that require a comprehensive statistical and psychological study of the current state of psychological provision of gender equality in law enforcement agencies to identify typical forms, gender stereotypes and bias, gender intrinsic and interpersonal conflicts, their causes and the development of optimal todiv address them.

The concept of gender equality in law-enforcement bodies is very relevant in the modern world, since it marks the full expression of democratic ideas and the effective development of social partnership between men and women in the system of governance of society.

The author proposes the development and adoption of a general Concept of Gender Development in the Ministry of the Interior; approval of the Action Plan for implementation of the Strategy of Communication in the field of gender development in the Ministry of Internal Affairs in the next 10 years; inclusion of women in passage positions in the list of personnel reserve for positions in the Ministry of Internal Affairs of Ukraine; support for public initiatives aimed at changing the society's consciousness towards gender-based tolerance towards women in the form of gender culture, overcoming of stereotypes about the role and place of women in law-enforcement bodies.

**Keywords:** woman, gender equality, gender quota, policeman, public policy, discriminatio.

УДК 343.28

## Принципи звільнення від покарання

**О. П. Горох,**

кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри кримінального  
та кримінального процесуального права  
Національного університету  
«Києво–Могилянська академія», адвокат

*Актуалізовано проблему принципів звільнення від покарання в українському кримінальному праві. Сформульовані поняття та система принципів звільнення від покарання (верховенство права, законність, гуманізм, справедливість, індивідуалізація звільнення від покарання, обґрунтованість та вмотивованість звільнення від покарання в судовому рішенні; урахування інтересів потерпілого від злочину під час звільнення від покарання, невідворотність покарання у разі порушення умов звільнення від покарання). Показано конкретні прояви принципів звільнення від покарання в кримінальному законодавстві та особливості їх дотримання в судовій практиці.*

**Ключові слова:** принципи кримінального права; принципи інститутів кримінального права; звільнення від покарання; звільнення від відбування покарання; принципи звільнення від покарання.

### **Горох А. П. Принципы освобождения от наказания**

*Актуализирована проблема принципов освобождения от наказания. Сформулированы понятие и систему принципов освобождения от наказания (верховенства права, законность, гуманизм, справедливость, индивидуализация освобождения от наказания, обоснованность освобождения от наказания и обязательная его мотивировка в судебном решении; учет интересов потерпевшего*

---

© Горох Олексій Петрович — кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального та кримінального процесуального права Національного університету «Києво–Могилянська академія», адвокат

от преступления при освобождении от наказания; неотвратимость наказания в случае нарушения условий освобождения от наказания). Показаны конкретные проявления принципов освобождения от наказания в уголовном законодательстве та особенности их соблюдения в судебной практике.

**Ключевые слова:** принципы уголовного права; принципы институтов уголовного права; освобождение от наказания; принципы освобождения от наказания.

### **Gorokh Oleksiy. The principles of release from punishment**

The article is staticized a problem of the principles of release from punishment. It is formulated a concept and the system of the principles of release from punishment (the rule of law, legality, humanity, justice, individualization of release from punishment, validity of release from punishment and its obligatory motivation in the judgment; accounting of interests of the victim from crime at release from punishment; inevitability of punishment in case of violation of conditions of release of companies of punishment). On the basis of the conducted research concrete manifestations of the principles of release from punishment are shown to feature of their observance in the criminal legislation that in jurisprudence.

**Keywords:** principles of criminal law; principles of institutes of criminal law; release from punishment; principles of release from punishment.

Принципам кримінального права у доктрині приділяється належна увага. У вітчизняній правовій доктрині принципами кримінального права вважають концептуальні ідеї, базові правоположення, що акумулюють у собі фундаментальні досягнення кримінального правотворення і правозастосування в їх узагальненому вигляді та виступають квінтесенцією знань у сфері науки і практики кримінального права. Їх поділяють на загальноправові принципи (верховенства права та законності, рівності всіх перед законом, справедливості, гуманізму, демократизму), зміст яких конкретизовано через предмет і метод кримінально-правового регулювання, та спеціально-правові принципи (кримінальна відповідальність особи лише за вчинення суспільно-небезпечного діяння, що визначене законом як злочин; відповідальність тільки за наявності вини; особистий характер кримінальної відповідальності; обмеження меж кримінальної відповідальності; диференціація кримінальної відповідальності й індивідуалізація покарання)<sup>1</sup>.

Водночас варто погодитися з вченими, які висловлюють думку про правомірність виокремлення не лише принципів кримінального права

<sup>1</sup> Велика українська юридична енциклопедія. У 20 т. / Нац. акад. прав. наук України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького, Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого; редкол. В. Я. Тацій [та ін.]. Т. 17: Кримінальне право / гол. редкол. В. Я. Тацій. Київ, 2017. С. 823-826.

(галузевих принципів) в цілому, а й принципів окремих інститутів кримінального права<sup>2</sup>.

Виокремлення інституціональних кримінально-правових принципів не суперечить загальноновизнаним теоретичним положенням про поділ принципів на загальноправові, міжгалузеві, галузеві, принципи правових інститутів. Принципи інститутів кримінального права здійснюють більш детальний і конкретний вплив на відносно самостійну сукупність суспільних відносин, що становлять предмет регулювання з боку правового інституту, і являють собою основні ідеї та вимоги, які лежать в основі його створення та застосування<sup>3</sup>. Інституціональні принципи існують не окремо від загальноправових, міжгалузевих і галузевих принципів, а доповнюють, конкретизують їх залежно від особливостей конкретного правового інституту<sup>4</sup>. Однак, незважаючи на відсутність, на нашу думку, особливих труднощів із виокремленням інституціональних принципів, дотепер вони лишаяються маловивченими у кримінально-правовій науці. Винятком можна вважати дослідження юристами принципів призначення покарання.

На нашу думку, *принципи звільнення від покарання* — це вихідні, найбільш важливі положення, що визначають усю діяльність судів щодо звільнення від покарання осіб, засуджених за вчинення злочину.

Інституціональним принципам притаманні певні властивості<sup>5</sup>. Вважаємо, що подібними властивостями наділені й принципи звільнення від покарання. Вони є основною, загальнообов'язковою, керівною ідеєю як для законодавця, так і правозастосовувача; відображають сутність звільнення від покарання та його мету; є основою формування правових норм щодо звільнення від покарання; не суперечать принципам кримінального права, а доповнюють їх.

<sup>2</sup> *Бажанов М. И.* Назначение наказания по советскому уголовному праву. Киев: Вища школа, 1980. С. 10–11; *Гацелюк В. А.* Реализация принципов уголовного права Украины: проблемы и перспективы [научн. ред. Ю. А. Кучер]. Луганск: РИО ЛАВД, 2003. С. 28; *Мальцев В. В.* Принципы уголовного права и их реализация в правоприменительной деятельности. Санкт-Петербург: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. С. 124; *Чередниченко Е. Е.* Принципы уголовного законодательства: понятие, система, проблемы законодательной регламентации. Москва: Волтерс Клувер, 2007. С. 54–56.

<sup>3</sup> *Жук М. С.* Институты российского уголовного права: история развития и современное понимание / под науч. ред. В. П. Коныхина. Краснодар: Кубанский гос. ун-т; Просвещение-Юг, 2010. С. 99

<sup>4</sup> *Полтавець, В. В.* Загальні засади призначення покарання за кримінальним законодавством України: монографія [наук. ред. Л. М. Кривоченко]. Луганськ: РВВ ЛАВС, 2005. С. 10.

<sup>5</sup> *Рябчинська О. П.* Принципи призначення покарання // Велика українська юридична енциклопедія. У 20 т. / Нац. акад. прав. наук України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького, Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого; редкол. В. Я. Тацій [та ін.]. Т. 17: Кримінальне право / гол. редкол. В. Я. Тацій. Київ, 2017. С. 827.

З урахуванням визначених властивостей вважаємо за можливе сформулювати таку систему принципів звільнення від покарання. На нашу думку, вона складається з *принципів кримінального права*, що мають специфічний прояв при звільненні від покарання (зокрема, верховенство права, законність, гуманізм, справедливість, індивідуалізація відповідальності), а також власне *інституціональних принципів* звільнення від покарання (обґрунтованість та вмотивованість звільнення від покарання в судовому рішенні; урахування інтересів потерпілого від злочину під час звільнення від покарання, невідворотність покарання у разі порушення умов звільнення від покарання).

Розглянемо ці принципи звільнення від покарання більш детально.

Всеосяжність *принципу верховенства права* дозволяє проникати йому в усі без винятку життєві сфери, зокрема і в правове регулювання безлічі спірних ситуацій в межах інституту звільнення від покарання. Ми вважаємо, що не інакше, як дотриманням принципу верховенства права (доступу до правосуддя) слід визнати правильні законодавчі кроки щодо наділення можливості засудженим особисто звертатися до суду з клопотанням про заміну невідбутої частини покарання більш м'яким або умовно-дострокове звільнення від відбування покарання (ст. 539 КПК). Раніше це питання вирішувалося винятково лише за спільним поданням органу, що відає відбуванням покарання, і спостережної комісії або служби у справах неповнолітніх (ст. 407 КПК 1960 р.), що створювало неабиякі зловживання повноваженнями зазначеними органами.

Водночас резерв для подальших кроків законодавця на реалізацію окремих аспектів принципу верховенства права при врегулюванні питань застосування положень статей 81 та 82 КК далеко не вичерпаний. Зокрема, однією із складових принципу верховенства права є правова визначеність, яка вимагає, щоб правові норми були легкодоступні, чіткі й точні, спрямовані на те, щоб забезпечити постійну прогнозованість ситуацій правовідносин, що виникають<sup>6</sup>. Відсутність у національному законодавстві необхідної чіткості та точності, які передбачали можливість різного тлумачення, порушує вимогу «якості закону»<sup>7</sup>.

В аналізованому контексті не можемо назвати ясними та недвозначними норми, що визначають можливість заміни невідбутої частини покарання більш м'яким або умовно-дострокового звільнення від відбування покарання залежно від стану виправлення особи. Поняття «став на шлях виправлення» (ст. 82 КК) та «довів своє виправлення» (ст. 81 КК) ані в кримінальному, ані в кримінально-виконавчому законодавстві не роз-

<sup>6</sup> Доклад о верховенстве права URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-rus](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-rus)

<sup>7</sup> Справа «Щокін проти України» (заяви № 23759/03 та № 37943/06). URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_858](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_858)

криваються і є фактично не визначеними. У правозастосуванні це призводить до неоднакового застосування закону та корупції. Вважаємо, що виправити цю проблемну ситуацію можна шляхом розробки концепцій формалізації заміни невідбутої частини покарання більш м'яким та формалізації умовно-дострокового звільнення від відбування покарання.

Неабияким у пригоді може стати принцип верховенства права і при визначенні можливості застосування й інших видів звільнення від покарання, зокрема, звільнення від відбування покарання з випробуванням (справи: «Алексахін проти України», «Оккалі проти Туреччини», «Гафген проти Німеччини», «Бакланов проти Росії» «Фрізен проти Росії»).

Законність визначається юристами як заснована на провідній ідеї вимога суворого і неухильного дотримання та виконання або застосування норми права<sup>8</sup>. Принцип законності звільнення від покарання полягає в тому, що звільнення від покарання повинно застосовуватися в точній та повній відповідності до закону. Цей принцип вимагає, щоб: звільненню від покарання підлягали лише особи, засуджені за вчинення злочину; звільнення від покарання застосовується лише за вироком (ухвалою) суду; підстави для звільнення від покарання були вичерпно визначені в законі; звільнення від покарання застосовувалося лише в порядку, визначеному законом.

У Кримінальному кодексі України зазначено, що звільнення від покарання може застосовуватися у випадках, передбачених цим Кодексом (ч. 1 ст. 74). У зв'язку з цим звільнення від покарання з підстав, не передбачених кримінальним законом, порушує принцип законності звільнення від покарання<sup>9</sup>. Закон визначає також порядок застосування кожного з видів звільнення від покарання. Тому застосування певного виду звільнення від покарання з порушенням цього порядку є порушенням принципу законності покарання. Наприклад, про порушення принципу законності в аналізованому аспекті може свідчити застосування судом звільнення від відбування покарання з випробуванням (ст. 75 КК) до засуджених за корупційні злочини.

Принцип справедливості має вираження як у законодавстві, так і в практиці його застосування. *Справедливість звільнення від покарання* при законотворенні, на нашу думку, полягає в закріпленні в законодавстві лише таких випробуваних теорією та практикою застосування видів звільнення від покарання, що отримали схвалення суспільством. Норми про звільнення від покарання не повинні сприйматися суспільством як безпідставне уникнення кримінальної відповідальності. Як слушно

<sup>8</sup> Невзоров І. Л. Принцип законности в правоприменительной деятельности: дис. ... канд. юрид. наук. Харьков, 2002. С. 11.

<sup>9</sup> Горюх О. П. Чи є законним звільнення від покарання з підстав, не передбачених Кримінальним кодексом України? // Наука і правоохорона. 2016. № 4. С. 163-168.

зазначає Я. М. Брайнін, про справедливе застосування права можна говорити лише тоді, коли самі закони справедливі<sup>10</sup>.

При конструюванні конкретних видів звільнення від покарання принцип справедливості спрацьовує, наприклад, у визначенні можливості звільнення від покарання лише тих осіб, які вчинили злочин невеликої або середньої тяжкості та втратили суспільну небезпечність (ст. 74 КК) або можливості звільнення від відбування покарання з випробуванням лише засуджених до позбавленні волі на строк не більше п'яти років (ст. 75 КК). Очевидно, саме дотримання принципу справедливості звільнення від покарання змусило законодавця встановити обмеження на закінчення строків давності виконання обвинувального вироку суду (частини 3–5 ст. 80 КК), а також обмеження на застосування амністії до певних категорій осіб (ст. 4 Закону України «Про застосування амністії»).

За змістом ст. 414 КПК України явно несправедливим покаранням є те, яке за своїм видом чи розміром не відповідає ступеню тяжкості кримінального правопорушення та особі обвинуваченого. На нашу думку, зазначені критерії справедливості покарання допустимо застосовувати і щодо оцінки справедливості застосування тих видів звільнення від покарання, що вимагають врахування ступеня тяжкості злочину та особи засудженого. Явно несправедливими у такому разі слід вважати випадки, коли суд під час застосування звільнення від покарання (зокрема, ст. 75, ч. 2 ст. 84 КК) ігнорує (або неправильно оцінює) обставини, що характеризують ступінь тяжкості злочину, особу винуватого та інші обставини справи. Наприклад, скасовуючи застосоване судом першої інстанції до засудженої за ч. 3 ст. 149 КК звільнення від відбування покарання з випробуванням, суд касаційної інстанції в обґрунтування ухваленого рішення зазначив: призначаючи засудженій покарання із застосуванням статей 75, 76 КК України, суд належним чином не врахував тяжкість вчиненого злочину, який є особливо тяжким, корисливий мотив вчиненого, вчинення злочинів за попередньою змовою та вчинення злочинів у період з 2010 по 21 червня 2011 року в складі організованої групи. Наведені порушення, на думку суду, є істотними, оскільки, вони перешкодили суду повно та всебічно розглянути справу і постановити законне, обґрунтоване та справедливе рішення<sup>11</sup>.

Принцип справедливості в юридичній літературі розглядається переважно в аспекті захисту прав особи, яка вчинила злочин. Однак, як слушно зазначає С. О. Галактіонов, такий підхід дещо збіднює зміст цього

<sup>10</sup> Брайнин Я. М. Уголовный закон и его применение. Москва, 1967. С. 27-28.

<sup>11</sup> Архів Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ. Справа 5-882км13.

принципу. Соціальна справедливість не буде відновлена, якщо потерпілому не буде відшкодована шкода, спричинена внаслідок вчинення злочину. Тому поряд із комплексом традиційних заходів боротьби зі злочинністю одним із найбільш важливих заходів, що сприяють відтворенню законності та соціальної справедливості, слід розглядати відшкодування шкоди<sup>12</sup>.

Наведені доктринальні положення дозволяють нам виокремити серед принципів звільнення від покарання *принцип врахування інтересів потерпілого під час звільнення від покарання*<sup>13</sup>. Врахування інтересів потерпілого як принцип звільнення від покарання має бути дотриманим як при законотворенні, так і правозастосуванні. У нормах кримінального процесуального законодавства аналізований принцип має бути реалізований шляхом закріплення права потерпілого на участь у судовому засіданні при вирішенні питань про звільнення засудженого від покарання на стадії виконання вироку. А у нормах кримінального законодавства — шляхом закріплення «відшкодування шкоди, завданої потерпілому (повністю або частково)» як умови застосування видів звільнення від покарання, передбачених статтями 75, 79, 81, 82, 86, 87 КК, а також обов'язку, що покладається на особу, звільнену від покарання із зазначених нами підстав, як складової випробувального терміну. При правозастосуванні зазначений принцип зобов'язує суд враховувати при звільненні від покарання інтереси потерпілого від злочину як умови відновлення соціальної справедливості та завдань кримінального провадження.

Очевидно, що оцінити, наскільки справедливим було звільнення від покарання засудженого, можна на підставі аналізу ухваленого судового рішення. Однак часто рішення суду про звільнення від покарання є необґрунтованими і немотивованими (хоча, можливо, у суду були всі підстави для такого звільнення). У зв'язку з цим одним з принципів звільнення від покарання доцільно розглядати *принцип обґрунтованості звільнення від покарання та обов'язковості мотивування звільнення від покарання в ухваленому судовому рішенні*.

Звільнення від найбільш суворого заходу державного примусу має застосовуватися судами лише тоді, коли це справді є необхідним, зокрема коли не доцільно призначати покарання у зв'язку із втратою особою суспільної небезпечності або не доцільно реально чи повно виконувати призначене покарання щодо осіб, суспільна небезпечність яких значно зни-

<sup>12</sup> Галактионов С. А. Принцип справедливості: дис. канд. юрид. наук. Рязань, 2004. С. 120, 125, 127.

<sup>13</sup> Горох О. П. Врахування інтересів потерпілого як принцип звільнення від покарання // Наукові записки Національного університету «Києво-Могилянська академія». Юридичні науки. Т. 181. 2016. С. 139-144.

зилася, коли неможливо досягти мети покарання або коли цього вимагає гуманізм кримінального права. Доречно зазначити, що свого часу Пленум Верховного Суду України рекомендував судам навіть реагувати окремими постановами на кожний випадок необґрунтованого подання органами, які відають виконанням покарання, матеріалів про умовно-дострокове звільнення засуджених від відбування покарання чи заміну невідбутої частини покарання більш м'яким (п. 20 ППВСУ від 26 квітня 2002 р. № 2). У зв'язку з цим аналізований нами принцип передбачає ухвалення судом рішення про звільнення від покарання виключно тоді, коли для цього є підстави, передбачені законом, і на основі об'єктивно з'ясованих обставин, які підтверджені доказами, дослідженими під час судового розгляду та оцінених судом (ч. 3 ст. 370 КПК).

З обґрунтованістю звільнення від покарання тісно пов'язана обов'язковість його мотивування. Як застосування покарання неможливо без його мотивування, так і звільнення від покарання неможливо без наведення у судовому рішенні мотивів такого звільнення. Вмотивованим є рішення, в якому наведені належні й достатні мотиви та підстави його ухвалення (ч. 4 ст. 370 КПК). Утім доводиться констатувати, що часто суди ігнорують ці положення закону. Зокрема, невмотивованість судового рішення стала причиною ухвалення 71,3 % вивчених нами рішень судів апеляційної чи касаційної інстанції при вирішенні питань про застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням.

*Індивідуалізація звільнення від покарання* як принцип його застосування виражений у більшості норм інституту звільнення від покарання. Принцип індивідуалізації звільнення від покарання полягає у вимозі врахування при звільненні від покарання індивідуальних особливостей конкретного провадження, найчастіше індивідуального ступеня тяжкості вчиненого злочину, індивідуальних характеристик особи засудженого, пом'якшуючих та обтяжуючих відповідальність обставин.

Для багатьох норм інституту звільнення від покарання індивідуалізація звільнення від покарання є визначальною для застосування цих норм. Зокрема, при застосуванні звільнення від покарання, передбаченого ч. 4 ст. 74 КК, суд має врахувати ступінь тяжкості вчиненого злочину, поведінку і ставлення до праці винуватого; при застосуванні звільнення від покарання, передбаченого ч. 5 ст. 74 КК, — строк, що пройшов після вчинення злочину, та поведінку винуватого протягом цього строку. Індивідуалізація звільнення від покарання вимагається і при виборі застосування конкретних різновидів звільнення від покарання при застосуванні закону про амністію. Наприклад, у Законі України «Про амністію у 2016 році» чітко визначено, які особи підлягають звільненню від

відбування покарання (статті 1–6, 8), а які заслуговують лише на скорочення наполовину невідбутої частини покарання (ст. 7)<sup>14</sup>.

Водночас для деяких норм цього інституту принцип індивідуалізації звільнення від покарання не втрачає своєї актуальності й після встановлення підстав для застосування звільнення від покарання. Наприклад, у разі прийняття позитивного рішення про можливість виправлення засудженого без відбування покарання (статті 75, 79, 104 КК) суд, індивідуалізуючи рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням, має встановити також тривалість іспитового строку та обов'язки, що будуть покладені на засудженого.

*Гуманізм як принцип кримінального права* поширюється на два аспекти: стосовно людини як найбільш цінного об'єкта кримінально-правової охорони та стосовно особи, яка вчинила злочин. Саме в другому аспекті, що передбачає гуманне ставлення до особи, яка вчинила злочин, юристами розглядаються норми, що передбачають звільнення від покарання<sup>15</sup>. Як слушно зазначає В. В. Мальцев, з позиції принципів кримінального права норми про звільнення від покарання передусім є відображенням гуманістичних ідей у кримінальному законодавстві<sup>16</sup>.

І справді, не інакше, як гуманним, людяним ставленням до хворих, продиктовано закріплення в законодавстві можливості їх звільнення від покарання за хворобою (частини 1 та 2 ст. 84 КК). Мають переваги суспільні моральні установки над формальними і при визначенні можливості звільнення від відбування покарання вагітних жінок і жінок, які мають дітей (ст. 79, 83 КК), а також визначенні кола осіб, щодо яких можливо застосувати закон про амністію (ст. 86 КК) або акт про помилування (ст. 87 КК). Принцип гуманізму звільнення від покарання має враховуватися судами також при застосуванні певних видів звільнення від покарання. Наприклад, у разі смерті дитини суд залежно від поведінки засудженої, що була звільнена від відбування покарання у зв'язку з вагітністю, пологами і до досягнення дитиною трирічного віку, може звільнити таку засуджену від покарання або замінити його більш м'яким покаранням (ч. 4 ст. 83 КК).

Водночас інший аспект гуманізму, що полягає у всебічному захисті прав та інтересів законослухняних громадян і суспільства, зумовлює, на нашу думку, дотримання судом певних законодавчих запобіжників,

<sup>14</sup> *Про амністію у 2016 році: Закон України // Голос України. 2017. 6 вересня.*

<sup>15</sup> *Гацелюк В. А.* Реализация принципов уголовного права Украины: проблемы и перспективы [научн. ред. Ю. А. Кучер]. Луганск: РИО ЛАВД, 2003. С. 108–111; *Сабитов Т. Р.* Система уголовно-правовых принципов: монография. Москва: Проспект, 2012. С. 114.

<sup>16</sup> *Мальцев В. В.* Принципы уголовного права и их реализация в правоприменительной деятельности. Санкт-Петербург: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. С. 606.

спрямованих на довільне застосування видів звільнення від покарання, що ґрунтується на гуманності. До таких належить, зокрема, дотримання визначеного законодавцем вичерпного переліку хвороб, що є підставою для звільнення від покарання за хворобою, а також застосування певних негативних наслідків до осіб, що ухиляються від виконання умов звільнення від покарання. Тому суд має враховувати обидва аспекти принципу гуманізму в застосуванні норм інституту звільнення від покарання.

Дотримання принципу *невідворотності призначеного покарання у разі порушення умов звільнення від покарання* вимагає від суду направити засуджену особу для відбування призначеного вироком покарання, якщо вона не дотрималася умов звільнення від покарання.

За умовних видів звільнення від покарання вимоги до засудженого законодавцем пов'язані переважно з його законослухняною поведінкою, а також з виконанням покладених судом обов'язків (статті 76 КК), піклуванням за дитиною (частини 5 ст. 79, 83 КК) тощо. Однак якщо засуджений не дотримався встановлених судом умов його звільнення від покарання, для нього мають настати певні негативні наслідки. Зокрема, якщо звільнена від відбування покарання особа не виконує покладені на неї обов'язки або систематично вчиняє правопорушення, що потягли за собою адміністративні стягнення і свідчать про її небажання стати на шлях виправлення, суд направляє таку особу для відбування призначеного покарання (ч. 2 ст. 78, частини 5 ст. 79, 83, ч. 1 ст. 104 КК). Такі ж наслідки настають і для звільненої від відбування покарання жінки, якщо вона відмовилася від дитини, передала її до дитячого будинку, зникла з місця проживання, ухиляється від виховання дитини, догляду за нею (частини 5 ст. 79, 83 КК). Водночас якщо в період іспитового строку (ч. 3 ст. 78, ч. 6 ст. 79 КК), протягом невідбутої частини покарання під час умовно-дострокового звільнення від відбування покарання (ч. 4 ст. 81 КК), відбування більш м'якого покарання (ч. 6 ст. 82 КК) або в період звільнення від відбування покарання (ч. 6 ст. 83 КК) звільнена від покарання особа вчинить новий злочин, суд призначає такій особі покарання за правилами, передбаченими в статтях 71, 72 цього Кодексу.

Такий підхід законодавця не дозволяє засудженим, які не виправдали довіри суду, уникнути покарання і забезпечує реальну дію принципів невідворотності кримінальної відповідальності та справедливості.

Розглянуті нами принципи звільнення від покарання перебувають у функціональному взаємозв'язку. Недотримання судом одного з принципів звільнення від покарання з ймовірністю призводить до порушення інших принципів. Наприклад, недотримання судом індивідуалізації звільнення від покарання може спричинити порушення принципів справедливості та гуманізму звільнення від покарання. Водночас вважаємо,

що для більш ефективного застосування судами норм інституту звільнення від покарання необхідно не лише закріпити в законодавстві принципи звільнення від покарання, а й розробити також загальні засади звільнення від покарання, в яких знайдуть прояв і принципи звільнення від покарання.

***Gorokh Oltksiy. The principles of release from punishment***

The article is staticized a problem of the principles of release from punishment. The concept of the principles of release from punishment — initial, most important provisions which determine all activity of the courts by release from punishment of the persons condemned for commission of crime is formulated. Their signs are called, in particular: the principles of release from punishment are a basis, the obligatory, leading idea, as for the legislator, and the law enforcement official; they reflect essence of release from punishment and its purpose; make a basis of formation of precepts of law about release from punishment; do not contradict the principles of criminal law.

It is offered the system of the principles of release from punishment (the rule of law, legality, humanity, justice, individualization of release from punishment, validity of release from punishment and its obligatory motivation in the judgment; accounting of interests of the victim from crime at release from punishment; inevitability of punishment in case of violation of conditions of release from punishment).

On the basis of the conducted research concrete manifestations of the principles of release from punishment are shown to feature of their observance in the criminal legislation that in jurisprudence. In particular, the prospects of development of the criminal legislation in aspect of ensuring the principle of the rule of law at use of norms on release from punishment are covered. It is shown what consists observance by the legislator and vessels of the principle of legality of punishment in. Manifestations of the principles of humanity, individualization and justice of release from punishment are illustrated. At the same time it is offered to understand cases of ignoring by court as obviously unfair release from punishment (or the wrong assessment) the circumstances characterizing severity of crime, the identity of the guilty person and other facts of the case.

Arguments in favor of need of accounting of interests of the victim from crime at release from punishment and also in favor of importance of obligatory justification of release from punishment and its motivation in the judgment are adduced. The attention to need of ensuring inevitability of punishment with vessels in case of violation of conditions of release from punishment is separately focused.

***Keywords:*** principles of criminal law; principles of institutes of criminal law; release from punishment; principles of release from punishment.

## Елементи складу злочинів проти правосуддя за законодавством Азербайджанської Республіки та України: порівняльна характеристика

**В. А. Ахмедов,**

кандидат юридичних наук,  
керівник науково-дослідного  
та судово-прецедентного відділу  
Академії юстиції Міністерства юстиції  
Азербайджанської Республіки

*Стаття присвячена проблематиці злочинів проти правосуддя, а саме елементам їх складу. Автор досліджує злочини проти правосуддя за законодавством України та Азербайджанської Республіки, характеризує особливості видового об'єкта, суб'єкта, потерпілих від злочинів проти правосуддя. Особливу увагу автор приділяє відмінностям у криміналізації діянь та формулюванню їх складів законодавцями Азербайджанської Республіки та України.*

**Ключові слова:** злочини проти правосуддя, об'єкт злочину, предмет злочину, об'єктивна сторона злочину, суб'єкт злочину, суб'єктивна сторона злочину.

**Ахмедов В. А. Элементы состава преступлений против правосудия по законодательству Азербайджанской республики и Украины: сравнительная характеристика**

*Статья посвящена проблематике преступлений против правосудия, а именно элементам их состава. Автор исследует преступления против правосудия по законодательству Украины и Азербайджанской Республики, дает характеристику особенностям видового объекта, субъектов, пострадавших от преступлений против правосудия. Особое внимание уделяется различиям в криминализации деяний и формулированию их составов законодателями Азербайджанской Республики и Украины.*

**Ключевые слова:** преступления против правосудия, объект преступления, предмет преступления, объективная сторона преступления, субъект преступления, субъективная сторона преступления.

---

© Ахмедов Вусал Алігісмаг огли – кандидат юридичних наук, керівник науково-дослідного та судово-прецедентного відділу Академії юстиції Міністерства юстиції Азербайджанської Республіки

**Ahmedov Vusal. Elements of crimes against justice under the legislation of the Azerbaijani Republic and Ukraine: comparative characteristic**

*The article is devoted to the problems of crimes against justice, namely, the elements of their composition. The author investigates crimes against justice under the legislation of Ukraine and the Republic of Azerbaijan, describes the features of a specific object, a subject, victims of crimes against justice. The author pays particular attention to the differences in the criminalization of acts and the formulation of their syllables by the legislators of the Republic of Azerbaijan and Ukraine.*

**Keywords:** *crimes against justice, the object of crime, the subject of a crime, the objective aspect of a crime, the subject of crime, the subjective aspect of the crime.*

Реформа судової системи і утвердження громадянського суспільства та правової держави в Україні та в Азербайджанській Республіці зумовлюють необхідність дослідження питань правової охорони правосуддя як ваговою складовою суспільної і політичної стабільності. Аналіз теоретичних засад кваліфікації злочинів проти правосуддя, регламентації їх складів дає змогу виокремити особливості суспільних відносин, що виступають видовим об'єктом таких злочинів, і як наслідок — знайти шляхи ефективної протидії вчиненню злочинних посягань проти правосуддя. Недостатній рівень наукового дослідження правової природи правосуддя та його учасників, елементів складів злочинів проти правосуддя, їх систематизації, обумовлює актуальність даної проблематики, а також порівняння досвіду законодавчого визначення злочинів проти правосуддя та формулювання елементів їх складів у правових системах України та Азербайджанської Республіки як країн із схожим перебігом пострадянських ліберальних реформ.

Найчастіше у сучасній науці використовується класифікація злочинів проти правосуддя за окремими елементами їх складу, зокрема, за об'єктом, під яким розуміється певне коло тотожних або однорідних суспільних відносин (цінностей, благ), що охороняються єдиним комплексом взаємопов'язаних кримінально-правових норм. Така класифікація є прийнятною та зручною для дослідження сутності злочинів проти правосуддя та пошуку ефективних механізмів їх запобігання. Водночас, переважна більшість злочинів проти правосуддя посягають, окрім правосуддя, на життя, здоров'я, гідність, безпеку, власність, недоторканність суб'єктів, залучених до здійснення правосуддя. Це так звані видові (групові) об'єкти, які відображають ту чи іншу специфіку захисту інтересів правосуддя<sup>1</sup>.

Розглянемо склади злочинів проти правосуддя за кримінальним законом Азербайджанської Республіки та України, класифікувавши їх за критерієм видового об'єкта на такі групи:

<sup>1</sup> Мірошниченко С. Класифікація злочинів проти правосуддя // Вісник Національної Академії правових наук України. 2012. № 2. С. 244.

1. Злочини, які посягають на конституційні засади діяльності органів досудового дізнання, слідства, прокуратури та суду. Кримінальний кодекс України відносить до них: завідомо незаконні затримання, привід, арешт або тримання під вартою (ст. 371); притягнення завідомо невинуватого до кримінальної відповідальності (ст. 372); порушення права на захист (ст. 374); постановлення суддею (судьями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови (ст. 375); втручання у діяльність судових органів (ст. 376); незаконне втручання у роботу автоматизованої системи документообігу суду (ст. 376<sup>1</sup>); втручання у діяльність захисника чи представника особи (ст. 397)<sup>2</sup>.

Кримінальний кодекс Азербайджанської Республіки містить такі злочини цієї групи: незаконні затримання, взяття під варту або тримання в місці ув'язнення (ст. 292); тортури, та таке, що не вважається тортурами жорстоке, нелюдське або таке, що принижує гідність, поводження або покарання (ст. 293); притягнення завідомо невинуватого до кримінальної відповідальності (ст. 290); незаконне звільнення від кримінальної відповідальності (ст. 291); винесення завідомо неправосудних вироку, рішення, ухвали або постанови (ст. 295); перешкоджання здійсненню правосуддя і провадженню попереднього розслідування (ст. 286)<sup>3</sup>.

2. Злочини, які посягають на життя, здоров'я, особисту безпеку, власність суддів та інших учасників судочинства. До цієї групи за Кримінальним кодексом України входять: посягання на життя судді, народного засідателя чи присяжного у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя (ст. 379); посягання на життя захисника чи представника особи у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги (ст. 400); погроза або насильство щодо судді, народного засідателя чи присяжного (ст. 377); погроза або насильство щодо захисника чи представника особи (ст. 398); умисне знищення або пошкодження майна судді, народного засідателя чи присяжного (ст. 378); умисне знищення або пошкодження майна захисника чи представника особи (ст. 399)<sup>4</sup>.

За Кримінальним кодексом Азербайджанської Республіки до цієї групи злочинів належать: посягання на життя особи, яка здійснює правосуддя або попереднє розслідування (ст. 287); погроза або насильницькі дії у зв'язку із здійсненням правосуддя або провадженням попереднього розслідування (ст. 288); неповага до суду (ст. 289)<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> *Злочини проти правосуддя*: навч. посіб.; за заг. ред. В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. Харків: Нац. юрид. акад. України, 2011. С. 8.

<sup>3</sup> *Кримінальний кодекс Азербайджанської Республіки*: станом на 01 лютого 2017 р. // Зібрання законодавства Азербайджанської Республіки. 2000. № 4. Ст. 251.

<sup>4</sup> *Мірошниченко С.* Цит. праця. С. 245.

<sup>5</sup> *Кримінальний кодекс Азербайджанської Республіки*: станом на 01 лют. 2017 р. // Зібрання законодавства Азербайджанської Республіки. 2000. № 4. Ст. 251.

3. Злочини, які посягають на відносини, що забезпечують одержання достовірних доказів та істинних висновків у справі. За кримінальним законодавством України сюди слід включити: примушування давати показання (ст. 373); завідомо неправдиве повідомлення про вчинення злочину (ст. 383); завідомо неправдиве показання (ст. 384); відмова свідка від давання показань або відмова експерта чи перекладача від виконання покладених на них обов'язків (ст. 385); перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта, примушування їх до відмови від давання показань чи висновку (ст. 386)<sup>6</sup>.

За Кримінальним кодексом Азербайджанської Республіки до цієї групи можна віднести такі злочини: фальсифікація доказів (ст. 294); завідомо неправдивий донос (ст. 296); завідомо неправдиві показання, висновок експерта або неправильний переклад (ст. 297 КК); відмова свідка чи потерпілого від дачі показань (ст. 298); підкуп або примушування до ухилення від дачі показань, до дачі неправдивих показань чи висновку або до неправильного перекладу (ст. 299)<sup>7</sup>.

4. Злочини, які посягають на відносини, що забезпечують своєчасне розкриття та припинення злочинних посягань. До цієї групи за Кримінальним кодексом України входять: невжиття заходів безпеки щодо осіб, взятих під захист (ст. 380); розголошення відомостей про заходи безпеки щодо особи, взятої під захист (ст. 381); розголошення даних досудового слідства або дізнання (ст. 387); приховування злочину (ст. 396); порушення правил адміністративного нагляду (ст. 395)<sup>8</sup>.

Кримінальний кодекс Азербайджанської Республіки містить такі злочини цієї групи: розголошення відомостей про заходи безпеки, які застосовуються щодо працівників суду і правоохоронних органів (ст. 301); розголошення даних дізнання або попереднього розслідування (ст. 300); порушення законодавства про оперативно-розшукову діяльність (ст. 302); недонесення про злочини і задалегідь не обіцяне приховування злочинів (ст. 307)<sup>9</sup>.

5. Злочини, які посягають на відносини, що забезпечують належне виконання рішень, вироків, ухвал, постанов суду і призначеного покарання. За Кримінальним кодексом України, це невиконання судового рішення (ст. 382); незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, або яке описане чи підлягає конфіскації (ст. 388); ухилення від покарання,

<sup>6</sup> Злочини проти правосуддя: навч. посіб.; за заг. ред. В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. С. 9.

<sup>7</sup> Кримінальний кодекс Азербайджанської Республіки : станом на 01 лют. 2017 р. // Зібрання законодавства Азербайджанської Республіки, 2000. № 4.

<sup>8</sup> Мірошніченко С. Цит. праця. С. 245.

<sup>9</sup> Кримінальний кодекс Азербайджанської Республіки : станом на 01 лют. 2017 р. // Зібрання законодавства Азербайджанської Республіки, 2000. № 4.

не пов'язаного з позбавленням волі (ст. 389); умисне невиконання угоди про примирення або про визнання винуватості (ст. 389<sup>1</sup>); ухилення від відбування покарання у виді обмеження волі та у виді позбавлення волі (ст. 390); злісна непокора вимогам адміністрації виправної установи (ст. 391); дії, що дезорганізують роботу виправних установ (ст. 392); втеча з місця позбавлення волі або з-під варти (ст. 393); втеча із спеціалізованого лікувального закладу (ст. 394)<sup>10</sup>.

За Кримінальним кодексом Азербайджанської Республіки до цієї групи можна віднести наступні злочини: незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт або яке описане чи підлягає конфіскації (ст. 303 КК); втеча з місця позбавлення волі або ув'язнення, або з-під варти (ст. 304 КК); ухилення від відбування покарання у виді позбавлення волі (ст. 305 КК); невиконання вироку, постанови суду або іншого судового акту (ст. 306 КК)<sup>11</sup>.

З наведеної класифікації вбачається, що злочини проти правосуддя за законодавством України та Азербайджанської Республіки охороняють подібні види суспільних відносин, проте існують і певні відмінності. Зокрема, за Кримінальним кодексом України «неповага до суду» взагалі не є злочином, а Кримінальний кодекс Азербайджанської Республіки включає до об'єктивної сторони неповаги до суду не лише образу судді, але й усіх учасників судового розгляду. Переконані, що криміналізація неповаги до суду сприяє ефективності правосуддя та свідчить про рівень демократизації суспільства.

Відсутній у Кримінальному кодексі України і такий склад злочину, як «тортури та таке, що не вважається тортурами, жорстоке, нелюдське або таке, що принижує гідність, поводження або покарання». Хоча Конституція України і декларує принцип, що ніхто не може бути підданий катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує його гідність, поводженню чи покаранню, проте кримінальна відповідальність за вчинення таких діянь законодавцем не визначена.

Слід зазначити, що фальсифікація доказів, що, очевидно, є діянням, яке посягає на відносини з одержання достовірних доказів та істинних висновків у справі, не виділена Кримінальним кодексом України в окремий склад злочину. Порівняно зі статтею 294 Кримінального кодексу Азербайджанської Республіки, яка передбачає відповідальність за фальсифікацію доказів у цивільних і кримінальних справах, допущену особами, які беруть участь у справі, їх представником, слідчим, прокурором або захисником, частина 2 статті 372 Кримінального кодексу України

<sup>10</sup> *Злочини проти правосуддя*: навч. посіб.; за заг. ред. В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. С. 9.

<sup>11</sup> *Кримінальний кодекс Азербайджанської Республіки* : станом на 01 лют. 2017 р. // Зібрання законодавства Азербайджанської Республіки, 2000. № 4.

містить поняття «фальсифікації доказів» лише в якості кваліфікуючої ознаки злочину притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності.

Законодавці України та Азербайджанської Республіки по-різному ставляться до суспільної небезпеки незаконного звільнення особи від кримінальної відповідальності. Стаття 291 Кримінального кодексу Азербайджанської Республіки передбачає санкцію у вигляді позбавлення волі на строк від двох до п'яти років за незаконне звільнення від кримінальної відповідальності особи, підозрюваної чи обвинуваченого у скоєнні злочину, прокурором, слідчим чи особою, яка провадить дізнання. Натомість Кримінальний закон України криміналізує лише притягнення завідомо невинуватого до кримінальної відповідальності слідчим, прокурором чи іншою уповноваженою на те законом особою.

Характерною особливістю є і склад злочину, передбачений статтею 302 Кримінального кодексу Азербайджанської Республіки: порушення законодавства про оперативно-розшукову діяльність. Вказана правова норма встановлює кримінальну відповідальність за здійснення оперативно-розшукових заходів не уповноваженими особами, без законних підстав, із застосуванням технічних засобів, призначених для таємного отримання інформації, так само, як і незаконне виробництво, продаж чи придбання для продажу таких засобів. Кримінальний кодекс України наразі не кваліфікує такі діяння як злочини проти правосуддя.

Натомість, кримінальне законодавство України містить більш розширений, порівняно із Кримінальним кодексом Азербайджанської Республіки, перелік злочинів, які посягають на відносини, що забезпечують належне виконання рішень, вироків, ухвал, постанов суду і призначеного покарання. Зокрема, Кримінальний кодекс Азербайджанської Республіки не криміналізує такі діяння, як ухилення від покарання, не пов'язаного з позбавленням волі, умисне невиконання угоди про примирення або про визнання винуватості, злісна непокора вимогам адміністрації виправної установи, дії, що дезорганізують роботу виправних установ, втеча із спеціалізованого лікувального закладу та порушення правил адміністративного нагляду.

Кримінальний кодекс України містить більше криміналізованих діянь, спрямованих проти законної діяльності захисника або представника особи. Зокрема, склади таких злочинів як втручання в діяльність захисника чи представника особи, умисне знищення або пошкодження майна захисника чи представника особи, відсутні у Кримінальному кодексі Азербайджанської Республіки.

Помітні також відмінності у формулюванні складу злочинів, які можуть бути скоєні іншими учасниками кримінального процесу. Наприклад, законодавець України криміналізує таке діяння, як відмова

експерта чи перекладача від виконання покладених на них обов'язків (ст. 385) та не встановлює кримінальної відповідальності за відмову потерпілого давати показання. А Кримінальний кодекс Азербайджанської Республіки, навпаки, відносить до складу злочину відмову потерпілого давати показання (ст. 298), та не містить санкції за відмову експерта чи перекладача виконувати свої обов'язки.

Стосовно елементів складу злочинів проти правосуддя, то такі злочини переважно є двооб'єктними або навіть поліоб'єктними. Наприклад, основним безпосереднім об'єктом злочину завідомо незаконних затримання, приводу, арешту або тримання під вартою (ст. 371 ККУ, ст. 292 ККАР) є правосуддя в частині забезпечення законного затримання, приводу, арешту або тримання під вартою, а також конституційне право людини на свободу і особисту недоторканність. Його додатковим факультативним об'єктом можуть виступати честь та гідність особи, її життя і здоров'я, майнові блага<sup>12</sup>.

Об'єктивна сторона злочинів проти правосуддя полягає в різних видах перешкоджання чи протидії нормальній діяльності органів чи установ, які здійснюють правосуддя, або діяльності уповноважених законом осіб, які сприяють здійсненню судочинства. Найчастіше це проявляється у формі активної поведінки — дії. Наприклад, неповага до суду (ст. 289 ККАР), притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності (ст. 372 ККУ, ст. 290 ККАР), посягання на життя судді, народного засідателя чи присяжного у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя (ст. 379 ККУ, ст. 287 ККАР), завідомо неправдивий донос (ст. 296 ККАР) вчиняються лише шляхом активної поведінки суб'єктів цих злочинів.

Окремі злочини проти правосуддя можуть вчинятися лише шляхом пасивної поведінки — бездіяльності. Наприклад, відмова свідка від давання показань (ст. 385 ККУ, ст. 298 ККАР) або відмова експерта чи перекладача від виконання покладених на них обов'язків (ст. 385 ККУ), невжиття заходів безпеки щодо осіб, взятих під захист (ст. 380 ККУ), ухилення від відбування покарання у виді позбавлення волі (ст. 305 ККАР) полягають у невиконанні особою покладених на неї обов'язків, тобто у злочинній бездіяльності суб'єкта.

Із суб'єктивної сторони злочини проти правосуддя переважно є умисними, причому деякі з них можуть бути вчинені лише з прямим умислом. Наприклад, завідомо незаконні затримання, привід, арешт або тримання під вартою (ст. 371 ККУ, ст. 292 ККАР), постановлення суддею завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови (ст. 375 ККУ,

<sup>12</sup> Кримінальний кодекс Азербайджанської Республіки: станом на 01 лют. 2017 р. // Зібрання законодавства Азербайджанської Республіки, 2000. № 4.

ст. 295 ККАР), тортури, та таке, що не вважається тортурами, жорстоке, нелюдське або таке, що принижує гідність, поводження або покарання (ст. 293 ККАР). Лише такі злочини, як невжиття заходів безпеки щодо осіб, взятих під захист (ст. 380 КК України), та розголошення відомостей про заходи безпеки щодо особи, взятої під захист (ст. 381 ККУ, ст. 301 ККАР), можуть бути вчинені з необережності або за наявності змішаної форми вини<sup>13</sup>.

Отже, узагальнюючи вищесказане, слід зазначити, що у переважній більшості випадків суб'єкти злочинів проти правосуддя — спеціальні. До них належать насамперед професійні судді та народні засідателі або присяжні під час виконання ними своїх обов'язків щодо здійснення правосуддя (ст. 375 КК України та ст. 295 КК Азербайджанської Республіки), а також службові особи органів дізнання, досудового слідства, прокуратури, установ виконання судових рішень (ст. 371, 372, 382 КК України та ст. 292, 290, 306 КК Азербайджанської Республіки).

Спеціальними суб'єктами можуть виступати й інші учасники судочинства, наприклад, свідки, потерпілі, експерти, перекладачі, засуджені тощо (ст. 384, 385, 390, 392 КК України та ст. 297, 298, 305 КК Азербайджанської Республіки)<sup>14</sup>.

Водночас такі злочини, як перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта, примушування їх до відмови від давання показань чи висновку (ст. 386 ККУ), підкуп або примушування до ухиляння від дачі показань, до дачі неправдивих показань чи висновку або до неправильного перекладу (ст. 299 ККАР), завідомо неправдиве повідомлення про вчинення злочину (завідомо неправдивий донос) (ст. 383 ККУ, ст. 296 ККАР), приховування злочину (ст. 396 ККУ) і недонесення про злочини, заздалегідь не обіцяне приховування злочинів (ст. 307 ККАР) можуть вчинятися загальними суб'єктами — тобто будь-якими особами, що досягли певного віку для притягнення до кримінальної відповідальності.

Отже, слід зазначити, що у переважній більшості випадків суб'єкти злочинів проти правосуддя — спеціальні. До них належать, насамперед, професійні судді та народні засідателі або присяжні під час виконання ними своїх обов'язків щодо здійснення правосуддя (ст. 375 КК України та ст. 295 КК Азербайджанської Республіки), а також службові особи органів дізнання, досудового слідства, прокуратури, установ виконання судових рішень (ст. 371, 372, 382 КК України та ст. 292, 290, 306 КК

<sup>13</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 7-е вид., переробл. та доп. Київ: Юридична думка, 2010. С. 860.

<sup>14</sup> Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар. У 2 т. Т. 2: Особлива частина / за заг. ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. 5-е вид., доп. Харків: Право, 2013. С. 870.

Азербайджанської Республіки). Спеціальними суб'єктами можуть виступати й інші учасники судочинства, наприклад, свідки, потерпілі, експерти, перекладачі, засуджені тощо (ст. 384, 385, 390, 392 КК України та ст. 297, 298, 305 КК Азербайджанської Республіки)<sup>15</sup>.

Водночас такі злочини, як перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта, примушування їх до відмови від давання показань чи висновку (ст. 386 ККУ), підкуп або примушування до ухиляння від дачі показань, до дачі неправдивих показань чи висновку або до неправильного перекладу (ст. 299 ККАР), завідомо неправдиве повідомлення про вчинення злочину (завідомо неправдивий донос) (ст. 383 ККУ, ст. 296 ККАР), приховування злочину (ст. 396 ККУ) і недонесення про злочини, заздалегідь не обіцяне приховування злочинів (ст. 307 ККАР) можуть вчинятися загальними суб'єктами — тобто будь-якими особами, що досягли певного віку для притягнення до кримінальної відповідальності.

***Ahmedov Vusal. Elements of crimes against justice under the legislation of the Azerbaijani Republic and Ukraine: comparative characteristic***

The article is devoted to the problems of crimes against justice, namely, the elements of their composition. The author investigates the social relations protected by crimes against justice under the legislation of Ukraine and the Republic of Azerbaijan, describes the features of a specific object, a subject, victims of crimes against justice. The author pays particular attention to the differences in the criminalization of acts and the formulation of their syllables by the legislators of the Republic of Azerbaijan and Ukraine.

The overwhelming majority of criminal offenses against justice are constituted as crimes of a formal nature, and therefore they are recognized completed from the moment the subject of the relevant articles of the acts indicated in the dispositions is committed. Some belong to crimes with material deprivation (that is, it is completed only in the event of the onset of the consequences provided by the disposition of the relevant article (part of the article) of the criminal law. Separate acts against justice are crimes with the so-called truncated composition, in which the moment of the end of the crime is transferred to an earlier stage of the commission of an act.

In a large number of legal norms that formulate the composition of crimes against justice, the Criminal codes of Ukraine and the Azerbaijani Republic use the term «knowledge», which means reliable knowledge (awareness) of the subject of a crime about certain circumstances of criminal law and the presence on his side is only direct intent. Some offenses against justice may be committed both by special and general subjects. For example, the crime provided for in Article 306 of the Criminal Code of the Azerbaijani Republic. According to the first part of this article, the subject of a general offense, the disposition of the legal norm does not specify the status of which a person must be endowed with, is guilty of malicious failure or

<sup>15</sup> *Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар* / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, С. Б. Гавриш та ін.; за заг. ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. Київ: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. 1196 с.

obstruction of the execution of a judgment, sentence, ruling or court order that came into force. Part two of this article provides for liability for committing the acts committed by an official.

Thus, the author carried out a comparative legal analysis of the norms that provide for the protection of justice from illegal encroachments under the current national and foreign criminal liability laws, namely: the criminal law of the Azerbaijani Republic. A short criminal-legal description of objective and subjective features of crimes against the justice of both states is given. Because of the study, the author concluded that the range of acts criminalized by the legislator of Ukraine and the Azerbaijani Republic are similar but not identical. In general, the system of crimes against justice under the Criminal Code of the Republic of Azerbaijan is set out more concisely, in comparison with the Criminal Code of Ukraine. The recognition by these states of the need for legal protection of justice is common. At the same time, legislators of Ukraine and the Republic of Azerbaijan differ in their assessment of the social danger of attacks against justice. As a result, the criminal laws of these states reveal a different approach to establishing criminal liability for obstruction and counteraction to justice, in particular, for refusing to testify witnesses and victims, for falsifying evidence, for disrespecting the court, for interfering with the lawful activity of the counsel in the criminal process.

**Keywords:** crimes against justice, the object of crime, the subject of a crime, the objective aspect of a crime, the subject of crime, the subjective aspect of the crime.

## Проблеми ефективності судового контролю на досудовому слідстві

**Л. М. Белкін,**  
кандидат технічних наук,  
старший науковий співробітник,  
адвокат

*На прикладі ухвал слідчих суддів Печерського районного суду м. Києва критично оцінюється стан судового контролю на досудовому слідстві в Україні. Показано, що, як правило, слідчі судді не розглядають по суті аргументи клопотань слідчих і формально відтворюють ці аргументи в ухвалях, що приймаються на користь сторони слідства. Суддям значно спокійніше задовольняти незаконні клопотання сторони слідства, ніж ризикувати псувати відносини з прокурорами. При цьому обмеження прав на оскарження перешкоджає створенню стабільної судової практики.*

**Ключові слова:** арешт безготівкових грошових коштів, арешт випусків цінних паперів, арешт тимчасово вилученого майна з пропуском встановленого строку, «легалізація» як виведення грошей у тіньовий обіг.

**Белкин Л. М. Проблемы эффективности судебного контроля на досудебном следствии**

*На примере определенных следственных судей Печерского районного суда г. Киева критически оценивается состояние судебного контроля на досудебном следствии в Украине. Показано, что, как правило, следственные судьи не рассматривают по существу аргументы ходатайств следователей и формально воспроизводят эти аргументы в определениях, принимаемых в пользу стороны следствия. Судьям значительно спокойнее удовлетворяют незаконные ходатайства стороны следствия, чем рискуют портить отношения с прокурорами. При этом ограничение прав на обжалование препятствует созданию стабильной судебной практики.*

**Ключевые слова:** арест безналичных денежных средств, арест выпусков ценных бумаг, арест временно изъятого имущества с пропуском установленного срока, «легализация» как вывод денег в теневой оборот.

**Belkin Leonid. The problems of effectiveness of judicial control at the preliminary investigation**

*On the example of the definitions of the investigative judges of the Pechersk District Court of Kiev, the state of judicial control at the pre-trial investigation in Ukraine is critically assessed. It is shown that, as a rule, the investigating judges do not consider the arguments of the investigators' requests in essence and formally reproduce these arguments in the definitions adopted in favor of the investigating party. It is much easier for judges to satisfy the illegal petitions of the investigating party than to risk spoiling relations with prosecutors. At the same time, restricting the right to appeal prevents the creation of a stable judicial practice.*

**Keywords:** *arrest of non-cash funds, seizure of securities issues, seizure of temporarily seized property with a missed deadline, «legalization» as withdrawal of money into the shadow turnover.*

Судовий контроль за процесом досудового розслідування вважається важливим чинником законності останнього<sup>1</sup>. Однак в умовах практики українського кримінального процесу надії на ефективність такого контролю не справдилися<sup>2</sup>. Навпаки, парадоксальним чином підвищило рівень свавілля слідства, оскільки слідчі судді, як правило, погоджуються зі всіма забаганками слідчих та прокурорів, а у останніх виникає можливість прикривати своє свавілля наявністю відповідних рішень судів. Як зазначив 24.10.2017 р. Прем'єр-Міністр України В. Б. Гройсман, «в Україні обшуки й арешти майна підприємців стали холерою»<sup>3</sup>. А це означає, що інститут слідчих суддів в Україні не став тим «щепленням», яке б завадило поширенню цієї «холери». Отже, аналіз такого стану справ є актуальним.

Проблемам судового контролю за законністю досудового розслідування присвячена низка наукових робіт<sup>4</sup>. Однак переважна більшість цих

<sup>1</sup> *Макаров М. А.* Судовий контроль у кримінальному процесі: теоретичні та правові основи : автореф. дис... д-ра юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2018. 38 с.; *Бондюк А. Ф.* Історичні передумови виникнення інституту слідчого судді: розвиток судового контролю та прокурорського нагляду // *Судова та слідча практика в Україні.* 2016. Вип. 1. С. 71-75; *Горбачевський В. Я.* Судовий контроль на стадії досудового розслідування // *Південноукраїнський правничий часопис.* 2014. № 3. С. 243-246; *Крикунов О.* Судовий контроль за дотриманням процесуальних прав сторін кримінального провадження // *Історико-правовий часопис.* 2016. № 1 (7). – С. 162-167; *Назаров В. В., Тракало Р. І.* Судовий контроль у кримінальному провадженні: теоретичні та практичні аспекти // *Європейські перспективи.* 2014. № 10. С. 89-95; *Комарова М. В.* Судовий контроль під час проведення обшуку // *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер. Юриспруденція.* 2017. № 26. С. 119-121

<sup>2</sup> *Белкін Л. М.* Ефективність судового контролю на досудовому слідстві: надії, які не збулися // *Актуальні проблеми реформування кримінальної юстиції: матер. Міжнар. науково-практич. конф., м. Одеса, 20.04.2018 р.* Одеса: Міжнародний гуманітарний університет, 2018. С. 53-56.

<sup>3</sup> URL: <https://ua.112.ua/polityka/hroisman-v-ukraini-obshuky-i-aresht-maina-pid-ryiemtsiv-staly-kholeroiu-417312.html>

<sup>4</sup> *Макаров М. А.* Цит. праця; *Бондюк А. Ф.* Цит. праця; *Горбачевський В. Я.* Цит. праця; *Крикунов О.* Цит. праця; *Назаров В. В., Тракало Р. І.* Цит. праця; *Комарова М. В.* Цит. праця.

робіт, крім, можливо, статті М. В. Комарової, описує, як повинно у цій сфері бути. І тільки окремі статті аналізують практичний стан судового контролю на досудовому слідстві з усіма його суттєвими недоліками. Так, М. В. Комарова у процесі вивчення та узагальнення судової практики розгляду слідчими суддями місцевих загальних судів Дніпропетровської області клопотань про надання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи за період з 01.01.2014 р. по 31.12.2014 р. з'ясувала, що не завжди слідчими суддями такі дозволи надаються обґрунтовано, що призводить до безпідставного порушення конституційних гарантій (ст. 30) на недоторканність житла (стор. 120). Більшість критичних публікацій має інформаційно-публіцистичний характер. Автор у своїх працях Автор у своїх працях<sup>5</sup> розглянув негативні аспекти практики слідчих суддів на прикладі ухвал Печерського районного суду м. Києва. У даній статті поглиблюються це дослідження.

Як зазначено вище, інститут слідчих суддів в Україні демонструє свою явну неефективність, якщо вже цією проблемою вимушений займатися особисто Прем'єр-Міністр. Інтернет-ресурс «Цензор.Нет» повідомляє, що у 2017 р. правоохоронці вимагали обшуків у 45 разів більше, ніж у 2012 р. Приблизно 85 % таких клопотань задовольняється судами<sup>6</sup>. Однак не слід думати, що у решті 15 %, суди повністю ставали на бік приватних суб'єктів. Наприклад, слідча суддя О. В. Батрин (тут і далі розглядаються ухвали слідчих суддів Печерського районного суду м. Києва) розглянула 08.11.2017 р. 15 клопотань слідчого про арешт майна у вигляді безготівкових коштів та про зобов'язання банківської установи надавати інформацію про залишок грошових коштів на рахунках. Це клопотання суддя задовольнила «частково»: підтримала клопотання про усі 15 арештів, але відмовила у покладанні на банки вказаного зобов'язання<sup>7</sup>.

М. А. Макаров наводить відомості<sup>8</sup>, що у 2016 р. слідчі судді України розглянули майже 486 тис. клопотань слідчих, прокурорів та інших осіб, із яких задоволено 410,1 тис. клопотань, або 84,4 % від кількості розглянутих. Слідчим суддям надійшло на розгляд 86,2 тис. скарг на рішення, дії чи бездіяльність слідчого або прокурора, які можуть бути оскаржені під час досудового розслідування. Розглянуто (без повернутих) 73,5 тис. скарг, із яких задоволено 32,1 тис., або 43,7 % від кількості розглянутих. Однак всупереч твердженню М. А. Макарова висловимо думку, що ці дані аж ніяк не свідчать про те, що діяльність слідчих суддів є *на практиці* важливою гарантією дотримання прав, свобод та інтересів осіб у кримі-

<sup>5</sup> Белкін Л. М. Цит. праця.

<sup>6</sup> URL: [https://ua.censor.net.ua/news/3056316/pravoohorontsi\\_v\\_2017\\_rotsi\\_vymagaly\\_obshukiv\\_u\\_45\\_raziv\\_bilshe\\_nij\\_u\\_2012mu](https://ua.censor.net.ua/news/3056316/pravoohorontsi_v_2017_rotsi_vymagaly_obshukiv_u_45_raziv_bilshe_nij_u_2012mu)

<sup>7</sup> Див., наприклад, ухвалу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/70243093>

<sup>8</sup> Макаров М. А. Цит. праця.

нальному провадженні. Про «прокурорсько-слідчий» ухил прийнятих рішень свідчить той факт, що питома вага задоволених клопотань слідчих, прокурорів значно вища, ніж задоволених скарг на їх дії — при значно більшому рівні обґрунтованості останніх. При цьому слід мати на увазі, що арешти часто накладаються «оптом» — на майно декількох осіб в одній ухвалі (наприклад, у згаданих вище ухвалах від 08.11.2017 р. — до 15 осіб<sup>9</sup>) і швидко (до 2-3 діб), у той час як знімаються арешти «вроздріб» — по 1-2 особи — і довго (до 3-4 місяців). Наприклад, ухвалою від 22.06.2018 р. по справі № 757/8803/18-к<sup>10</sup> задоволено клопотання про зняття арешту з майна, подане **16.02.2018 р.** Ухвалою від **22.12.2017 р.** № 757/73659/17-к<sup>11</sup> (слідча суддя Шапутько С. В.) накладений арешт на 35 емісій цінних паперів, тобто не власників навіть, а випусків у цілому. При цьому власниками цінних паперів цих випусків можуть бути до 4.000 осіб.

Наочне уявлення про навалу бажаючих що-небудь арештувати чи кого-небудь обшукати надає фото черги слідчих о 06.00 ранку подати до Печерського суду відповідні клопотання<sup>12</sup>. Правда, тут ресурс «Цензор. Нет» співчуває нашим «захисникам». Автор це співчуття не поділяє. Як правильно вказує один з коментаторів згаданої вище публікації щодо різкого збільшення обшуків, «якщо таку кількість обшуків порівняти з кількістю вироків по злочинах з корупції, хабарництва, шахрайства, то можна зробити беззаперечний висновок, що лєвова частка обшуків проходила не по провадженнях у кримінальних справах, а з метою віджиму бізнесу». Наприклад, безпідставність і необґрунтованість арешту коштів ілюструється ухвалою від 18.07.2017 р. № 757/27482/17-к<sup>13</sup>, де скасовувався арешт, накладений ухвалою від 10.10.2016 р. слідчої судді Шапутько С. В. В ухвалі від 18.07.2017 р. суддя дійшов висновку про відсутність у кримінальному провадженні даних, які б виправдовували втручання держави у право на мирне володіння майном. Тоді навіщо кошти трималися під арештом майже рік? На жаль, добитися відшкодування шкоди, завданої таким необґрунтованим арештом, практично неможливо.

Безпідставність і необґрунтованість притаманні переважній більшості ухвал слідчих суддів, не кажучи вже про поліцейсько-прокурорський стиль їх викладу. Практично ці ухвали складаються шляхом некритичного сканування клопотань слідчого або взагалі копіювання цих клопотань

<sup>9</sup> URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/70243376> (справа № 757/66609/17-к)

<sup>10</sup> URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75240343>

<sup>11</sup> URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71281781>

<sup>12</sup> URL: [https://ua.censor.net.ua/photo\\_news/3039177/pravoohorontsi\\_zayimayut\\_u\\_sudi\\_chergu\\_z\\_600\\_ranku\\_schob\\_zdaty\\_na\\_rozglyad\\_klopotannya\\_pro\\_obshuky\\_ta](https://ua.censor.net.ua/photo_news/3039177/pravoohorontsi_zayimayut_u_sudi_chergu_z_600_ranku_schob_zdaty_na_rozglyad_klopotannya_pro_obshuky_ta)

<sup>13</sup> URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/67852376>

з електронного носія інформації. Наприклад, ухвалою від 16.05.2017 р. № 757/26601/17-к<sup>14</sup> (слідчий суддя Підпалій В. В.) протягом 10 хвилин накладений арешт на документи та обладнання, тільки перелік яких склав 57 аркушів. З цього приводу в ухвалі Апеляційного суду м. Києва від 19.07.2017 р. вказано<sup>15</sup>, що «протокол огляду речей та документів, постанова про визнання їх речовими доказами, клопотання прокурора про накладення на них арешту та *оскаржувана ухвала слідчого судді* про їх арешт *є ідентичними* до кожної допущеної в цих процесуальних документах помилки та неточності, навіть таких як «- відомість розрахунків з контрагентами за період з 01 січня 2008 року по **01.ЮЮ.2011**, на 1-му арк.».

В ухвалі від 14.12.2017 р. № 757/61590/16-к<sup>16</sup> (слідча суддя Шапутько С. В.) зазначено: «Крім того, встановлено, що *невстановленими слідством особами* здійснювалось зняття готівкових грошових коштів у банківській установі та перерахування безготівкових грошових коштів на рахунки підконтрольних осіб та суб'єктів господарювання, використовуючи рахунки наступних фізичних осіб...» (далі перелік із 138 фізичних осіб). І якщо зняття готівкових грошових коштів у банківській установі (за допомогою банківських карток) чи перерахування безготівкових коштів (за допомогою системи «Клієнт-Банк») невідомими особами ще можна уявити, то контроль цими «невстановленими» особами над іншими 138 особами уявити практично неможливо. За таких формулювань і безконтрольності до списку із 138 осіб можна додати будь-кого і отримати згоду слідчого судді.

В ухвалі від 14.12.2017 р. № 757/61590/16-к<sup>17</sup> (слідча суддя Шапутько С. В.) зазначено (орфографія збережена): «Слідством встановлено, що директором ТОВ «Рікус» є громадянин О., а місцезнаходження підприємства не придатне для здійснення професійної діяльності на ринку цінних паперів (у вказаному приміщенні відсутнє опалення, освітлення, також *відсутні будь які технічні пристрої*). Слідством встановлено, що у своїй діяльності службові особи ТОВ «Рікус» використовують комп'ютерну техніку з IP-адресою 94.125.122.213, провайдер, який надає послуги з під'єднання до мережі інтернет ТОВ «УКРКОМ» (ЄДРПОУ 22891175)». Тобто пристроїв у офісі товариства немає, але відомості про його провайдера про всяк випадок слідчий суддя отримати дозволить.

В ухвалі від 12.10.2017 р. № 757/60555/17-к<sup>18</sup> (слідча суддя Батрин О. В.) і, до речі, не тільки у цій ухвалі, застосовуються такі фор-

<sup>14</sup> URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/66731135>

<sup>15</sup> URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/67958479>

<sup>16</sup> URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63528290>

<sup>17</sup> URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/65512204>

<sup>18</sup> URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/69487858>

мулювання, не підтверджені жодним вироком, як «організаторами злочинної діяльності», «функціонування злочинної схеми», «підконтрольні підприємства з ознаками фіктивності», «фігурантами провадження використовуються «сміттєві» цінні папери», «у проведенні фінансово-господарських операцій... без фактичного здійснення господарських операцій» тощо.

За кількістю порушень законодавства, на нашу думку, є рекордною ухвала від 12.10.2017 р. № 757/60555/17-к. За цими показниками з нею може сперечатися, можливо, ухвала від 22.12.2017 р. № 757/73659/17-к, згадана вище. По-перше, ухвалою від 12.10.2017 р. арешт був накладений на більш як півсотні випусків цінних паперів, без з'ясування конкретних власників та їх будь-якої причетності до кримінального правопорушення, що суперечить ч. 2 ст. 171 КПК України та ст. 7 Закону України «Про депозитарну систему України». По-друге, суд погодився із тим, що за рахунок операцій з цінними паперами можливо створити податковий кредит, хоча операції з цінними паперами не є об'єктом операцій з ПДВ (пп. 196.1.1 п. 196.1 ст. 196 Податкового кодексу України). По-третє, суд віднайшов «біржові» ціни на акції приватних акціонерних товариств, які до 01.01.2018 р. взагалі на біржі обертатися не могли (ст. 24 ЗУ «Про акціонерні товариства» в редакції до 01.01.2018 р.). По-четверте, суд «вирішив», що посадові особи компаній з управління активами та корпоративних інвестиційних фондів самостійно маніпулювали цінними паперами на біржі, у той час як реально на біржі могли працювати тільки посадові особи торговців цінними паперами (ч. 5 ст. 21 ЗУ «Про цінні папери та фондовий ринок»).

«Цікаве» розуміння легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом, запропоновано в ухвалі від 06.02.2018 р. № 757/5014/18-к<sup>19</sup> слідчої судді Бортницької В.В. Так, в ухвалі містяться два таких твердження:

а) «*легалізація* грошових коштів відбувається шляхом перерахування грошових коштів за цінні папери на адресу фізичних осіб, якими здійснюється їх *обготівкування* через каси відділень банківських установ...»;

б) «таким чином, в ході досудового слідства в кримінальному провадженні зібрано достатньо доказів та встановлені підстави, які свідчать що група осіб ... здійснює незаконну діяльність по *незаконному виведенню безготівкових коштів у тіньовий, тобто неконтрольований державою*, обіг, та безпосередньо здійснюють *обготівкування* коштів».

Тобто за версією суду, *легалізація* — це і є *виведення у тіньовий обіг*. Хоча завжди вважалося, що тіньовий обіг — це нелегальний обіг.

Крім того, в законодавстві України жодним чином не визначене поняття «*обготівкування*» — ані як юридичний термін, ані як кримінально

<sup>19</sup> URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72082766>

каране діяння. В принципі отримання заробітної плати через банкомат також є «*обготівковування*» (перетворення безготівкових коштів у готівку). Отже, слідчі судді дозволяють собі використовувати в судових документах, що складаються «Іменем України», поліцейсько-прокурорський жаргон, не визначений жодним законодавчим актом.

В ухвалі від 12.06.2017 р. № 757/32786/17-к<sup>20</sup> слідчий суддя Білоцерківець О. А. демонструє «любов» і «повагу» по-українськи до інвестора. Так, необхідність задоволення відповідного клопотання слідчий суддя «мотивує» тим, що ТОВ є одним з найбільших забудовників житлової нерухомості в м. Києві, в своєму управлінні має 5 пайових та 1 корпоративний інвестиційний фонд із загальним обсягом емісії цінних паперів (тобто фактично обсягом інвестицій) номінальною вартістю 4,9 млрд грн. Далі стверджується, що ТОВ здійснює фінансові операції *з метою ухилення від сплати податків*, хоча «розслідування» здійснюється за ч. 2 ст. 205, ч. 2 ст. 209 КК України, але жодних епізодів, які б потрапляли під диспозицію цих статей, в ухвалі не зазначається.

Рівень «обґрунтованості» ухвал слідчих суддів демонструє також ухвала від 17.11.2016 р. № 757/56602/16-к<sup>21</sup> (слідча суддя Фаркош Ю. А.), де розглядалося клопотання про тимчасовий доступ до банківських документів низки ТОВ у межах кримінального провадження № 42014000000000375 від 07.05.2014 р. Тобто є підстави вважати, що слідство велося (якщо дійсно велося) за період до 07.05.2014 р. При цьому дозвіл на доступ до документів надавався за період з 01.01.2015 по 17.11.2016, тобто значно пізніший, ніж період нібито вчинення злочину. Більше того, деякі ТОВ, відносно яких надавався дозвіл на доступ, створені значно пізніше, ніж нібито вчинений злочин: ТОВ «Антей Стей» — 22.04.2015 р., ТОВ «Ларош Тім» — 29.01.2016 р., ТОВ «Фаріал» — 25.02.2016 р., — і не могли брати участі у злочині. Або така ретроспектива повинна бути докладно обґрунтована, чого ухвалі немає.

В ухвалі від 01.06.2017 р. № 757/17152/17-к<sup>22</sup> (слідча суддя Шапутько С.В.) накладений арешт на майно (автомобіль), тимчасово вилучене 20.03.2017 р., при цьому прокурор звернувся із клопотанням про арешт 26.03.2017 р. Слідчий суддя, не звернувши увагу на порушення абзацу 2 ч. 5 ст. 171 (умова звернення протягом 48 годин) КПК України та ч. 6 ст. 173 (умова накладання арешту протягом 72 годин) КПК України, клопотання про арешт задовольнив, хоча у згаданій вище ухвалі Апеляційного суду від 19.07.2017 р. це розглядається як порушення. Ухвалою від 25.06.2018 р. у справі № 757/31076/18-к<sup>23</sup> (слідчий суддя

<sup>20</sup> URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/67085718>

<sup>21</sup> URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/63141109>

<sup>22</sup> URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/70605683>

<sup>23</sup> URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75605481>

Підпалій В. В.) накладений арешт на майно, яке було вилучено **28.03.2018 р.**, тобто майже 3 місяці перебувало в статусі тимчасово вилученого. При цьому різноманітні процесуальні виверти (поновлення строку звернення до суду; відкладання розгляду справи) не можуть слугувати підставою для порушення норм абзацу 2 ч. 5 ст. 171, ч. 6 ст. 173 КПК, оскільки, як правильно зазначається у п. 43 ухвали Верховного Суду (Касаційний кримінальний суд) від 09.01.2018 р. (провадження № 51-499ск17), навіть при найширшому розумінні ролі слідчого судді неможливо узгодити з нею право слідчого судді розширювати — порівняно із законодавством — повноваження державних органів і посадовців. *Слідчий суддя може лише обмежити в конкретному випадку, виходячи з обставин справи, використання вже наданих йому законом повноважень*<sup>24</sup>.

Цікавий «винахід» продемонструвати слідчі, прокурори, слідчі судді та навіть деякі судді апеляційних судів, які *визнають* речовими доказами і арештовують *безготівкові* грошові кошти як речові докази, які насправді речами не є. Так, ст. 98 КПК України передбачаються критерії речових доказів. Ними є *матеріальні об'єкти*, які були знаряддям вчинення кримінального правопорушення, зберегли на собі його сліди або містять інші відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження, в тому числі предмети, що були об'єктом кримінально протиправних дій, гроші, цінності та інші речі, набуті кримінально протиправним шляхом або отримані юридичною особою внаслідок вчинення кримінального правопорушення. Але безготівкові грошові кошти не можуть бути речовими доказами, оскільки не є матеріальними об'єктами, а є виключно записами на рахунках у банках. Відповідно до ст. 2 ЗУ «Про банки та банківську діяльність» банківські рахунки — рахунки, на яких обліковуються власні кошти, вимоги, зобов'язання банку стосовно його клієнтів і контрагентів та які дають можливість здійснювати переказ коштів за допомогою банківських платіжних інструментів. Згідно із ст. 3.1 ЗУ «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» кошти існують у готівковій формі (формі грошових знаків) або у безготівковій формі (формі записів на рахунках у банках). Отже, із вказаних законодавчих визначень вбачається, що банківський рахунок використовується лише для обліку грошових коштів, а не їх фактичного збереження. Тобто банківський рахунок містить лише числові відомості про кількість грошових коштів. Крім того, грошові кошти на банківському рахунку, що належать до нематеріального світу (у вигляді комп'ютерного коду), в силу своєї природи не можуть зберегти на собі сліди або відомості про обставини, що встановлюються під час кримінального провадження, як наслідок не можуть бути речовими доказами.

<sup>24</sup> URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72670536>

Аналогічну фізичну та правову природу мають і цінні папери у бездокументарній формі, оскільки вони також не мають матеріального втілення. Згідно із ч. 3 ст. 3 ЗУ «Про цінні папери та фондовий ринок» цінні папери за формою існування поділяються на бездокументарні цінні папери та документарні цінні папери. *Бездокументарним цінним папером є обліковий запис* на рахунку в цінних паперах у системі депозитарного обліку цінних паперів. Документарним цінним папером є паперовий або електронний документ, оформлений у визначеній законодавством формі, що містить найменування виду цінного папера, а також визначені законодавством реквізити. Отже, має місце пряма аналогія: грошові банкноти/купюри → паперовий або електронний документ цінного папера; безготівкові кошти у формі записів на рахунках у банках → бездокументарний цінний папір як обліковий запис на рахунку в цінних паперах.

Хоча ч. 10 ст. 170 КПК України передбачає можливість арешту грошей у безготівковій формі, такий арешт може використовуватися з іншою метою, передбаченою ч. 2 ст. 170 КПК, а саме: 2) спеціальної конфіскації; 3) конфіскації майна як виду покарання або заходу кримінально-правового характеру щодо юридичної особи; 4) відшкодування шкоди, завданої внаслідок кримінального правопорушення (цивільний позов), чи стягнення з юридичної особи отриманої неправомірної вигоди. Однак для збереження речових доказів (п. 1 ч. 2 ст. 170 КПК) такий арешт застосований бути не може внаслідок невідповідності критеріям ст. 98 КПК України.

Заради справедливості слід зазначити, що у деяких ухвалах слідчих суддів Печерського районного суду м. Києва ця думка знаходить підтримку (наприклад, ухвали від 12.05.2017 р. № 757/10923/17-к<sup>25</sup>, від 27.12.2017 р. № 757/76292/17-к<sup>26</sup>, від 10.01.2018 р. № 757/1422/18-к<sup>27</sup>). Однак у більшості випадків ці очевидні міркування не знаходять необхідного розуміння.

Наприклад, у згаданій вище ухвалі від 08.11.2017 р. № 757/66609/17-к слідча суддя Батрин О. В. вирішила «накласти арешт на кошти, які знаходяться на рахунках, відкритих у Банку... в частині видатку коштів, з можливістю зарахування на зазначені рахунки коштів, що надходять». Тобто слідча суддя, як і слідчий і прокурор, визнала «злочинними» не тільки кошти, щодо яких вже нібито встановлені певні факти, але й усі кошти наперед.

На прикладі ставлення до статусу безготівкових коштів як речових доказів цікаво прослідкувати, як подекуди слідчі судді не погоджуються

<sup>25</sup> URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/66473650>

<sup>26</sup> URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71480070>

<sup>27</sup> URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71624895>

самі із собою. Так, в ухвалі від 19.07.2018 р. № 757/12201/18-к<sup>28</sup> слідчий суддя Підпалій В. В. правильно зазначив, що кошти на арештованих рахунках, у розумінні ст. 98 КПК України, не можуть бути речовим доказом у даному кримінальному провадженні (йшлося про кримінальне провадження № 42017111200000142 від 17.03.2017 р.). Хоча в ухвалах від 09.11.2017 р. № 757/66864/17-к<sup>29</sup> та № 757/66876/17-к<sup>30</sup> той же слідчий суддя Підпалій В. В. у межах того ж кримінального провадження № 42017111200000142 наклав арешт на кошти, які обліковуються на рахунках, відкритих у банках.

В ухвалі від 26.06.2018 р. № 757/31041/18-к<sup>31</sup> суддя Підпалій В. В. прийняв рішення про накладання арешту на суму ПДВ у системі електронного адміністрування ПДВ (ліміту ПДВ), на яку відповідні платники мають право зареєструвати податкові накладні та/або розрахунки коригування в Єдиному реєстрі податкових накладних, хоча зазначені суми також є «віртуальними» грошовими коштами, які знаходяться на спеціальних ПДВ-рахунках і не можуть бути *речовими доказами*, оскільки не можуть вважатися матеріальним об'єктом (річчю).

В ухвалі від 23.02.2017 р. № 757/10828/17-к<sup>32</sup> слідча суддя Литвинова І. В. вирішила «накласти арешт на грошові кошти та видаткові операції, які знаходяться на рахунках ТОВ... Заборонити службовим особам та працівникам ТОВ... використовувати або будь-яким чином відчужувати вищезазначене майно, *окрім здійснення обов'язкових платежів до бюджету та виплати заробітної плати*». В ухвалі від 18.06.2018 р. № 757/29210/18-к<sup>33</sup> слідчий суддя Підпалій В. В. також погодився «зупинити видаткові операції з коштами, які надійшли на зазначені рахунки і вже знаходяться на них, *крім обов'язкових платежів до бюджету та виплати заробітних плат працівникам*». При цьому з поля зору авторів цих текстів якось випала та проста думка, що після двох-трьох виплат до бюджету чи заробітної плати «збереженість» «речових доказів» закінчиться.

При розгляді апеляційної скарги на одну із згаданих вище ухвал від 08.11.2017 р. (слідча суддя Батрин О. В.) Апеляційний м. Києва в ухвалі від 29.03.2018 р. вказав<sup>34</sup> на неможливість арешту коштів, коли залишок коштів на рахунку становить 0 грн 00 коп. Зі змісту ч. 10 ст. 170 КПК України вбачається, зазначив Апеляційний суд, що «арешт не може бути

<sup>28</sup> URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75417946>

<sup>29</sup> URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71611948>

<sup>30</sup> URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71624348>

<sup>31</sup> URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75161371>

<sup>32</sup> URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64993579>

<sup>33</sup> URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74962286>

<sup>34</sup> URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73188815>

накладений на кошти, яких фактично немає на банківському рахунку, оскільки в такому разі очевидним стає те, що арешт накладено на сам банківський рахунок, а це кримінальним процесуальним законом не передбачено». Однак слідчі судді продовжують накладати арешти «на речові докази» у сумі 0 грн 00 коп., фактично «арештовуючи» повітря.

Зазначений вище арешт майна однією ухвалою «оптом», тобто декількох власників, іноді зручний для сторони слідства тим, що серед власників, щодо яких існують хоча б якісь аргументи, можна сховати власників, щодо яких аргументи відсутні повністю. Так в ухвалі від 24.04.2018 р. № 757/19555/18-к<sup>35</sup> (слідча суддя Бортницька В. В.) наведена аргументація щодо арешту майна (безготівкових коштів) ТОВ-1 і ТОВ-2. Не вважаючи цю аргументацію переконливою, автор тим не менш зазначає, що наведені хоча б якісь аргументи. А далі без будь-якого логічного зв'язку із попереднім текстом вказано: «Також встановлено, що групою осіб використовується рахунки ТОВ-3 для здійснення протиправної діяльності, спрямованої на переведення безготівкових коштів у готівку з метою виведення грошових коштів у тіньовий, неконтрольований сектор економіки». Будь-яке інше обґрунтування не наводиться. З таким «обґрунтуванням» можна накласти арешт на майно будь-якої «жертви». Ефект від такого судового контролю абсолютно нульовий.

Аналіз ухвал слідчих суддів, які (ухвали) містять відверті порушення та нісенітниця, не є вичерпним, а також не враховує ухвал інших судів. І це при тому, що ці ж самі судді приймають цілком правильні рішення у цивільних справах, де тиск владних структур не так очевидний. Оскільки жодної відповідальності слідчі судді за прийняття таких ухвал не понесли, більше того, велика кількість ухвал навіть не скасовується в апеляційному порядку, слід визнати, що саме такий невтішний стан справ у сфері судового контролю на досудовому слідстві є типовим і свідчить про «глибокий прогин суддів перед державною машиною»<sup>36</sup>. Суддям значно спокійніше задовольняти різноманітні забаганки слідчих та прокурорів та не нести за це жодної відповідальності, ніж ризикувати псувати відносини з прокурорами. Сплеск обшуків та арештів саме в останні роки свідчить про відсутність успіху так званої судової реформи.

Подальші розвідки у цьому напрямі повинні бути спрямовані на пошук реальних важелів впливу та відповідальності слідчих, прокурорів та слідчих суддів за арешт майна, який виявиться необґрунтованим. Доцільно запровадити презюмовану (мінімальну) матеріальну шкоду, виходячи із вартості необґрунтовано арештованого майна та процентної ставки Національного Банку України за увесь період необґрунтованого

<sup>35</sup> URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73757635>

<sup>36</sup> URL: <https://www.facebook.com/vadim.cherny/posts/10208150513174897>

арешту. Також необхідно, щоб ініціатори арешту кожних 5 місяців підтверджували у суді його доцільність (за аналогією з продовженням строку тримання під вартою кожних 2 місяці).

***Belkin Leonid. The problems of effectiveness of judicial control at the preliminary investigation***

On the example of the definitions of the investigative judges of the Pechersk District Court of Kiev, the state of judicial control at the pre-trial investigation in Ukraine is critically assessed. It is shown that, as a rule, the investigating judges do not consider the arguments of the investigators' requests in essence and formally reproduce these arguments in the definitions adopted in favor of the investigating party. It is much easier for judges to satisfy the illegal petitions of the investigating party than to risk spoiling relations with prosecutors.

Working on this article, the author regrets to understand that this article negatively characterizes the Ukrainian judicial system. At the same time, the evidence suggests that in Ukraine, it is impossible to introduce European powers of law enforcement bodies without European restrictions and responsibilities without damage to ensuring the rights of citizens. Unfortunately, the hopes for effective judicial control at the pre-trial investigation were not justified. The searches of enterprises and property arrests have become an epidemic, which the Prime Minister of Ukraine compared with cholera. The article cites information that in 2017 law enforcement officers demanded searches 45 times more search than in 2012. About 85% of such applications are satisfied by the courts.

Broad distribution received arrests wholesale — the property of dozens of owners at once.

Specific examples are given when, upon the petition of the General Prosecutor's Office of Ukraine, the judge of the Pechersk District Court of Kyiv arrest more than fifty securities issues, without clarifying the specific owners and their involvement in criminal offenses, which contradicts Article 171 of the Criminal Procedure Code of Ukraine. In total, thus, property of about 5.000 owners were arrest without verification from involvement in criminal offenses.

In another definition, the judge acknowledged that there was no electronic equipment in the premises of the enterprise, but allowed the investigator access to the information of the provider of this enterprise.

In one of the definitions, the judge agrees with the investigator that the legalization of money is the transfer of money from cashless to cash, and immediately indicates that such a transfer is a transfer to the informal sector. That is, the same operation is both legalization and transfer to the informal sector at the same time.

Considering that these same judges make quite decent decisions in civil cases, where the pressure of the power structures is not so obvious, the analysis performed testifies to the «deep sagging of judges in front of the state machine». The surge of searches and arrests in recent years is evidence of the lack of success of the so-called judicial reform. Obviously, it is necessary to introduce the guaranteed responsibility of investigators, prosecutors and investigative judges for the arrest of property, if the arrest turns out to be unreasonable.

**Keywords:** arrest of non-cash funds, seizure of securities issues, seizure of temporarily seized property with a missed deadline, «legalization» as withdrawal of money into the shadow turnover.

## Щодо криміналізації поширення «фейкових» новин

**О. О. Костенко,**

старший викладач кафедри

кримінального права та процесу

Навчально-наукового юридичного інституту

Національного авіаційного університету

*Аналізується потенційна шкода, яку можуть нанести фейкові (завідомо неправдиві) новини демократії та суспільному порядку. Здійснено спробу виділити основні ознаки фейкових новин для відмежування останніх від суміжних понять. Обґрунтовується необхідність криміналізації діянь, що пов'язані з поширенням таких новин та дезінформації, в тому числі і через мережу Internet. В аргументації використовується досвід Європейського Союзу та законотворча практика Франції.*

**Ключові слова:** *фейкові новини, дезінформація, свобода слова, виборчий процес, пропаганда.*

**Kostenko E. A. On criminalization of the distribution of fake news**

*Анализируется потенциальный вред, который могут нанести «фейковые» (заведомо неправдивые) новости демократии и общественному порядку. Сделана попытка выделить основные признаки фейковых новостей для разграничения последних от смежных понятий. Обосновывается необходимость криминализации деяний, которые связаны с распространением таких новостей и дезинформации, в том числе и через сеть Internet. В аргументации используется опыт Европейского Союза и законотворческая практика Франции.*

**Ключевые слова:** *фейковые новости, дезинформация, свобода слова, избирательный процесс, пропаганда.*

**Kostenko Olena. On criminalization of the distribution of fake news**

*In this article author analyzes the potential harm that can be caused by «fake» (obviously false) news on democracy and public order. The author attempts to identify the main features of fake news to distinguish the latter from related concepts. Also author tries to justify the need to criminalize acts that are associated with the spread of such news and misinformation, including through the Internet. In argumentation process the experience of the European Union and the legislative practice of France is used.*

**Keywords:** *fake news, desinformation, freedom of speech, electoral process, propaganda.*

---

© Костенко Олена Олександрівна – старший викладач кафедри кримінального права та процесу Навчально-наукового юридичного інституту Національного авіаційного університету

Такий популярний на сьогодні термін «постправа», з'явившись, означив важливі зміни в суспільстві, які відбулися за останні 15 років. На жаль, ми бачимо такий феномен – правда більше не є абсолютною цінністю. Варто нагадати, що слово «постправа» було найбільш вживаним словом 2016 року за версією Оксфордського словника.

У сучасній пресі під «постправдою» мається на увазі риторика Президента США Доналда Трампа, скандал, пов'язаний з викривленням фактів під час процесу Brexit, факт наявності війни в Перській затоці (чи її відсутності, за словами Ж. Бодріяра)<sup>1</sup>. Іншими словами, постправа – результат діяльності публічних осіб, політиків, представників преси, які здійснюють маніпуляцію інформацією, фактами, або ж, взагалі, ігнорують їх, звертаючись до емоцій та почуттів пересічних громадян, для того, щоб перемогти на виборах та/або досягнути іншої мети.

На доказ існування даного явища можна навести такі факти: Дональд Трамп переміг у виборах навіть після того, як казав завідомо неправдиву інформацію, а британський політик Найджела Фараджа, який публічно зізнався, що проголошував неправдиві відомості, залишився в політиці. Але явище постправи вочевидь існує не тільки у політичному дискурсі: на відомому американському шоу Опри Уїнфрі виступила відома зірка, яка стверджувала, що причиною аутизму її сина є те, що в дитинстві йому робили щеплення, а коли її попросили аргументувати твердження, вона відповіла, що «...Google – ось мій університет»<sup>2</sup>. Симптоматичним також є кейс екс-міністра юстиції Великобританії Майкл Гова, який порівняв 10 нобелівських лауреатів з економіки, які підписали лист-звернення проти Brexit, з нацистськими науковцями та заявив що «люди вже по горло ситі цими експертами...»<sup>3</sup>.

Також не можна не зазначити, яку величезну роль грають соціальні мережі у світі постправи, розповсюджуючи недостовірну інформацію. Хоча складається враження, що Facebook вже вийшов з під контролю і заміщує справжню журналістику («криза четвертої гілки влади»), все ж таки суспільство у змозі намагатися контролювати його та використовувати на власну користь, а не навпаки. Прикладом може служити очолюваний головним редактором Guardian проект «Web We Want», що має за мету «протистояти узвичаєній культурі онлайн-домогань і задуматися над питанням, у який спосіб ми, як інституція,

<sup>1</sup> *Baudrillard J.* The Gulf War Did Not Take Place: Power Publications, Sydney (August 17, 2012), 87 p.

<sup>2</sup> *Brotherton R.* Suspicious Minds: Why We Believe Conspiracy Theories: Bloomsbury Publishing (November 19, 2015), 288 p.

<sup>3</sup> *Menon A., Portes J.* You're wrong Michael Gove – experts are trusted far more than you // The Guardian. URL: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/jun/09/michael-gove-experts-academics-vote>.

можемо сприяти кращому і більш цивілізованому спілкуванню в мережі»<sup>4</sup>.

Цю проблему досліджували такі вчені, як Жан Бодріяр, Роб Брозертон, Валерій Бебик, Мет'ю Данкон та ін.

Аналізуючи дану проблематику, не варто було б залишати осторонь потенційну роль права як суспільного регулятора в цій складній проблемі. Очевидним є те, що в більшості країн продавець буде нести юридичну відповідальність, якщо він буде рекламувати свій товар використовуючи неправдиву інформацію, обман, шахрайство. Майже в кожній розвиненій державі є відповідальність за здійснення дифамації (в Україні це ст. 277 Цивільного Кодексу України).

Але 3-го січня 2018 сталася справді важлива соціальна подія – президент Франції Еммануель Макрон оголосив, що у наступні два тижні буде представлено законопроект, спрямований на боротьбу з фейковими новинами в Інтернеті<sup>5</sup>. Президент зазначив, що таким чином він буде застосовувати юридичний механізм захисту демократії від зазіхань. Тобто вже стало очевидним, що суспільна шкода від таких новин стала настільки відчутною, що саме зараз настав час використовувати методи права, тому що зволікання може призвести до негативних наслідків.

Так, рішення Макрона було пов'язане, в першу чергу з пропагандистською діяльністю Sputnik і RT, скандалом, що пов'язаний з втручанням російських медіа у виборчу кампанію<sup>6</sup>. Складно піддати сумніву той факт, що вибори, що проведені з порушенням принципів виборчого права становлять пряму загрозу всьому існуванню демократичного режиму. Але фейкові новини несуть загрозу не тільки виборчому процесу, а також і іншим благам суспільства - таким як громадська безпека, честь і гідність особи, приватність, безпека держави. Так, за даними ВВС за 2017 рік неправдиві новини систематично вражали суспільство – медіа вводили в оману щодо сили урагану в Америці, осіб, винних у вчиненні терористичного акту, пожежі в Лондоні та щодо багатьох інших фактів<sup>7</sup>. Така викривленість фактів сприяє різкому підвищенню рівня злочинності, порушенню прав людини, зневірі людей в стабільність та є очевидною загрозою для суспільного добробуту.

Що ж таке «фейкові новини» (від англ. fake – «підробка», «фальшивка») та які існують проблеми з чітким їх визначенням та відмежуванням

<sup>4</sup> Web we want. URL: <https://webfoundation.org/our-work/projects/web-we-want/>.

<sup>5</sup> Plucinska J. Macron proposes new law against fake news // Politico.eu. URL: <https://www.politico.eu/article/macron-proposes-new-law-against-fake-news/>.

<sup>6</sup> Russia's RT Launches New French Channel Despite 'Propaganda' Charges. URL: <https://www.rferl.org/a/russia-today-rt-launches-new-french-language-channel-paris-despite-propaganda-charges-macron/28926043.html>

<sup>7</sup> Rannard G. How fake news plagued 2017. URL: <http://www.bbc.com/news/world-42487425>.

від інших, зовнішньо схожих явищ? Оскільки над пошуком відповідей на це питання почали замислюватись відносно нещодавно (раніше годі було і передбачити, що соціальні мережі в Internet набудуть такого впливу і почнуть виходити з-під контролю), то загальноприйнятої дефініції ще немає, як немає і загальносуспільного погодження щодо ознак «фейковості». Словник Merriam-Webster визначає, що термін «фейкові новини» часто використовується, щоб описати новини політики, які спричиняють шкоду установам, організаціям, юридичним чи фізичним особам<sup>8</sup>. Згідно Le Monde, фейки «створюються за принципом звичайних новин і маскуються під журналістику»<sup>9</sup>. Також є таке визначення, в якому фейкові новини це – «шахрайство, повністю або частково вигадана інформація про суспільні події, явища, певних осіб, яка подається у ЗМІ під виглядом справжніх журналістських матеріалів. Часто носять гумористичний або сатиричний характер і створюються з метою висміювання або привернення уваги до важливих суспільних проблем чи тенденцій»<sup>10</sup>. Спробуємо, згідно цих визначень, окреслити основні ознаки, які відрізняють фейкові новини від правдивих та від схожих на них – гумору, сатири, добросовісної помилки автора:

1. Створюються з метою ввести в оману.
2. Спричиняють шкоду.
3. Інформація не відповідає об'єктивній реальності, і це можна довести (не оціночна точка зору автора).
4. Фейкові новини зовнішньо схожі на правдиві.

Також варто зазначити, що в цьому питанні є деякі проблемні моменти відмежування від сатиричних повідомлень (можливо, за критерієм суспільної шкідливості, оскільки сатира має суспільно корисну мету – привертати увагу до важливих явищ) та питання співвідношення зі свободою слова. Обмеження законом поширення фейкових новин пов'язане з великим ризиком – воно може увійти у конфлікт зі свободою слова, обмежити її та спричинити так званий chilling effect («охолоджуючий ефект») на незалежних медіа, які є необхідним елементом функціонування демократії. Для того, щоб уникнути таких наслідків, необхідно окреслити чітку дефініцію у нормативному акті та намагатися уникати надмірної криміналізації, якщо мова йде про методи кримінального права.

<sup>8</sup> *The Real Story of 'Fake News'*. URL: <https://www.merriam-webster.com/words-at-play/the-real-story-of-fake-news>

<sup>9</sup> *Delcambre A.* Huit médias français s'allient à Facebook contre les « fake news » En savoir plus sur dans-sa-lutte-contre-les-fake-news\_5075054\_3236.html#6YLsohexvZ2eu8Cz. URL: [http://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2017/02/06/huit-medias-francais-s-allient-a-facebook-dans-sa-lutte-contre-les-fake-news\\_5075054\\_3236.html](http://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2017/02/06/huit-medias-francais-s-allient-a-facebook-dans-sa-lutte-contre-les-fake-news_5075054_3236.html)

<sup>10</sup> *Підроблені новини*. URL: [https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%9F%D1%96%D0%B4%D1%80%D0%BE%D0%B1%D0%BB%D0%B5%D0%BD%D1%96\\_%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%B8%D0%BD%D0%B8#cite\\_note-1](https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%9F%D1%96%D0%B4%D1%80%D0%BE%D0%B1%D0%BB%D0%B5%D0%BD%D1%96_%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%B8%D0%BD%D0%B8#cite_note-1)

Яким же чином у законопроекті Макрон пропонує вести боротьбу з неправдивими новинами? Він планує зобов'язати керівництво соціальних мереж підвищити прозорість інформації про рекламні матеріали і розкрити особу рекламодавця по запиті, а також новий закон передбачає зобов'язати адміністрацію соціальних мереж або сайту видалити фейковий контент і заблокувати аккаунт користувача за рішенням суду та ін.<sup>11</sup> Варто зазначити, що у Франції ще з 1981 року діє закон, який захищає проти розповсюджувачів недостовірної інформації, але він визнаний сильно застарілим, оскільки вплив Інтернету змінив медіа за останні роки.

Також в 2017 році була створена суспільна консультація Єврокомісії проти поширення дезінформації та фейкових новин в Інтернеті. Участь у ній можуть взяти громадяни, журналісти та юридичні особи в ЄС. У 2017 році Європарламентом була прийнята резолюція щодо необхідності Єврокомісії переглянути діюче законодавство щодо обмежень поширення дезінформації, а Єврокомісія підтвердила, що ця тема є пріоритетною і включила її в програму на 2018 рік<sup>12</sup>.

Отже, навітьши аргументи, що фейкові новини дійсно є суспільно шкідливими, виникає питання: чи варто криміналізувати їх поширення? Особливо враховуючи сучасні тенденції до економії засобів кримінальної репресії та гуманізму.

На нашу думку, так, варто. Основними аргументами тут буде існування конфлікту с Росією, широке розповсюдження пропаганди, низький рівень культури журналіста в країні, відсутність прозорості фінансування популярних медіа та інші. Враховуючи досвід Франції, а точніше приблизний перелік суб'єктів, які можуть понести відповідальність за поширення фейкових новин, можна запропонувати застосовувати до таких суб'єктів заходи кримінально-правового характеру до юридичних осіб (ст. 96-10 Кримінально кодексу України). Щоб уникнути надмірного використання засобів кримінально-правового характеру та не спричинити вищезазначений «охолоджуючий ефект», варто було б обмежити криміналізацію діяння поширенням тільки тих фейкових новин, внаслідок яких настали тяжкі або особливо тяжкі наслідки чи заподіяна істотна шкода, або ж якщо діяння пов'язане порушенням або ризиком порушення національної безпеки України, її суверенітету та територіальної цілісності.

<sup>11</sup> Президент Франції готовит закон против фейковых новостей. URL: <http://www.dw.com/ru>.

<sup>12</sup> Call for applications for the selection of members of the High Level group on Fake News. URL: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/call-applications-selection-members-high-level-group-fake-news>

Отже, враховуючи вищезазначені аргументи, а також той факт, що на сьогодні політичний курс України спрямований до інтеграції з Євросоюзом, українському кримінальному законодавству необхідні зміни у контексті захисту від фейкових новин в Інтернеті і не тільки, дезінформації, особливо якщо наслідки від таких новин впливають на виборчий процес чи безпеку держави. Хоча криміналізація поширення такого роду інформації і пов'язана з певними ризиками, закони, написані з використанням досвіду європейських країн та якісної законодавчої техніки безперечно будуть мати позитивний вплив на українське суспільство.

***Kostenko Olena. On criminalization of the distribution of fake news***

The most widely used word in 2016 according to the Oxford Dictionary was the word «post-truth». The post-truth is the result of the activities of public figures, politicians, press representatives who manipulate information, facts, or, in general, ignore them, addressing the emotions and feelings of ordinary citizens in order to win elections and / or achieve another goal.

Analyzing this issue, it would not be worthwhile to leave the potential role of law as a public regulator in this complex problem. It is obvious that in most countries the seller will be legally responsible if he make advertisement of his product using false information, fraud. Almost in every developed state exists criminal or civil responsibility for defamation (in Ukraine it is article 277 of the Civil Code of Ukraine).

But on January 3, 2018, a really important social event took place - French President Emmanuel Macron announced that a bill aimed at combating fake news on the Internet will be presented in the next two weeks. The President noted that in this way he would apply the legal mechanism of protecting democracy against the violations. It has become apparent that public harm from such news has become so significant that it is now time to use the methods of law, because hesitation can lead to negative consequences.

So what is the definition of «fake news» and are there any problems with separation fake news from other phenomena? As it wasn't possible for example 10-15 years ago to foresee that social networks in the Internet would take such influence and start going out of control) so there is no generally accepted definition as well as there is no general agreement on the features of being fake. The Merriam-Webster Dictionary determines that the term «fake news» is often used to describe policy news that harms institutions, organizations, legal entities or individuals. According to Le Monde, the fake news «are created on the principle of ordinary news and look like real journalism». There is also a definition in which fake news are «fraud, totally or partly invented information about social events, phenomena, certain individuals, which are presented in the media under the guise of the real journalistic materials. Often they are humorous or satirical and are designed to mock or attract attention to important social problems or trends».

Let's try, according to these definitions, to outline the main features that distinguish the fake news from the true and the similar ones - humor, satire, bona fide mistake by the author – fake news are created in order to deceive; causing harm,

the information in them does not correspond to objective reality, and this can be proved (not an estimation point of view of the author); fake news look very similar to the truth.

Consequently, while arguing that fake news are really socially harmful, the question arises: is it necessary to criminalize their spread? Especially considering the current trends in avoidance of overcriminalization to save money and resources and for humanism.

In our opinion, yes, it is worth it. The main arguments here are: the existence of a conflict with Russia, widespread propaganda, a low level of journalist culture in the country, lack of transparency in the funding of popular media, and others. Using the experience of France, or rather the approximate list of legal persons that may be responsible for the distribution of fake news, it is possible to apply to such legal persons special measures of criminal law (article 96-10 of the Criminal Code of Ukraine). In order to avoid excessive use of repressive measures and not to cause the above-mentioned «cooling effect», it would be advisable to restrict the criminalization of the act to the dissemination of only those fake news that resulted in grave or particularly grave consequences or significant harm, or if the act is related to violation or risk of violating Ukraine's national security, its sovereignty and territorial integrity.

Consequently, taking into account the above-mentioned arguments, as well as the fact that Ukraine's political course is currently aimed at integration with the European Union, Ukrainian criminal law requires changes in the context of protection against fake news in the Internet and other resources, misinformation, especially if the consequences of such news affect the electoral process or the security of the state. Although the criminalization of the distribution of this type of information is related to certain risks, laws which are made taking into account the experience of European countries and quality legislative technology will certainly have a positive impact on Ukrainian society.

**Keywords:** fake news, desinformation, freedom of speech, electoral process, propaganda.

УДК 342.951

## Етапи становлення вітчизняного цивільного судочинства

**А. Г. Гулик,**

кандидат юридичних наук,

суддя Львівського окружного адміністративного суду

*Досліджено етапи розвитку вітчизняного цивільного судочинства. Аналізуються судові процедури, які були передбачені Руською Правдою, Статутами Великого князівства Литовського, періоду національно-визвольного руху українського народу. Розглядаються Статуту цивільного судочинства 1864 і 1895 років.*

*Відзначається, що формування цивільного судочинства на землях Західної України обумовлювалося змінами судової системи Австрії, пошуком нової конструкції цивільної процесуальної діяльності, в основі якої — активність суду. Досліджуються етапи формування радянського типу правосуддя у цивільних справах, причини проведення повномасштабних перетворень правової системи України.*

**Ключові слова:** цивільне судочинство, змагальність, судові процедури.

**Гулик А. Г. Этапы становления отечественного гражданского судопроизводства**

*Исследованы основные этапы развития отечественного гражданского судопроизводства. Анализируются судебные процедуры, предусмотренные Русской Правдой, Статутами Великого княжества Литовского, периода национально-освободительного движения украинского народа. В работе рассматриваются Уставы гражданского судопроизводства 1864 и 1895 годов.*

*Отмечается, что формирование гражданского судопроизводства на части западных земель Украины обуславливалось изменениями судебной системы*

© Гулик Андрій Григорович — кандидат юридичних наук, суддя Львівського окружного адміністративного суду

Австрии, поиском такой конструкции гражданской процессуальной деятельности, в основе которой — активность суда. Исследуются этапы формирования советского типа правосудия по гражданским делам, причины проведения полномасштабных преобразований правовой системы Украины.

**Ключевые слова:** гражданское судопроизводство, состязательность, судебные процедуры.

### **Gulyk Andriy. Stages on the formation of domestic civil proceedings**

The article is devoted to understanding the stages of development of domestic civil proceedings. Judicial procedures provided by the Russian Pravda, the Statutes of the Grand Duchy of Lithuania, the period of the national liberation movement of the Ukrainian people are analyzed. The work examines the statutes of civil proceedings in 1864 and 1895.

It is noted that the formation of civil proceedings in parts of the western lands of Ukraine was caused by changes in the judicial system of Austria, the search for such a structure of civil procedural activity, based on the activity of the court. The stages of the formation of the Soviet type of justice in civil cases, the reasons for the full-scale transformation of the legal system of Ukraine are investigated.

**Keywords:** civil legal proceedings, competitiveness, Charter of civil legal proceedings, judicial procedures, the Civil Procedural Code of the Ukrainian SSR.

Сучасне цивільне судочинство являє собою підсумок багатовікового розвитку процедур розгляду й вирішення цивільних справ. Історичний аналіз як методологічний інструментарій пізнання дійсності дозволяє не допустити повторення помилок минулого, успадкувати найкраще з вітчизняного досвіду правозастосування, вийти на новий рівень осмислення етапів становлення цивільного процесу, розуміння логіки розвитку та закономірностей сучасного стану правосуддя у цивільних справах.

Уявне відтворення логічного ланцюжка подій і звернення до значної історичної та наукової спадщини є важливим і в аспекті пошуку самобутніх рис розвитку національного права. Завдання ідентифікації української державності — одне із ключових для сучасної науки, зокрема правової.

У цивілістичній процесуальній доктрині історико-правові дослідження завжди посідали важливе місце. За словами Ф. М. Дмитрієва, обов'язок правової науки визначити історичні особливості судочинства, показати, що в них було випадковим і що суттєвим. Подібні праці можуть згодом позитивно впливати на саму практику, яка лише в поєднанні з наукою може отримувати нові сили<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Дмитриев Ф. М. История судебных инстанций и гражданского апелляционного производства от Судебника до Учреждения о губерниях. Москва: Универ. тип., 1859. С. 580.

Власне, не буде перебільшенням стверджувати, що саме наукові праці на історичну тематику поклали початок формуванню цивільної процесуальної науки як самостійної. З іменами К. Д. Кавеліна, К. О. Неволіна, С. В. Пахмана, О. І. Віцина, Ф. М. Дмитрієва, М. М. Михайлова, І. Є. Енгельмана пов'язані перші спроби систематизації знання щодо порядку розгляду й вирішення цивільних справ на ґрунті вітчизняного правознавства<sup>2</sup>. І хоча ці роботи переважно стосувалися лише окремих аспектів цивільної процесуальної діяльності та охоплювали з цілком зрозумілих причин обмежені періоди часу, проте вони визначили особливості становлення школи вітчизняного цивільного процесу.

Сучасна процесуальна наука продовжує осмислення проблематики цивільного судочинства. Виходячи з власних поглядів на предмет дослідження, до історичних аспектів розвитку цивільного судочинства зверталися Ю. В. Білоусов, С. С. Бичкова, Н. Л. Бондаренко-Зелінська, О. В. Гетманцев, К. В. Гусаров, О. В. Дем'янова, В. В. Комаров, В. А. Кройтор, Ю. В. Навроцька, Ю. Д. Притика, В. І. Тertiшніков, Г. П. Тимченко, С. Я. Фурса, М. М. Ясинок та ін. Метою цієї статті є аналіз етапів становлення та розвитку вітчизняного цивільного судочинства.

Як вихідну сформулюємо тезу про те, що перебування земель сучасної України у складі різних держав накладає значний відбиток не тільки на саму можливість виокремлення певних етапів розвитку нашої державності, а й на осмислення і наступне сприйняття форм цивільного судочинства. Не позбавленими підстав видаються позиції істориків, які відзначають труднощі здійснення єдиної періодизації розвитку держави і права в Україні<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> *Неволин К. А.* Программа преподавания гражданского судопроизводства. Санкт-Петербург, 1847; *Кавелин К. Д.* Основные начала русского судопроизводства и гражданского судопроизводства в период времени от Уложения до Учреждения о губерниях. Рассуждение, писанное для получения степени Магистра Гражданского Законодательства кандидатом прав Константином Кавелиным. Москва: Тип. Августа Семена при Императорской Медико-Хирургической академии, 1844; *Пахман С. В.* О судебных доказательствах по русскому праву, преимущественно гражданскому, в историческом их развитии. Рассуждения Семена Пахмана. Москва: Универ. тип. 1851; *Вицын А. И.* Третейский суд по русскому праву. Историко-догматическое рассуждение. Москва: Тип. В. Готье, 1856; *Дмитриев Ф. М.* История судебных инстанций и гражданского апелляционного производства от Судебника до Учреждения о губерниях. Москва: Универ. тип., 1859; *Михайлов М. М.* История образования и развития системы русского гражданского судопроизводства до Уложения 1649 года. Санкт-Петербург: Тип. Карла Крайя, 1848; *Русское гражданское судопроизводство в его историческом развитии от Уложения 1649 года до издания Свода законов.* Рассуждение на степень доктора юридических наук магистра гражданского права. Санкт-Петербург: Изд-во А. Смьрдин (сын), 1856; *Энгельман И. Е.* Курс русского гражданского судопроизводства. Издание третье, исправленное и дополненное. Юрьев: Тип. К. Маттисена, 1912.

<sup>3</sup> *Ухач В. З.* Наукові проблеми періодизації історії держави і права України // Юридичний вісник. Повітряне і космічне право. 2011. № 2(19). С. 28-31.

При цьому, за свідченням дослідників права Західної України, особливе, можна навіть сказати унікальне місце серед регіонів України посідає Буковина, що пережила тривалу і складну історію належності до Київської Русі, Галицько-Волинської держави, Молдавського князівства, Туреччини, Австрії, Росії, Румунії<sup>4</sup>. Не менш складною, з позиції сьогодення, видається й історія інших українських земель, які відчували на собі всі недоліки феодальної роздробленості на початку XII століття.

Друга половина XIV століття, як відомо, ознаменувалася майже повним входженням українських земель до складу Великого князівства Литовського, при цьому територія Галичини опинилася під владою Польщі, а Закарпаття — Угорщини. Наступні століття виявилися настільки ж згубними для вітчизняної державності. Наслідками Переяславської ради стало панування російського законодавства на Лівобережній Україні, а територія Західної України повністю перейшла під управління монархії Габсбургів<sup>5</sup>.

Очевидно, що за таких умов складно говорити про загальні риси формування цивільного процесу на цих українських землях, ускладнюється його доктринальна характеристика. Однак і в цьому контексті правомірно порушувати питання щодо зародження цивільної процесуальної форми, витоки якої можна знайти у звичаях Київської Русі.

Саме звичай як правило поведінки, якого дотримувалися через його доцільність, традиції або звички, був першим джерелом права. Він відобразив особливості багаторічної суспільної практики, а отже, цінності того або іншого народу<sup>6</sup>. Такою цінністю було, наприклад, підтримання добросусідських відносин у роді, племені, громаді. Тому під час виникнення конфліктів на перший план виходили переговори і компенсація, які мали значно більше сенсу, ніж насильство. Не випадково перші процедури вирішення спорів мали швидше примирний характер. Перші примирювачі, а ними були, як правило, старійшини роду, племені, громади, у першу чергу виходили з нагальної потреби відновити мир і стабільність у племені, і лише в другу — зі своїх уявлень щодо належного і справедливого<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Никифорак М. В. Державний лад і право на Буковині в 1774–1918 рр.: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01; Київський національний університет ім. Тараса Шевченка. Київ, 2004. С. 1.

<sup>5</sup> Маляренко В. Т. Перебудова кримінального процесу в Україні в контексті європейських стандартів. Київ: Юрінком Інтер, 2005. С. 56–57.

<sup>6</sup> Самсонов В. В. Состязательность в гражданском процессуальном праве: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1999. С. 10–11.

<sup>7</sup> Давыденко Д. Л. Мирное соглашение как средство внесудебного урегулирования частных споров (по праву России и некоторых зарубежных стран): дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2004. С. 53.

Дещо пізніше звичаї набули загальнообов'язкового характеру. Цьому сприяло не тільки їх використання як підстави для вирішення конфліктів, а й внесення до перших законодавчих актів, що стали фактично зводами звичаєвого права.

Одним із таких зводів звичаєвого права була й Руська Правда, яка, хоча й не знала поділу процесу на кримінальний і цивільний, не відокремлювала суд від адміністрації, закріплювала домінування самозахисту та самосуду, однак уже намагалася визначити особливості процедури розгляду, виходячи з категорії справи.

Деякі зміни у сфері цивільного судочинства були зумовлені входженням частини українських земель до складу Великого князівства Литовського та Речі Посполитої. Аналіз законодавства Великого князівства Литовського дозволяє говорити про повільне, проте послідовне ускладнення форм цивільного процесу, що в цілому відповідало напрямам змін у суспільному й державному житті князівства<sup>8</sup>.

Заслугує на особливу увагу порядок розгляду цивільних справ у період Національно-визвольної війни 1648-1654 рр., підсумком чого стало відновлення української державності та утворення Гетьманщини. Цей етап вітчизняної державності цікавий помітним інституціональним становленням судової влади. Різноманітність судових інстанцій обумовила і складну систему джерел права, серед яких виокремлюються звичайне козацьке право, акти козацької старшини, Статути Великого князівства Литовського 1588 року, деякі збірники магдебурзького права в обробці польських авторів («Саксон», «Право Хелмське» та ін.).

Період, що розглядається, ознаменувався й підготовкою збірника «Права, за якими судиться малоросійський народ», який, на думку багатьох дослідників, був Кодексом українського права першої половини XVIII ст.<sup>9</sup> І хоча цей правовий акт так і не набув чинності, він уособив спроби упорядкування правових норм, приведення до певної системи судових установ.

Наступні події засвідчили примусовий перехід до моделі російського законодавства, враховуючи дедалі більші обмеження української автономії. 1780 року на Лівобережній Україні було запроваджено загальноросійський устрій і законодавство. Водночас землі Західної України залишалися у складі різних держав. Галичина входила до складу Польщі, Північна Буковина з початку XIV ст. — Молдавського князівства, Закарпаття — Трансильванського князівства, що утворилося внаслідок

<sup>8</sup> Ковальова С. Г. Еволюція судової системи і судочинства на українських землях Великого князівства Литовського: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01; Одеська національна юридична академія. Одеса, 2004. С. 9.

<sup>9</sup> Бойко І. Й. Цивільне право Гетьманщини за Кодексом 1743 року: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01; Львів. держ. ун-т ім. І. Франка. Львів, 1999. С. 6.

розпаду Угорщини. Наприкінці XVII ст. Закарпаття опиняється під владою Австрійської монархії<sup>10</sup>.

XVIII століття в Російській імперії ознаменувалося петровськими перетвореннями державного устрою. Російські перетворення судових інстанцій і цивільного судочинства могли так і залишитися лише російськими, якби була більш послідовною позиція керівництва Гетьманщини щодо автономії української судової системи, активна законотворча робота. Вбачається, що Україна мала значно досконаліше законодавство, ніж Росія. Однак врешті вийшло зовсім інше — заміна вітчизняного права російським законодавством і практикою його застосування.

Завершуючи огляд історії розвитку цивільного судочинства періоду, що розглядається, підкреслимо, що абсолютна влада не передбачає надання більших прав і свобод, для ефективного судочинства необхідні не тільки належні закони, а й певний соціокультурний рівень розвитку суспільства, як наслідок — розуміння цінності суду як соціального й правового інституту.

Підсумком законодавчої роботи стала відома судова реформа XIX століття, яка, на думку багатьох її дослідників, кардинально змінила юридичне життя: з'явилися мирові судді, суд присяжних; були сформовані на нових засадах нотаріат, адвокатура, суддівське співтовариство; прийняті нові процесуальні правила. Професія юриста в цілому одержала абсолютно інший зміст<sup>11</sup>.

На зміну дореформеному слідчому (інквізиційному) процесу прийшло цивільне судочинство європейського зразка. Статут цивільного судочинства 1864 року, що закріпив таку модель цивільного судочинства, став першою спробою європеїзації російського цивільного процесу. Україна в цілому досить стримано зустріла судову реформу. З одного боку, за свідченням Д. А. Шигалья, свою ефективність довів інститут мирових суддів<sup>12</sup>. З іншого боку — ігнорування національних почуттів та інтересів нашого народу, що відчував усю повноту примусової русифікації<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> *Історія держави і права України: підручник. У 2-х т. / за ред. В. Я. Тація, А. Й. Рогожина, В. Д. Гончаренка. Т. 1. Київ: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. С. 188.*

<sup>11</sup> *Малешин Д. Я. Вместо предисловия: «прадеды» и «правнуки» Судебной реформы 1864 г. // Судебные уставы Российской империи 1864 года: влияние на современное законодательство Литвы, Польши, России, Украины, Финляндии (к 150-летию Судебной реформы. 20 ноября 1864 г. – 20 ноября 2014 г.): Сб. науч. ст. / Под ред. Д.Я. Малешина. Москва: Статут, 2014. С. 7.*

<sup>12</sup> *Шигаль Д. А. Мировая юстиция на Лівобережній Україні за судовою реформою 1864 року: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01; Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого. Харків, 2005. С. 6.*

<sup>13</sup> *Самойленко О. О. Реалізація Судової реформи 1864 року в Україні: етапи і проблеми // Часопис Київського університету права. 2011. № 4. С. 26.*

Нарис розвитку вітчизняного цивільного судочинства був би неповним без звернення до Австрійського Статуту цивільного судочинства, що діяв тривалий час на західноукраїнських землях, зокрема Буковині й Галичині.

У 1862 році була створена Комісія з розробки Цивільного процесуального кодексу для всіх німецьких держав. Створена комісія в 1869 році у Ганновері вирішила, що в основу кодексу повинен стати Ганноверський цивільний процесуальний кодекс 1850 року. Однак через розбіжності з Австрією Пруссія вийшла зі складу комісії і розробила власний ЦПК, водночас як результати роботи комісії були використані під час створення кодексу Австрії<sup>14</sup>.

В основу Австрійського Статуту цивільного судочинства 1895 року були закладені демократичні цінності — усний і відкритий порядок ведення процесу, безпосередність дослідження доказів і їх оцінка за внутрішнім переконанням судді<sup>15</sup>, змагальна форма здійснення цивільної процесуальної діяльності, що виявляється в тому, що кожна сторона незалежно від того, мала вона адвоката чи ні, повинна була з'явитися до суду особисто<sup>16</sup>.

Цей нормативний акт надовго пережив своїх творців. Без серйозних змін Австрійський Статут цивільного судочинства діяв майже 100 років. Найзначніша новація за цей період — уведення одноособового розгляду справ. Принципові зміни належать до 1983 року<sup>17</sup>.

Перша світова війна і наступний за нею розпад Російської та Австро-Угорської імперій обумовили значну модифікацію судової влади й законодавства. Для Лівобережної України це означало початок панування радянського законодавства. Тільки в 1924 році відбулося прийняття першого ЦПК УРСР. Із цього часу можна говорити про початок формування радянського типу правосуддя в цивільних справах. 1 грудня 1929 року постановою ВУЦВК від 5 листопада 1929 року було надано чинності новому ЦПК УРСР. Цей Кодекс фактично не змінив форму цивільного судочинства<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> *Лукин Ю. М.* Австрийский Устав гражданского судопроизводства 1895 года и судебная система Австрии: история и концептуальные основы // Вестник гражданского процесса. 2014. № 6. С. 122-123.

<sup>15</sup> *Никифорак М. В.* Державний лад і право на Буковині в 1774-1918 рр.: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01; Київський національний університет ім. Тараса Шевченка. Київ, 2004. С. 25.

<sup>16</sup> *Городницька Л. В.* Суд і судочинство на Буковині (остання чверть XVIII – початок XX ст.): автореф. дис. ... канд. іст. наук: 07.00.01; Чернівецький національний університет ім. Юрія Федьковича. Чернівці, 2002. С. 11.

<sup>17</sup> *Елисеєв Н. Г.* Гражданское процессуальное право зарубежных стран: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: Проспект, 2004. С. 37.

<sup>18</sup> *Проблемы науки гражданского процессуального права* / под ред. В. В. Комарова. Харьков: Право, 2002. С. 79.

Наступний етап розвитку цивільного судочинства пов'язаний із широкою кодифікацією радянського законодавства, яка відбулася в середині 50-х років ХХ століття. Її підсумком стало прийняття ЦПК УРСР 1963 року. Дослідники зазначають, що, з точки зору юридичної техніки та змісту інститутів і окремих норм, цей Кодекс був більш досконалим порівняно із ЦПК 1924 і 1929 років<sup>19</sup>.

В оцінці радянського періоду розвитку цивільного судочинства на перший план виходить його ідеологічна складова. Усталені домінанти не сприяли становленню незалежної й самостійної судової влади, уявленням про цивільний процес як інструмент вирішення соціальних конфліктів у суспільстві. Це стало однією із причин здійснення повномасштабних перетворень правової системи України, яка знову отримала свою незалежність, прагнення якнайшвидшого позбавлення від пережитків радянського минулого, зокрема у сфері цивільного судочинства.

У перші роки незалежності України було внесено низку змін до ЦПК, що в цілому характеризує цей етап як спробу більш-менш осмисленого пристосування застарілих нормативних актів до швидкозмінюваних обставин. Зокрема, зміни торкнулися завдань цивільного судочинства, сфери влади цивільної юрисдикції, змісту змагальних засад і ролі органів прокуратури в цивільному процесі, інстанційного перегляду судових рішень. І хоча ці зміни складно назвати частиною давно назрілої судово-правової реформи, проте вони визначили напрями подальшого розвитку цивільного процесуального законодавства і практики його застосування, стали в певному сенсі передумовою нової кодифікації та створення ЦПК України 2004 року.

Проведене дослідження етапів розвитку цивільного процесу є ще одним свідченням непростоти, але досить повчальної історії становлення української державності. Тривала роз'єднаність нашої території, природно, не могла не позначитися на формуванні рис вітчизняного цивільного судочинства. Однак буде справедливим і зворотнє твердження про те, що національний цивільний процес подолав у своєму розвитку типовий шлях країни континентального права, від ранніх форм захисту права до кодифікованих актів, які детально регулюють порядок розгляду й вирішення цивільних справ.

Еволюція судових процедур свідчить, що Україна тяжіє до європейських цінностей, серед яких право на судовий захист, справедливий судовий розгляд. І хоча українські землі у складі інших державних утворень йшли до цього різними шляхами та в різні періоди, неодмінною умовою їх розвитку був пошук найбільш оптимальної форми здійснення судочинства.

<sup>19</sup> *Проблеми науки гражданского процессуального права* / под ред. В. В. Комарова. Харьков: Право, 2002. С. 79.

чинства. У цьому плані показові в історичній ретроспективі підходи законодавця, що намагався знайти прийнятні варіанти комбінації ініціативи й активності сторін і суду в цивільному процесі. Проте такий пошук триває і нині, але вже на новому витку соціокультурного розвитку суспільства та суду як соціального й правового інституту.

***Gulyk Andriy. Stages on the formation of domestic civil proceedings***

There was no division of the process into criminal and civil in The Russka Pravda, as well as there was no separation the court from the administration, also the document fixed the prevalence of self-defense and lynch law.

But the analysis of the legislation of the Grand Duchy of Lithuania suggests a consistent complication of the forms of the civil process, which responded to the directions of changes in the public and state life of the principality.

The author argues that the period of the national liberation movement of the Ukrainian people is interesting not only by the foreign policy struggle, but also by the substantial institutional development of the judiciary. This period was also marked by the preparation of a collection of laws entitled “Rights by which the Malorossiisky People are suing”. The European values of law were supposed to be laid in the basis of civil proceedings in Ukraine of the period under review. Considering the increasing restrictions of the Ukrainian autonomy, subsequent events were marked by a forced transition to the model of Russian legislation. In 1780, the Russian state system and legislation was established in Left-Bank Ukraine. At the same time, the lands of Western Ukraine remained in the composition of different states.

The work examines the Charter of Civil Justice of 1864, which was the first attempt to Europeanize the Russian civil process.

The work also analyzes the Austrian Statute of Civil Justice in 1895, which was valid for a long time in the Western Ukrainian lands, in particular, in Bukovina and Galicia. The author notes that the formation of civil proceedings in parts of the western lands of Ukraine was caused by changes in the Austrian judicial system, namely, by the search and justification for a civil procedural structure different from the one that existed at that time and which was based on court activity.

The adoption of the first CCP of the Ukrainian SSR took place only in 1924. The formation of the Soviet type of justice in civil cases began from that moment. The next stage in the development of civil proceedings is associated with the broad codification of Soviet legislation, which took place in the mid-50s of the 20th century. It resulted in the adoption of the 1963 GPP of the Ukrainian SSR.

Its ideological component comes to the fore when analyzing the Soviet period of development of civil justice. The established priorities did not contribute to the establishment of an independent judiciary and to the establishment of a civil process as an instrument for resolving social conflicts in society. This was one of the reasons for carrying out full-scale transformation of the legal system of Ukraine.

***Keywords:*** civil legal proceedings, competitiveness, Charter of civil legal proceedings, judicial procedures, the Civil Procedural Code of the Ukrainian SSR.

## Нотаріат як елемент системи правозахисної діяльності в Україні

**П. С. Корнієнко,**  
кандидат юридичних наук, доцент

*Досліджуються питання діяльності системи відображення особливостей побудови нотаріальних органів у світовій практиці державотворення. Розглядаються відповідні моделі нотаріату, що сформувалися на основі типових практик відповідних країн. Дається визначення нотаріату та проводиться аналіз окремих нормативно-правових актів, що регулюють його діяльність.*

**Ключові слова:** нотаріус, інститут нотаріату, захист прав і свобод людини і громадянина, правова допомога, посадова особа, правозахисна діяльність, нотаріальні дії.

**Корнієнко П. С. Нотариат как элемент системы правозащитной деятельности в Украине**

*Исследуются вопросы деятельности системы отображения особенностей построения нотариальных органов в мировой практике развития государства, рассматриваются соответствующие модели нотариата, которые сформировались на основе типовых практик соответствующих стран. Дается определение нотариата и проводится анализ отдельных нормативно-правовых актов, регулирующих его деятельность.*

**Ключевые слова:** нотариус, институт нотариата, защита прав и свобод человека и гражданина, правовая помощь, должностное лицо, правозащитная деятельность, нотариальные действия.

**Korniyenko Petro. Notary as an element of the human rights protection system in Ukraine**

*The problems of the system of reflection of the peculiarities of the construction of notarial bodies in the world practice of state formation, the relevant models of the notary, which were formed on the basis of typical practices of the countries concerned, are examined. The definition of a notary and an analysis of certain normative legal acts regulating its activity are given.*

**Keywords:** notary, notary institution, protection of human and citizen rights and freedoms, legal assistance, official, human rights activist, notarial acts.

Однією з найважливіших конституційних норм, яка містить правозахисний потенціал, є норма, яка передбачає право на отримання «професійної правничої допомоги» (ч.1 ст. 59). Сьогодні її надання поряд з адвокатами та особами, яким в установленому порядку дозволено займатися цим видом діяльності, покладено і на нотаріусів, які представляють в даному випадку нотаріат як публічно-правовий інститут.

Нотаріат в Україні проходить стадію становлення, незважаючи на досить ранній час появи як окремого інституту правового захисту особи в державі. Сьогодні нотаріат набуває дедалі більших повноважень, збільшується коло обов'язків нотаріуса в сучасному суспільстві. Місія нотаріуса як довіреної особи та третейського свідка полягає в охороні домовленостей і (з огляду на принцип справедливості) захисту слабшого перед сильним, того, хто не знає, перед тим, хто знає. З моменту історичного виникнення нотаріату в руках нотаріуса знаходяться інтереси сторін, він захищає діяльність і майно людини, права особи, власність як невід'ємний елемент свободи її власника. Нотаріус стоїть на варті гідності людини та використовує всі можливості, щоб забезпечити їй доступ до свободи прийняття рішення в умовах повної захищеності<sup>1</sup>.

Нотаріус — це посадова особа, на яку покладено обов'язок вчиняти нотаріальні дії. Нотаріус незалежно від того, чи є він державним, чи приватним, вчиняє нотаріальні дії від імені держави, яка надала йому повноваження їх вчиняти. Водночас нотаріус несе особисту відповідальність за вчинення нотаріальних дій.

З метою відображення особливостей побудови нотаріальних органів у світовій практиці державотворення розглянемо відповідні моделі нотаріату, що сформувалися на основі типових практик відповідних країн.

До першої групи варто віднести нотаріальні органи англосаксонських країн. Це, зокрема, Англія, США та інші. До компетенції нотаріату входить лише завірення документів та підписів. Система англосаксонського типу характеризується тим, що кодифіковані закони тут нечисленні. Водночас джерелами права є в основному традиції та прецеденти, які сформувались у ході практичної юридичної діяльності. Іншу групу становлять нотаріальні органи країн латинського, так званого «писаного права», де з метою скорочення кількості справ визначається особлива важливість письмових доказів<sup>2</sup>.

У науковій літературі немає єдиного підходу щодо питання, яка ж система нотаріату є більш ефективною. Зрештою всередині системи латинського права існує різна організація органів нотаріату. В більшості захід-

<sup>1</sup> Бисага Ю. Ю. Нотаріат у конституційній системі держави: історико-правові аспекти // Конституційно-правові академічні студії. 2015. Вип. 2. С. 82.

<sup>2</sup> Нотариат и нотариальный процесс // В. В. Комаров, В. В. Баранкова. Харьков: Консум, 1999. С. 29.

ноєвропейських країн, а також Латинській Америці і Японії функціонує нотаріат, де нотаріус є особою вільної юридичної професії. Він не входить до державного апарату і не є державним службовцем. Проте свої повноваження він отримує від державної влади. Держава делегує йому право засвідчувати редаговані й складені ним документи, з метою надання їм юридичної сили, яку можливо оскаржити тільки в судовому порядку. Існують країни, де нотаріуси є тільки державними службовцями<sup>3</sup>.

Нотаріальні документи у країнах, де набув поширення англосаксонський нотаріат, не мають повної доказової сили, а функції нотаріусів та адвокатів можуть бути поєднані в одній особі. А український нотаріат латинського типу характеризується наданням певних доказових переваг нотаріально посвідченим документам та особливим статусом нотаріуса, який одночасно є представником вільної професії та особою, наділеною публічними повноваженнями. Цей факт концептуально зумовлює відповідний розвиток законодавчого врегулювання нотаріальної діяльності, орієнтований на основні стандарти класичної системи нотаріату, поширені у всіх країнах континентальної Європи<sup>4</sup>.

Науковці відзначають, що в Європі існує три основні моделі латинського нотаріату: французька, німецька і змішана<sup>5</sup>.

У французькій моделі нотаріуси достатньо ініціативні: забезпечують надання усього спектра послуг для осіб, що звернулися, починаючи від збирання необхідних документів, проведення переговорів, складання і посвідчення документів, закінчуючи реєстрацією нотаріально засвідченого документа в компетентних державних і/або муніципальних органах. Французька модель передбачає індивідуальний підхід, при якому працівники нотаріальної контори забезпечують отримання бажаного клієнтом правового результату.

Натомість німецька модель передбачає мінімальну активність нотаріуса в реалізації інтересів осіб, які до нього звернулися: проведення консультацій, участь у переговорах, збір необхідних документів. Таким чином, роль нотаріуса зводиться до розробки відповідного акта і його подальшого посвідчення. Здійснення нотаріальних функцій має деколи надмірно формалізований характер. Водночас цей формалізм дозволяє додержуватися більшої одноманітності відносно використовуваних процедур і змісту отримуваних документів, виключає можливість конкуренції між нотаріусами.

<sup>3</sup> Гуледза А. Г. Нотаріальні системи сучасності-організаційно-правовий аспект // Форум права. 2011. № 4. С.163.

<sup>4</sup> Комаров В. Український нотаріат: перспективи розвитку // Бюлетень Міністерства юстиції України. 2012. № 5. С. 154.

<sup>5</sup> Гамаль І. А. Сучасний стан розвитку системи нотаріату в Україні // Актуальні проблеми державного управління. 2008. № 2. С. 412.

Змішана модель поєднує в собі деякі елементи вищезазначених моделей та існує в Іспанії, Нідерландах, Швейцарській Конфедерації та низці інших країн.

Аналіз Закону України «Про нотаріат»<sup>6</sup> дозволяє зробити висновок, що він орієнтований на латинську модель нотаріату з орієнтацією на німецьку систему. Про це, зокрема, вказують положення ст. 2-4 вищезгаданого Закону про те, що державне регулювання нотаріальної діяльності полягає у встановленні умов допуску громадян до здійснення нотаріальної діяльності, порядку зупинення і припинення приватної нотаріальної діяльності, анулювання свідоцтва про право на зайняття нотаріальною діяльністю; здійсненні контролю за організацією нотаріату, проведенням перевірок організації нотаріальної діяльності нотаріусів, дотримання ними порядку вчинення нотаріальних дій та виконання правил нотаріального діловодства; визначенні органів та осіб, які вчиняють нотаріальні дії, здійснюють контроль за організацією нотаріату, проводять перевірки організації нотаріальної діяльності нотаріусів, дотримання ними порядку вчинення нотаріальних дій та виконання правил нотаріального діловодства; визначенні ставок державного мита, яке справляється державними нотаріусами; встановленні переліку додаткових послуг правового і технічного характеру, які не пов'язані із вчинюваними нотаріальними діями, та встановленні розмірів плати за їх надання державними нотаріусами; встановленні правил професійної етики нотаріусів.

Означені положення законодавства суттєво впливають на природу та положення органів нотаріату в системі публічної влади, а також у системі органів, що здійснюють правозахисну діяльність. Значний регулятивний вплив правотворчих органів на діяльність нотаріату суттєво відрізняє даний інститут від ще одного важливого правозахисного інституту — адвокатури. Останній наділений набагато більшою автономією, починаючи обсягом компетенції в правозахисній сфері, закінчуючи можливістю затверджувати правила адвокатської етики органом самоврядування.

Незважаючи на те, що ст. 16 Закону України «Про нотаріат» й гарантує професійне самоврядування нотаріату, воно більшою мірою є законодавчо визначеним, ніж самоврядним. Професійне самоврядування нотаріусів здійснюється через Нотаріальну палату України та її органи. Нотаріальна палата України є організацією, яка здійснює професійне самоврядування у сфері нотаріату.

Метою професійного самоврядування нотаріусів є об'єднання на професійній основі зусиль нотаріусів для виконання покладених на них цим Законом обов'язків і забезпечення їхніх прав, представництво професій-

<sup>6</sup> *Про нотаріат*: Закон України від 02.09.1993 № 3425-XII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3425-12>

них інтересів нотаріусів у державних органах, органах місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах та організаціях, захист професійних інтересів та соціальних прав нотаріусів, сприяння підвищенню професійного рівня нотаріусів та надання їм методичної допомоги, захисту інтересів фізичних і юридичних осіб при заподіянні їм шкоди внаслідок незаконних дій або недбалості нотаріуса.

З погляду українського законодавства нотаріат є системою державних органів і посадових осіб, а також приватно практикуючих нотаріусів, які покликані забезпечувати захист прав і законних інтересів фізичних і юридичних осіб шляхом здійснення передбачених законодавством нотаріальних дій від імені України<sup>7</sup>.

Нотаріат в Україні — це система органів і посадових осіб, на які покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняти інші нотаріальні дії, передбачені цим Законом, з метою надання їм юридичної вірогідності.

Вчинення нотаріальних дій в Україні покладається на нотаріусів, які працюють у державних нотаріальних конторах, державних нотаріальних архівах (державні нотаріуси) або займаються приватною нотаріальною діяльністю (приватні нотаріуси).

На нотаріусів, які працюють у державних нотаріальних конторах або займаються приватною нотаріальною діяльністю, законом може бути покладено вчинення інших дій, відмінних від нотаріальних, з метою надання їм юридичної вірогідності.

Документи, оформлені державними і приватними нотаріусами, мають однакову юридичну силу.

Натомість у науковій літературі по-різному оцінюють природу та функціональну спрямованість органів нотаріату. Висловлюються думки, що «вітчизняний нотаріат повинен будуватися на єдиній організаційній основі, у формі незалежного нотаріату латинського типу, який є інститутом демократичного суспільства та органом правоохоронної діяльності»<sup>8</sup>. Однак автором не представлено жодних аргументів щодо віднесення нотаріату до органів, що здійснюють правоохоронну діяльність. До правоохоронних органів пропонує віднести нотаріат і Денисяк Н. М.<sup>9</sup> Додаючи, що основною ознакою правоохоронної функції є регулювання нотаріусом прав суб'єктів на стадії їх реалізації, що зумовлюється впливом на цивільні правовідносини, який нотаріус зобов'язаний здійснювати відповідно до законодавства. Так, нотаріус не вправі вчиняти заборонені законодавством дії, а має спонукати осіб щодо вільного їх

<sup>7</sup> Гамаль І. А. Цит. праця. С. 412.

<sup>8</sup> Гуледза А. Г. Цит. праця.

<sup>9</sup> Денисяк Н. М. Особливості розвитку українського нотаріату в сучасних умовах // Право і суспільство. 2014. № 1. С. 54-58.

волевиявлення, але в межах закону. Відмова у вчиненні нотаріального провадження може бути зумовлена лише суперечністю інтересів клієнта із нормами законодавства.

Очевидно, що така точка зору має право на життя, якщо не враховувати дії нотаріуса не тільки щодо сприяння реалізації права (тобто у випадку вчинення нотаріусами правозастосовних дій), а також можливості нотаріуса вчиняти дії, спрямовані на захист прав і інтересів людини і громадянина, вжиття заходів (які покладаються як обов'язкові на нотаріуса державою) з метою відновлення порушених прав.

Ще один автор — В. М. Черниш вказує, що «розвиток цивільного обороту, розширення кола об'єктів та суб'єктів приватної власності обумовлюють зростання попиту населення в нотаріальних послугах. Сучасний нотаріат як орган безспірної юрисдикції захищає суб'єктивні права і законні інтереси фізичних та юридичних осіб, надаючи правочинам публічної довіри і більшої доказової сили документам, завдячуючи чому нотаріальна діяльність отримує офіційне визнання від імені держави. Крім того, нотаріат виконує превентивне завдання, запобігаючи суперечкам між сторонами цивільних правовідносин, захищаючи права осіб від можливих порушень у майбутньому, утверджуючи між ними стабільні й передбачувані стосунки, він є важливим чинником формування правової держави<sup>10</sup>.

Інші науковці зазначають, що нотаріат є органом безспірної цивільної юрисдикції та превентивного правосуддя<sup>11</sup>. Додаючи, однак, що сутність нотаріальної діяльності, її завдання свідчать про публічно-правову природу нотаріату як органу безспірної цивільної юрисдикції. При вчиненні нотаріальних дій і державні, і приватні нотаріуси рівною мірою реалізують усі функції нотаріальної діяльності: забезпечення безспірності та доказової сили документів, законності вчинюваних актів, сприяння фізичним та юридичним особам у здійсненні їхніх прав та законних інтересів<sup>12</sup>. Останнє формулювання вказує якраз на правозахисну природу органів нотаріату в своїй специфічній формі реалізації.

Не має у науковців єдності й у питанні публічності чи приватності інституту нотаріату. Так, Н. М. Денисяк вказує, що діяльність нотаріуса дійсно, є публічною, що визначається доступністю нотаріальної діяльності. Однак сам зміст нотаріальної діяльності позбавлений характеру публічності. Це обумовлено таємницею нотаріальних дій. Нотаріуси та

<sup>10</sup> Черниш В. М. Цивільно-правові засади розвитку нотаріату в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03; НАН України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. Київ, 2003. С. 1.

<sup>11</sup> Комаров В. Український нотаріат: перспективи розвитку // Бюлетень Міністерства юстиції України. 2012. № 5. С. 154.

<sup>12</sup> Там само. С. 155-156.

інші посадові особи, які вчиняють нотаріальні дії, несуть особисту відповідальність за розголошення таємниці вчинюваних нотаріальних дій<sup>13</sup>.

Натомість І. А. Гамаль вказує, що «нотаріальна діяльність — вид публічно-правової правозастосовчої діяльності, здійснюваної спеціально уповноваженими особами від імені держави, по охороні і захисту прав і законних інтересів осіб, шляхом здійснення передбачених законом нотаріальних дій. Відносини між нотаріусами і фізичними (юридичними) особами припускають поєднання їх особистих інтересів з публічними, тобто взаємозв'язане публічно-правове і приватноправове регулювання. Публічний характер нотаріальної діяльності виявляється в тому, що вона здійснюється від імені держави, на користь всієї держави і суспільства в цілому, гарантуючи при цьому і створюючи умови для реалізації прав і законних інтересів будь-якого суб'єкта правовідносин»<sup>14</sup>.

Особливе місце в системі суб'єктів забезпечення займає інститут нотаріату, — відзначає І. М. Сопілко<sup>15</sup>, який забезпечує надання правової допомоги громадянам, юридичним особам та захист їх майнових прав.

Участь нотаріуса дозволяє забезпечити кожному зі сторін угоди правовим захистом уже на стадії оформлення права і договору, в той час як судовий захист може знадобитися пізніше, на стадії спору.

В. Баранова звертає увагу, що інституту нотаріату в правовій державі приділяється одна з ключових ролей не тільки в наданні правової допомоги фізичним та юридичним особам, але і в забезпеченні їхньої правової безпеки, та й у запобіганні спорів між учасниками договірних відносин<sup>16</sup>.

Держава гарантує і забезпечує рівні умови доступу громадянам до зайняття нотаріальною діяльністю та рівні можливості нотаріусам в організації та здійсненні ними нотаріальної діяльності.

Будь-яке втручання в діяльність нотаріуса, зокрема з метою перешкоджання виконанню ним своїх обов'язків або спонукання до вчинення ним неправомірних дій, у тому числі вимагання від нього, його помічника, інших працівників, які знаходяться у трудових відносинах з нотаріусом, відомостей, що становлять нотаріальну таємницю, забороняється і тягне за собою відповідальність відповідно до законодавства (ст. 8-1 Закону України «Про нотаріат»).

<sup>13</sup> Денисяк Н. М. Особливості розвитку українського нотаріату в сучасних умовах // Право і суспільство. 2014. № 1. С. 57.

<sup>14</sup> Гамаль І. А. Цит. праця. С. 414.

<sup>15</sup> Сопілко І. М. Інститут нотаріату в механізмі забезпечення прав і свобод людини і громадянина // Стратегія розвитку України. 2011. С.190.

<sup>16</sup> Баранкова В. Перспективи реформування нотаріату України: організаційний та процесуальний аспекти // Мала енциклопедія нотаріуса. 2009. № 4(46). С. 24.

Отже, місце нотаріату в системі права України визначено законодавством України. З огляду на нотаріальну функцію захисту прав та інтересів фізичних осіб, що має забезпечувати держава, будь-які угоди між юридичною особою і громадянином потрібно оформляти в нотаріальному порядку. Зазначене зумовлено тим, що юридична особа гарантуватиме власні права й на її боці виступатимуть юридично грамотні особи, а громадянин у цій ситуації загалом залишається без правової підтримки.

***Korniienko Petro. Notary as an element of the human rights protection system in Ukraine***

The place of the notary in the system of law of Ukraine is determined which is defined by the legislation of Ukraine. Given the notarial function of protecting the rights and interests of individuals, which must be provided by the state, any agreements between a legal entity and a citizen must be drawn up notarially. This is due to the fact that a legal entity will guarantee its own rights and, on its side, will act legally competent persons, and the citizen in this situation, in general, remains without legal support.

It is noted that the notary in Ukraine passes the stage of formation, despite the rather early appearance time as a separate institute of legal protection of a person in the state. Today the notary gets more and more powers, the notarial duties in the modern society are increasing. The mission of the notary as a trustee and arbitrator is to safeguard the arrangements and (in view of the principle of justice) protect the weaker one before the strong one who does not know before the one who knows. From the moment of the historical emergence of the notary in the hands of the notary are the interests of the parties, he protects the activities and property of man, the rights of individuals, property as an integral element of the freedom of its owner. The notary is at the disposal of the dignity of the person and uses every opportunity to provide her with access to freedom of decision in conditions of complete protection.

***Keywords:*** notary, notary institution, protection of human and citizen rights and freedoms, legal assistance, official, human rights activist, notarial acts.

## Імунітет свідка у цивільному судочинстві

**А. С. Штефан,**

кандидат юридичних наук,  
завідувач відділу авторського права  
і суміжних прав НДІ інтелектуальної власності  
НАПрН України

*Дослідженню сутність імунітету свідка, проаналізовано законодавчі новели щодо переліку осіб, які не можуть бути допитані як свідки. Зроблено висновок про недоцільність обмеження у новій редакції ЦПК видів таємниць, які не можуть розкриватися при допиті свідка. Запропоновано шляхи вдосконалення норм процесуального законодавства.*

**Ключові слова:** свідок, імунітет свідка, особи, які не можуть бути допитані як свідки.

### **Штефан А. С. Свидетельский иммунитет в гражданском судопроизводстве**

*Исследована суцність свідельського імунітету, проаналізовані законодавчі новели щодо переліку осіб, які не можуть бути допитані як свідки. Зроблено висновок про нецелесообразность ограничения в новой редакции ГПК видов тайн, не подлежащих раскрытию при допросе свидетеля. Предложены пути усовершенствования норм процессуального законодательства.*

**Ключевые слова:** свидетель, свидетельский иммунитет, лица, не подлежащие допросу как свидетели.

### **Shtefan Anna. Witness immunity in civil proceedings**

*The article is devoted to the investigation of the essence of witness immunity and the review of legislative provisions on the list of persons who cannot be questioned as witnesses. It is concluded that in the new edition of the CPC it is inappropriate to restrict the types of secrets protected by law which cannot be disclosed when interrogating a witness; ways of improving the rules of the current procedural legislation are proposed.*

**Keywords:** witness, witness immunity, persons who cannot be questioned as a witnesses.

---

© Штефан Анна Сергіївна — кандидат юридичних наук, завідувач відділу авторського права і суміжних прав Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності НАПрН України

Доказування є однією з тих сфер правового регулювання, що у новій редакції ЦПК зазнали найбільш істотних змін. І хоча норми, присвячені інституту свідків, в основному були відтворені в тому вигляді, в якому вони існували впродовж багатьох років, законодавець виявив інший підхід до формування переліку осіб, котрі не можуть бути допитані як свідки. Деякі нововведення — збереження таємниці медіації, конфіденційної інформації щодо врегулювання спору за участю судді — не викликають сумнівів щодо їх доцільності. Водночас у ч. 1 ст. 70 ЦПК істотно звужено перелік таємниць, які не можуть розкриватися при допиті свідка. У зв'язку з цим виникає потреба в дослідженні імунітету свідка та з'ясуванні, наскільки його нова регламентація відповідає іншим положенням законодавства.

На відміну від науки кримінального процесуального права імунітет свідків у цивільній процесуальній доктрині розглядався порівняно нечасто, як правило, це мало місце у джерелах навчального характеру. На більш глибокому рівні науково-теоретичних обґрунтувань до проблем імунітету свідків зверталися М. М. Колеснікова, В. В. Молчанов, О. В. Сіліна, М. К. Треушніков. У 2018 році з'явилася вітчизняна дисертаційна праця Н. А. Новікової «Показання свідків у цивільному процесі», де, серед іншого, наводяться види імунітету свідків та характеризуються деякі його аспекти, проте не здійснено повного огляду положень ч. 1 ст. 70 ЦПК. Враховуючи новелістичний характер зазначеної норми, на сьогодні в українській доктрині поки що відсутні актуальні дослідження інформації, яка не може розкриватися при допиті свідка у цивільному процесі, та осіб, які не підлягають такому допиту.

Особа, якій відома інформація про ту чи іншу обставину справи, може бути допитана як свідок не в усіх випадках в силу закріплення в цивільному процесуальному законодавстві інституту імунітету свідка. Правовий імунітет в цілому — це правило, в межах якого особа, що наділена спеціальними ознаками, пов'язаними із здійсненням міжнародних, державних і громадських функцій, звільняється від виконання окремих юридичних обов'язків, від юридичної відповідальності або інших примусових заходів<sup>1</sup>. Імунітет є своєрідним винятком із загального правового статусу, які притаманні конкретно визначеному колу осіб<sup>2</sup>, і має такі ознаки:

— створює особливий правовий режим для суб'єктів, які ним володіють;

<sup>1</sup> *Ткаля О. В.* Правовий імунітет в Україні: загальнотеоретичне дослідження: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2010. С. 5.

<sup>2</sup> *Васильченко О. П.* Правові імунітети як винятки реалізації принципу рівності прав та свобод людини та громадянина в Україні // *Наше право.* 2014. № 7. С. 59.

- є гарантією суспільно корисної діяльності, сприяє виконанню певних обов'язків;
- являє собою своєрідні винятки із загального правового статусу;
- притаманний конкретно визначеному колу осіб, перелік яких міститься як у міжнародному, так і в національному законодавстві;
- зміст певного імунітету підлягає обов'язковому закріпленню в законодавстві, зазвичай на конституційному рівні;
- звільняє особу від виконання певних обов'язків чи відповідальності за певні діяння, які випливають з її правового статусу;
- являє собою форми прояву диференціації правових статусів та юридичних зв'язків;
- більшість імунітетів спрямовані на виконання приписів міжнародних нормативно-правових актів<sup>3</sup>.

У доктрині утвердилося розуміння, що імунітет свідка має два види: обов'язковий (абсолютний), коли допит певної особи щодо певних обставин заборонений в цілому, і факультативний, коли особа має право відмовитися від дачі показань щодо певних обставин, однак за її згодою такі показання можуть бути отримані. В. В. Молчанов уточнює цей підхід і зазначає, що імунітетом свідка є встановлене законом звільнення особи від обов'язку давати показання в суді, яке може виражатися в двох формах: 1) у формі привілею, що проявляється в праві відмовитися від дачі показань; 2) у формі заборони допиту<sup>4</sup>.

Форма привілею в імунітеті свідка спрямована, по-перше, на реалізацію конституційної гарантії відсутності відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом. Норма ч. 1 ст. 63 Конституції України конкретизована у ч. 1 ст. 71 ЦПК, згідно з якою фізична особа не має права відмовитися давати показання, крім показань щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів (чоловік, дружина, батько, мати, вітчим, мачуха, син, дочка, пасинок, падчерка, брат, сестра, дід, баба, внук, внучка, усиновлювач чи усиновлений, опікун чи піклувальник, особа, над якою встановлено опіку чи піклування, член сім'ї або близький родич цих осіб), які можуть тягнути юридичну відповідальність для нього або таких членів сім'ї чи близьких родичів.

Також форма привілею в імунітеті свідка має місце у випадках, коли в силу певного правового статусу особа не може бути допитана як свідок згідно із законом чи міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, без згоди цієї особи (п. 5 ч. 1

<sup>3</sup> Васильченко О. П. Цит. праця.

<sup>4</sup> Молчанов В. В. Развитие учения о свидетелях и свидетельских показаниях в гражданском процессе: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Москва, 2009. С. 9.

ст. 70 ЦПК). Зокрема, особи, які мають дипломатичний імунітет, не можуть бути допитані як свідки без їхньої згоди, а представники дипломатичних представництв — без згоди дипломатичного представника (ч. 2 ст. 70 ЦПК).

Форма заборони допиту в імунітеті свідка пов'язана зі збереженням таємниці, яка охороняється законом, і означає неможливість вимагати від особи давати показання, в яких відбудеться розкриття цієї таємниці. У ч. 1 ст. 70 ЦПК встановлено, що не можуть бути допитані як свідки:

1) особи, які за законом зобов'язані зберігати в таємниці відомості, що були довірені їм у зв'язку з наданням професійної правничої допомоги або послуг посередництва (медіації) під час проведення позасудового врегулювання спору, — про такі відомості.

Для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура (ст. 131<sup>2</sup> Конституції України). Будь-яка інформація, що стала відома адвокату, помічнику адвоката, стажисту адвоката, особі, яка перебуває у трудових відносинах з адвокатом, про клієнта, а також питання, з яких клієнт (особа, якій відмовлено в укладенні договору про надання правової допомоги з передбачених законом підстав) звертався до адвоката, адвокатського бюро, адвокатського об'єднання, зміст порад, консультацій, роз'яснень адвоката, складені ним документи, інформація, що зберігається на електронних носіях, та інші документи і відомості, одержані адвокатом під час здійснення адвокатської діяльності, становить адвокатську таємницю, розголошення якої без згоди клієнта забороняється. Однак у разі пред'явлення клієнтом вимог до адвоката у зв'язку з адвокатською діяльністю адвокат звільняється від обов'язку збереження адвокатської таємниці в межах, необхідних для захисту його прав та інтересів. У такому випадку суд, орган, що здійснює дисциплінарне провадження стосовно адвоката, інші органи чи посадові особи, які розглядають вимоги клієнта до адвоката або яким стало відомо про пред'явлення таких вимог, зобов'язані вжити заходів для унеможливлення доступу сторонніх осіб до адвокатської таємниці та її розголошення (п. 2 ч. 2 ст. 21, ч. 1, 4 ст. 22 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»).

Медіація є особливим видом посередництва, що передбачає участь третьої сторони у вирішенні конфлікту, обов'язково нейтральної, яка заінтересована лише в тому, щоб сторони вирішили свій спір з максимальною вигодою для себе, проте не надає жодної оцінки діям і рішенням сторін конфлікту<sup>5</sup>. Окремого законодавчого акту про медіацію в Україні поки що немає, хоча відповідний законопроект був прийнятий за основу в пер-

<sup>5</sup> Грень Н. М. Реалізація права людини на справедливий суд шляхом примусової медіації: теоретико-правове дослідження: дис. ... канд. юрид. наук. Львів, 2016. С. 68.

шому читанні у листопаді 2016 року. У ст. 16 ЦПК передбачено, що сторони вживають заходів для досудового врегулювання спору за домовленістю між собою або у випадках, коли такі заходи є обов'язковими згідно із законом. У разі вжиття таких заходів за участю медіатора всі відомості, отримані ним в процесі надання послуг, становлять таємницю і не підлягають розголошенню, а тому медіатор не може бути допитаний як свідок про ці відомості.

Цікаво відзначити, що норма про збереження таємниці медіації сприйнята з положень ЦПК Російської Федерації, законодавство якої, як вказують О. В. Сіліна та М. М. Колесникова, визначає, що імунітет свідка-медіатора залежить від волевиявлення сторін спірних правовідносин, котрі можуть домовитися про його недотримання<sup>6</sup>. Вітчизняне законодавство таких застережень поки що не містить, хоча у разі прийняття закону про медіацію їх поява є цілком вірогідною;

2) священнослужителі — про відомості, одержані ними на сповіді віруючих. Це обмеження ґрунтується на положенні ч. 5 ст. 3 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації», відповідно до якого ніхто не має права вимагати від священнослужителів відомостей, одержаних ними при сповіді віруючих. Як відзначає Н. Рогатинська, символізуючи примирення віруючого з Богом, сповідь відбувається у формі його покаяння у власних гріхах перед священником, який відпускає гріхи. На відміну від протестантизму, який використовує прилюдне покаяння, православ'я та католицизм вважають сповідь таїнством<sup>7</sup>.

Суб'єктом таємниці сповіді є священнослужитель — особа, котра служить при храмі та має право проводити релігійні обряди як у храмі, так і поза ним<sup>8</sup>. У теоретичних дослідженнях неможливість допиту священнослужителів про відомості, що становлять таємницю сповіді, пояснюється так: 1) не допускається допит священнослужителів з питань, пов'язаних зі сповіддю, безвідносно до їхньої приналежності до того або іншого релігійного об'єднання; 2) метою введення заборони на допит священнослужителів є захист прав не релігійних організацій, а громадян, що сповідують релігію<sup>9</sup>; 3) священнослужитель обов'язково повинен офіційно належати до тієї чи іншої релігійної організації (парафії,

<sup>6</sup> Сіліна Е. В., Колесникова М. М. Понятие и значение свидетельского иммунитета в гражданском процессе // Вестник Санкт-Петербургской юридической академии. 2017. № 2 (35). С. 63.

<sup>7</sup> Рогатинська Н. Особи, які не підлягають допиту як свідки // Актуальні проблеми правознавства. 2016. Вип. 4 (8). С. 87.

<sup>8</sup> Негодченко О. В., Білінова Г. О. Сучасні реалії правового забезпечення таємниці сповіді // Право і суспільство. 2015. № 6. С. 105.

<sup>9</sup> Васильєв С. В. Цивільний процес: навч. посібник. Харків: Одисей, 2008. С. 159.

монастиря тощо), статут якої зареєстрований в установленому законом порядку<sup>10</sup>.

Окрім того, якщо особа на момент виклику її як свідка більше не належить до священнослужителів через позбавлення сану, припинення діяльності релігійної організації чи з будь-яких інших причин, така особа також не повинна піддаватися допиту з питань відомостей, які були отримані нею під час сповіді, оскільки таємниця сповіді не припиняється в силу того, що особа, якій ця таємниця була довірена, більше не є священнослужителем;

3) судді та присяжні — про обставини обговорення в нарадчій кімнаті питань, що виникли під час ухвалення судового рішення, або про інформацію, що стала відома судді під час врегулювання спору за його участю.

Таємниця нарадчої кімнати закріплена у ст. 245 ЦПК у вигляді заборон на: 1) перебування будь-яких інших осіб, крім складу суду, який розглядає справу, в нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення; 2) розгляд суддею інших судових справ під час перебування в нарадчій кімнаті; 3) розголошення суддями хід обговорення та ухвалення рішення у нарадчій кімнаті. Незважаючи на те, що в судовому рішенні фактично відображаються результати діяльності, проведеної у нарадчій кімнаті — визначення того, які обставини справи були встановлені, з яких причин певні докази були відхилені, якими є висновки суду щодо заявлених вимог і заперечень, — сам процес міркувань, аналізу та підведення підсумків, включаючи обговорення будь-яких питань, які стосуються суті вирішення справи, є таємницею, котра не підлягає розголошенню.

Врегулювання спору за участю судді — новела вітчизняного цивільного процесуального законодавства. Ця процедура здійснюється у формі спільних нарад за участю всіх сторін, їх представників та судді, а у разі виявлення ініціативи судді — також у формі закритих нарад з кожною із сторін окремо. Під час проведення таких нарад протокол наради не ведеться, фіксування технічними засобами не здійснюється, а інформація, що повідомляється будь-якою зі сторін під час проведення врегулювання спору, є конфіденційною. У разі участі в нарадах перекладача він попереджається про конфіденційний характер інформації, отриманої під час проведення врегулювання спору за участю судді (ст. 203 ЦПК). За загальним правилом, конфіденційна інформація може поширюватися за бажанням (згодою) відповідної особи у визначеному нею порядку відповідно до передбачених нею умов, а також в інших випадках, визначених законом (ч. 2 ст. 21 Закону України «Про інформацію»). Це відповідно

<sup>10</sup> *Пристінський І. О.* Правове забезпечення таємниці сповіді в чинному законодавстві України та канолах Православної Церкви // *Адвокат.* 2011. № 9. С. 23.

означає, що на особу, яка залучалася як перекладач для проведення врегулювання спору за участю судді, також повинно поширюватися обмеження можливості допиту як свідка з приводу всієї інформації, одержаної на відкритих та/або закритих нарадах. Безпосередньо в ЦПК таке обмеження не передбачене.

Аналіз норм процесуального законодавства показує, що у ч. 1 ст. 70 ЦПК, на відміну від положення п. 2 ч. 1 ст. 51 попередньої редакції, більше не обмежена можливість допиту як свідків осіб, які за законом зобов'язані зберігати в таємниці відомості, що були довірені їм у зв'язку з їхнім службовим чи професійним становищем, про такі відомості. Звідси випливає, що, окрім перелічених вище, всі інші види таємниць, охоронюваних законом, можуть бути розкриті при допиті відповідної особи як свідка, що суперечить положеннями чинного законодавства України.

Так, фізична особа має право на таємницю про стан свого здоров'я, факт звернення за медичною допомогою, діагноз, а також про відомості, одержані при її медичному обстеженні (ч. 1 ст. 286 ЦК). Медичні працівники та інші особи, яким у зв'язку з виконанням професійних або службових обов'язків стало відомо про хворобу, медичне обстеження, огляд та їх результати, інтимну і сімейну сторону життя громадянина, не мають права розголошувати ці відомості, крім передбачених законодавчими актами випадків (ч. 1 ст. 40 Основ законодавства України про охорону здоров'я). Тобто, випадки, коли розголошення таємниці про стан здоров'я фізичної особи допускається без згоди цієї особи, повинні бути прямо передбачені законом.

Відповідно до ч. 1, 2 ст. 228 Сімейного кодексу України особи, яким у зв'язку з виконанням службових обов'язків доступна інформація щодо усиновлення (перебування осіб, які бажають усиновити дитину, на обліку, пошук ними дитини для усиновлення, подання заяви про усиновлення, розгляд справи про усиновлення, здійснення нагляду за дотриманням прав усиновленої дитини тощо), а також інші особи, яким став відомий факт усиновлення, зобов'язані не розголошувати її, і зокрема тоді, коли усиновлення для самої дитини не є таємним. Відомості про усиновлення видаються судом лише за згодою усиновлювача, крім випадків, коли такі відомості потрібні правоохоронним органам, суду у зв'язку з цивільною справою чи кримінальним провадженням. Таким чином, суд, який ухвалив рішення про усиновлення, може надати інформацію про усиновлення іншому суду у зв'язку з розглядом цивільної справи, але свідок, якому відома таємниця усиновлення, згідно з законом не має права розголошувати цю таємницю.

Слід відзначити, що у ч. 8 ст. 7 ЦПК передбачене правило, згідно з яким особисті папери, листи, записи телефонних розмов, телеграми та

інші види кореспонденції, аудіозаписи та відеозаписи особистого характеру можуть бути оголошені у судовому засіданні лише за згодою осіб, визначених Цивільним кодексом України. Тобто збереження таємниці кореспонденції, особистого життя, сповіді, медіації, нарадчої кімнати, адвокатської таємниці та конфіденційної інформації щодо врегулювання спору за участю судді забезпечується нормами ЦПК, збереження інших видів охоронюваних законом таємниць — чомусь ні.

Положенням п. 5 ч. 1 ст. 70 ЦПК охорона цих таємниць не охоплюється, оскільки у зазначеній нормі йдеться про особу, яка в силу свого посадового, службового чи іншого становища в принципі не може бути допитана як свідок без її згоди, що прямо передбачено законом або міжнародним договором. Така особа може виступати свідком у цивільній справі виключно за власним волевиявленням і незалежно від того, чи має вона доступ до якої-небудь охоронюваної таємниці.

Для запровадження такого вибіркового підходу складно знайти обґрунтовані підстави. З метою приведення ч. 1 ст. 70 ЦПК у відповідність до положень цивільного законодавства, враховуючи висловлені вище зауваження, вважаю за доцільне запропонувати таку нову редакцію зазначеної норми:

*«1. Не можуть бути допитані як свідки:*

*1) недієдатні фізичні особи, а також особи, які мають психічні вади і перебувають на обліку чи на лікуванні у психіатричному лікувальному закладі, або особи, які мають фізичні вади, якщо наявність таких фізичних або психічних вад зумовлює нездатність особи правильно сприймати обставини, що мають значення для справи, або давати показання (це положення не розглядалося в рамках цієї статті, його уточнення було обґрунтовано в іншому моєму дослідженні — А. III.);*

*2) особи, які за законом зобов'язані зберігати в таємниці відомості, що були довірені їм у зв'язку з їхнім службовим чи професійним становищем, в тому числі відомості, що були довірені їм у зв'язку з наданням професійної правничої допомоги або послуг посередництва (медіації) під час проведення позасудового врегулювання спору, — про такі відомості;*

*3) священнослужителі — про відомості, одержані ними на сповіді віруючих;*

*4) судді та присяжні — про обставини обговорення в нарадчій кімнаті питань, що виникли під час ухвалення судового рішення, або про інформацію, що стала відома судді під час врегулювання спору за його участю;*

*5) перекладачі — про інформацію, що стала відома їм під час врегулювання спору за участю судді;*

*6) інші особи, які не можуть бути допитані як свідки згідно із законом чи міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, без їхньої згоди.»*

Отже, інститут імунітету свідків відіграє важливу роль у цивільному судочинстві і є гарантією забезпечення прав та свобод, збереження охоронюваних законом таємниць. Нова редакція ЦПК неповною мірою кореспондує меті цього інституту та містить неповний перелік випадків, коли особа має звільнитися від обов'язку давати показання щодо певних обставин. Запропоновані зміни усунуть ці прогалини та сприятимуть підвищенню ефективності процесуально-правового регулювання імунітету свідків у цивільному судочинстві.

***Shtefan Anna. Witness immunity in civil proceedings***

A person who is aware of a particular fact of the case may be questioned as a witness not in all cases by virtue of the establishment in the civil procedural law of the Institute of witness immunity. Witness immunity can be expressed in the form of a privilege, which manifests itself in the right to refuse testifying, and in the form of a prohibition of interrogation. The form of a prohibition of interrogation is related to the preservation of a secret protected by law and means the inability to require a person to testify in which the disclosure of this secrecy will occur. According to Part 1 of Art. 70 of the CPC, they cannot be questioned as witnesses:

1) persons legally obliged to keep it confidential the information entrusted to them in connection with the provision of professional legal assistance or mediation services (mediation) during an extrajudicial settlement of a dispute — about such information;

2) priests — about the information they received on the confession of the believers. This restriction is based on the provisions of Part 5 of Art. 3 of the Law of Ukraine 'On Freedom of Conscience and Religious Organizations' according to which no one has the right to demand from clerics information obtained by them at the confession of believers. In addition, if persons at the time of calling them as a witness no longer relates to clergy, these persons should also not be subjected to interrogation on the information received by them during confession because the confidentiality of confession does not break off because the person to whom this secret was entrusted is no longer a clergyman;

3) judges and jurors — about the circumstances of discussion in the deliberation room of questions that arose during the court decision or information that became known to a judge during the settlement of a dispute with their participation. This provision does not take into an account that in case of participation in the meetings of an interpreter, they are warned about the confidential nature of information obtained during the settlement of a dispute with the participation of a judge. This means accordingly that the person involved as an interpreter for settling a dispute with the participation of a judge should also be a subject to the limitation of the possibility of interrogation as a witness for all information obtained in open and / or closed meetings.

An analysis of the rules of procedural law shows that the possibility of questioning as witnesses of persons who are obliged by law to keep in secret the information entrusted to them in connection with their official or professional position is no longer limited. It follows that in addition to the foregoing all other types of secrets

protected by law may be disclosed when interrogating the person concerned as a witness contrary to the provisions of the current legislation of Ukraine. The CPC in part 8 of Art. 7 provides that personal papers, letters, telegrams, and other types of correspondence, audio recordings and personal videos may be announced in court only with the consent of the persons specified by the Civil Code of Ukraine. So secrecy of correspondence, personal life, confession, mediation, counseling room, lawyer's secret and confidential information regarding the settlement of a dispute with the participation of a judge is ensured by the norms of the CPC; the preservation of other types of secrets protected by law for some reason are not.

Therefore it is necessary to bring the considered norm in accordance with the provisions of civil law which will increase the effectiveness of the legal regulation of the immunity of witnesses in civil proceedings.

**Keywords:** witness, witness immunity, persons who cannot be questioned as a witnesses.

## Case management у Європі: сучасні підходи до реалізації у цивільному судочинстві

**К. Х. Ван Рее,**

доктор юридичних наук, професор,  
професор кафедри європейської історії права  
та порівняльного цивільного процесу  
Маастрихтського університету, Нідерланди

**Переклад: І. О. Ізарова,**

доктор юридичних наук, доцент,  
юридичний факультет Національного університету  
імені Тараса Шевченка

*Розглянуто два основних процесуальних принципи, визначених Гоннером. Аналізується також ранньо-модерновий голландський трактат про цивільне процесуальне право фламандського юриста Філіпа Веланта, присвячений ролі судді та сторін у цивільному судочинстві. Автором демонструється, що в моделі цивільного судочинства на основі римсько-канонічної процедури (предка більшості систем цивільного процесуального права в Європі) відображено збалансований підхід до ролі судді та сторін, підхід, який лунає в усій процесуальній літературі періоду раннього модерну. Міститься також короткий огляд розвитку європейського законодавства щодо ролі судді та сторін у цивільному судочинстві з XIX-го до початку XXI ст. І, нарешті, увагу приділено поточній роботі Європейського інституту права (ELI) та Unidroit з розроблення Європейських правил цивільного процесу, зокрема, підготовці правил, що регулюють відносини судді та сторін, а також їхніх адвокатів.*

**Ключові слова:** case management; цивільне судочинство; загальні засади цивільного судочинства; правила ELI-Unidroit.

**Ван Рее К. Х. Case management в Европе: современные подходы к реализации в гражданском судопроизводстве**

*В статье рассмотрены два основных процессуальных принципа, определенных Гоннером. Анализируется также ранне-модерновый голландский трактат о гражданском процессуальном праве фламандского юриста Филиппа Веланта, посвященный роли судьи и сторон в гражданском судопроизводстве. Автором*

© Ван Рее Корнеліус Хендрік – доктор юридичних наук, професор, професор кафедри європейської історії права та порівняльного цивільного процесу Маастрихтського університету, Нідерланди

демонструється, що модель гражданского судопроизводства на основе римско-канонической процедуры (первоисточника большинства систем гражданского процессуального права в Европе) опосредует сбалансированный подход к роли судьи и сторон, подход, который присутствует во всей процессуальной литературе периода раннего модерна. Содержится краткий обзор развития европейского законодательства о роли судьи и сторон в гражданском судопроизводстве с XIX-го до начала XXI века. И, наконец, внимание уделено текущей работе Европейского института права (EUI) и Unidroit по разработке Европейских правил гражданского процесса, в частности, подготовке правил, регулирующих роль судьи и сторон, а также их адвокатов.

**Ключевые слова:** case management; гражданское судопроизводство; общие принципы гражданского судопроизводства; правила EUI-Unidroit.

Термін *case management* став популярним у порівняльних юридичних дослідженнях в Європі в результаті реформ лорда Вулфа 1998 р. в Англії та Уельсі<sup>1</sup>. Ці реформи привернули велику увагу наукових кіл. Було відзначено, що, як і багато інших цивільних правових систем на європейському континенті декілька десятиліть тому, сьогодні навіть основна європейська юрисдикція загального права відійшла від ідеї, що, як вважається, домінувала в цивільному процесі впродовж як мінімум двох століть: ідея про те, що сторони повинні мати можливість формувати свої цивільні позови так, як вважають за потрібне, оскільки цивільні позови стосуються захисту їхніх приватних прав та обов'язків, якими вони можуть вільно розпоряджатися.

Ця ідея, на думку Фалька Бомсдорфа, у його кандидатській дисертації 1969 р., поданій на юридичному факультеті у Кілі та опублікованій 1971 р., вперше сформульована гессенським вчителем-правознавцем Карлом (фон) Гролманом (1775–1829) у 1800 р.<sup>2</sup> Згідно з думкою того ж автора, вона була провідною також для баварського юриста Ніколи Таддаса (фон) Гоннера (1764–1827), коли він сформулював два суперечливих *Maximen* – фундаментальні принципи цивільного процесу через кілька років: *Verhandlungsmaxime* (у перекладі – «принцип змагальності»), який, на його думку, домінував у *gemeine Prozess* (загальний

<sup>1</sup> C. H. van Rhee (ed.), *European Traditions in Civil Procedure*, Antwerp [etc.]: Intersentia, 2005. С. 20. Див. також: Н. Woolf, *Access to Justice: Interim Report*, London : HMSO, 1995; Н. Woolf, *Access to Justice: Final report*, London : HMSO, 1996.

<sup>2</sup> Karl Grolman, *Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten*, Gießen : Heyer, 1800. Див. також: F. Bomsdorf, *Prozessmaximen und Richtswirklichkeit. Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozess – Vom gemeinen Recht bis zur ZPO*, Berlin: Duncker&Humblot, 1974, С. 123; а також J. M. J. Chorus, *Delijdelijkheidvander rechter: historievan een begrip*, Inaugurelerede Leiden, Deventer: Kluwer, 1987; J. M. J. Chorus, *The Judge's Role in the Conduct of Civil Proceedings. Some Continental and Scottish Ideas from before 1800*, in: D. L. Carey Miller and D. W. Meyers (eds.), *Comparative and Historical Essays in Scots Law*. A Tributeto Professor Thomas Smith QC, Edinburgh : Butterworths, 1992, p. 32–46.

процедурі) різних німецьких юрисдикцій, а також *Untersuchungsmaxime* (що можна приблизно перекласти як «слідчий принцип»), який нібито панував у цивільному процесі в Пруссії внаслідок реформ у судовому процесі у XVIII ст.<sup>3</sup>

Однією з цілей цієї статті є продемонструвати те, як пропозиції, зроблені Робочою групою *ELI-Unidroit*, що працює над частиною Європейських правил цивільного процесу, які регулюють відносини суддів і сторін, добре вписуються в загальноєвропейську еволюцію римсько-канонічної моделі судочинства у світських судах пізнього Середньовіччя та період раннього модерну.

### 1. Ніколаус Тедеуш (фон) Гоннер (1764–1827) і його *Prozessmaximen*

За згадками сучасників, Ніколаус Тедеуш Гоннер не був приємною людиною. Бомсдорф підсумовує погляди сучасників Гоннера таким чином: *Sie sind einig in der Kenzeichnung Gönners als eines begabten, aber durch Missgunst und Eitelkeit, masslosen Ehrgeiz und ungehemmte Machtgier sich um die Früchte seines Talents bringenden Mannes* (Вони згодні в характеристиці Гоннера як обдарованої людини, яка руйнує плоди власного таланту через заздрість, марнославство, необмежені амбіції та апетит до влади)<sup>4</sup>. Гоннер був призначений професором права в Бамберзі в 1789 р., в Інгольштадті в 1799 р. в університеті, який був переведений у Ландсхут в 1800 р. У підході до права його можна охарактеризувати як вчителя природничих наук (закон розуму, або з нім. *Vernunftrecht*)<sup>5</sup>. Його науково-правовий метод був не надто складним. Він використовував чинний закон як відправну точку або джерело натхнення для розроблення більш-менш широких принципів, які, на його думку, регулювали закон, але зробив це незалежно від джерел, які використовував як вихідну точку. Він не перевіряв, чи ці принципи дійсно збігаються з реальною ситуацією в правовій системі, яку він використовував. Це також стосується основних принципів процесу, що аналізуються<sup>6</sup>.

Гоннер розвинув свої ідеї щодо суперечливого *Verhandlungsmaxime* (принципу змагальності) та *Untersuchungsmaxime* (принципу розслідування) у книзі *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses* (Посібник про

<sup>3</sup> Стосовно пруського цивільного процесу у 18 ст., див.: F. Bomsdorf, *Prozessmaximen und Richtswirklichkeit. Verhandlungs- und Untersuchungs maxime im deutschen Zivilprozess – Vom gemeinen Recht bis zur ZPO*, Berlin : Duncker&Humblot, 1974, С. 65-96.

<sup>4</sup> F. Bomsdorf, *Prozessmaximen und Richtswirklichkeit. Verhandlungs- und Untersuchungs maxime im deutschen Zivilprozess – Vom gemeinen Recht bis zur ZPO*, Berlin : Duncker&Humblot, 1974, С. 112.

<sup>5</sup> Там само, С. 112–113.

<sup>6</sup> Там само, С. 121 ff.

загальну процедуру Німеччини), виданій на початку XIX ст.<sup>7</sup> Принцип змагальності, як його зрозумів Гоннер, узагальнений автором у німецькому реченні: *Nichts von Amts wegen*, що можна розуміти як «Нічого за посадою»<sup>8</sup>. Воно відноситься до процедури, яка була суто змагальною. Це означало, що в цивільному позові суддя міг діяти лише з вимоги сторін і не розпоряджався *ex officio* (посадовими) повноваженнями. Оскільки так зване *Dispositionsmaxime* (контроль сторін, коли це стосується подання позову до суду, продовження і дострокового припинення розгляду) не було винайдено за часів Гоннера (йдеться про роботу Ортлоффа і фон Канстейна другої половини XIX ст.)<sup>9</sup>, він дав широке визначення *Verhandlungsmaxime*: воно передбачало не лише те, що сторони керують фактично основою свого судового процесу та доказів, тобто саме сторони визначали факти, що враховувалися судом, а також те, що сторони могли вирішувати, чи ініціювати, продовжувати або припинити судовий процес<sup>10</sup>.

За Гоннером, принцип розслідування (*Untersuchungsmaxime*) був протилежним принципу змагальності (*Verhandlungsmaxime*) і означав, що суддя повинен завжди діяти в цивільних справах *ex officio* (відповідно до посади). Цей принцип став підґрунтям слідчої процедури, оскільки визначення та вивчення фактичних обставин справи в кінцевому підсумку було завданням судді. На відміну від принципу змагальності, принцип розслідування не був детально визначений. Принцип, розроблений Гоннером, не містив того, що пізніше називатиметься *Offizialmaxime*, тобто принципом, що судовий позов буде ініційовано державним органом *ex officio* (відповідно до посади)<sup>11</sup>. Це пов'язано також з тим, що в процедурній моделі Пруссії (на підставі якої Гоннер розвинув свій принцип розслідування) ініціатива розгляду позову судом була покладена тільки на сторони.

Тут варто зауважити таке: на відміну від того, до чого звик сучасний читач, Гоннер вважав, що обидва принципи відображають ідею про те, що цивільний процес є приватною справою сторін у тому розумінні, що обидві процесуальні моделі залишають йому право вільного розпорядження їх власними правами та обов'язками. Різниця полягала лише в тому, що в процедурі, де переважає принцип змагальності, сторони залишалися під контролем від подання свого позову до суду до ухвалення ним рішен-

<sup>7</sup> N. T. (von) Gönner, Handbuch des deutschengemeinen Prozesses, 4 Vols., Erlangen : Palm, 1801–1803.

<sup>8</sup> F. Bomsdorf, *Prozessmaximen und Richtwirklichkeit. Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozess – Vom gemeinen Recht bis zur ZPO*, Berlin : Duncker & Humblot, 1974, С. 127.

<sup>9</sup> Там само, С. 161.

<sup>10</sup> Там само, С. 129–130.

<sup>11</sup> Там само, С. 127.

ня у справі, тоді як у тій процедурі, в якій переважає принцип розслідування, сторони передавали повноваження вирішувати ці питання судді в момент ініціювання провадження. Однак суддя вважав, що діє в приватних інтересах сторін, і не мав чіткого обов'язку розкривати фактичну (або об'єктивну) істину в справі<sup>12</sup>.

Як показав Бомсдорф, висновки Гоннера не базувалися на обґрунтованому науковому дослідженні, хоча думка про те, що принцип змагальності має бути панівним у цивільному процесі, була популярною впродовж ХІХ ст. і надалі (можливо, також через те, що визначення цього принципу було замінено більш пізніми юристами, зокрема, правило *Nichts von Amts wegen* було звужено у тому сенсі, що винятки вважалися виправданими, але не призводили до зникнення самого принципу)<sup>13</sup>. Бомсдорф стверджує, що винятки з обох принципів як у загальній процедурі (*gemeine Prozess*) так і в пруському цивільному процесі були настільки різноманітними, що навряд чи можна стверджувати, що в цих процедурах домінував будь-який з двох принципів<sup>14</sup>. Єдиний висновок, який можна було б зробити, полягав у тому, що суддя пруської процесуальної моделі мав інші, часто більш розширені повноваження щодо розслідування обставин справи, ніж у моделі *gemeines Recht* (такі розширені повноваження потрібні також через скасування представництва у цивільному судочинстві в Пруссії), але жодна з процедурних моделей не може вважатися суто слідчою або суто змагальною в тому сенсі, що або суддя, або сторони домінували у питанні руху провадження у справі. І суддя, і сторони насправді сприяли його розвитку в *gemeine Prozess* й у пруській процесуальній моделі, і це дійсно справедливо для всіх історичних і сучасних моделей цивільного процесу в Європі. Кваліфікація цих моделей як змагальних (де домінував *Verhandlungsmaxime*) або слідчих (де домінував *Untersuchungsmaxime*) не має сенсу, і тому схильність авторів підручників, передусім американських, відносити континентальний цивільний процес абсолютно не виправдана. Важливим є дослідження окремих повноважень судді та сторін на різних стадіях цивільного позову та їх відносної сили. Здається, щод *lege ferendamaki* повноваження не повинні формуватися за допомогою суворого застосування однієї з теоретичних моделей, уперше виділених Гоннером (це зауваження важливе, коли ми обговорюємо Європейські правила цивільного процесу, які нині розробляються в проєкті Європейського інституту права та *UNIDROIT*, про які йдеться далі). Сучасний підхід до цивільного процесу вимагає

<sup>12</sup> F. Bomsdorf, *Prozessmaximen und Richtswirklichkeit. Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozess – Vom gemeinen Recht bis zur ZPO*, Berlin: Duncker & Humblot, 1974, С. 127.

<sup>13</sup> Там само, С. 170 ff.

<sup>14</sup> Там само, С. 131 ff.

більш-менш практичної точки зору (справедливості, ефективності, своєчасності та невисоких витрат) у поєднанні з функціями, які він має виконувати в сучасному контексті. Ці функції, на наш погляд, не обмежуються захистом приватних прав та інтересів окремих сторін, як це пояснено в розділі 3 цієї статті. На наш погляд, цей підхід до цивільного процесу не новий, оскільки впродовж століть переважав у цивільному процесуальному мисленні та продовжував існувати навіть після винаходу *Verhandlungs-* та *Untersuchungsmaximen* на початку XIX ст., як засвідчив Бомсдорф<sup>15</sup>.

## 2. Філіпс Велант (1441/42–1520) та його Довідник ранньосучасної процедури

Незадовго до своєї смерті фламандський юрист Філіпс Велант завершив останнє рукописне видання цивільного процесуального довідника, який пізніше (після публікації) став відомим як *Practijke Civile*, або «Цивільна практика»<sup>16</sup>. Цей рукопис у традиціях римсько-канонічної процедури спочатку написано голландською мовою (проте французькі переклади були у манускрипті, див.<sup>17</sup>) і, можливо, підготовлений для молодих юристів-учнів, які навчалися судовій практиці в суді Фландрії, одному з регіональних вищих судових органів Низьких країн того часу. В рукописі містяться численні порівняльні зауваження, зокрема, стосовно двох вищих судових інстанцій – *Parlement de Parisy Франції* та *Grand Conseil de Malinesy* Нижніх країн. Велантський трактат був дуже впливовим у всій Європі, оскільки більшу його частину пізніше перекладено латиною Джосом де Дамхударом (1507–1581), який опублікував цей переклад тексту під своїм ім'ям *Praxis rerum civilium* в Антверпені в 1566 р.<sup>18</sup>

Для того щоб мати чітке уявлення про роль сторін і судді у цивільному процесі, про що свідчить трактат Веланта, потрібно прочитати весь текст, оскільки рукопис не містить загальної частини, де відповідні позиції

<sup>15</sup> F. Bomsdorf, *Prozessmaximen und Richtswirklichkeit. Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozess – Vom gemeinen Recht bis zur ZPO*, Berlin: Duncker & Humblot, 1971, С. 23 ff.

<sup>16</sup> L. H. J. Sicking, C. H. van Rhee, *Briève instruction en causes civiles (Filips Wielant Verzameld Werk II)*, Brussels: Academie van Wetenschappen, 2009; Перше друковане видання датується 1558 р., Антверп і опубліковане Хансом де Лайе, друге, перероблене, датується 1573 р., Антверп і опубліковане Генріком ван дер Лое. Перероблене видання 1573 року виходило друком кілька разів до 1646 р. H. P. Schaap, *Filips Wielant en diens corte instructie omme jonghe practisierenden in civile zaken*, Haarlem: Tjeenk Willink en Zoon, 1927. Сучасний репринт Ph. Wielant, *Practijke Civile*, Heruitgave verzorgd door Dr. Eg. I. Strubbe, *Fontes Iuris Batavi Rariores* 3, Amsterdam: Uitgeverij Graphic, 1968.

<sup>17</sup> L. H. J. Sicking, C. H. van Rhee, *Brièveinstruction en causes civiles (Filips Wielant Verzameld Werk II)*, Brussels: Academie van Wetenschappen, 2009

<sup>18</sup> J. de Damhouder, *Praxis rerum civilium*, Antwerp: J. Bellarus, 1566.

пояснюються детальніше. Це не дивує, оскільки його робота, очевидно, не містить частини, присвяченої основним процесуальним принципам, які на той час ще не було винайдено. Ми не намагатимемось надати повний перелік усіх релевантних частин роботи Валента, оскільки стверджуємо, що підхід до ролі судді та сторін у цивільних справах у європейській юридичній історії майже завжди був достатньо збалансованим, а іноді навіть несподівано сучасним.

Велант пояснює: для того щоб суддя мав змогу чинити правосуддя, позивач повинен вимагати це від нього – лише якщо заявник подасть заяву (висновок) до суду, суддя зможе діяти<sup>19</sup>. Далі він стверджує, що в багатьох судах (але, мабуть, не у вищому суді в Нижніх країнах, відомих як Велика Малінська Рада, оскільки це є центральним судом правителя)<sup>20</sup> позовна заява (а отже, і позивач) визначає питання, за яким суддя має чинити правосуддя<sup>21</sup>. Навіть плата не може бути встановлена, якщо сторона не вимагає цього<sup>22</sup>. Проте суддя має власні повноваження щодо врегулювання конфлікту, не вимагаючи цього від сторін, тому що спроба вирішити справу є частиною його «посади»<sup>23</sup>.

Повноваження судді щодо відкладення розгляду (строки) полягають у такому. Розрізняють звичайні та надзвичайні відкладення<sup>24</sup>. Звичайні відкладення встановлюються законом для конкретних цілей, їх не можна відхилити, якщо вони вимагаються сторонами, якщо суддя не може вмотивувати їх відхилення<sup>25</sup>. Однак якщо причини існують, суддя має такі повноваження. Суддя також керує надзвичайними відкладеннями. Вони надаються лише на розсуд судді, при цьому він має бути обережним, на думку Веланта, оскільки скорочення тривалості судового розгляду справи – частина його посадових обов'язків<sup>26</sup>. Проте можна поставити під сумнів, чи останнє твердження є лише пустою фразою, оскільки з трактування Веланта також випливає, що розгляд справи значною мірою контролюється сторонами: прогресу не буде досягнуто, якщо справа не буде «представлена» сторонами, а це означає відповідний своєчасний запит у судовому календарі або «списку причин» для кожного наступного процесуального кроку<sup>27</sup>.

Суддя користується більшими повноваженнями у питаннях, що пов'язані зі свідками: вони допитуються суддею (зазвичай делегованим

<sup>19</sup> Ph. Wielant, *PractijkeCivile*, Antwerp: Hendrick van der Loe, 1573, C. iv.iii.1.

<sup>20</sup> Там само, C. ix.iii.1-3.

<sup>21</sup> Там само, C. iv.iii.2.

<sup>22</sup> Там само, C. iv.ix.1.

<sup>23</sup> Там само, C. viii.ix.1.

<sup>24</sup> Там само, C. iv.xv.2.

<sup>25</sup> Там само, C. iv.xv.3.

<sup>26</sup> Там само, C. iv.xv.4.

<sup>27</sup> Там само, C. vii.vii.1.

або уповноваженим суддею)<sup>28</sup>, хоча це часто робиться на основі запитань, поданих сторонами<sup>29</sup>. Суддя, однак, не обмежується цими питаннями.

Сторони також визначають, коли справа готова до ухвалення рішення: слухання припиняється, якщо обидві сторони відмовляються від надання додаткових усних або письмових аргументів і лише тоді суддя може закрити засідання в справі<sup>30</sup>. Після його закриття суддя може скористатися певними повноваженнями щодо отримання додаткової інформації, зокрема, може допитати сторону, якщо для вирішення справи потрібні додаткова інформація<sup>31</sup>.

Рішення не ухвалюється автоматично, для цього має бути подано клопотання від заінтересованої сторони, часто неодноразово<sup>32</sup>. Коли рішення ухвалено, його має бути виконано, і знову ж таки саме заінтересована сторона ініціює таке виконання: подає клопотання про виконання судового рішення, звертається до судового виконавця (*huissier*), щоб розпочати виконавче провадження, і всі подальші кроки, які слід вжити, мають бути ініційовані (й оплачені) цією стороною<sup>33</sup>.

Саме така модель процедури, очевидно, з модифікаціями (іноді значними, наприклад у Пруссії) переважала на європейському континенті на початку XIX ст., коли Гюннер сформулював свої процедурні принципи та коли 1806 р. один з провідних цивільних процесуальних кодексів XIX ст. набув чинності – французький *Code de procédure civile*. Саме на цей кодекс та подальші події в Європі ми звернемо увагу.

### 3. Роль судді та сторін з XIX століття

Як продемонстровано вище<sup>34</sup>, саме французький *Code de procédure civile* 1806 р. переважав у цивільному процесуальному мисленні більшу частину XIX ст. Цей Кодекс був не надто інноваційним, оскільки базувався на відомій Постанові 1664 р. французького короля Людовика XIV, яка мала на меті впровадження єдиної процесуальної моделі для всього французького королівства<sup>35</sup>. Раніше кожен суд мав власний набір процедурних правил («стиль», також відомий як *stilus curiae*), що зазвичай базувався на основі римського канонічного права з певними відмінностями. Той факт, що Кодекс 1806 р. був не дуже інноваційним, також впли-

<sup>28</sup> Ph. Wielant, *Practijke Civile*, Antwerp : Hendrick van der Loe, 1573, C. vi.xv.6.

<sup>29</sup> Там само, C. vi.xv.8.

<sup>30</sup> Там само, C. viii.i.1-2.

<sup>31</sup> Там само, C. viii.1.4.

<sup>32</sup> C. H. van Rhee, *Litigation and Legislation. Civil Procedure at First Instance at the Great Council for the Netherlands in Malines*, Brussels: Rijksarchief, 1997, C. 188–190.

<sup>33</sup> Ph. Wielant, *Practijke Civile*, Antwerp : Hendrick van der Loe, 1573, C. x.i-x.

<sup>34</sup> C. H. van Rhee (ed.), *European Traditions in Civil Procedure*, Antwerp [etc.]: Intersentia, 2005.

<sup>35</sup> Code Louis, Vol. 1. Ordonnance civile 1667 (Testi e documenti per la storia del processo), Milan : Giuffrè, 1996.

ває з того, що Євстафії-Ніколя Пігеа (1750–1818), член редакційної комісії Кодексу 1806 р. та автор численних процесуальних трактатів, не був змушений сильно змінювати структуру своєї книги *La procédure civile du Châtelet de Paris et de toutes les juridictions ordinaires du Royaume* (Цивільна процедура Паризького Шалета і всіх звичайних юрисдикцій Королівства), опублікованої 1773 р., коли використовував її як основу свого трактату про Кодекс 1806 р., що називається *La Procédure civile des Tribunaux de France démontrée par principes, et mise en action par des formules* (Цивільна процедура французьких судів, що запроваджує принципи та позови), опубліковану 1807 р.<sup>36</sup> Однак загалом вважається, що в Кодексі 1806 р. ролі сторін у цивільному судочинстві приділено більше уваги, ніж в Ордонансі 1664 р. Сторони несуть відповідальність за письмову підготовку справи через подання заяви, і суддя задіяний лише на пізній стадії, після того, як це зроблено в усному засіданні<sup>37</sup>. У фразі, що часто повторюється в Кодексі 1806 р., йдеться про те, що *la partie la plus diligente*, або найбільш старанна сторона у цивільному процесі повинна прийняти певні процедурні заходи (напр., у статтях 47, 80, 109, 199, 204, 231, 286, 297, 299, 307, 321, 658, 666, 719, 761 та 966)<sup>38</sup>. Загальна ідея, яка лежить в основі нового цивільного процесуального кодексу, – дві теоретично рівноправні сторони судитимуться так, як вважали б за краще, лише за умови обмеженого втручання судді (хоча суддя зберігав багато своїх повноважень, які також мали місце в більшості інших систем цивільного процесуального права в континентальній Європі). Саме така ідея цивільного судочинства, пізніше кваліфікована як ліберальна<sup>39</sup>, добре підходила для ХІХ ст. Вона поширилася й на інші європейські юрисдикції, коли вони видали кодекси, натхненні французькою моделлю. Ми знаходимо це й у Цивільному процесуальному кодексі Німеччини 1877 р. Ситуація змінилася лише наприкінці ХІХ ст. під впливом Австрійського цивільного процесуального кодексу 1895 р.

Як відомо, австрійський *ZPO* (ЦПК) написаний австрійським адвокатом Францем Кляйном (1854–1926)<sup>40</sup>, який принаймні не схвалював

<sup>36</sup> A. Wijffels, *French Civil Procedure (1806-1975)*, in: C.H. van Rhee (ed.), *European Traditions in Civil Procedure*, Antwerp [etc.]: Intersentia, 2005, 25-47, С. 39-40.

<sup>37</sup> F. Bomsdorf, *Prozessmaximen und Richtswirklichkeit. Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozess – Vom gemeinen Recht bis zur ZPO*, Berlin: Duncker & Humblot, 1971, С. 229–232.

<sup>38</sup> Напр., статті 47, 80, 109, 199, 204, 231, 286, 297, 299, 307, 321, 658, 666, 719, 761 та 966.

<sup>39</sup> C. H. van Rhee (ed.), *European Traditions in Civil Procedure*, Antwerp [etc.]: Intersentia, 2005.

<sup>40</sup> По Klein, див. R. Sprung, *Der Lebensweg Franz Kleins (24. April 1854 bis 6. April 1926)*, in: H. Hofmeister (ed.), *Forschungsband Franz Klein (1854-1926). Leben und Wirken*, Vienna: Manz, 1988, р. 13-28; а також М. Marinelli, Е.-М. Bajons, Р. Böhm (eds.), *Die Aktualität der Prozess- und Sozialreform Franz Kleins*, Vienna: Verlag Österreich, 2015.

*Verhandlungsmaxime*, наприкінці XIX ст., і це добре видно із серії його основних статей, опублікованих у *Juristischen Blättern* 1890 р., що пізніше увійшли у книгу *Pro Futuro*<sup>41</sup>. Кляйн вважав, що *Verhandlungsmaxime* є згубним, оскільки, на його думку, це означає, що сторони контролюватимуть рух справи і з'ясування фактичних обставин, що дозволяє їм надати суду неправдиву інформацію<sup>42</sup>. Він виступав за посилення позиції судді щодо з'ясування обставин справи в цивільному судочинстві, залишаючи, однак, те, що тепер називалося *Dispositionsmaxime*, оскільки так здебільшого завжди було в історії континентального цивільного процесу (таким чином у сторін залишався контроль над ініціацією справи та рішенням продовжувати або припинити процесуальні дії).

Те, що Кляйн явно віддавав перевагу судді, який мав би розширені повноваження, коли це стосується встановлення фактів справи та доказів, пов'язане з його думкою, що цивільне судочинство не є приватним питанням сторін, а має більш важливі соціальні наслідки<sup>43</sup>. Це була практично нова ідея в історії континентального цивільного процесу. В Австрійському цивільному процесуальному кодексі 1895 р., розробленому Кляйном, закріплено розширені повноваження судді, що стосуються з'ясування фактичних обставин цивільної справи, з тим, щоб суддя міг встановити сутність справи та істину в ній (це було визнано необхідним в інтересах суспільства загалом). Коли Австрійський Цивільний процесуальний кодекс аналізується з сучасної точки зору (використовуючи нашу термінологію), можна стверджувати, що повноваження судді керувати справою були розширені в тому сенсі, що йому було (додатково) довірено керувати ходом розгляду справи (*materielle Prozessleitung*) і сприяти, щоб сторони допомагали суду виконувати такі завдання (наприклад, *Wahrheitspflicht*).

Саме австрійська модель домінувала у розвитку багатьох юрисдикцій протягом XX ст. (хоча це часто не визнавалося), спочатку в Німеччині (реформи в 1910-х, 1920-х і 1930-х рр.)<sup>44</sup>, а потім у країнах, що належали до Австрійсько-Угорської імперії (де процедурна модель Кляйна часто була вкрай спотворена після підняття Залізної завіси та відміни комунізму) й у Франції через вчених, на яких вплинули ідеї з Австрії та Німеччини, зокрема, Анрі Мотульські (1905–1971), який допоміг змінити напрям французького цивільного процесу та був членом комісії, яка розробляла проект нового Цивільного процесуального кодексу Франції

<sup>41</sup> F. Klein, *Pro Futuro. Betrachtungenüber Probleme der Civilprozessreform in Oesterreich*, Leipzig und Wien : Franz Deuticke, 1891.

<sup>42</sup> Там само, С. 13.

<sup>43</sup> F. Klein, *Pro Futuro. Betrachtungenüber Probleme der Civilprozessreform in Oesterreich*, Leipzig und Wien : Franz Deuticke, 1891.

<sup>44</sup> F. Bomsdorf, *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit. Verhandlungs- und Untersuchungsmaximeim deutschen Zivilprozess – Vomgemeinen Recht bis zur ZPO*, Berlin : Duncker&Humblot, 1971.

1975 р.<sup>45</sup> Пізніше такі зміни відбулися і в інших країнах. Реформи в Англії та Уельсі, що стали результатом нових Правил цивільного процесу 1998 року, були запізненими, і в офіційних документах посилання на ідеї Кляйна відсутні<sup>46</sup>, але очевидно, що у цій юрисдикції повноваження судді керувати справою суттєво збільшилися<sup>47</sup>. Водночас деяким європейським країнам для запровадження таких змін до традиційних моделей потрібно більше часу. У 1967 р. в Бельгії було ухвалено новий кодекс, що регулює цивільне судочинство та організацію судів, очевидно, без змін у повноваженнях суду та сторін щодо контролю провадження у справі, тоді як Нідерланди повільно впроваджували такі зміни, навіть попри те, що далекосяжні (але безуспішні) пропозиції щодо реформ відповідно до австрійської моделі були зроблені на початку ХХ ст.<sup>48</sup>

Наразі у другому десятилітті ХХІ ст. більшість європейських юрисдикцій запозичили цей новий підхід цивільного судочинства, хоча, очевидно, з певними особливостями. Існує загальна ідея про те, що розширення повноважень судді щодо організації розгляду справ, зокрема організаційних або процесуальних аспектів провадження (у тому числі обмеження строків розгляду), що було кваліфіковано як «формальне» керування розглядом справи, варта підтримки, але іноді є деяка нерішучість стосовно так званих матеріальних або повноважень щодо організації розгляду справи, якщо це стосується з'ясування фактичних обставин справи та/або питань права (факти, докази та правові норми, що регулюють відносини). Останнє навіть є правильним у тих цивільно-правових юрисдикціях, де принцип *iura novit curia* широко застосовується (на відміну від загальної юрисдикції). Це пов'язано з тим, що *iura novit curia* не інтерпретується однаково на європейському континенті, і часто сторони в процесі наділяються обов'язком юридичної кваліфікації їх спору.

#### 4. Європейські правила цивільного процесу

Як видно з попередньої частини статті, у Європі ідея більш активного судді знаходила підтримку доволі давно. Новим є те, що ця активна діяльність наразі часто інтерпретується у ширшому контексті обов'язкової співпраці. Саме у такому контексті слід розуміти термінологію судового *case management* у певних юрисдикціях, зокрема, у Франції, де оригіналь-

<sup>45</sup> F. Ferrand, L'Influence de la procédure civile allemande sur la doctrine de Henri Motulsky, *Procédures*, Mars 2012, 36 ff.

<sup>46</sup> Див.: H. Woolf, *Access to Justice: Interim Report*, London: HMSO, 1995 та H. Woolf, *Access to Justice: Final report*, London : HMSO, 1996.

<sup>47</sup> Див.: N. Andrews, *Andrews on Civil Processes. Vol. 1: Court Proceedings*, Cambridge : Intersentia, 2013.

<sup>48</sup> C. H. van Rhee, *Ons tegenwoordig sukkelproces. Nederlandse opvattingen over de toekomst van het burgerlijk procesrecht rond 1920*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 2000, p. 331–346.

ний *principe de coopération* розроблено теоретиками права<sup>49</sup>. Ми перейшли до етапу, на якому судовий *case management* у сучасному розумінні є у багатьох європейських юрисдикціях, хоча інтенсивність його реалізації може бути різною. Це не означає, що сучасний підхід до цивільного судочинства, який базується на судовому *case management* та співпраці, прийнятий у всіх європейських державах, оскільки, насамперед у деяких колишніх соціалістичних країнах, ідея активного судді наражається на опір, що є наслідком ролі судді протягом соціалістичного періоду. Це, наприклад, чітко сформульовано в новому Цивільному процесуальному кодексі України 2017 р., де акцент зроблено на змагальному характері цивільного судочинства, хоча Рада Європи виступала за активну роль судді. У статті 3 Рекомендації 1984 р.<sup>50</sup> читаємо таке:

*Суд повинен, принаймні у ході попереднього засідання, а якщо можливо, і протягом всього процесу, грати активну роль у забезпеченні швидкого судового процесу, поважаючи при цьому права сторін, включаючи їх право на неупередженість.*

Концепцію судового *case management* бачимо й у принципі 14 Принципів транскордонного цивільного процесу, які сформульовано не винятково для Європи, а для судочинства у глобальному масштабі (під егідою Американського інституту права та *Unidroit*)<sup>51</sup>. У принципі 14.1, наприклад, зазначено:

*Розпочинаючи справу як можливо скоріше, суд повинен активно управляти процесом, діючи самостійно для вирішення спору справедливо, ефективно та з належною швидкістю. ...*

Такі повноваження керування розглядом справи реалізуються у контексті, що сторони також грають важливу роль у процесі, і це підтверджується, наприклад, принципом 11.2, який акцентує спільну відповідальність сторін:

*Сторони розділяють із судом відповідальність за досягнення справедливого, ефективного та по можливості швидкого вирішення процесу.*

<sup>49</sup> С. Н. van Rhee, Principe de coopération, in: E. Jeuland, S. Lalani (eds.), Recherche lexicographique en procédure civile, Paris 2017, p. 207–214.

<sup>50</sup> Рекомендація № R (84) 5 Комітету міністрів країнам-членам стосовно принципів цивільного процесу, розроблена з метою вдосконалення функціонування правосуддя.

<sup>51</sup> ALI/UNIDROIT, Principles of Transnational Civil Procedure, Cambridge : Cambridge University Press, 2006.

Співпраця сторін із судом згадується у принципі 7.2:

*Сторони зобов'язані співпрацювати та мають право на консультацію стосовно графіку.*

Залишається неясним, чи означає співпраця те, що сторони у цьому контексті мають також співпрацювати між собою. Якщо звернутися до того, як *principe de coopération* наразі трактується у Франції, навряд чи йдеться про співпрацю між сторонами. Як вважає професор Луї Кадье, *principe de coopération* підсумовує перші 13 *principes directeurs du procès* (керівні процесуальні принципи) французького *Code de procédure civile*. Ці 13 принципів розкривають відповідні ролі сторін та судді у цивільному судочинстві та стосуються великого списку питань, які часто мають доволі довгу історію (деякі з них походять ще із Середньовіччя, деякі беруть початок з робіт Анрі Мотульскі)<sup>52</sup>.

Варто зауважити, що не всі французькі автори погоджуються із принципом співпраці у широкому сенсі, в якому його розуміє професор Кадье. Згідно з деякими авторами, *principe de coopération* набагато вужчий і стосується лише положень, в яких зазначено, що сторони мають спробувати вирішити справу до подання позову в суд (статті 56 та 58 французького Цивільного процесуального кодексу), і положень, в яких зазначено, що сторони мають надавати судді допомогу в підготовці їх справи (застосування забезпечувальних заходів; *mesures d'instruction*) (стаття 11 французького Цивільного процесуального кодексу)<sup>53</sup>. У цьому разі французький принцип майже не відрізняється від німецького *Kooperationsmaxime*, який передбачає, що сторони та суд співпрацюють *zum Zwecke einer effektiven, raschen Streiterledigung* (з метою ефективного та швидкого вирішення спору)<sup>54</sup>.

Саме в цьому контексті новостворений Європейський інститут права (ELI) та *Unidroit* в 2014 р. розпочали проект з розробки Європейських правил цивільного процесу<sup>55</sup>. Ці правила чітко визначені для держав –

<sup>52</sup> L. Cadiet, *The New French Code of Civil Procedure (1975)*, in: C.H. van Rhee (ed.), *European Traditions in Civil Procedure*, Antwerp/Oxford : Intersentia, 2005.

<sup>53</sup> C. H. van Rhee, *Principe de coopération*, in: E. Jeuland, S. Lalani (eds.), *Recherche lexicographique en procédure civile*, Paris 2017, p. 207–214.

<sup>54</sup> L. Rosenberg, K. H. Schwab, P. Gottwald (eds.), *Zivilprozessrecht*, Munich: Verlag C.H. Beck, 2004, par. 77, marginal no. 5.

<sup>55</sup> A. Uzelac, *Towards European Rules of Civil Procedure. Rethinking Procedural Obligations*, *Hungarian Journal of Legal Studies. Acta Juridica Hungarica* 2017, 3–18. (Прим. перекладача: див. також укр. переклад цієї статті Узелац А. На шляху до Європейських правил цивільного процесу: переосмислення процесуальних обов'язків / А. Узелац, переклад і редактура І. О. Ізарова, А. С. Ковтун, Т. М. Вахонєва // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – № 1(106). – 2018. – С. 23-32.)

членів Європейського Союзу, оскільки вважається, що вони сприятимуть застосуванню права ЄС та посиленню чотирьох свобод (вільного пересування людей, товарів, послуг і капіталу). Тут слід пам'ятати, що більша частина права ЄС має застосовуватися через національні суди держав-членів, оскільки в Європейському Союзі не існує системи федеральних європейських судів. Залежність від національних судів також означає залежність від різних національних цивільно-процесуальних моделей, і ця ситуація, здається, перешкоджає створенню рівних умов для громадян і бізнесу в ЄС. Хоча часто йдеться про те, що Європейський Союз має повноваження приймати закони лише у тих випадках, коли це стосується транскордонних справ, ми переконані, що ці Правила також можуть впливати на цивільний процес у суто національних справах, насамперед тому, що Правила спрямовані на застосування найкращого досвіду в сфері цивільного процесу, як ми побачимо далі, а по-друге, тому що поняття транскордонних справ має підлягати переосмисленню. Незважаючи на те, що ініціативи у сфері Європейських правил цивільного процесу та кращого досвіду також прийняті в інших проектах (наприклад, у Комісії ЄС), зосередимося лише на Правилах *ELI-Unidroit*.

У межах цього проекту наразі різні робочі групи розробляють Правила щодо різних процесуальних питань<sup>56</sup>. Передбачається, що в 2019 р. буде опубліковано об'єднаний набір правил. Автор цієї статті є співголовою Робочої групи, яка займається розробленням Правил, що стосуються обов'язків судді, сторін та їхніх адвокатів (разом з професором Аланом Узелацем із Загреба), і наразі Робоча група вже висунула свої пропозиції про підготовлений проект. Хоча зазначений документ тут не може привести, оскільки він залишається конфіденційним, деякі з основних ідей Робочої групи, відповідальної за них, можуть стати предметом дискусій (далі викладено текст, який базується, іноді буквально, на тексті документу, розробленому спільними зусиллями Робочої групи).

Відправна точка, як ви побачите, не є традиційним процесуальним принципом, такими як *Dispositions-* та *Verhandlungsmaximen*. Як показано в другій частині цієї статті, ці принципи не сприяють розумінню цивільного процесу. Метою Робочої групи було визначено розробити Правила, які збалансували б підхід до повноважень судді та сторін, що є основою співпраці, якості, ефективності, своєчасності та невисоких витрат, беручи до уваги як приватні інтереси сторін, так і публічний інтерес в вирішенні цивільних справи, які і стали центром нашої уваги.

<sup>56</sup> A. Uzelac, Towards European Rules of Civil Procedure. Rethinking Procedural Obligations, Hungarian Journal of Legal Studies. Acta Juridica Hungarica 2017, С. 3–18.

Під час дискусії щодо повноважень судді, сторін та їхніх адвокатів, стало зрозуміло, що можна розділити обов'язки та зобов'язання в цивільному процесі: обов'язки мають бути виконані, їх невиконання має тягнути відповідальність, тоді як зобов'язання не призводитимуть до покарань, але матимуть негативні наслідки для сторони, зокрема, щодо результату розгляду справи. Водночас обов'язки та зобов'язання в процесі не завжди легко розрізнити, через це Робоча група, нарешті, вирішила використовувати термін «зобов'язання» загалом і не застосовувати різні терміни у запропонованих Правилах. Очевидно, з теоретичної точки зору це проблематично, але працюватиме на практиці.

Зобов'язаннями суддів, сторін та їхніх адвокатів можуть бути або позитивні «обов'язки» (діяти добросовісно), або негативні (утримуватися від процесуального зловживання). Правила, запропоновані Робочою групою, відображають сучасні підходи до цивільного судочинства, тому їх основним принципом є лояльне співробітництво між суддею, сторонами та їхніми адвокатами. Правила підготовлено з урахуванням того, що суддя, сторони та їхні адвокати мають спільно відповідати за досягнення справедливого, ефективного, своєчасного та пропорційного розгляду та вирішення спору. Це може бути здійснено за допомогою як урегулювання, так і рішення суду на підставі з'ясованих обставин справи. Це означає, що ми уникаємо поділу на змагальні та слідчі моделі процесу взагалі: сторони також зобов'язані співпрацювати одна з одною. Це є новим у тому сенсі, що принцип співпраці зазвичай розуміється лише як регулювання відносин між судом і сторонами, але в розумінні Робочої групи немає причин, через які сторони не повинні бути зобов'язаними співпрацювати. Зрештою, судові процеси більше не розглядаються як битва між двома супротивниками. Головна ідея Правил полягає в тому, що не існує взаємовиключного розподілу обов'язків між різними учасниками справи; є лише спільні зобов'язання. Це означає, що, крім сторін, суд також має певні зобов'язання щодо встановлення фактів і доказування. Адвокати мають підтримувати сторони у виконанні своїх зобов'язань, і навіть більше, оскільки вони також повинні дотримуватися професійних обов'язків, які зазвичай викладено в кодексах їх поведінки, на які, за потреби, вказують дані Правила.

Запропоновані правила згруповано за п'ятьма ознаками. Частина 1 стосується обов'язку лояльного співробітництва (ця частина розроблена В. Рехбергером та К. Х. Ван Рее). Цей обов'язок є провідним у тлумаченні наступних Правил, тому виступає як своєрідна першочергова мета.

За першою слідують чотири частини, кожна з яких містить окремі правила щодо зобов'язань суду, сторін і їхніх адвокатів, а також розділ про санкції за порушення процесуальних зобов'язань. Санкції згадуються в усіх частинах Правил. Це пов'язано з тим, що жодні єдині та

об'єднані Правила щодо санкцій не можуть бути ідеальними, оскільки різні суб'єкти та елементи процесуальних зобов'язань вимагають застосування різних типів і форм санкцій. Санкції можуть бути негативними наслідками щодо результату розгляду справи чи позитивними, такими як штрафи.

Частина 2 стосується зобов'язань щодо керування та планування судочинства (її розроблено Дж. Сорабджі). Пропонується, щоб суддя контролював сторони, виконуючи завдання з організацією розгляду справою, оскільки належне їх виконання не впливає на незалежність і неупередженість суддів в ухваленні ними рішень. Самі суди можуть контролюватися Радою суддів або подібним органом, який не залежить від Міністерства юстиції.

Обов'язок суду полягає в організації судового розгляду таким чином, щоб усі учасники цього процесу мали відповідний, чесний і справедливий результат. Він встановлює, що суд несе відповідальність за активне й ефективне керування розглядом справою, але це завжди відбувається у ході співпраці зі сторонами. Це зобов'язання можна виконати за допомогою різних розпоряджень та дій в межах кейс-менеджменту, незмінним є тільки контроль за дотриманням зобов'язань сторін, їх адвокатів та інших учасників процесу. Звичайно, безперервний моніторинг не означає, що суд має регулярно перевіряти хід справи, це означає лише те, що протягом судового розгляду суд повинен встановити, чи виконуються процесуальні строки, чи здійснюються заходи й інші дії, узгоджені чи визначені судом, чи вживаються заходи забезпечення, якщо це потрібно. Суд організовує розгляд справи таким чином, що для здійснення окремих дій є достатньо часу та ресурсів. Суд також має забезпечити, щоб у будь-якому випадку не витрачалось більше часу та ресурсів, ніж потрібно, щоб було достатньо часу та ресурсів на розгляд інших справ. Активне ведення справ за дорученням суду також передбачає зобов'язання проконсультуватися зі сторонами та, де можливо, забезпечити згоду на форму, зміст і строки виконання конкретних дій у процесі. Обов'язок суду щодо активного кейс-менеджменту дає право суддям відкрито обговорювати ці питання із сторонами. Конференція з кейс-менеджменту є відповідним інструментом для такого обговорення. У рішеннях з питань кейс-менеджменту суд завжди має враховувати характер, значення та складність конкретної справи, гарантуючи принципи пропорційності, а також враховуючи важливість справи.

Сторони зобов'язані сприяти справедливому, ефективному, своєчасному та пропорційному вирішенню конфлікту. «Ефективність», «своєчасність» і «пропорційність» є пов'язаними поняттями та частково накладаються одне на одне. Пропорційність стосується того факту, що різні категорії справ можуть вимагати неоднакового використання ресурсів і

часу на їх розгляд і вирішення. Обов'язок сторін, який значною мірою збігається із зобов'язанням добросовісно співпрацювати один з одним і судом, впливає на судовий розгляд, на стадію попереднього розгляду та під час правозастосування. Він може бути позитивним у тому сенсі, що сторона зобов'язана діяти, або негативним у тому сенсі, що сторона має утримуватися від певної небажаної поведінки. Очевидно, що зобов'язання приймати всі розумні зусилля, спрямовані на врегулювання справи, сто-сується цього обов'язку. Це також означає, що сторони повинні сприяти належному кейс-менеджменту, наприклад, під час першої конференції з кейс-менеджменту, коли суддя та сторони можуть скласти процесуальний календар розгляду справи.

Частина 3 присвячена визначенню фактів (її розроблено Б. Карольчиком). Сторони повинні надати докази щодо обставин справи, сприяти їх належному з'ясуванню. Вони мають надати судді інформацію про факти, якщо вважають потрібним. Найкращим часом для цього є судові засідання, але ми не виключаємо й інших можливостей. Повідомлення про факти та подання доказів передусім є обов'язком сторін і мають бути здійснені якомога раніше, бажано до того, як провадження у справі розпочато, або на етапі її попереднього розгляду. Подання доказів пізніше, ніж на ранніх стадіях провадження, допускається лише з обґрунтованих причин.

Крім сторін, суд також має певні обов'язки щодо встановлення фактів і їх доказування. За потреби суд має обговорювати фактичні аспекти справи зі сторонами й опитати сторони, в результаті сторони мають пояснюють всі обставини справи, вчасно та повністю, переважно для доповнення недостатньої інформації щодо заявлених фактів, а також для того, щоб виявити додаткові докази та зробити відповідні заяви. Суд керує провадженням таким чином, щоб усі відповідні питання у справі були визначені та могли бути вирішені в повному обсязі та належним чином. З цією метою суд може переглянути порядок подання доказів і прийняти рішення щодо подання конкретних засобів доказів та інших пов'язаних з ними питань.

Правила також передбачають, що суд може використати факти, які містяться у матеріалах справи, але не використані сторонами як аргументи або витребувати докази за власним бажанням, якщо це потрібно для належного вирішення справи. Ця позиція слідує загальноприйнятим для багатьох європейських юрисдикцій традиціям – надавати суду повноваження активно втручатися у доказування з метою усунення несправедливості або зловживання судовими процедурами. У розумінні розробників ці повноваження використовуватимуться винятково.

Коли суд задовольняється фактами та доказами, слухання закривається. Після цього суд може вимагати або дозволяти подати додаткові докази

тільки у виняткових випадках, якщо це потрібно для уточнення відповідних позицій сторін.

Предметом частини 4 є висновки суду (розроблено Е. Жоланом). Правила встановлюють, що і суд, і сторони мають сприяти визначенню правильної правової основи для ухвалення рішення. Сторони зобов'язані обґрунтувати правові питання, що має бути зроблено детально, але в розумних межах. Це відповідає традиціям різних континентальних правових систем, в яких сторони зобов'язані надати юридичну кваліфікацію під час подання позову. Очевидно, що це також відповідає інтересам сторін, оскільки конкретні факти, які слід заявляти, залежать від юридичної кваліфікації того позову, про який заявлено. Континентальне європейське правило *iura novit curiae* виправдовує пасивне ставлення сторін у цьому відношенні. На нашу думку, єдиним наслідком цього правила є те, що суд несе остаточну відповідальність щодо встановлення правильної правової основи позову. Це означає, що суд може вирішувати питання права з власної ініціативи, якщо це потрібно для правильного ухвалення рішення, але, очевидно, ці питання мають бути узгоджені зі сторонами.

Нарешті, частина 5 стосується обов'язку суду сприяти узгодженню вирішення конфліктів. Головне правило полягає в тому, що сторони мають активно співпрацювати з судом, прагнучи до вирішення суперечки як до, так і після початку провадження. У Правилах не обговорюються конкретні форми або способи узгодженого вирішення спорів, оскільки це було поза межами повноважень Робочої групи.

Наші Правила базуються на різних джерелах. Початковими пунктами є Принципи транскордонного цивільного процесу, передусім (але не тільки) принципи 11 і 14. Крім того, враховано Рекомендації Ради Європи (насамперед Рекомендація № R (84) 5 щодо цивільного процесу), прецедентне право Суду Європейського Союзу та Європейського суду з прав людини, Проект Сторма 1994 р. щодо зближення законодавства у сфері судочинства в Європейському Союзі, модельні кодекси, такі як *Codigo modelo Iberico-americano*, національне законодавство держав – членів Європейського Союзу та різні професійні кодекси поведінки. Ми також вивчали спільну історію розвитку систем процесуального права в Європі, що, сподіваємося, продемонстровано в цій статті.

Сучасний цивільний процес має давню історію. Одна з особливостей цієї історії полягає в тому, що можна побачити збалансований підхід щодо обов'язків судді, сторін та їхніх адвокатів. Екстремальних зловживань майже не існувало, хоча *Verhandlungs-* та *Untersuchungsmaximen*, розроблені Гоннером, можуть створити інше враження. Проте видається, що навіть якщо ці принципи і могли завдати певної шкоди науці цивільного процесу, вони не впливали на практику настільки, наскільки це можна уявити. Обов'язки судді, сторін та їхніх адвокатів найкраще тлу-

мачити в контексті принципу належної співпраці. Суддя та сторони співпрацюють, щоб досягти прийняттого результату: суд, який віддає належне фактам, оскільки вони дійсно мали місце. Така співпраця також повинна істотно впливати на практику. Правило *iura novit curia* не має слугувати відправною точкою, як у *Prozessmaximen* Гоннера, коли він формував цивільний процесуальний закон майбутнього. Реалізація принципу належної співпраці сприятиме ухваленню справедливих судових рішень, які будуть проголошені після своєчасного розгляду та вирішення справи, а здійснення судочинства стане ефективним і, відповідно, більш пропорційним.

**Van Rhee C. H. Case Management in Europe: A Modern Approach to Civil Litigation (Translated Ukrainian by I. Izarova)**

The terminology ‘Case Management’ became fashionable in comparative legal studies in Europe as a result of the 1998 Woolf Reforms in England & Wales<sup>57</sup>. These reforms attracted much attention in scholarly circles. It was noted that just like many of the Civil Law jurisdictions on the European Continent several or more decades before, now even the major European common law jurisdiction was moving away from an idea that was said to have dominated civil procedure for at least two centuries: the idea that the parties should be able to shape their civil lawsuits in the way they deemed fit since civil litigation is about the protection of their private rights and duties over which they can freely dispose. This idea was, according to Falk Bomsdorf in his 1969 PhD thesis submitted to the law faculty in Kiel and published in 1971, first formulated by the Hessian legal scholar Karl (von) Grolman (1775–1829) in 1800<sup>58</sup>. Grolman’s idea was, according to the same author, leading for the Bavarian legal scholar Nikolaus Thaddäus (von) Gönner (1764–1827) when he formulated two contradictory Maximen or fundamental principles of civil procedure a few years later: the *Verhandlungsmaxime* (this can roughly be translated as the ‘adversarial principle’) which in his view dominated the *gemeine Prozess* (common procedure) of various German jurisdictions, and the *Untersuchungsmaxime* (roughly ‘inquisitorial principle’) which allegedly dominated civil procedure in Prussia as a result of the reforms in litigation in the 18th century.<sup>59</sup>

In the present paper I will first discuss the two fundamental procedural principles distinguished by Gönner (Section 1). Then, in Section 2, I will analyse, as an example, an early-modern Dutch treatise on civil procedural law by the Flemish jurist Philips Wielant (1441/42–1520) focusing on the role of the judge and the parties in civil litigation. In this Section I will demonstrate that a model of civil litigation based on the learned Romano-canonical procedure (the ancestor of most systems of civil procedural law in Europe) took a balanced approach to the role of the judge and the parties, an approach that is present throughout the literature on civil procedure in the early-modern period. Subsequently I will provide a short overview

<sup>57</sup> Van Rhee 2005, 20. See also Woolf, 1995 and Woolf 1996.

<sup>58</sup> Grolman 1800. See also Bomsdorf, 1971, 123, and Chorus, 1987 and 1992.

<sup>59</sup> On Prussian civil procedure in the 18th century, see Bomsdorf, 1971, 65–96.

of European developments as regards the role of the judge and the parties in civil litigation from the 19th until the early 21st century (Section 3). And finally I will focus on the current work of the European Law Institute and Unidroit in drafting European rules of civil procedure, more specifically on the rules governing the role of the judge and the parties (and their lawyers) (Section 4). One of the aims of this paper is to show how the suggestions done by the working group responsible for drafting rules governing the judge and the parties fit well in European developments that may have started at the time of the introduction of the Romano-canonical model of litigation in the secular courts of the late medieval and early-modern period.

УДК 347.919.7

## **Тимчасове обмеження у праві виїзду за межі України: практичний аспект**

**Н. С. Горбань,**

кандидат юридичних наук,  
асистент кафедри нотаріального  
та виконавчого процесу  
й адвокатури Київського національного  
університету імені Тараса Шевченка

*Аналізуються нормативно-правові акти, якими встановлюється тимчасове обмеження у праві виїзду фізичної особи боржника за межі України на предмет наявності проблем, які потребують законодавчого врегулювання. Встановлено випадки, коли особа боржник може безперешкодно виїхати на постійне проживання за межі України, маючи не погашені зобов'язання за судовим рішенням.*

**Ключові слова:** виконавче провадження, тимчасове обмеження у праві виїзду за межі України, боржник, зобов'язання.

**Горбань Н. С. Временное ограничение права выезда за пределы Украины: практический аспект**

*Анализируются нормативно-правовые акты, которыми устанавливается временное ограничение в праве выезда физического лица должника за пределы Украины на предмет наличия проблем, требующих законодательного урегулирования. Установлены случаи, когда лицо должник может беспрепятственно выехать на постоянное проживание за пределы Украины, имея не погашенные обязательства по судебному решению.*

**Ключевые слова:** исполнительное производство, временное ограничение в праве выезда за пределы Украины, должник, обязательства.

**Gorban Nataliia. Temporary restrictions on the right of running of borders of Ukraine: practical aspects**

*Normatively-legal acts, that is set temporal limitation in a right for departure of person-debtor outside Ukraine for the purpose the presence of problems requiring a legislative settlement, are analysed in the article. Cases are set, when person a debtor can without difficulty drive out on a permanent residence outside Ukraine, having the not liquidated obligations under a court decision.*

© Горбань Наталія Сергіївна – кандидат юридичних наук, асистент кафедри нотаріального та виконавчого процесу й адвокатури Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**Keywords:** *executive production, temporal limitation in a right for departure outside Ukraine, debtor, obligations.*

Стаття 10 Закону України «Про виконавче провадження»<sup>1</sup> (далі – Закон) містить чіткий перелік заходів примусового виконання рішень (п. 1–4 ч.1 ст.10 Закону). Крім того, допускаються також інші заходи примусового характеру, передбачені цим Законом (п. 5 ч. 1 ст. 10 Закону). Серед них, слід виділити тимчасове обмеження боржника у праві виїзду за межі України та заборона в'їзду в Україну чи видворення за межі України.

Чисельними міжнародними актами встановлено право людини на пересування і право покидати будь-яку країну, включаючи свою власну. Дане право за вітчизняним цивільним законодавством віднесено до особистих немайнових прав, які забезпечують природне існування фізичної особи (Глава 21 Книги другої Цивільного Кодексу України). Значення цих прав для людини не можливо переоцінити. На загальнотеоретичному рівні особисті права і свободи людини – це основоположні, невідчужувані, невід'ємні та природні можливості, належні кожній людині від моменту народження і які стосуються забезпечення її фізичної і морально-психологічної індивідуальності<sup>2</sup>.

З урахуванням вищезазначеного слід підкреслити, що лише законом визначаються підстави тимчасового обмеження у праві виїзду за кордон, коло суб'єктів, яких наділено повноваженнями застосовувати обмеження даного права людини та умови їх реалізації. Закон, яким надаються такі дискреційні повноваження відповідному державному органу, посадовій особі, повинен вказати чітко і зрозуміло на обсяг такої дискреції. (**Дискреція** — вирішення посадовою особою або державним органом будь-якого питання на власний розсуд. Поряд з цим, за латиною *discretio* це — рішення посадової особи або державного органу віднесеного до їх компетенції питання на власний розсуд в порядку реалізації дискреційної влади)<sup>3</sup>. Здійснивши аналіз діючого законодавства слід зазначити, що обмеження права на виїзд за межі України є необхідними лише в інтересах національної чи громадської безпеки, для підтримання публічного порядку, запобігання злочину, для захисту здоров'я чи моралі або з метою захисту прав і свобод інших осіб.

<sup>1</sup> *Про виконавче провадження:* Закон України від 02.06.2016 №1404-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/gu/1404-19>.

<sup>2</sup> *Кожан В. В.* Особисті права та свободи людини: загальнотеоретичне дослідження: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Львів. 2016. С. 82.

<sup>3</sup> *Вільна енциклопедія.* Вікіпедія. URL: <https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%94%D0%B8%D1%81%D0%BA%D1%80%D0%B5%D1%86%D1%96%D1%8F>.

Проблематика обмеження прав людини є актуальною не тільки на загальнотеоретичному рівні, вона також є предметом наукового дослідження галузевих наук. Питанням обмеження особистих немайнових прав людини в своїх публікаціях приділяли увагу: М. І. Козюбра, А. О. Матвійчук, М. М. Мікуліна, М. О. Стефанчук та інші. Проте, ступінь вивчення існуючих проблем у цій сфері правовідносин, з урахуванням існуючої ситуації в суспільстві, є недостатнім. Нагальною є потреба розширити коло досліджень не тільки на міжгалузевому рівні, а і на рівні дотичних до зазначеної проблематики окремих галузей процесуального права. Різні аспекти щодо тимчасового обмеження права боржника на виїзд за межі України були предметом уваги таких науковців як: О. Б. Верба-Сидор, К. В. Гусаров, І. М. Євхутич, В. О. Кучер, Л. С. Малярчук, В. С. Петренко, Н. А. Сергієнко, С. А. Чванкін, С. Я. Фурса, Є. І. Фурса. Однак, в діючому законодавстві є суперечності, які ускладнюють можливість застосовувати виконавцями передбачені у Законі заходи примусового характеру, які пов'язані із обмеженням особистих немайнових прав, а саме – тимчасове обмеження у праві виїзду за межі України боржника, який має непогашені зобов'язання щодо сплати аліментів. Зазначена проблематика є предметом даної статті.

За правилами цивільного судочинства питання про тимчасове обмеження у праві виїзду за межі України вирішується судом в порядку, передбаченому статтею 441 Цивільного процесуального кодексу України<sup>4</sup> (далі – ЦПК), яка міститься у Розділі VI «Процесуальні питання, пов'язані з виконанням судових рішень у цивільних справах та рішень інших органів (посадових осіб)». За змістом цієї статті, тимчасове обмеження фізичної особи у праві виїзду за межі України може бути застосоване судом як **захід забезпечення виконання судового рішення**. Суд може постановити ухвалу про тимчасове обмеження у праві виїзду за межі України фізичної особи, яка є боржником за невиконаним нею судовим рішенням, на строк до повного виконання такого судового рішення.

При постановленні такої ухвали суд оцінює та враховує докази, надані виконавцем, яким відкрито відповідне виконавче провадження. Суд негайно після надходження подання розглядає його без повідомлення сторін та інших заінтересованих осіб за участю державного (приватного) виконавця. Ухвала суду про тимчасове обмеження боржника - фізичної особи у праві виїзду за межі України є виконавчим документом і рішенням, яке вона містить, підлягає примусовому виконанню.

<sup>4</sup> Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.

Господарський процесуальний кодекс<sup>5</sup> (далі – ГПК) також містить спеціальну норму, якою регулюється тимчасове обмеження у праві виїзду за межі України. Її зміст ідентичний положенню ЦПК, за однієї відмінності, а саме: «Тимчасове обмеження фізичної особи – боржника у праві виїзду за межі України може бути застосоване судом як **виключний захід забезпечення виконання судового рішення**».

Кодекс адміністративного судочинства<sup>6</sup> (далі – КАС) містить Розділ IV «Процесуальні питання, пов’язані з виконанням судових рішень в адміністративних справах» проте, в ньому не містяться норми щодо процесуального порядку обмеження права боржника на виїзд за кордон.

Кримінальний процесуальний кодекс України<sup>7</sup> містить Розділ VIII «Виконання судових рішень» однак, він також не містить відповідних норм у розділі, щодо процесуального порядку обмеження права боржника на виїзд за кордон.

Таким чином, можна вважати, що стаття 441 ЦПК може бути спеціальною нормою, яка застосовується на стадії виконання судових рішень, ухвалених незалежно від виду судочинства та рішень інших органів (посадових осіб). Наприклад, якщо на підставі вироку суд видав виконавчий лист про майнові стягнення, питання обмеження права боржника за цим листом на виїзд з України може вирішуватися за статтею 441 ЦПК.

Із аналізу вищезазначених положень слідує, вітчизняний законодавець, залежно від виду судочинства, по різному розцінює тимчасове обмеження фізичної особи у праві виїзду за межі України: як захід забезпечення виконання судового рішення (стаття 441 ЦПК); як виключний захід забезпечення виконання судового рішення (стаття 337 ГПК), як захід примусового характеру, передбачений Законом (пунктом 5 частини 1 статті 10 Закону). На рівні доктрини обмеження є заходом забезпечення виконання судового рішення, що застосовується судом у процесуальному порядку, визначеному ЦПК для забезпечення позову із врахуванням особливостей, зумовлених стадією виконання рішення<sup>8</sup>.

Також слід звернути увагу на наступне, тимчасове обмеження фізичної особи у праві виїзду за межі України поширюється на боржника за невиконаним ним судовим рішенням, на строк до повного виконання

<sup>5</sup> *Господарський процесуальний кодекс України*: Закон України від 06.11.1991 № 1798-XII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>.

<sup>6</sup> *Кодекс адміністративного судочинства України*: Закон України від 06.07.2005 № 2747-IV. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/main/2747-15>.

<sup>7</sup> *Кримінальний процесуальний кодекс України*: Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/main/4651-17>.

<sup>8</sup> *Верба-Сидор О. Б.* Тимчасове обмеження у праві виїзду за межі України: новели правового регулювання. Реформа виконавчого провадження: сьогодення та перспективи: матеріали міжнар. наук.-практик. конф. (м. Київ, 30 березня 2018 року) / ред. кол.: Шкляр С. В., Фурса С. Я., Снідевич О. С. Київ: Видавництво «Юстон». 2018. С. 44.

такого судового рішення (стаття 441 ЦПК); на фізичну особу – боржника за невиконаним нею судовим рішенням, на строк до повного виконання такого судового рішення (частина 3 статті 337 ГПК). Закон містить положення: «у разі ухилення боржника від виконання зобов'язань, покладених на нього рішенням, виконавець під час здійснення виконавчого провадження має право звертатися до суду за встановленням тимчасового обмеження у праві виїзду боржника - фізичної особи чи керівника боржника – юридичної особи за межі України до виконання зобов'язань за рішенням або погашення заборгованості за рішеннями про стягнення періодичних платежів» (пункт 19 частини 3 статті 18 Закону).

Як бачимо, законодавець визначив різне коло суб'єктів, щодо яких може застосовувати тимчасове обмеження у праві виїзду за межі України. У зв'язку з цим варто підтримати пропозицію Верби-Сидор О. Б. «замість слів «фізичної особи» у всіх частинах статті 441 ЦПК вживати «боржника – фізичної особи», щоб унеможливити виникнення ситуацій неправомірного обмеження основоположних прав особи, яка не є стороною виконавчого провадження, як у випадку із керівником боржника - юридичної особи»<sup>9</sup>. А також внести зміни до пункту 19 частини 3 статті 18 Закону – із змісту норми виключити «керівника боржника – юридичної особи», так як керівник юридичної особи не є стороною виконавчого провадження. Про цю невідповідність в діючому законодавстві зазначали О. Б. Верба-Сидор, Л.С. Малярчук, С.Я. Фурса, Є.І. Фурса.

Верховний Суд України в 2013 році, здійснюючи аналіз судової практики щодо вирішення питання про тимчасове обмеження у праві виїзду за межі України зробив висновок: «Законом передбачено юридичні санкції у вигляді тимчасового обмеження у праві виїзду **не за наявність факту невиконання зобов'язань, а за ухилення від їх виконання**. У зв'язку з цим з метою всебічного і повного з'ясування всіх обставин справи, встановлення дійсних прав та обов'язків учасників спірних правовідносин, суду належить з'ясувати, чи дійсно особа свідомо не виконувала належні до виконання зобов'язання в повному обсязі або частково»<sup>10</sup>. Отже, суди застосовуючи даний захід мають оцінювати достатність підстав та доказів доцільності і необхідності його застосування.

Нескладно припустити, що від того, як добросовісно і кваліфіковано виконає свою роботу виконавець по обґрунтуванню наявності фактів

<sup>9</sup> Верба-Сидор О. Б. Тимчасове обмеження у праві виїзду за межі України: новели правового регулювання. Реформа виконавчого провадження: сьогодення та перспективи: матеріали міжнар. наук.-практн конф. (м. Київ, 30 березня 2018 року) / ред. кол.: Шкляр С. В., Фурса С. Я., Снідевич О. С. Київ: Видавництво «Юстон». 2018. С. 44..

<sup>10</sup> Судова практика щодо вирішення питання про тимчасове обмеження у праві виїзду за межі України від 01.02.2013. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0003700-13/print>.

ухилення боржника – фізичної особи від виконання своїх зобов'язань, для цього збере необхідні та достатні докази, в подальшому залежатиме і позиція суду: задовольнити чи відмовити в задоволенні його подання. За правилами, що передбачені Інструкцією з організації примусового виконання рішень<sup>11</sup> подання формується в автоматизованій системі виконавчого провадження на бланку відповідного органу державної виконавчої служби, приватного виконавця та має відповідати всім вимогам, передбаченим даним актом.

За чинним законодавством суд оцінює та враховує докази лише надані виконавцем, яким відкрито відповідне виконавче провадження та негайно після надходження подання виконавця розглядає його без повідомлення сторін та інших заінтересованих осіб за участю державного (приватного) виконавця. Ухвала суду про тимчасове обмеження боржника - фізичної особи у праві виїзду за межі України є виконавчим документом і рішення, яке вона містить, підлягає примусовому виконанню.

Слід окремо відзначити, що в судовій практиці під поняттям «ухилення від виконання зобов'язань, покладених на боржника рішенням» розуміються такі діяння (дії чи бездіяльність) особи боржника, які полягають у навмисному чи іншому свідомому невиконанні нею зазначених обов'язків. У зв'язку з цим і здійснюється примусове виконання. Це також є підставою для звернення з поданням до суду щодо вирішення питання про застосування до такої особи тимчасового обмеження у праві виїзду за межі України. Особа, яка має невиконані зобов'язання, не може вважатися винною в ухиленні, поки не буде доведено протилежне.... Сам факт наявності відкритого протягом тривалого часу виконавчого провадження не свідчить про ухилення боржника від виконання судового рішення<sup>12</sup>. Оцінюючи висновок ВСУ та судову практику науковці зауважують про відсутність визначення на законодавчому рівні поняття «ухилення від виконання», а його тлумачення, що міститься у висновку Верховного Суду України не може бути обов'язковим для посилання, так як ВСУ не наділений правом тлумачити закон. У зв'язку з цим гострою є необхідність на законодавчому рівні врегулювати цей пробіл.

Отже, Законом передбачено судовий порядок обмеження права боржника на виїзд за кордон. Він може бути встановлений при виконанні будь-яких рішень як судових, так і інших органів (посадових осіб) за

<sup>11</sup> Про затвердження Інструкції з організації примусового виконання рішень: наказ Міністерства юстиції від 02.04.2012 № 512/5. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0489-12/print1510680699676845>.

<sup>12</sup> Ухвала апеляційного суду Тернопільської області. Справа №599/1772/16-Ц від 09 лютого 2017 р. URL: [https://protocol.ua/ru/sud\\_vidmoviv\\_zadovolenni\\_podannya\\_der-gavnogo\\_vikonavtsya\\_pro\\_obmegennya\\_gromadyanina\\_u\\_pravi\\_viizdu\\_za\\_megi\\_ukraini\\_\(apelyatsiyuniy\\_sud\\_ternopilskoi\\_oblasti\\_sprava\\_599\\_1772\\_16\\_ts\\_uhvala\\_vid\\_09\\_02\\_17\\_r\\_\)/](https://protocol.ua/ru/sud_vidmoviv_zadovolenni_podannya_der-gavnogo_vikonavtsya_pro_obmegennya_gromadyanina_u_pravi_viizdu_za_megi_ukraini_(apelyatsiyuniy_sud_ternopilskoi_oblasti_sprava_599_1772_16_ts_uhvala_vid_09_02_17_r_)/).

ініціативи державного виконавця за місцезнаходженням органу державної виконавчої служби або приватного виконавця за місцезнаходженням виконавчого округу, шляхом внесення до суду відповідної юрисдикції подання. Постановлена судом ухвала на підставі пункту 33 частини 1 статті 353 ЦПК може бути оскаржена в апеляційному порядку виконавцем і сторонами виконавчого провадження (боржником і стягувачем), хоча вони не брали участі у справі, проте суд вирішив питання про їхні права. За правилами цивільного судочинства ухвали про тимчасове обмеження у праві виїзду за межі України не підлягають касаційному оскарженню.

Проаналізувавши норми права, розглянувши аспекти доктрини і практику варто зазначити, що не дивлячись на те, що науковцями аргументовано доцільність і запропоновано порядок виконання відповідних ухвал суду про тимчасове обмеження фізичної особи у праві виїзду за межі України, нажаль, законодавчого закріплення вони не знайшли. Відсутність чіткої мотивації процедури ускладнює фактичне виконання ухвал, тому часто мають місце ситуації, коли обмеження не діють.

У Законі міститься декілька положень, якими визначається обов'язок та право виконавця застосувати тимчасове обмеження у праві виїзду за межі України до боржника:

– виконавець зобов'язаний у разі ухилення боржника від виконання зобов'язань, покладених на нього рішенням, звертатися до суду за встановленням тимчасового обмеження у праві виїзду боржника – фізичної особи чи керівника боржника - юридичної особи за межі України до виконання зобов'язань за рішенням або погашення заборгованості за рішеннями про стягнення періодичних платежів (пункт 19 частини 2 статті 18 Закону);

– у разі виїзду боржника на постійне проживання до держави, з якою Україна не уклала договорів про надання правової допомоги, за рішенням суду до виїзду боржника за кордон стягнення аліментів здійснюється за весь період до досягнення дитиною повноліття ( частина 5 статті 71 Закону);

– за наявності заборгованості зі сплати аліментів, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за чотири місяці, державний виконавець вносить вмотивовану постанову про встановлення тимчасового обмеження боржника у праві виїзду за межі України - до погашення заборгованості зі сплати аліментів у повному обсязі (пункт 1 частини 9 статті 71 Закону);

– якщо аліменти сплачуються на утримання дитини з інвалідністю, дитини, яка хворіє на тяжкі перинатальні ураження нервової системи, тяжкі вроджені вади розвитку, рідкісне орфанне захворювання, онкологічні, онкогематологічні захворювання, дитячий церебральний параліч,

тяжкі психічні розлади, цукровий діабет I типу (інсулінозалежний), гострі або хронічні захворювання нирок IV ступеня, або на утримання дитини, яка отримала тяжкі травми, потребує трансплантації органа, потребує паліативної допомоги, постанови, зазначені у пунктах 1–4 цієї частини, виносяться державним виконавцем за наявності заборгованості зі сплати аліментів, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за три місяці (абзац 1 пункту 4 частини 9 статті 71 Закону);

– у разі невиконання, під час виконання рішень стосовно іноземців, осіб без громадянства та іноземних юридичних осіб, які відповідно проживають (перебувають) чи зареєстровані на території України або мають на території України власне майно, яким володіють самостійно або разом з іншими особами рішень, виконавець звертається до центрального органу виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики у сфері міграції, органів охорони державного кордону з поданням про заборону в'їзду в Україну чи видворення за межі України таких осіб відповідно до Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» (частина 2 статті 77 Закону).

За наявності заборгованості зі сплати аліментів, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за чотири місяці, державний виконавець виносить вмотивовану постанову про встановлення тимчасового обмеження боржника у праві виїзду за межі України до погашення заборгованості зі сплати аліментів у повному обсязі. Постанова надсилаються сторонам для відома не пізніше наступного робочого дня з дня їх винесення. Постанова направляється до виконання відповідними органами після закінчення строку, визначеного частиною п'ятою статті 74 Закону, для оскарження рішення, дії виконавця, якщо рішення, дії виконавця не були оскаржені.

У разі оскарження постанови, якщо її не скасовано, вона підлягає виконанню відповідними органами після розгляду справи відповідним судом.

Слід зауважити, що приватні виконавці, які за законом мають право здійснювати примусове виконання рішень про стягнення аліментів, позбавлені права встановлювати таке тимчасове обмеження боржника. В окремих випадках, це значно ускладнює процес виконання рішення суду про стягнення аліментів, яке підлягає виконанню протягом тривалого строку до досягнення дитиною повноліття. Якщо боржник має заборгованість зі сплати аліментів, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за чотири місяці, то приватний виконавець для з встановлення тимчасового обмеження у праві виїзду боржника – фізичної особи за рішенням про стягнення аліментів зобов'язаний обов'язково встановити факт ухилення такого боржника від виконання зобов'язань, покладених на нього рішенням та звернутися до суду з мотивованим поданням.

За період існування в Україні інституту приватних виконавців суспільство змінило своє ставлення до них, виросла довіра. Приватні виконавці результатами своєї діяльності довели, що вони зацікавлені в повному, своєчасному на підставі закону виконанню судових рішень і рішень інших органів. Тому, було б доцільно урівняти приватних і державних виконавців в можливостях застосовувати відповідні заходи примусового виконання рішень.

Підсумовуючи, слід зазначити, що застосування такого заходу примусового виконання рішення як тимчасове обмеження фізичної особи - боржника у праві виїзду за межі України має ряд проблем, причинами виникнення яких є: недосконалість та неузгодженість положень чинного законодавства, неоднозначна судова практика та практика державних і приватних виконавців.

#### ***Gorban Nataliia. Temporary limitations on the right to departure outside Ukraine : practical aspect***

The paper analyses the legislation for temporary limitation on the right for individual with debts to leave Ukraine in view of the issues to be legally regulated. Current legislation provides for such contradictions which make it hard for the law enforcement bodies to implement. Such remedies related to restrictions on personal non-property rights as temporary restriction on the right of departure outside Ukraine for a debtor who has outstanding obligations to pay alimony.

Article 10 of the Law of Ukraine «On Enforcement Proceedings» contains a clear list of measures for the enforcement of decisions(pp.1-4 Cl.1 Art..10 of the Law). Besides, other measures of coercive nature provided for by this Law are also allowed (p. 5, Cl. 1, Art. 10 of the Law). Among them, one should distinguish a temporary restriction on the debtor's right for departure outside Ukraine and the prohibition of entry into Ukraine or expulsion outside of Ukraine.

Only the law defines the grounds for a temporary restriction on the right to travel abroad, a circle of subjects who are empowered to apply restrictions on this human right and the conditions for their implementation.

It has been established that, depending on the type of proceedings, the procedural law has differences. The temporary restriction of an individual in the right of departure outside Ukraine is:- a measure ensuring enforcement of a court decision (Article 441 of the Civil Procedure Code);- an exceptional measure to ensure the enforcement of a court decision (Article 337 of the Civil Code of Civil Procedure), - a measure of compulsory nature, provided for by the Law (p. 5, Cl. 1, Art. 10 of the Law). At the doctrine level, the restriction is a security measure for execution of a judicial decision that is applied by a court in the procedural order determined by the procedural law to secure a claim, taking into account the peculiarities determined by the stage of execution of the decision.

The law provides for a judicial procedure for limiting the debtor's right to travel abroad. It can be established at the execution of any decisions of both judicial and other bodies (officials) initiated by the state executive at the location of the state

body executive service or a private executor at the executive district location, by submission to the court of the relevant jurisdiction. A court decision based on point 33 of paragraph 1 of Article 353 of the CPC may be appealed by the appellant to the executor and the parties to the enforcement proceedings (the debtor and the collector), even though they did not take participate in the case, but the court decided on their rights. According to the rules of civil procedure, decisions on temporary restrictions on the right of departure outside Ukraine are not subject to appeal.

Having analyzed the rules of law and considered the aspects of doctrine and practice, one should note that there is no legislative consolidation of the procedure for executing court orders complicating their enforcement, hence the situations where restrictions do not work are rather often.

In the event of arrears of alimony payment, the aggregate amount of which exceeds the amount of the corresponding payments for four months, the state executor makes a motivated decision to set up a temporary limitation for the debtor in his/her right of departure from Ukraine to pay off the arrears of alimony in full. The decision is sent to the parties for information no later than the following business day from the date when such decision was made. The decision is sent to the relevant authorities after the expiration of the time limit for its appeal, the actions of the executor, if the decision, actions of the executor have not been appealed.

Private enforcers are legally entitled to enforce the alimony decisions. However, they are deprived of the right to establish such a temporary limitation on the debtor. In some cases, this greatly complicates the process of enforcement of a court decision on the payment of alimony, which is subject to execution for a long time until the child reaches majority age. If the debtor has arrears in alimony payment, the aggregate amount of which exceeds the amount of the corresponding payments for four months, then the private executor for the setting up a temporary restriction on the right of departure of the debtor - an individual on the decision on the alimony payment - is obliged to establish the fact of evasion of such a debtor from fulfillment of the obligations imposed on him by a decision and to apply to the court with a reasoned submission..

Thus, the procedure of temporary limitation on the individual debtor's right in departure outside Ukraine has a number of problems, the causes of which are: imperfection and inconsistency of the current legislation provisions, ambiguous litigation and practice of state and private enforcers.

**Keywords:** executive production, temporal limitation in a right for departure outside Ukraine, debtor, obligations.

УДК 349.412

## Суд «над земельним мораторієм»: два рішення — два правових світогляди

**П. Ф. Кулинич,**  
доктор юридичних наук, професор,  
член-кореспондент НАПрН України,  
завідувач сектора проблем  
аграрного та земельного права  
Інституту держави і права  
ім. В. М. Корецького НАН України

*Аналізуються ухвала Конституційного Суду України та рішення Європейського суду з прав людини щодо законності земельного мораторію в Україні. Досліджується правова аргументація, покладена в основу зазначених рішень цих судів. Доводиться обґрунтованість рішення Європейського суду з прав людини по справі «Цицюра та Зеленчук проти України» від 22 травня 2018 р.*

**Ключові слова:** земля, право власності, обмеження права людини.

**Кулинич П. Ф.** Суд «над земельним мораторием»: два решения — два правовых мировоззрения

*Анализируются постановление Конституционного Суда Украины и решение Европейского суда по правам человека касательно законности земельного моратория в Украине. Исследуется правовая аргументация, лежащая в основе указанных решений этих судов. Доказывается обоснованность решения Европейского суда по правам человека по делу «Цицюра и Зеленчук против Украины» от 22 мая 2018 р.*

**Ключевые слова:** земля, право собственности, ограничение права человека.

© Кулинич Павло Федотович — доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, завідувач сектора проблем аграрного та земельного права Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

**Kulinich Petro. The Judgement on Land Moratorium: two Decisions — two Legal Outlooks**

*The decisions of both Constitutional Court of Ukraine and European Court on Human Rights regarding legacy of moratorium on land sales in Ukraine are analyzed. Legal arguments put in the basis of these courts' decisions are reviewed. It is proved that the decision of European Court on Human Rights re Case of Zelenchuk and Tsytsyura v. Ukraine on May 22, 2018 is legally correct.*

**Keywords:** land, right of ownership, restrictions of human rights.

7 лютого 2017 р. 55 народних депутатів України звернулися до Конституційного Суду України (далі — КСУ) з конституційним поданням щодо відповідності Конституції України (конституційності) пунктів 14, 15 Розділу Х «Перехідні положення» Земельного кодексу України. Як відомо, саме у цих пунктах Кодексу закріплено земельний мораторій — тимчасова заборона на відчуження земель сільськогосподарського призначення, яка триває вже 16 років. У своєму поданні народні депутати України просили Суд визнати земельний мораторій (зазначені вище пункти Земельного кодексу України) неконституційним.

14 лютого 2018 р. КСУ виніс Ухвалу № 4-у/2018<sup>1</sup>, якою відмовив у відкритті конституційного провадження у даній справі. Підставою для такої відмови стало те, що, на думку Суду, народні депутати України у своєму поданні не навели «аргументів щодо неконституційності пунктів 14, 15 розділу Х «Перехідні положення» Кодексу в частині відтермінування можливості реалізації права власності щодо земельних ділянок сільськогосподарського призначення». Насправді такі аргументи у поданні були. На них неодноразово зверталася увага у літературі<sup>2</sup>. Зокрема, народні депутати України зазначали, що земельний мораторій суперечить ст. 41 Конституції України, яка гарантує право власників, у тому числі земельних ділянок, розпоряджатися належними їм об'єктами права власності відповідно до закону. Крім того, депутати аргументували своє подання тим, що земельний мораторій істотно обмежує можливості власників земельних ділянок щодо їх використання у підприємницькій діяльності та обумовлює зниження їх життєвого рівня.

Отже, КСУ не визнав земельний мораторій ні таким, що порушує норми Основного Закону країни, ні таким, що повністю відповідає їм. По

<sup>1</sup> Ухвала Конституційного Суду України від 14 лютого 2018 року № 4-у/2018 про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним поданням 55 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пунктів 14, 15 розділу Х «Перехідні положення» Земельного кодексу України. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v004u710-18>

<sup>2</sup> Мірошниченко А. М. Європейський суд з прав людини як важіль для зміни вітчизняного земельного законодавства // Право та управління. 2012. № 2. С. 509-517; Рупенко А. И. Градостроительно-правовые аспекты земельного моратория в Украине // National Law Journal: Theory and Practice. 2014. № 2. С. 19-23.

суті, зміст зазначеного рішення Суду зводиться до того, що, можливо, земельний мораторій і суперечить нормам Конституції України, а може, й не суперечить. Але оскільки народні депутати України у своєму конституційному поданні не навели переконливих доказів такої суперечності, то ... нехай все залишається так, як є.

На нашу думку, в Ухвалі КСУ від 14 лютого 2018 р. № 4-у/2018 закладена досить дивна «логіка». Справа в тому, що КСУ є єдиним у країні судом, який за визначенням має добре знати і правильно тлумачити зміст Основного Закону країни взагалі та як «мірила істинності» всього законодавства України зокрема. Тому яким би не був зміст конституційного подання, судді КСУ повинні однозначно визначити, чи суперечить той чи інший закон Конституції.

Однак є ще й Закон України «Про Конституційний Суд України»<sup>3</sup>, який визначає порядок його діяльності. Зокрема, у ч. 3 ст. 51 Закону перелічені вимоги до змісту конституційного подання. Цією нормою встановлено, що у конституційному поданні щодо конституційності акта чи його окремих положень мають бути обов'язково зазначені три блоки інформації: 1) нормативно-правовий акт (його конкретні положення), що належить перевірити на відповідність Конституції України; 2) конкретні положення Конституції України, на відповідність яким належить перевірити акт (його окремі положення); 3) обґрунтування тверджень щодо неконституційності акта (його окремих положень). Отже, з формальної точки зору, якщо конституційне подання не містить трьох зазначених вище відомостей, то воно підлягає залишенню без розгляду.

Однак аналіз зазначеного конституційного подання свідчить, що в ньому присутні всі три блоки інформації, які передбачені ч. 3 ст. 51 Закону «Про Конституційний Суд України». Тому, на нашу думку, формальні причини для залишення подання без розгляду відсутні. Проте такі причини «створив» сам Суд. Він, трактуючи наведені вище положення Закону, фактично ввів нове поняття: неперекональність обґрунтування тверджень щодо неконституційності акта (його окремих положень) як його відсутність. Це означає, що потрібне обґрунтування у конституційному поданні, хоча й присутнє, однак воно не є переконливим для Суду. Очевидно, таке тлумачення Закону вчинене свідомо, щоб не брати на себе відповідальності за прийняття чіткого й однозначного рішення щодо одного з найважливіших питань сучасної земельної політики України — питання про скасування земельного мораторію. По суті, судді КСУ скористалися буквою закону, але не відчули його духу.

<sup>3</sup> Про Конституційний Суд України: Закон України // ВВР України. 2017. № 35. Ст. 376.

Слід відзначити, що питання щодо відповідності Конституції України земельного мораторію розглянув ще один суд — Європейський суд з прав людини. 22 травня 2018 р. він оприлюднив своє рішення по справі «Зеленчук і Цицюра проти України», яким надав правову оцінку мораторію на відчуження сільськогосподарських. Рішення набуло чинності 22 серпня 2018 р. Підставою для прийняття цим Судом зазначеного рішення стали подані у грудні 2015 р. до цього Суду заяви двох громадян України — С. С. Зеленчук та В. А. Цицюри, які є власниками земельних ділянок (паїв). У своїх заявах ці громадяни стверджували, що запроваджений законодавством України земельний мораторій порушує їх право власності на сільськогосподарські земельні ділянки (паї), оскільки позбавляє можливості розпорядитися землею в обсязі, визначеному Європейською конвенцією з прав людини та гарантованому Конституцією України. Оскільки С. С. Зеленчук та В. А. Цицюра не змогли захистити своє право власності на землю в судових інстанціях України, то вони вирішили звернутися до ЄСПЛ з проханням про захист цього права та відновлення справедливості шляхом визнання земельного мораторію таким, що суперечить Європейській конвенції про захист прав людини та основоположних свобод і Конституції України, та про відшкодування шкоди, завданої їм земельним мораторієм.

Європейська конвенція з прав людини (повна назва - Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод) була підписана країнами Європи 4 листопада 1950 р. з метою забезпечення уніфікованого захисту прав людини у країнах Європейського континенту. Україна приєдналася до цієї Конвенції лише після відновлення незалежності — 17 липня 1997 р. — шляхом її ратифікації (схвалення) Законом України № 475/97-ВР<sup>4</sup>. Після ратифікації Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод набула сили закону України і введена в дію на всій території України з 11 вересня 1997 р. Саме для забезпечення однакового застосування положень цієї Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод у всіх країнах, що її підписали, був утворений ЄСПЛ. Згодом до Конвенції були додані 16 протоколів, у яких деталізовані основні положення щодо змісту та захисту прав людини і громадянина. Одним із них є Протокол № 1, який став частиною цієї Конвенції ще 20 березня 1952 р. Відповідно до статті 1 цього Протоколу «кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений свого майна інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом або загальними принципами міжнародного права. Проте попередні положення жодним чином не обмежують

<sup>4</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. Ратифікована Законом України № 475/97-ВР від 17 липня 1997 р.// ВВР України. 1997. № 40. Ст. 263.

право держави вводити в дію такі закони, які, на її думку, є необхідними для здійснення контролю за користуванням майном відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів». Саме на норми цієї статті послалися громадяни Зеленчук і Цицюра, намагаючись захистити своє право власності на землю, яке порушене земельним мораторієм.

Водночас норми Європейської конвенції про захист прав людини та фундаментальних свобод, навіть ставши частиною національного законодавства України, не є нормами Конституції України та не мають юридичної сили норм Основного Закону країни. Проте ЄСПЛ проаналізував практику діяльності Конституційного Суду України і дійшов висновку про те, що КСУ в низці рішень визнав відповідність змісту статті 1 Протоколу № 1 до Європейської конвенції змісту ст. 41 Конституції України, відповідно до якої «кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю». Саме такий висновок міститься у Рішенні КСУ від 1 червня 2016 року № 2-рп/2016, де вказується, що практика тлумачення та застосування Конвенції Європейським судом з прав людини має враховуватися при розгляді справ у порядку конституційного судочинства.

Основою для використання Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод у конституційному судочинстві європейських країн є рішення ЄСПЛ від 23 вересня 1982 р. у справі «Sporrong and Lönnroth v. Sweden», згідно з яким стаття 1 Протоколу № 1 до Європейської конвенції з прав людини включає три чіткі норми. Перша норма є загальною і закріплює принцип безперешкодного користування власністю (перше речення першого абзацу). Друга норма стосується позбавлення майна та встановлює для цього низку умов (друге речення того ж абзацу). Нарешті, третя норма визнає за державами-учасницями право контролювати використання власності відповідно до інтересів суспільства, приймаючи такі закони, які вони вважають необхідними для цієї мети (другий абзац). (Sporrong and Lönnroth v. Sweden, judgment of 23 September 1982, Series A no. 52, § 61)<sup>5</sup>.

Аналіз ст. 41 Конституції України свідчить: хоча текст цієї статті не є буквально тотожним змісту статті 1 Протоколу № 1 до Європейської конвенції з прав людини, але кожна з вищеписаних норм має свій відповідник у цій статті Основного Закону країни. Так, вищезазначена перша норма кореспондує з ч. 1 ст. 41 Конституції України (кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами

<sup>5</sup> Рішення ЄСПЛ від 23 вересня 1982 р. URL: [http://web.changenet.sk/aa/files/207e345aa907113543b0857cd6856c71/a52\\_1982\\_eu\\_sud\\_case\\_of\\_sporrong\\_and\\_lonnroth\\_vs\\_sweden.pdf](http://web.changenet.sk/aa/files/207e345aa907113543b0857cd6856c71/a52_1982_eu_sud_case_of_sporrong_and_lonnroth_vs_sweden.pdf)

своєї інтелектуальної, творчої діяльності). Друга норма співставна із чч. 4 та 5 ст. 41 (ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності). Право приватної власності є непорушним. Примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності, на підставі і в порядку, встановлених законом, та за умови попереднього і повного відшкодування їх вартості. Примусове відчуження таких об'єктів з наступним повним відшкодуванням їх вартості допускається лише в умовах воєнного чи надзвичайного стану). Нарешті, третя норма (право держави контролювати використання права власності) кореспондує з положенням ч. 7 ст. 41 (використання власності не може завдавати шкоди правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію і природні якості землі). На підставі такого порівняння ЄСПЛ дійшов висновку, що стаття 1 Протоколу № 1 до Європейської конвенції з прав людини та ст. 41 Конституції України містять аналогічні за змістом правові норми, що дозволяє КСУ, керуючись концепцією «дружнього ставлення до міжнародного права», застосовувати практику ЄСПЛ щодо тлумачення статті 1 Протоколу № 1 до Європейської конвенції з прав людини при розгляді справ щодо порушення права власності й у контексті ст. 41 Конституції України.

На нашу думку, ЄСПЛ дуже кваліфіковано використав зазначену практику при розгляді заяви громадян України Зеленчук та Цицюри (справа *Zelenchuk and Tsytsyura v. Ukraine*, №№ 846/16 та 1075/16).

По-перше, ЄСПЛ, на відміну від Конституційного Суду України, не обмежився розглядом Закону України від 7 грудня 2017 року «Про внесення зміни до розділу X «Перехідні положення» Земельного кодексу України» № 2236-VIII, яким цифри «2018» замінено цифрами «2019», а дослідив всі законодавчі акти, якими встановлений і 9 разів продовжувався земельний мораторій в Україні.

По-друге, ЄСПЛ, на відміну від Конституційного Суду України, не обмежився дослідженням дотримання формальних вимог, наприклад, відповідністю конституційного подання вимогам закону щодо його змісту, а глибоко проаналізував конституційний зміст права власності на землю та його обмеження земельним мораторієм у контексті значення інституту права власності у сучасному демократичному суспільстві. Зокрема, ЄСПЛ намагався розібратися у питанні про те, чи мала право держава Україна в особі Верховної Ради України прийняти закон, яким були встановлені обмеження права власності на землю у рамках земельного мораторію. Справа в тому, що КСУ в Ухвалі назвав оскаржувані норми «обмеженнями, передбаченими у зазначених положеннях Кодексу» та визнав їх цілком законними (конституційними), пославшись на норму ст. 14 Конституції України, яка проголошує, що право власності на землю

набувається і реалізується громадянами, юридичними особами та державою виключно відповідно до закону. Тобто, який закон, таке й право власності.

Однак ЄСПЛ не обмежився дослідженням питання земельного мораторію на рівні букви закону, а поставив питання у ширшому правовому контексті: (а) чи надає Конституція державі, зокрема законодавцю, необмежену дискрецію щодо регулювання порядку використання об'єктів приватної власності, та (б) чи є мораторій на продаж сільськогосподарської землі перевищенням законодавцем такої дискреції, що становить порушення ст. 41 Конституції України.

Однак, перш ніж приступити до питання дискреції держави щодо регулювання відносин власності, щоб визначити, чи є така дискреція необмеженою, ЄСПЛ спочатку узагальнив власний досвід захисту права власності за останні 35 років. Він дійшов висновку, що найважливішою для цієї справи є практика ЄСПЛ щодо так званої «третьої норми», тобто щодо заходів контролю за використанням власності. Ця практика свідчить, що ЄСПЛ досить чітко відрізняє такі дії держави щодо права власності, як його «позбавлення» та «контроль» за його здійсненням. Для цього Суд застосовує кількісний критерій — ступінь втручання держави в «право на мирне володіння майном». Використовуючи цей критерій, ЄСПЛ встановлює, чи є той чи інший захід держави щодо права власності «контролем» чи «позбавленням», чи *de facto* є експропріацією. Такий підхід застосований ЄСПЛ у справах *Dacia S.R.L. v. Moldova*, (no. 3052/04, § 56, 18 March 2008)<sup>6</sup> та *the Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland* judgment of 29 November 1991, Series A no. 222, § 56<sup>7</sup>. У зв'язку з цим ЄСПЛ дійшов висновку: незважаючи на те, що абзац другий статті 1 Протоколу № 1 до Європейської конвенції з прав людини сформульований як наявність у держав необмеженої можливості приймати закони щодо контролю за використанням майна, ЄСПЛ тлумачить це положення як таке, що надає державі «сферу дискреції» («margin of appreciation»), яка є значною, але не безмежною. Тому його застосування, навіть у контексті найбільш складних реформ держави, не може мати наслідків, які суперечать стандартам Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (*Statileo v. Croatia*, no. 12027/10, § 126, 10 July 2014)<sup>8</sup>.

І хоча КСУ на підставі власної практики щодо тлумачення суті ст. 41 Конституції України поки що не сформулював цілісної концепції суті та

<sup>6</sup> Рішення ЄСПЛ. URL [http://justice.md/file/CEDO\\_judgments/Moldova/DACIA%20SRL%20\(satisfactia%20echitabila\)%20\(ro\).pdf](http://justice.md/file/CEDO_judgments/Moldova/DACIA%20SRL%20(satisfactia%20echitabila)%20(ro).pdf)

<sup>7</sup> Рішення ЄСПЛ. URL <http://www.legal-tools.org/doc/28b976/pdf/>

<sup>8</sup> Рішення ЄСПЛ. URL <http://www.fairhuurvoorverhuurders.nl/files/evrm/EHRM-kroatie-arrest-10-juli-2014.pdf>

видів обмежень права власності, аналогічної концепції ЄСПЛ щодо застосування «трьох норм» Європейської конвенції з прав людини, однак він у низці своїх рішень звертає увагу на різні ступені обмеження права власності, хоча й не достатньо чітко відрізняє категорії «позбавлення майна» та «регулювання використання майна». Так, у абзаці 2 пп. 4.2, п. 4 Рішення КСУ від 11 травня 2005 року № 4-рп/2005 зазначається, що: «зі змісту положень цієї статті [ст. 41 Конституції України] та статті 13 Конституції України вбачається, що право власності певною мірою може бути обмежено, оскільки використання власності не може завдавати шкоди правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства. Тобто юридично забезпечена можливість здійснювати правомочності власника щодо володіння, користування і розпорядження належним йому майном не може виходити за рамки, встановлені правовими нормами, що регулюють відносини у сфері власності»<sup>9</sup>. Про які саме «правові рамки» — ті, що встановлені «буквою закону», чи ті, що визначаються його «духом», Суд нічого не зазначає.

Водночас КСУ визнає, що у процесі законодавчого регулювання відносин власності з встановленням обмежень права власності можливий перехід кількості таких обмежень у нову правову якість, тобто перехід «регулювання права» в «позбавлення права» за певних умов. Так, у абзацах 1, 2, 4 та 5 підпункту 5.4 пункту 5 мотивувальної частини Рішення від 10 жовтня 2001 року № 13-рп/2001 КСУ зазначив: «Відповідно до Конституції України власники, здійснюючи право власності, повинні додержуватися конституційних положень про те, що «власність зобов'язує», і вона «не повинна використовуватись на шкоду людині і суспільству» (частина третя статті 13), а також, що використання власності не може завдавати шкоди правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства (частина сьома статті 41)»<sup>10</sup>.

Крім того, про фактичний перехід кількісного виміру обмежень права власності у нову правову якість, тобто про перехід «регулювання права» в «позбавлення права», наголошується у Рішенні КСУ від 24 березня 2005 року № 2-рп/2005<sup>11</sup>. Зокрема, в абзацах 2 та 3 підпункту 4.2 пункту 4 мотивувальної частини цього Рішення Суд розглянув конституційність законодавства щодо податкової застави і, зокрема, встановив, що: «положення абзацу другого підпункту 8.2.1 пункту 8.2 статті 8 Закону передбачає, що підставою виникнення права податкової застави є непо-

<sup>9</sup> Рішення КСУ від 11 травня 2005 року № 4-рп/2005. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v004p710-05>

<sup>10</sup> Рішення КСУ від 10 жовтня 2001 року № 13-рп/2001. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v013p710-01>

<sup>11</sup> Рішення КСУ від 24 березня 2005 року № 2-рп/2005. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-05>

дання або несвоєчасне подання платником податків податкової декларації. Тим самим законодавець фактично прирівнює неподання або несвоєчасне подання податкової декларації до факту несплати податкового зобов'язання. Але зазначена підстава ще не свідчить про існування податкового зобов'язання у платника податків, а тим більше про виникнення податкового боргу. Встановлюючи таку підставу для запровадження податкової застави, законодавець не врахував наявності чи відсутності існування податкового зобов'язання, а також наслідки, які можуть настати для платника податків у разі неподання або несвоєчасного подання податкової декларації і неправомірно обмежити право останнього розпоряджатися своєю власністю, що порушує частину першу статті 41 Конституції України». Це дало КСУ підставу визнати таким, що не відповідає Основному Закону України, положення абзацу другого підпункту 8.2.1 пункту 8.2 статті 8 Закону.

Таким чином, можна зробити висновок про те, що КСУ в даному рішенні поділяє підхід ЄСПЛ щодо розрізнення між «позбавленням» майна та «контролем» (або «регулюванням») його використання. Причому, як і ЄСПЛ, КСУ визнає наявність у держави широкої, але не необмеженої дискреції у питаннях регулювання власності, оскільки таке регулювання має відповідати вимогам принципу непорушності прав і свобод людини.

Проте КСУ в абзаці 3 п. 2 Ухвали все ж таки залишається на позиції наявності у держави широкої сфери дискреції у питаннях регулювання реалізації права власності на землю і зазначає, що оскаржувані положення законодавства були прийняті саме в рамках такого регулювання. А у абзаці 6 п. 2 Ухвали стверджується, що в рамках останнього продовження строку мораторію держава не вийшла за межі такої дискреції.

На жаль, в Ухвалі КСУ розглянув лише закон про останнє продовження земельного мораторію, що позбавило його можливості розгляду мораторію в історичній перспективі, починаючи після запровадження та неодноразового продовження. По суті, КСУ сконцентрував свою увагу на формальній оцінці норм закону про земельний мораторій, але не проаналізував їх вплив на суспільство в цілому та окремі його прошарки, в тому числі мільйони селян-землевласників. Тому, як справедливо зазначається у § 123 Рішення ЄСПЛ, КСУ був позбавлений можливості розглянути будь-яку деталь справи по суті, зокрема, підстави для запровадження та продовження мораторію та питання врівноваження відповідних інтересів.

На відміну від КСУ ЄСПЛ розглянув скаргу двох заявників, пенсіонерів, що постійно проживали в містах, як з точки зору їх інтересів, так і з точки зору інтересів сільських землевласників та влади. Таку оцінку ЄСПЛ провів, керуючись такими загальними критеріями: 1) гарантуван-

ня прав, які є «практичними та ефективними» як основної мети Конвенції (§§ 102, 146); 2) ступінь правової визначеності, що виникає із застосованої органами влади практики (§§ 102, 120, 121); 3) оцінка дотримання статті 1 Протоколу 1 до Конвенції у світлі того, щоб функціонування системи та її вплив на процесуальні та інші гарантії майнових прав заявника не були свавільними та непередбачуваними (§ 103); 4) наявність індивідуальних труднощів осіб, на яких поширюється загальний захід (§§ 144 та 145); 5) обґрунтованість обрання більш суворого втручання в право власності за можливості прийняття альтернативних рішень (§§ 122, 128).

Використавши вищенаведені критерії, ЄСПЛ дійшов висновку, що запровадження та багаторазове продовження земельного мораторію створило у законодавстві України стан правової невизначеності, оскільки:

1) кінцевою метою земельного мораторію при його запровадженні у 2002 р. було запровадження ринку сільськогосподарських земель з 1 січня 2005 р. за умови прийняття низки законів. Однак навіть після їх прийняття земельний мораторій був продовжений (§§ 114, 115);

2) при неодноразовому продовженні дії земельного мораторію зміст його заборон не ослаблювався, що наближало б Україну до запровадження земельного ринку, а посилювався. При цьому законодавець то вводив заборони на вчинення певних правочинів (наприклад, договорів міні земельних ділянок), то скасовував їх (§ 116);

3) при неодноразовому продовженні дії земельного мораторію законодавець не роз'яснював мету такого продовження (§§ 117, 122);

4) якщо при встановленні первинного земельного мораторію законодавець чітко визначав дату його припинення, то в даний час мораторій діє як необмежений у часі (§ 118);

5) уряд не навів жодних конкретних пояснень того, чому він вважав тимчасову повну заборону продажу землі єдиним належним заходом для досягнення бажаних соціальних та економічних цілей, а також чи розглядалися інші заходи їх досягнення, крім повної заборони, або чи оцінювалася пропорційність повної заборони зазначеним цілям (§ 122);

6) абсолютна заборона продажу як така не була потрібна для досягнення цієї мети, а скоріше надавала час для розробки необхідного законодавства, яким би запроваджувалися відповідні гарантії для функціонування належним чином організованого ринку землі (§ 125);

7) жодна інша держава-член Ради Європи, в тому числі держави, які здійснювали перехід від адміністративної до ринкової економіки та реалізували програми земельної реформи, не запроваджували повних обмежень на продаж земель сільськогосподарського призначення, які були б аналогічними земельному мораторію (§ 127);

8) характер мораторію, проголошена мета його запровадження та продовження полягали, по суті, у наданні часу для розгляду можливих аль-

тернатив абсолютній забороні продажу землі. Такі альтернативи були придатними для досягнення тих же цілей, що неодноразово визнавалось на найвищому рівні держави-відповідача (§ 129);

9) запровадженням та тривалою дією земельного мораторію на заявників як на фізичних осіб (громадян України Цицюри та Зеленчук) було перекладено тягар нездатності органів влади дотримуватися встановлених ними самими цілей та кінцевих строків (§ 147).

З огляду на зазначені міркування та ненадання урядом достатніх аргументів для обґрунтування заходів, застосованих до земель заявників, ЄСПЛ вважає, що Україна як держава-відповідач вийшла за межі широкої свободи розсуду (дискреції) у цій сфері та не забезпечила справедливого балансу між загальним інтересом суспільства та майновими правами заявників (148), в результаті чого вона допустила порушення статті 1 Протоколу 1 до Конвенції (§ 149).

Водночас ЄСПЛ наголошує, що проблема, яка лежить в основі порушення статті 1 Першого протоколу до Конвенції, стосується самої законодавчої ситуації, а зроблені Судом висновки виходять за межі особистих інтересів заявників у цій справі. Тому ЄСПЛ вважає, що держава-відповідач має вжити належних законодавчих та/або інших заходів загального характеру з метою забезпечення справедливого балансу між інтересами власників земель сільськогосподарського призначення, з одного боку, та загальними інтересами суспільства, з іншого боку, відповідно до принципу захисту майнових прав за Конвенцією. При цьому ЄСПЛ не визначає, яким чином слід урівноважити ці інтереси. Відповідно до статті 46 Конвенції держава має свободу вибору заходів, за допомогою яких вона виконуватиме свої зобов'язання, що випливають з виконання рішення ЄСПЛ (§ 150).

Крім того, ЄСПЛ особливо наголошує, що відповідно до § 1 ст. 46 Конвенції рішення ЄСПЛ є обов'язковими для Держав-відповідачів у цілому, а не тільки для виконавчої чи законодавчої гілок влади. Тобто викладена в Рішенні ЄСПЛ вимога щодо прийняття заходів загального характеру, підкріплена загрозою призначення сум справедливої сатисфакції заявникам у разі неприйняття таких заходів впродовж розумного строку, адресована не тільки Уряду та Верховній Раді України, але й КСУ.

Отже, з рішення ЄСПЛ випливає, що пункти 14, 15 розділу X «Перехідні положення» Земельного кодексу України, якими встановлена заборона на прижиттєве відчуження земельних ділянок сільськогосподарського призначення, настільки обмежують законне право власності громадян України на такі земельні ділянки, що таке обмеження є несумісним з вимогами частин першої (кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю), четвертої (право приватної власності є

непорушним) та сьомої (використання власності не може завдавати шкоди правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію і природні якості землі) ст. 41 Конституції України. А якщо використовувати термінологію, використану в рішенні ЄСПЛ, законодавча формула земельного мораторію є настільки неадекватною правовій системі, насамперед Європейській конвенції про захист прав людини та основоположних свобод і Конституції України, що перетворює намагання держави регулювати відносини продажу сільськогосподарських земель на позбавлення селян-власників земельних ділянок (паїв) права власності на них.

Таким чином, ЄСПЛ цілком справедливо, на нашу думку, вважає, що положення ст. 14 Конституції України про те, що власність зобов'язує, адресоване не тільки суб'єктам права власності, в тому числі на землю, а й державі в особі відповідних органів влади. Тому законодавець не має права приймати ті закони, які обмежують право власності на землю такою мірою, яка дорівнює його позбавленню чи скасуванню.

### **Післямова**

Вже після набуття чинності рішенням Європейського суду з прав людини від 22 травня 2018 р. по справі «Зеленчук і Цицюра проти України» (про визнання мораторію незаконним) 69 народних депутатів України подали до Конституційного Суду України нове конституційне подання щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень пунктів 14, 15 розділу Х «Перехідні положення» Земельного кодексу України. При чому у своєму поданні народні депутати не тільки проаналізували норми Конституції України та Земельного кодексу України на предмет їх «сумісності», а й досить ґрунтовно використали юридичні висновки, зроблені судьями Європейського суду з прав людини від 22 травня 2018 р. по справі «Зеленчук і Цицюра проти України».

Однак, 1 листопада 2018 р. Велика палата Конституційного Суду України, розглянувши зазначене конституційне подання, прийняла Ухвалу про відмову у відкритті конституційного провадження у даній справі. Підставою для відмови послужило те, що, на думку суддів Конституційного Суду України, «суб'єкт права на конституційне подання, стверджуючи про неконституційність оспорюваних положень Кодексу, обмежився цитуванням положень частини першої статті 41 Конституції України, пунктів 14, 15 розділу Х «Перехідних положень» Кодексу, навів практику Європейського суду з прав людини та юридичні позиції Конституційного Суду України, не обґрунтувавши взаємозв'язку між змістом зазначених положень Кодексу та статті 41 Основного Закону України. Таким чином, у конституційному поданні не наведено обґрунтування тверджень щодо неконституційності положень пунктів 14, 15 роз-

ділу X Перехідні положення“ Кодексу, що є підставою для відмови у відкритті конституційного провадження у справі згідно з пунктом 3 статті 62 Закону України «Про Конституційний Суд України» – невідповідність конституційного подання вимогам, передбаченим цим законом». Таким чином, судді Конституційного Суду знову відмовилися розглянути конституційне подання по суті та обмежилися посиланням на «букву закону», оскільки не побачили у правовому змісті земельного мораторію зв'язку між змістом зазначених положень Кодексу та статті 41 Основного Закону України. Таким чином, у конституційному поданні не наведено обґрунтування тверджень щодо неконституційності положень пунктів 14, 15 розділу X Перехідні положення“ Земельного кодексу України – зв'язку, який є очевидним для суддів Європейського суду з прав людини.

Водночас не всі судді Великої палати Конституційного Суду України поділяють вищезазначену Ухвалу. Член Конституційного Суду України, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України В. В. Лемак висловив Окрему думку щодо даної Ухвали. В ній він зазначив, що «Суд проявив небажання втручатися до справ, які мають бути врегульовані парламентом, що обраний народом і набагато краще апріорі відчуває його настрої.

Однак, зазначив В. В. Лемак, саме в цій справі і з цього питання Суд повинен був відкинути формальну оцінку рівня обґрунтування суб'єктом права на конституційне подання своїх тверджень та скромність під прикриттям «доктрини політичного питання». Проблема має глибокий конституційний сенс, який мав превалювати для Суду над усіма іншими мотивами. Те, що за частиною другою статті 14 Конституції України право власності на землю всіма суб'єктами набувається і реалізується «виключно відповідно до закону», ніяк не може означати, що законодавець може заборонити здійснення такого права».

Крім того, Суддя В. В. Лемак звернув увагу Суддів на те, «...що право власності на землю, передбачене в статті 14 розділу 1 «Загальні положення» Конституції України, є однією з ключових складових ціннісного дизайну Конституції України, саме тих цінностей, які визначають засади конституційного ладу України. Конституцієдавець хоч і встановив бланкетну норму через згадку «відповідно до закону», однак не зазначив винятків щодо здійснення цього права. У законодавця залишається широкий розсуд у врегулюванні здійснення інституту права власності на землю, проте вочевидь він позбавлений можливості заборонити здійснення такого права».

Таким чином, по суті, В. В. Лемак, який брав участь у розгляді нового конституційного подання 69 народних депутатів України до Конституційного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень пунктів 14, 15 розділу X «Перехідні положення»

Земельного кодексу України єдиний з членів Конституційного Суду України, став першим членом цього Суду, який має такий же погляд на правову природу та правову суть земельного мораторію в Україні, які виклали члени Європейського суду з прав людини в рішенні від 22 травня 2018 р. по справі «Зеленчук і Цицюра проти України» (про визнання мораторію незаконним).

***Kulinich Petro. The Judgement on Land Moratorium: two Decisions — two Legal Outlooks***

On February 7, 2017 55 parliamentarians of Ukraine have submitted application to Constitutional Court of Ukraine (CCU) with demand to recognize unconstitutional the land moratorium in Ukraine which lasts for 16 years. On February 14, 2018 CCU has adopted decision which refuses to satisfy the application. In the decision CCU neither supported nor rejected the application's demands. CCU decision states the article 14 of Constitution of Ukraine says that ownership rights to land in Ukraine are exercise according to provisions of law of Ukraine. So CCU interprets the article 14 in the way that it allows to Government of Ukraine to impose any restrictions of ownership rights to land. Also CCU has pointed out that applicants have failed to provide with enough arguments which confirm that the law on land moratorium contradicts to the Constitution of Ukraine. Its decision CCU has based on article 51 of Law of Ukraine "On Constitutional Court of Ukraine" which specifies what kind of information should be included into the Court application. So CCU has based its decision on "letter of law", but not "spirit of law". It looks like judges of CCU have intentionally avoided to adopt clear decision regarding land moratorium which is very exiting issue for the Ukrainian society for last 16 years.

The dispute regarding land moratorium in Ukraine was a subject of discussion by another court — European Court on Human Rights (ECHR). The dispute was initiated by two citizens of Ukraine Zelenchuk and Tsytsyura in December 2015. In the application they have stressed out that land moratorium has enabled them to exercise ownership right to their agricultural land plots because the law on land moratorium prohibits to sell the plots or alienate them by another way. In their applications they have argued that land moratorium has deprived them their constitutional ownership rights to land. That is why Zelenchuk and Tsytsyura have required ECHR both to recognize that land moratorium contradicts to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and to compensate damages coursed by restrictions to land ownership rights introduced by the land moratorium. ECHR has thoroughly investigated the history of land moratorium in Ukraine, legislative basis for in introduction and 9 times extensions as well as its influence on landowners, power bodies and Ukrainian society at all. And on May 22, 2018 ECHR has made public its decision regarding the appeal of the two Ukrainians. On August 22, 2018 the decision has come into legal forth. ECHR has ruled out that by introduction and further extension of land moratorium the State has overstepped its wide margin of appreciation in this area and has not struck a fair balance between the general interest of the community and the property rights of the applicants. There has accordingly been a violation of Article 1 of Protocol No. to the Convention

for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. ECHR has concluded that the applicants have been made to bear as individuals the burden of the authorities' failure to meet their self-imposed goals and deadlines. In view of the weakness of the reasons given for the choice of the most restrictive alternative available to the authorities over less restrictive measures, ECHR considered that the burden imposed on the applicants is excessive. Finally, ECHR has stressed that the problem underlying the violation of Article 1 of Protocol No. 1 concerns the legislative situation itself and that its findings extend beyond the sole interests of the applicants in the instant case. So, ECHR has considered that the Ukraine authority should take appropriate legislative and/or other general measures to ensure a fair balance between the interests of agricultural land owners on the one hand, and the general interests of the community, on the other hand, in accordance with the principles of protection of property rights under the Convention.

To conclude it verse to admit that ECHR decision on May 2018, on the contrary to the CCU decision on February 14, 2018, was based on both «letter of law» and «spirit of law».

**Keywords:** land, right of ownership, restrictions of human rights.

## УЗАГАЛЬНЕННЯ практики розгляду малозначних справ судами першої та апеляційної інстанції

**В. А. Кравець,**  
суддя Апеляційного суду міста Києва

**А. І. Виноградова,**  
помічник судді

Узагальнення практики розгляду малозначних справ судами першої та апеляційної інстанції проведено на виконання листа Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду від 20 липня 2018 року.

15 грудня 2017 року набула чинності нова редакція Цивільного процесуального кодексу України згідно із Законом «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» № 2147-VIII від 3 жовтня 2017 року.

У зв'язку з наведеним вивчення та застосування положень нового ЦПК України, а особливо його новел, є вкрай важливим.

ЦПК містить чимало помітних нових процесуальних інструментів та правил, які заслуговують на увагу з точки зору практичного застосування. Однією з таких новацій є здійснення цивільного судочинства за правилами спрощеного позовного провадження, де важливе місце відведене так званому інституту «малозначних справ», який до цього ніколи не застосовувався в судовій практиці. Важливість його правильного застосування насамперед пов'язана з тим, що він підлягає застосуванню суда-

---

© *Кравець Валентина Аркадіївна* — суддя Апеляційного суду міста Києва

© *Виноградова Анастасія Іванівна* — помічник судді

ми усіх інстанцій і на всіх стадіях цивільного процесу незалежно один від одного.

ЦПК України в редакції 2017 року запроваджує нові інститути та поняття цивільного процесуального права, зокрема, «малозначні спори», «малозначні справи», «справи незначної складності». Усі ці поняття стосуються нової форми судового процесу — спрощеного провадження.

У сучасному законодавстві України поняття «малозначні спори» вперше з'явилося у Конституції України з прийняттям у 2016 році Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)». Так, стаття 131<sup>2</sup>, яка гарантує надання професійної правничої допомоги адвокатурою, передбачає, що законом можуть бути визначені винятки щодо представництва в суді у трудових спорах, спорах щодо захисту соціальних прав, щодо виборів та референдумів, у малозначних спорах, а також стосовно представництва малолітніх чи неповнолітніх осіб та осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена.

ЦПК України не містить чіткого визначення поняття «малозначні справи», такі справи є правовою категорією, яка підлягає застосуванню за певними правовими критеріями з дня набрання чинності нового ЦПК України. Визначення категорій малозначних справ наведено у частині шостій статті 19 ЦПК, яка розміщена у розділі ЦПК «Загальні положення». Вказане дає обґрунтовані підстави стверджувати, що законодавець мав на увазі певну властивість справи, яка відносить її до малозначної, незалежно від того, визнав її такою суд першої чи апеляційної інстанції. Особливостей щодо застосування Загальних положень ЦПК при перегляді судових рішень в апеляційному чи касаційному порядку ЦПК не містить.

Метою запровадження такої новації є розумне спрощення, ефективність, диференціація та прискорення процесу вирішення справ як в інтересах сторін правових конфліктів, так і судів, що дозволяє судовий розгляд певної категорії справ за коротшою процедурою порівняно із загальним порядком.

Відповідно до частини другої статті 19 ЦПК України цивільне судочинство здійснюється за правилами, передбаченими цим Кодексом, у порядку: 1) наказного провадження; 2) позовного провадження (загального або спрощеного); 3) окремого провадження. Таким чином, спрощене провадження є окремим видом позовного провадження та має похідний характер від загального позовного провадження. Це впливає з частини першої статті 279 ЦПК України, в якій зазначено, що розгляд справи у порядку спрощеного позовного провадження здійснюється судом за правилами, встановленими цим Кодексом для розгляду справи в порядку загального позовного провадження, з особливостями, визначеними у цій главі (Глава X Розділу III ЦПК України).

Спрощене позовне провадження призначене для розгляду малозначних справ, справ, що виникають із трудових відносин, справ незначної складності та інших справ, для яких пріоритетним є швидке вирішення справи (частина четверта статті 19 ЦПК).

Так, ЦПК передбачає, що у порядку спрощеного позовного провадження розглядаються:

- 1) малозначні справи;
- 2) справи, що виникають з трудових відносин;
- 3) будь-які інші справи, за винятком деяких категорій (винятки окремо передбачені процесуальним законом).

У розумінні норм ЦПК України малозначними справами є:

1) справи, у яких ціна позову не перевищує 100 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб (у 2018 році це справи з ціною позову менше 176 200 грн., якщо заява, скарга подається до суду в період із 1 січня по 30 червня, менше 184 100 грн. — у період із 1 липня по 30 листопада та менше 192 100 грн. — у період із 1 до 31 грудня);

2) справи незначної складності, якщо малозначними їх визнав суд.

Частиною третьою статті 274 ЦПК України суду надано повноваження для того, щоб вирішити, чи розглядати справу в порядку спрощеного провадження, адже встановлено, що при вирішенні питання про розгляд справи в порядку спрощеного або загального позовного провадження суд враховує:

- 1) ціну позову;
- 2) значення справи для сторін;
- 3) обраний позивачем спосіб захисту;
- 4) категорію та складність справи;
- 5) обсяг та характер доказів у справі, в тому числі, чи потрібно у справі призначити експертизу, викликати свідків тощо;
- 6) кількість сторін та інших учасників справи;
- 7) чи становить розгляд справи значний суспільний інтерес;
- 8) думку сторін щодо необхідності розгляду справи за правилами спрощеного позовного провадження.

Водночас частиною четвертою статті 274 ЦПК України встановлено, що в порядку спрощеного позовного провадження не можуть бути розглянуті справи у спорах:

- 1) що виникають із сімейних відносин, крім спорів про стягнення аліментів та поділ майна подружжя;
- 2) щодо спадкування;
- 3) щодо приватизації державного житлового фонду;
- 4) щодо визнання необґрунтованими активів та їх витребування відповідно до глави 12 цього розділу;
- 5) в яких ціна позову перевищує п'ятсот розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб;

б) інші вимоги, об'єднані з вимогами у спорах, вказаних у пунктах 1-5 цієї частини.

З огляду на наведене вирішення судом питань, пов'язаних із розглядом справи за критерієм малозначності спору, передбачає широкі дискреційні повноваження суду (судді), а тому на практиці виникають питання щодо віднесення справ до категорії малозначних.

Зокрема, цивільна справа із ціною позову понад 100 та менше, ніж 500 прожиткових мінімумів для працездатних осіб, виходячи з пункту 2 частини шостої статті 19 ЦПК, є справою незначної складності, разом з тим є й малозначною. За такої юридичної конструкції наявна певна неузгодженість ужитих понять.

Зі структури норми статті 274 ЦПК убачається, що у спрощеному порядку розглядаються не лише малозначні справи, а й інші справи, які за відповідними критеріями можуть бути визнані малозначними.

Новела інституту малозначної справи не застосовується в главі «Апеляційне провадження», адже в частині першій статті 369 ЦПК йдеться про справи з ціною позову менше, ніж 100 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб, крім тих, які не підлягають розгляду в порядку спрощеного позовного провадження (фактично малозначні у вузькому розумінні — пункту 1 частини шостої статті 19 ЦПК).

Далі за текстом ЦПК малозначні справи згадуються вже в контексті процесуального фільтра при касаційному оскарженні (частина третя статті 389 ЦПК України).

Якщо в статті 369 ЦПК йдеться про справи із ціною позову менше, ніж 100 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб, крім тих, які не підлягають розгляду в порядку спрощеного позовного провадження, то в пункті 1 частині шостій статті 19 ЦПК — про ті, в яких ціна позову не перевищує 100 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб. Отже, незрозумілим залишається питання, чи може бути визнана апеляційним судом малозначною справа із ціною позову від 176 200 грн. до такої, що не перевищує 500 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб.

Згідно зі статтею 277 ЦПК питання про розгляд справи в порядку спрощеного позовного провадження суд вирішує в ухвалі про відкриття провадження. Утім не передбачено такої окремої процесуальної дії, як «віднесення справи до категорії малозначних». В ухвалі суд указує, за якими правилами позовного провадження (загального чи спрощеного) буде розглядатися справа (частина друга статті 187 ЦПК). Закон не зобов'язує вказувати на малозначність справи. Проте згідно з підпунктом «г» пункту 2 частини третьої статті 389 Кодексу рішення в таких справах може бути оскаржене в касаційному порядку, якщо «суд першої інстанції відніс справу до категорії малозначних помилково».

Виходячи із системного аналізу положень ЦПК, можемо зробити висновок, що поняття «малозначні справи», вжите в пункті 1 частини першої статті 274 Кодексу, слід тлумачити у вузькому значенні як справи, в яких ціна позову не перевищує 100 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб, адже в частині другій статті 277 ЦПК передбачено спеціальний порядок розгляду клопотань позивача про розгляд справи в порядку спрощеного позовного провадження.

Хоча в статті 276 ЦПК не передбачено винятків, однак згідно з аналізом положень ЦПК можна зробити висновок, що для розгляду малозначної справи за пунктом 1 частини шостої статті 19 ЦПК, як і інших категорій справ, передбачених у частині першій статті 274 ЦПК, відповідне клопотання позивача не є обов'язковим. Для розгляду інших справ у порядку спрощеного позовного провадження, у тому числі малозначних у розумінні пункту 2 частини шостої статті 19 ЦПК), обов'язковим є клопотання позивача, яке має бути розглянуте судом за правилами частин другої—шостої статті 277 Кодексу.

За таких обставин неузгодження є ставлення до малозначних справ незначної складності, адже згідно з частинами першою-другою статті 274 ЦПК в порядку спрощеного позовного провадження можуть бути розглянуті як малозначні, так і будь-які інші справи, за винятком тих, що зазначені в частині четвертій цієї статті.

Таким чином, малозначна справа є такою з огляду на безпосередню вказівку в правовій нормі, натомість справи незначної складності можуть бути малозначними, якщо суд дійде такого висновку за наявності відповідних умов, передбачених законом.

Виходячи з аналізу правил, встановлених процесуальним законом, щодо вирішення питання про розгляд справи в порядку спрощеного позовного провадження (статті 19, 161, 184, 274-277 ЦПК), можна дійти наступних висновків.

У будь-якій справі на стадії вирішення питання про відкриття провадження суддя насамперед повинен перевірити, чи є ця справа малозначною або чи є підстави визнавати її такою. Таким чином, є справи малозначні в силу закону (з ціною позову менше 100 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб). Є справи, які не можуть бути розглянуті за правилами спрощеного позовного провадження. Це справи, що виникають із сімейних відносин, крім спорів про стягнення аліментів та поділ майна подружжя; щодо спадкування; щодо приватизації державного житлового фонду; щодо визнання необґрунтованими активів; в яких ціна позову перевищує п'ятсот розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб. Отже, в цих випадках судді достатньо перевірити ціну позову та/або належність справи до певної категорії. Особливості конкретної справи, її складність і значимість оцінки не потребують.

Якщо справа є малозначною за законом, то визнавати її такою судом немає необхідності. Достатнім буде констатувати ознаку малозначності справи в силу закону та відкрити провадження в малозначній справі для її розгляду в порядку спрощеного позовного провадження із цих підстав, зазначивши про них в ухвалі. Підставами розгляду такої справи в порядку спрощеного провадження є пункт 1 частини шостої статті 19 ЦПК України, п. 1 частини першої статті 274 ЦПК України.

Аналогічний висновок було зроблено в ухвалях Верховного Суду, зокрема, від 12 березня 2018 року в справі № 280/236/17, від 14 березня 2018 року в справі № 127/22669/17, у справі № 272/415/17.

Окрім того, суд також може визнати малозначною іншу справу, яка прямо не визначена у законі малозначною, але й не заборонена для розгляду в порядку спрощеного позовного провадження та має інші ознаки малозначності. Кожна така справа оцінюється суддею з точки зору можливості визнання її малозначною з огляду на її особливості, складність, значимість. Якщо суддя доходить висновку про визнання такої справи малозначною, доцільно зазначити про це в ухвалі, а також викласти відповідні мотиви та, як наслідок, відкрити провадження для розгляду справи в порядку спрощеного позовного провадження саме на тій підставі, що справа визнана судом малозначною (пункт 2 частини шостої статті 19 ЦПК, пункт 1 частини перша статті 274 ЦПК).

У цих двох випадках йдеться про розгляд малозначних справ. Тому правила про подання відповідачем заперечень проти розгляду справи в порядку спрощеного позовного провадження тут діяти не повинні.

Поряд із цим ЦПК дозволяє позивачу, який бажає скористатися перевагами спрощеного позовного провадження (передусім швидкістю вирішення справи), просити суд розглянути будь-яку справу в порядку саме цього виду провадження. Якщо наведені позивачем у клопотанні аргументи заслуговують на увагу, суд у процесуальному порядку запитує думку відповідача з приводу проведення розгляду справи в спрощеному провадженні. В результаті суддя, зваживши аргументи позивача «за» і заперечення відповідача «проти», вирішує клопотання позивача по суті.

Окремо законодавець виділив трудові спори, вочевидь з урахуванням норми статті 131<sup>2</sup> Конституції України, яка передбачає винятки щодо представництва в суді виключно адвокатом, зокрема у трудових спорах.

Відсутні перешкоди уважати малозначними трудові спори з вимогами як немайнового, так і майнового характеру, в яких ціна позову не перевищує 500 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб. З одного боку, доцільно стверджувати, що у спрощеному провадженні можуть бути розглянуті не лише малозначні справи, а й інші, визначені в части-

ні другій статті 274 ЦПК. З другого — усі ці інші справи підпадають під визначення, наведене в пункті 2 частини шостої статті 19 ЦПК.

У порядку спрощеного позовного провадження можуть розглядатися не лише малозначні справи, а й, наприклад, вирішуватися трудові спори. Проте, якщо ціна позову про захист трудових прав перевищує 500 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб, такий спір не може бути розглянутий за цими правилами в силу пункту 5 частини четвертої статті 274 ЦПК. Якщо ціна позову є меншою або має немайновий характер, справа може бути віднесена судом до категорії малозначних на підставі критеріїв, визначених у пункті 2 частини шостої статті 19 ЦПК.

Резюмуючи, необхідно зазначити, що усі малозначні справи мають розглядатися в спрощеному позовному провадженні, проте не всі справи, які можуть розглядатися в порядку спрощеного провадження, є малозначними.

По-перше, віднесення справи до категорії малозначних дозволяє здійснювати представництво у суді особі, яка не є адвокатом. Якщо ж справа розглядається в порядку спрощеного позовного провадження, але не є за законом і не визнана судом малозначною, то представництво в суді повинен здійснювати адвокат.

По-друге, судові рішення у малозначних справах не підлягають оскарженню в касаційному порядку (з деякими винятками). Натомість процесуальний закон не містить обмеження на касаційне оскарження судових рішень, ухвалених у інших справах, що розглянуті у порядку спрощеного позовного провадження, але не є малозначними.

Отже, при вирішенні справ суддям слід зважати на серйозні правові наслідки кваліфікації справи як малозначної, а тому й розрізняти процесуальні підстави для розгляду справи в порядку спрощеного провадження — чи то пункт 1 частини першої статті 274 ЦПК (установлений факт малозначності справи або визнання її малозначною судом), чи то частина друга статті 274 ЦПК (будь-яка інша справа, якщо суд за клопотанням позивача дійде висновку про можливість її розгляду в спрощеному провадженні).

Таким чином, існує проблема з визначенням понять «малозначні спори», «малозначна справа» та їх класифікацією. Є також питання щодо співвідношення з поняттям «справа, яка підлягає розгляду в порядку спрощеного позовного провадження».

Є необхідність на практиці визначити критерії, відповідно до яких такий чинник, як малозначність, повинен бути оцінений об'єктивно.

Як свідчать дані Єдиного державного реєстру судових рішень (далі — ЄДРСР), а також відомості, надані Голосіївським, Шевченківським, Солом'янським, Святошинським та Деснянським районними судами міста Києва для підготовки узагальнення, показали активне застосування

судами першої та апеляційної інстанції спрощеного позовного провадження.

Так, апеляційний розгляд справ, апеляційне провадження у яких відкрито після 15 грудня 2017 року (набрання чинності новою редакцією ЦПК України), за апеляційними скаргами, поданими на рішення суду першої інстанції, які ухвалені до 15 грудня 2017 року суддями апеляційного суду, провадився в спрощеному провадженні відповідно до вимог процесуального закону, з дотриманням строків розгляду та у випадках касаційного оскарження рішення апеляційного суду. Верховним Судом було відмовлено у відкритті касаційного провадження з підстав того, що судові рішення у малозначній справі не підлягають касаційному оскарженню, випадки, передбачені пунктом 2 частини третьої статті 389 ЦПК України, відсутні, а отже, апеляційним судом правильно встановлено малозначність справи (757/49803/16-ц; 757/42938/15-ц; 760/19376/17; 755/12871/16-ц; 761/18716/17).

У переважній більшості до малозначних справ в силу закону (з ціною позову менше 100 розмірів прожиткового мінімуму) судді місцевих судів та апеляційного суду правильно відносять справи щодо: відшкодування шкоди за договорами обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів, стягнення в порядку регресу виплаченого страхового відшкодування; стягнення коштів за навчання з осіб, які навчалися за рахунок коштів Державного бюджету України; стягнення надмірно сплачених коштів (допомога по догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку, допомога по безробіттю, допомога тимчасово переміщеним особам із зони проведення антитерористичної операції); стягнення заборгованості по оплаті житлово-комунальних послуг (оплата електричної енергії, гаряче та холодне водопостачання, централізоване опалення, телекомунікаційні послуги); стягнення заборгованості за кредитними договорами, стягнення заподіяної внаслідок ДТП матеріальної шкоди; стягнення пені за прострочення сплати аліментів (761/4214/18; 761/1140/18; 753/9225/16; 761/38586/16; 753/16516/16).

До малозначних справ незначної складності з ціною позову, що не перевищує п'ятиста розмірів прожиткового мінімуму, для працездатних осіб судді відносять справи щодо: стягнення заборгованості за договором позики; стягнення заборгованості за договорами банківського вкладу; стягнення заборгованості по сплаті аліментів; стягнення розміру виплаченого страхового відшкодування у порядку регресу; а також по кредитним зобов'язанням, при розгляді яких суддями переважно правильно враховуються вимоги частини третьої статті 274 ЦПК України, проте є випадки, коли суддями не було враховано ціну позову, яка значно перевищувала встановлену процесуальним законом граничну суму, також

поза увагою суддів залишалася необхідність призначення у справі експертизи (761/18945/18; 759/16047/17; 759/13849/15-ц; 759/11132/16-ц; 752/10395/17).

Частина постанов ухвалена у відкритому судовому засіданні з повідомленням учасників справи, однак справа була визнана судом малозначною.

При віднесенні справ незначної складності до категорії малозначних, у яких неможливо встановити ціну позову (немайнові спори), судді дотримуються вимог частини третьої статті 274 ЦПК України та оцінюють можливість визнати справу малозначною з огляду на її особливості, складність, значимість. Найбільш типовими справами даної категорії були справи щодо скасування обтяження нерухомого майна; про визнання особи такою, що втратила право користування житловим приміщенням та усунення перешкод у користуванні власністю шляхом виселення; про визнання особи такою, що втратила право користування житловим приміщенням та зняття з реєстраційного обліку; зміна договору найму житлового приміщення; про зобов'язання укласти договір; про визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню; про визнання договорів недійсними (752/8499/17-ц; 761/1893/18; 755/17459/16-ц; 754/16984/17; 761/2319/18).

Щодо розгляду малозначних справ, що становлять значний суспільний інтерес або мають виняткове значення для учасників справи, також справ, вирішення яких має фундаментальне значення для формування єдиної правозастосовної практики, то такі справи за звітній період у провадженні судів першої інстанції та апеляційного суду не перебували та не розглядалися, у зв'язку з чим відсутня можливість навести відповідні приклади.

Статтею 275 ЦПК України встановлено, що суд розглядає справи у порядку спрощеного провадження, але не більше шестидесяти днів з дня відкриття провадження у справі.

У переважній більшості судді дотримуються строків розгляду малозначних справ, випадки виходу за межі встановлених процесуальним законом строків пов'язані з надмірним навантаженням через незаповнення вакантних посад суддів.

Підстави для зупинення провадження у справі визначені статтями 251, 252 ЦПК України та є єдиними як для загального, так і для спрощеного провадження.

Найбільш типовими підставами для зупинення провадження у малозначних справах є необхідність вирішення заяв про відвід судді (-ів), зупинення провадження на підставі пункту 6 частини першої статті 251 ЦПК України до набрання законної сили судовим рішенням в іншій справі та відповідно до пункту 5 частини першої статті 252 ЦПК України

у випадку призначення судом експертизи (761/10847/17; 761/15722/18; 759/13849/15-ц; 752/8986/17; 752/26312/17).

**Статистичні дані щодо загальної кількості розглянутих малозначних справ.**

За період з 15 грудня 2017 року по 31 липня 2018 року в *Деснянському районному суді міста Києва* було розглянуто 4 325 цивільних справ, серед яких кількість малозначних справ становить 2 076. Відсоткове співвідношення розглянутих малозначних справ до загальної кількості розглянутих справ становить 48%.

За період з 01 січня 2018 року по 01 вересня 2018 року в *Шевченківському районному суді міста Києва* розглянуто цивільних справ 9 243, з яких в порядку спрощеного провадження розглянуто — 431, що становить 4,66% загальної кількості розглянутих справ; цивільних справ, у яких ціна позову не перевищує 100 розмірів прожиткового мінімуму, для працездатних осіб — 265; цивільних справ, у яких ціна позову не перевищує 500 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб — 21; цивільних справ, у яких не визначена ціна позову (немайнові справи) — 145. Надати статистичні дані щодо загальної кількості розглянутих саме малозначних справ, кількості справ незначної складності, які визнані судом малозначними, неможливо.

Станом на 30 серпня 2018 року *Святошинським районним судом міста Києва* розглянуто 242 справи, що належать до малозначних, та становлять 13,13 % у співвідношенні до загальної кількості розглянутих справ — 1 843. Із загальної кількості малозначних справ було розглянуто 168 справ, у яких ціна позову не перевищує 100 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб та 52 справи незначної складності, які визнані судом малозначними.

Формування статистичних даних щодо кількості розглянутих малозначних справ автоматизованою системою документообігу *Апеляційного суду міста Києва* наразі не передбачено, у зв'язку з чим така звітність Апеляційним судом не велася, як у *Голосіївському районному суді міста Києва* та *Солом'янському районному суді міста Києва*.

Отже, законодавцем недостатньо чітко вирішено питання щодо визначення справ малозначними. Насамперед можуть виникати суперечки у випадках, коли суми позовів будуть коливатися між 100 та 500 прожиткових мінімумів для працездатних осіб. Тому існує необхідність подальшого врегулювання даної прогалини цивільного процесуального законодавства стосовно визначення та розгляду малозначних справ, а також формування суддями досвіду для забезпечення справедливого, неупередженого та своєчасного розгляду і вирішення цивільних справ.

Таким чином, задля недопущення помилок у застосуванні норм процесуального права існує нагальна необхідність у роз'ясненні та конкрети-

зації підходів, оціночних категорій і критеріїв для визначення малозначності справ та можливості розгляду справи в порядку спрощеного позовного провадження. Адже формування єдиної судової практики при застосуванні законодавства сприяє оперативності та ефективності розгляду справ, підвищує рівень захищеності прав і свобод громадян та їх довіри до суду.

Серед питань, які потребують роз'яснення Верховним Судом, слід виокремити такі.

1. Можливість розгляду справи в порядку спрощеного позовного провадження у разі неодноразового неотримання відповідачем (повернення поштового відправлення з відміткою «за закінченням терміну зберігання») ухвали про відкриття провадження у справі та призначення розгляду справи в порядку спрощеного провадження.

2. Чи потрібно зазначати в ухвалі суду про відкриття провадження по справі за правилами спрощеного провадження день судового засідання, якщо справа розглядається без участі сторін та чи може суд у такому випадку обмежувати участь сторін у справі у разі їх явки в судове засідання? Чи не є такі дії суду обмеженням права на доступ до правосуддя?

3. Підстави та доцільність ухвалення заочного рішення в межах розгляду цивільної справи в порядку спрощеного провадження без повідомлення учасників справи.

4. Щодо надання можливості представництва інтересів сторін у малозначних справах в апеляційній інстанції не адвокату.

5. Щодо можливості касаційного оскарження судових рішень апеляційного суду в справах, що виникають з трудових правовідносин.

6. У чому ще полягають критерії малозначності справ, окрім ціни позову та інших вимог процесуального закону?

7. Які дії суду в разі призначення справи до розгляду в спрощеному провадженні без виклику сторін після надходження клопотання від сторони про розгляд справи з викликом учасників справи?

8. Правом чи обов'язком суду є перехід із спрощеного в загальне позовне провадження у випадках, окрім передбачених частиною п'ятою статті 274 ЦПК України?

9. Які процесуальні дії судді у разі подачі відповідачем клопотання про призначення експертизи, клопотання про витребування/забезпечення позову та/або заяви про відвід судді (-ів)? Чи може в такому випадку головуючий суддя самостійно призначити справу в підготовчє засідання для вирішення заявлених клопотань з урахуванням вимог частини сьомої статті 277 ЦПК України?

10. Чи може суд за власною ініціативою при вирішенні питання про відкриття провадження у справі за відсутності відповідного клопотання позивача про розгляд справи у спрощеному провадженні відповідно до

частини першої статті 276 ЦПК України визначити справу малозначною і призначити її до розгляду в спрощеному позовному провадженні?

11. Який порядок визнання судом справи малозначною, якщо вона перевищує 100 прожиткових мінімумів для працездатних осіб?

12. Чи робить прийняття судом рішення про розгляд справи, ціна позову в якій перевищує 100 прожиткових мінімумів для працездатних осіб, у спрощеному провадженні малозначною? У тому числі щодо інших справ, які не є справами незначної складності, для яких пріоритетним є швидке вирішення?

13. Які саме справи не підлягають касаційному оскарженню? Тільки ті, у яких ціна позову не перевищує 100 прожиткових мінімумів для працездатних осіб або будь-які інші справи, розглянуті у спрощеному провадженні?

## До уваги авторів

Захищаючи права авторів, редакція стежить за плагіатом або некоректним використанням статей, опублікованих у журналі. Надіслані статті можуть бути перевірені щодо наявності повторів з текстів, що були опубліковані раніше. Якщо буде встановлено, що стаття містить плагіат або частини чужих текстів без належного посилання, чи виникнуть сумніви щодо авторства статті, редакція залишає за собою право:

- відмовити у публікації;
- опублікувати спростування.

Редакція проводить відбір статей, виходячи виключно з їх наукової цінності. Якщо стаття прийнята до друку, вона розміщується у відкритому доступі, а авторські права належать авторам. Редакція передає отримані матеріали на рецензування членам редакційної колегії.

### Вимоги до оформлення статей у журналі «Судова апеляція»

1. УДК.
2. Прізвище, ім'я та по батькові повністю, науковий ступінь, вчене звання, посада і місце роботи – трьома мовами: укр., рос., англ.
3. Заголовок – трьома мовами: укр., рос., англ.
4. Три анотації: українська + ключові слова, російська + ключові слова, англійська + ключові слова.
5. Обсяг статті – 20 000 знаків (10 сторінок з переліком літератури).
6. Після тексту статті треба зробити розширену англійську анотацію на 2 сторінки, або 4000 знаків. Вона не входить до кількості сторінок статті.
7. 14 шрифт, полуторний інтервал.
8. Рецензія наукового керівника.
9. Роздрукований текст; електронний варіант.
10. Формат RTF; Windows 98-2003.
11. Бібліографічні посилання оформляти і нумерувати в порядку надходження (1, 2, 3...).
12. Текст статті має бути особисто підписаний автором до друку з датою підписання.

*Редакція*

Науковий редактор *І. О. Кресіна*  
Художнє оформлення *В. С. Жиборовського*

Підп. до друку 20.09.2018. Формат 70 x 100 <sup>1</sup>/<sub>16</sub>.  
Ум. друк. арк. 12,35. Наклад 350 прим.

ТОВ «Видавництво «Юридична думка»  
01103, м. Київ, вул. Кіквідзе, 18-а  
Свідоцтво ДК № 1742 від 06.04.2004  
Тел./факс (044) 278-02-23  
E-mail: yurdumka@ukr.net  
www.yurdumka.com

---

Віддруковано у ТОВ «Талком»  
03115, м. Київ, вул. Львівська, 23  
Свідоцтво ДК № 4538 від 07.05.2013  
Тел./факс (044) 424-40-69