

Державний вищий навчальний заклад
«Прикарпатський національний університет
імені Василя Стефаника»

Навчально-науковий юридичний інститут

ПРАВОВІ ПОЗИЦІЇ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ У ПРАВОЗАСТОСОВНІЙ ПРАКТИЦІ УКРАЇНИ

Збірник наукових праць
викладачів кафедри судочинства

*з нагоди відзначення 25-річчя Навчально-наукового
юридичного інституту Прикарпатського національного
університету імені Василя Стефаника*



Івано-Франківськ – 2017

ББК 67.9 (4 Укр)
УДК 347.99
П68

*Рекомендовано до друку Вченою радою
Навчально-наукового юридичного інституту
Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника
(протокол №8 від 29 червня 2017 р.)*

П68 Правові позиції Європейського суду з прав людини у правозастосовній практиці України : збірник наукових праць викладачів кафедри судочинства з нагоди відзначення 25-річчя Навчально-наукового юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника [Текст]. – Івано-Франківськ, 2017. – 218 с.

ISBN

Збірник наукових праць викладачів кафедри судочинства з нагоди відзначення 25-річчя Навчально-наукового юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника містить наукові напрацювання у сфері національної судової практики та практики Європейського суду з прав людини.

Видання розраховано на вчених-правознавців, викладачів, аспірантів, студентів юридичних спеціальностей, юристів-практиків, фахівців у сфері міжнародного захисту прав людини.

© Навчально-науковий Юридичний інститут
ДВНЗ «Прикарпатський національний
університет імені Василя Стефаника», 2017
© Колектив авторів, 2017

АВТОРСЬКИЙ КОЛЕКТИВ

Галянтич Микола Костянтинович – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри судочинства.

Ганкевич Ольга Михайлівна – кандидат юридичних наук, викладач кафедри судочинства.

Ковалишин Олександр Романович – кандидат юридичних наук, доцент кафедри судочинства.

Кузьмич Олег Ярославович – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри судочинства.

Кульчак Леся Степанівна – старший викладач кафедри судочинства.

Логвінова Марія Володимирівна – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри судочинства.

Махінчук Віталій Миколайович – доктор юридичних наук, професор кафедри судочинства.

Микитин Юрій Іванович – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального права.

Семків Віта Василівна – кандидат юридичних наук, викладач кафедри судочинства.

Яремак Зоряна Василівна – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри судочинства.

ПЕРЕДМОВА

Із здобуттям незалежності Україна почала розбудову демократичної правової держави, формування громадянського суспільства, в центрі якого – людина, захист її законних інтересів та задоволення потреб. Відповідно до ст. 3 Конституції України права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Визнання людини, її прав і свобод найвищою цінністю породжує в держави конституційний обов'язок щодо визнання, дотримання та захисту прав і свобод людини та громадянина, у тому числі закріплених у міжнародних договорах України. Вступ України до Ради Європи та ратифікація Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року та протоколів зобов'язало Україну гарантувати кожному, хто перебуває під її юрисдикцією, права і свободи, визначені у Конвенції та цих протоколах. У пункті 1 частини першої Закону України № 475/97-ВР від 17 липня 1997 р., на підставі якого відбулася ратифікація Конвенції та окремих протоколів до неї, зазначено, що: «Україна повністю визнає на своїй території ... щодо визнання обов'язковою і без укладення спеціальної угоди юрисдикцію Європейського суду з прав людини в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції». Таке законодавче визнання обов'язкової юрисдикції ЄСПЛ в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції, зумовлює вивчення практики ЄСПЛ та застосування національного законодавства з урахуванням позиції ЄСПЛ, оскільки саме в рішеннях ЄСПЛ розкривається зміст більшості положень Конвенції. Окрім того, стаття 17 Закону України № 3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» (з подальшими змінами) передбачає застосування судами Конвенції та практики ЄСПЛ як джерела права, а стаття 19 цього Закону визначає порядок застосування у сфері законодавства та адміністративної практики.

Ратифікація Україною 17 липня 1997 року Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод стала важливою віхою входження нашої держави у європейський політико-правовий простір та початком якісно нового етапу правового розвитку й реформування нашої держави, зміст якого полягає у наближенні національної правової системи до європейських стандартів у сфері забезпечення прав людини, європейських правових цінностей, що, здебільшого, знаходять своє практичне втілення та вираз у прецедентному праві Європейського суду з прав людини.

Правозастосовча практика прецедентів Європейського суду з прав людини є неоднозначною та складною у дослідженні. В наукових працях

цього збірника досліджуються різні аспекти впливу Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та прецедентної практики ЄСПЛ на національну правореалізаційну діяльність та пропозиції авторів щодо удосконалення чинного законодавства України та судової практики задля досягнення цілей та завдань, закладених Європейською конвенцією з прав людини.

Авторський колектив

Проблеми адаптації законодавства України в житловій сфері до норм країн Європейського Союзу

Галянтич Микола Костянтинович

*доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри судочинства*

Відповідно до вимог Конституції України утвердження та забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави, що повною мірою стосується й житлових прав громадян загалом та їхнього конституційного права на житло зокрема (статті 3 та 47 Конституції). Стаття 47 Конституції України закріплює право кожного на житло, яке є однією з головних матеріальних умов існування людини, яке відноситься до природних прав людини. Тобто, Основний Закон як базис розвитку національного житлового законодавства зумовлює його спрямування на створення та функціонування в Україні ефективного правового механізму захисту та відновлення житлових прав громадян загалом та права громадян на житло зокрема. Разом із тим нині забезпечення житлових прав громадян в Україні є однією з найбільш складних соціальних, економічних та правових проблем.

Зміст житлових правовідносин, їх правова природа, полягає у забезпеченні реалізації конституційних прав на житло (соціальної справедливості, свободи вибору, недоторканості права власності, захисту від будь-яких зазіхань тощо). На сьогодні в Україні за загальним правилом спори, що виникають із житлових відносин, розглядаються за правилами цивільного судочинства, що є цілком виправданим, виходячи із природи житлового права як такого. Проте Житловий кодекс України, прийнятий ще у 1983 р., незважаючи на всі зміни та доповнення, внесені до нього, не відповідає на сьогодні навіть за найнижчими показниками нормативному акту, який би був здатний хоча б частково врегульовувати житлові відносини, що виникають у суспільстві. А останні з розвитком ринкових відносин і з неймовірним попитом на житло в сучасних умовах набувають все більшого поширення та різноманітних форм. Правове регулювання житлових відносин має здійснюватися під особливою увагою суспільства, що зумовлено соціально-економічними умовами розвитку суспільства, переходом України до сучасних Європейських норм і стандартів, що викликає необхідність приведення чинного житлового законодавства у відповідність до сучасних умов розвитку

ринкової економіки з метою підвищення юридичних гарантій захисту житлових прав громадян.

Усе це певною мірою впливає на необхідність вироблення належної і одноманітної практики з приводу вирішення спорів, пов'язаних із захистом житлових прав, на перешкоді чому частково стоїть невизначеність у питанні підвідомчості даної категорії спорів тим чи іншим судовим органам.

Відповідно до ст. 15 Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України суди розглядають у порядку цивільного судочинства справи про захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів, що виникають із цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових відносин, а також з інших правовідносин, крім випадків, коли розгляд таких справ провадиться за правилами іншого судочинства.

На спори, що випливають із житлових відносин, припадає значна частина справ, які розглядаються судами в порядку цивільного судочинства. Комплексний аналіз положень чинного ЖК України та пов'язаного з ним законодавства свідчить, що передбачити на сьогодні виключний перелік спорів, що випливають із житлових правовідносин і підлягають розгляду за правилами цивільного судочинства, не є можливим з огляду на їх різноманітність і виникнення все нових форм та видів їх регулювання.

Найбільш поширеними є справи про захист житлових прав власників квартир чи будинків, пов'язаних із порушенням таких прав третіми особами, справи про визнання особи такою, що втратила право користування житловим приміщенням, справи з приводу передачі у безстрокове користування у встановленому порядку житлових приміщень, а також справи з приводу визнання недійсними правочинів, предметом яких була передача житлових приміщень у власність чи в оренду (найм).

На перший погляд, суттєвих проблем із визначенням підвідомчості зазначеної категорії спорів виникати не повинно, оскільки ЦПК України відносить їх до цивільної юрисдикції. Проте це не повною мірою відповідає дійсності. Учасниками житлових відносин, як відомо, крім фізичних та юридичних осіб, виступають також органи державної влади й органи місцевого самоврядування, які на виконання покладених на них законодавством обов'язків часто в житлових відносинах виступають як владні суб'єкти, тобто такі, що діють у площині публічних відносин.

ЖК України не дає жодної відповіді на питання віднесення спорів, які регулюються його нормами, до юрисдикції того чи іншого суду. Стаття 191 ЖК України містить лише загальне положення, відповідно до якого житлові спори вирішують відповідно до закону. Окремі статті цього Кодексу передбачають вирішення спорів судами (наприклад, ст. 72 встановлює

виключний судовий порядок визнання особи такою, що втратила право користування жилим приміщенням, а ст. 94 передбачає судовий порядок виселення особи, яка незаконно поселилася у жилому приміщенні та відмовляється звільнити його), проте вони не містять прив'язки до сфери компетенції того чи іншого суду в системі судів.

Спеціальне житлове законодавство має встановлювати специфіку та особливостей здійснення права власності на житло; користування житлом власником та членами його сім'ї; дотримання прав не власників при переході права власності на житло; особливості користування загальним майном співвласників житла; встановлення відповідності будівель житловим; спільне утримання жилих приміщень та управління багатоквартирними будинками; особливості створення та діяльності житлових, житлово-будівельних кооперативів, товариств співвласників житла тощо. В той час у ЦК України не визначені поняття норми безпечного користування жилою площею з урахуванням факту проживання різностатевих осіб, чисельності, вікового складу сім'ї; ступеня родинності членів сім'ї; особливих потреб осіб із фізичними вадами, самотніх людей та людей похилого віку.

Існують різні теоретичні, практичні причини виникнення проблем щодо житлового законодавства, серед них найбільш вагомими є: тривале прийняття Проекту Житлового кодексу України; відсутність концептуальних ідей оновлення житлового законодавства; відсутність чіткого порівняльного аналізу законодавства, судової практики щодо житла у Європейському Союзі.

Розв'язання поставленої проблеми можливо при визначенні шляху розвитку житлового законодавства, який можливий шляхом прийняття або нового Житлового кодексу або шляхом регулювання житлового питання окремими галузями права, тому слід звернутися до досвіду розвитку житлового законодавства у деяких країнах Європейського союзу.

В правозастосовчій діяльності для врегулювання правовідносин щодо житла застосовуються норми цивільного права, права соціального забезпечення, адміністративного права, а не безпосередньо норми Житлового кодексу. Фахівці припускають, що наслідком цього Житловий кодекс припинить своє існування, і буде замінений Цивільним кодексом (інститутами права власності та іншими речовими правами на житло; інститутами договору комерційного найму житла, правочинами щодо виникнення та здійснення прав з житлом), правом соціального забезпечення (інститут соціального забезпечення соціально незахищеним категоріям громадян) та адміністративного права (інститути управління, державної реєстрації прав на об'єкти житлової нерухомості).

Необхідно розуміти, що розвиток цивільного права полягає не у врегулюванні всього кола суспільних відносин у житловій сфері, а в специфіці житлових правовідносин. Наприклад, ч.3 ст.810 ЦК України містить відсилочну норму щодо найму житла, що є об'єктом державної і комунальної власності застосовуються правила ЦК, якщо інше не встановлено законом. Тому є потреба в розробці доктринального підходу у питанні вирішення проблем правозастосування. У новому житловому законодавстві необхідно втілювати сучасні підходи у вирішенні житлових потреб громадян. Як зазначив Європейський Суд з прав людини задоволення житлової потреби є однією з актуальних у європейському просторі. Для України ця проблема має складний характер, оскільки житлова потреба стосується не тільки громадян, які потребують житла або поліпшення житлових умов; а й дітей, молоді, інваліди, люди похилого віку, мігрантів та інших соціально незахищених осіб. Задоволення потреб останньої категорії осіб є необхідним елементом європейських стандартів, які реалізуються в процесі адаптації законодавства України до стандартів ЄС. Необхідно чітко визначити обсяг житлових прав кожної категорії осіб, оскільки житлові потреби у них різняться. В Україні має бути створений механізм задоволення житлових потреб громадян України не тільки на праві власності, а й користування з гарантованою можливістю кожному реалізувати це право.

В європейських країнах житлове законодавство розвивається в різних напрямках, які обумовлені правовими традиціями, соціальними і економічними чинниками. Так, можна виділити східноєвропейську модель та західноєвропейську модель житлового законодавства.

Східноєвропейська модель житлового законодавства існує у межах східноєвропейської правової родини та базується на відокремленому комплексному правовому регулюванню житлових відносин. Західноєвропейська модель існує у межах західних правових родин та базується на різногалузевому правовому регулюванні житлових відносин, тобто воно здійснюється нормами конституційного, цивільного права, правом соціального забезпечення тощо.

Для західноєвропейської моделі житлового законодавства властиво відсутність закріплення права на житло у конституціях. Так, у ст. 13 Конституції ФРН закріплено право на недоторканність житла. Хоча захисту соціальних прав в Конституції ФРН не відведено значного місця, повніше він закріплений в конституціях окремих земель, збагачений судовою практикою, зокрема Федеральним конституційним судом, і безпосередньо діючими в ФРН міжнародних норм про права людини. Наприклад, закріплене в Конституції право на життя та особисту гідність трактується Федеральним

конституційним судом як визнання того, що держава повинна гарантувати кожній людині необхідний мінімум матеріального добробуту для гідного життя¹.

В Конституціях Європейських держав закріплено загальні правила дотримання житлових прав громадян, зокрема в ст. 47 Конституції Іспанії зазначено «Всі іспанці мають право на гідне, впорядковане житло»². В інших країнах, наприклад в ст.14 Італії³ мова йде тільки про недоторканість житла, або зовсім не згадується. Позицію європейських держав можна пояснити тим, що право на житло є природним для людини, що не потребує окремого закріплення у нормах основного закону, але ж судова практика констатує, що це не завжди так. Наприклад, до Європейського суду з прав людини звернувся заявник (позивач), який в червні 1982 р. придбав у Римі квартиру, що була зайнята мешканцем – орендарем. У березні 1983 р. позивач через суд вимагав виселити мешканця, оскільки сам власник мав 71% інвалідності, був безробітним, хворів на діабет, потребував квартири; крім того, орендар не сплачував орендну плату. В квітні 1983 р. було видано ордер про виселення мешканця. Згідно з політикою італійського уряду дія ордеру припинялася 4 рази. Зрештою, у січні 1995 р. Мешканець добровільно звільнив квартиру. Тобто з моменту першого позову минуло 11 років і 4 місяці. Європейський суд розцінив дії італійського уряду такими, що порушують Європейську конвенцію про права і свободи людини⁴.

У ФРН можна констатувати своєрідність регулювання задоволення житлових потреб. Німецька схема заснована на системі будівельноощадних кас (БОК). Дана система набула поширення по всій Європі. Протягом визначеного часу (звичайно це до 3 років) банк переконується в кредитоспроможності клієнта: відкривається рахунок цій особі, на який здійснюються відрахування із зарплати та інших доходів. За цей період необхідно накопичити 30 % вартості житла. Тоді банк може виступити

¹ Регулювання конституційний відносин в Німеччині , Характеристика Основного закону ФРН 1949, Загальні відомості про країну. . [Електронний ресурс]. – Режим доступу:<http://nimechchyna.com/regulyvannya-konstitutsijnogo-vidnosin-v-nimechchini-harakteristika-osnovnogo-zakonu-frn-1949-zagalni-vidomosti-pro-krayinu/>

² Конституции зарубежных государств: Великобритания, Франция, Германия, Италия, Испания, Швейцария, Европейский союз, США, Япония, Бразилия: Учебное пособие. /Сост. В.В.Маклаков, 3-е изд. перераб и доп. – М.: БЕК, 2002. – 564 с.

³ Конституція Італії - Comune di Novellara. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.comunedinovellara.gov.it/.../visualizzadocumento.aspx

⁴ Килкэли У., Чефранова Е., Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод. Статья 8 Право на уважение частной и семейной жизни, жилища и корреспонденции. – М.: Рос. акад. правосудия, 2001.– 159 с.

додатковою ланкою між БОК і клієнтом, прокредитувавши залишок суми. Покупець може заселятися в квартиру, однак вона залишається у власності банку. Термін кредитування – від 10 до 36 років, ставки від 5 до 7 % річних. У випадку з БОК у чистому виді, квартира протягом усього процесу залишається у власності БОК до повної виплати покупцем суми. БОК займають близько 30% усієї німецької індустрії житла, в інших європейських державах цей відсоток дещо нижчий, але також значний. БОК юридично є товариствами взаємного кредиту. Термін внесення передоплати – 5 років, передплата звичайно дорівнює від 30 до 40 % від вартості житла. Максимальний термін кредитування – від 12 до 18 років, мінімального терміну не існує, штрафів за дострокове погашення не передбачено. Ставка коливається від 3 до 5 % річних. Державою практикуються різного роду субсидії для пільгових категорій громадян і для молодих державних службовців, що мають родину і дітей. Особливо така практика субсидування поширена у Швеції⁵.

У ст.ст. 537, 541b, 549, 550a, 551, 554в, 556a, 556b, 557, 564a, 564b, 564c, 565a, 565c НЦУ⁶ визначені особливості укладення та розірвання договору найму житла. Окремо регулюються питання щодо службового житла, та щодо житлових прав членів сім'ї, дотримання житлових прав недієздатних осіб.

У багатьох розвинутих країнах з ринковою економікою житловий фонд не є приватним, в тому числі у ФРН більшість багатоквартирних будинків, перш за все у великих містах, належить будівельним корпораціям та інвестиційним компаніям. Не зважаючи на значну фінансову допомогу, яку держава надає громадянам при купівлі квартир або будівництві індивідуального будинку (до 1/3 вартості будинку), розвиток іпотечного кредитування, більшість громадян є орендарями, а не власниками житла.

Тому в Німеччині кожен, чий дохід недостатній для оплати відповідної квартири, має законне право на матеріальну допомогу для найму житла. Вона виплачується як надбавка до квартирної плати або коштів на утримання власного житла, але лише до певного розміру доходу. Житлове право, яке принципово передбачає вільне укладання договорів, виконує роль балансу інтересів між здавачем помешкання і квартиронаймачем. Жоден із квартиронаймачів не повинен боятися невинуватих і самовільних вимог щодо квартирної плати. Так, здавач може розірвати договір з квартиронаймачем, який виконує умови лише тоді, коли зможе довести

⁵ В. Поворозник, Я. Белінська. Можливі напрями удосконалення житлової політики Україні. Додаток до аналітичної записки Досвід житлової політики зарубіжних країн. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://old.niss.gov.ua/Monitor/May08/10.htm>

⁶ Німецьке цивільне уложення. Такст. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: rbis-nbuv.gov.ua/.../cgiirbis_64.exe?

«виправданий інтерес» (наприклад, власну потребу). Підвищення квартирної плати можливе лише в межах прийнятої в цій місцевості квартплати. Соціальна виплата коштів на житло гарантується за клопотанням або як доплата до квартирної плати, або як дотація. Розмір цих коштів залежить від доходу, квартирної плати і розміру пенсії ⁷.

Право на житло у Республіці Франція регулюються Кодексами будівництва та житла, соціального і сім'ї, адміністративної юстиції, урбаністичний, територіальних громад, податкового та «житловими» законами соціальної направленості. У Франції нерідко чітке розмежування між приватним і державним житлом відсутнє через велику кількість приватних компаній, що під державним контролем постачають житло на ринок. Сьогодні близько 17 % французьких родин живе в соціальному житлі. Приватні компанії, що його споруджують, одержують право на податкові пільги. Після завершення будівництва вони віддають його в оренду малозабезпеченим громадянам за встановленими державою цінам. Такі приватні компанії розділяють з місцевою владою повноваження по визначенню осіб яким буде надане право на соціальне житло. У середньому, черга на одержання соціального житла у Франції складає 10 місяців. Відповідний розмір орендної плати є значно меншим, ніж на ринку. Крім того, приблизно половини мешканців користуються ще й житловими субсидіями. В цілому сектор соціального житла в Голландії, Швеції, Великобританії, Данії, Франції і Фінляндії складає 15-35% від загального житлового фонду. В європейських державах на соціальні житлові програми виділяються значні кошти: від 0,1-0,3 % ВВП в Італії і Греції до 1,2-1,4 % ВВП у Фінляндії, Данії й Австрії. Франція на придбання житла у власність чи на його безкоштовне (пільгове) надання виділяє щорічно 1,9 % ВВП⁸.

В Україні житлові відносини регулюються Цивільним, Сімейним, Земельним, Податковим кодексами України, які тим чи іншим чином регулюють житлові відносини, що складаються в приватноправовій сфері. Проте житлові права, що забезпечують отримання житла з державного і комунального житлового фонду і користування ним до цього часу регулюється нормативними документами прийнятими ще у 1984 -1985 роках

⁷Фінансування соціального захисту у ФРН та його проблеми. Форми соціального захисту у ФРН. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://pidruchniki.com/15800119/finansii/finansuvannya_sotsialnogo_zahistu_frn_yogo_problemi

⁸ В. Поворозник, Я. Белінська. Можливі напрями удосконалення житлової політики України. Додаток до аналітичної записки Досвід житлової політики зарубіжних країн. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://old.niss.gov.ua/Monitor/May08/10.htm>

«Правилами обліку громадян, які потребують поліпшення житлових умов, і надання їм жилих приміщень», затвердженими постановою Ради Міністрів УРСР від 11 грудня 1984 р.; з отримання житла в будинках житлово-будівельних кооперативів (ЖБК) і користування ними, визначені постановами Ради Міністрів УРСР: Постанова Ради Міністрів Української РСР і Українська республіканська рада професійних спілок від 5 червня 1985р. № 228 «Про затвердження Правил обліку громадян, які бажають вступити до житлово-будівельного кооперативу», Постанова Ради Міністрів Української РСР від 30 квітня 1985р. № 186 «Про затвердження примірного статуту Житлово-будівельного кооперативу»; у житловому фонді спеціального призначення: Постановою Кабінету Міністрів України від 4 лютого 1988р. «Про службові жилі приміщення», Постанова Ради Міністрів Української РСР від 3 червня 1986 р. «Про затвердження Примірного положення про гуртожитки». Слід констатувати, що потребують докорінної зміни не тільки ЖК УРСР, а й чинні законодавчі та інші нормативні акти, прийняті за роки незалежності України. Виникає потреба у систематизації житлового законодавства України з метою усунення прогалин правового регулювання у житловій сфері.

Для східноєвропейської моделі житлового законодавства властиво закріплення права на житло у Конституціях і регулювання житлових правовідносин окремих нормативним актом. З усіх країн бувшого Радянського Союзу тільки в Україні діє ЖК УРСР. Нові Житлові кодекси розроблено і прийнято у Російській Федерації, Республіки Білорусь, Республіки Молдова, Республіки Казахстан, Республіки Киргистан, Азербайджанської республіки, Республіки Узбекистан, Республіки Таджикистан.

Окрема увага приділяється поняттю житла в практиці Європейського суду з прав людини. В проекті ЖК в редакції 05.11.2010 р. житлом визнається квартира, кімната в житловому будинку, садибний будинок, житловий блок/секція в гуртожитку, житлові приміщення в нежитлових будівлях, спорудах, призначені та придатні для постійного проживання людей і прийняті в експлуатацію в установленому порядку⁹. Натомість в практиці Європейського суду з прав людини вбачаються ширші підходи до вирішення питань, пов'язаних з порушенням права на недоторканність житла і до визначення поняття «житло». Стаття 12 Загальної декларації прав людини лише закріпила право людини на недоторканність житла¹⁰. Стаття 8 Конвенції

⁹ Житловий кодекс України: проект від 05.11.2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=36021.

¹⁰ Загальна декларація прав людини від 10.12.1948 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_015.

«Про захист прав людини і основоположних свобод» (Рим, 1950 р.) закріпила право на повагу до приватного і сімейного життя, змістом якого є те, що кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції. При цьому органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб¹¹.

В рішеннях Європейського суду прав людини продовжена позиція, закладена в зазначених актах О. О. Кваша, проаналізувавши практику Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) щодо порушення ст. 8 Конвенції, зробила висновок, що в ній поняття житло тлумачиться широко і включає як житлове приміщення, так і інші об'єкти, які не є такими за законодавством України. До житла ЄСПЛ відносить:

1) власне житлове приміщення, в якому проживає заявник (справа Бук проти Німеччини¹², справа Прокопович проти Російської Федерації¹³);

2) переважно місце, де особа мешкає, навіть якщо воно облаштоване нею під житло з порушенням національного законодавства (зокрема, крита повозка (кибитка), в якій збиралася жити циганка на землі, що вона придбала з цією метою) (справа Баклі проти Сполученого Королівства¹⁴ (1996)).

Суд вказав, що заявниця придбала землю з метою розміщення на ній свого житла, проживала на ній у домі-фургоні фактично безперервно протягом шести років, не мала іншого житла і не планувала його придбати. Суд надав пріоритет суб'єктивному, а не об'єктивному критерію визнання певного володіння житлом;

3) конкретне місце проживання, щодо якого особа мала достатньо тривалі зв'язки, навіть якщо заявник не проживав у ньому протягом тривалого

¹¹ *Про захист прав людини і основоположних свобод*: Конвенція від 04.11.1950 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_004.

¹² *Бук проти Німеччини*: рішення ЄСПЛ від 28 квітня 2005 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs>.

¹³ *Прокопович проти Російської Федерації*: Рішення ЄСПЛ від 18.11.2004 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.echr.ru/documents/doc/2463418/2463418.htm>.

¹⁴ *Баклі проти Сполученого Королівства* (Case of Buckley v. the United Kingdom): рішення ЄСПЛ від 25 вересня 1996 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Buckley&sessionid=10176725&skin=hudoc-en>.

часу (справи Новоселецький проти України¹⁵, Прокопович проти Російської Федерації¹⁶);

4) приміщення особи, яке пов'язане з її професійною діяльністю (діловий офіс типу адвокатського) (справа Німітц проти Німеччини) (1992),¹⁷ діловий офіс нотаріуса (справа Пантелеєнко проти України¹⁸, Смірнов проти Росії¹⁹);

5) житло фізичної особи, яке водночас є офісом очолюваної нею компанії (справа Чапелл проти Сполученого Королівства)²⁰;

6) офіційний офіс компанії, її філій або службових приміщень (справа Кола Ест проти Франції (2002)²¹, справа Ромен і Шміт проти Люксембургу²²);

7) місце, куди особа має намір повернутися чи де було її постійне помешкання (рішення у справі Гіллоу проти Сполученого Королівства²³) (1986).

Згідно з положеннями Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»²⁴, зокрема ст. 17, суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права. Конвенція та закон визнають рішення ЄСПЛ джерелом права

¹⁵ *Новоселецький* проти України: Ухвала щодо часткової прийнятності від 11 березня 2003 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/199> та рішення по суті від 22.02.2005 р. http://www.minjust.gov.ua/?do=d&did=164&sid=about_int_2_1.

¹⁶ *Прокопович* проти Російської Федерації: Рішення ЄСПЛ від 18.11.2004 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.echr.ru/documents/doc/2463418/2463418.htm>.

¹⁷ *Німітц* проти Німеччини: Рішення ЄСПЛ від 16.12.1992 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2132.html.

¹⁸ *Пантелеєнко* проти України: Рішення ЄСПЛ від 29 червня 2006 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://khpg.org/index.php?id=1193916739>.

¹⁹ *Смірнов* проти Росії: Рішення ЄСПЛ від 7 червня 2007 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.sergei-nasonov.narod.ru/Smirnov.doc>.

²⁰ *Чапелл* проти Сполученого Королівства: Рішення ЄСПЛ від 30 березня 1989 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.coe.kiev.ua/putivnn/f_013.htm.

²¹ *Компанія «Кола Ест» та інші* проти Франції: Рішення ЄСПЛ від 16 квітня 2002 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2551.html.

²² *Ромен і Шміт* проти Люксембургу: Рішення ЄСПЛ від 25 лютого 2003 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://uazakon.com/documents/date_1e/pg_ijwvsa.htm.

²³ *Гіллоу* проти Сполученого Королівства (Case of Gillow v. the United Kingdom): рішення ЄСПЛ від від 24 листопада 1986 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://shr.receptidocs.ru/v3283/?download=1>.

²⁴ *Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини*: Закон України від 23 лютого 2006 року / Верховна Рада України // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 30. – Ст. 260.

в Україні. Це знайшло своє тлумачення та роз'яснення у постановах Пленуму Верховного Суду України «Про деякі питання застосування судами України законодавства при дачі дозволів на тимчасове обмеження окремих конституційних прав і свобод людини і громадянина під час здійснення оперативно-розшукової діяльності, дізнання і досудового слідства» від 28 березня 2008 р. № 2 та «Про судову практику у справах про злочини проти власності» від 6 листопада 2009 р. № 10. В п. 22 останньої Постанови дано узагальнене визначення поняття «житло» – «під житлом потрібно розуміти приміщення, призначене для постійного або тимчасового проживання людей (будинки, квартира, дача, номер у готелі тощо). До житла прирівнюються також ті його частини, в яких може зберігатися майно (балкон, веранда, комора тощо), за винятком господарських приміщень, не пов'язаних безпосередньо з житлом (гараж, сарай тощо)»²⁵.

Пункт 11 Постанови Пленуму ВС України від 28 березня 2008 р. № 2²⁶ передбачає, що згідно з вимогами ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р. судам необхідно враховувати, що відповідно до практики Європейського суду з прав людини поняття «житло» у п. 1 ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Рим, 4 листопада 1950 р.) охоплює не лише житло фізичних осіб. Воно може поширюватися на офісні приміщення, які належать фізичним особам, а також офіси юридичних осіб, їх філій та інші приміщення.

Як «інше володіння» слід розуміти такі об'єкти (природного походження та штучно створені), які за своїми властивостями дають змогу туди проникнути і зберегти або приховати певні предмети (речі, цінності). Ними можуть бути, зокрема, земельна ділянка, сарай, гараж, інші господарські будівлі та інші будівлі побутового, виробничого та іншого призначення, камера сховища вокзалу (аеропорту), індивідуальний банківський сейф, автомобіль тощо.

²⁵ *Про судову практику у справах про злочини проти власності*: Постанова Пленуму Верховного Суду України № 10 від 6 листопада 2009 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0010700-09>.

²⁶ *Про деякі питання застосування судами України законодавства при дачі дозволів на тимчасове обмеження окремих конституційних прав і свобод людини і громадянина під час здійснення оперативно-розшукової діяльності, дізнання і досудового слідства*: Постанова Пленуму Верховного Суду України № 2 від 28 березня 2008 р. / Верховний Суд України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0002700-08>.

На підставі наведеного, поняття житла розуміється в самому широкому значенні прав людини, що потребує, закріплення об'єктивних Законом критеріїв, наприклад в державних будівельних нормах і стандартах.

Римська Конвенція 1950 р. сприяла розуміння в Україні права на житло як одного з природних і невід'ємних прав людини. Міжнародним Пактом про економічні, соціальні і культурні права, який ратифіковано Указом Президії Верховної Ради Української РСР ще 19.10.1973 р., було встановлено соціальні права. У Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права 1966 року²⁷ держави – учасниці визнали право кожного на достатній життєвий рівень, у тому числі на житло (пункт 1 статті 11). Зазначене право наведено в пункті 31 частини I та конкретизовано у статті 31 частини II Європейської соціальної хартії (переглянутої) 1996 року (далі – Хартія), ратифікованої Законом України «Про ратифікацію Європейської соціальної хартії (переглянутої)» від 14 вересня 2006 року № 137-V²⁸. Відповідно до статті 31 частини II Хартії держави зобов'язуються вживати заходів, спрямованих на сприяння доступові до житла належного рівня; встановлювати на житло ціни, доступні для малозабезпечених осіб.

Право на житло не слід тлумачити у вузькому чи обмеженому значенні, що зрівнювало б його з наданням прихистку, його слід розглядати як право жити в безпеці, що забезпечує гідність людини. Комітет ООН по економічним, соціальним і культурним правам зазначив, що можна визначити деякі аспекти права на достатній життєвий рівень, в тому числі і житло. Вони включають наступне: 1) правове забезпечення проживання; 2) усі хто має права на достатнє житло повинні мати стійкий доступ до систем постачання питної води, санітарії та гігієни, зберігання продуктів харчування, видалення відходів, каналізації та надзвичайних служб; 3) доступність з точки зору витрат; 4) придатність для проживання; 5) доступність; 6) місцезнаходження, оскільки достатнє житло повинно знаходитися в такому місці, яке дозволяє мати доступ до можливостей в сфері зайнятості, медичного обслуговування, школам та іншим соціальним закладам; 7) архітектура споруджуваного житла, використовувані будівельні матеріали, повинні відповідним чином відображати культурні традиції суспільства²⁹.

²⁷ Про економічні, соціальні і культурні права : Міжнародний пакт ООН від 16.12.1966 – [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_042.

²⁸ Європейська соціальна хартія від 03.05.1996 № ETS N 163 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_062.

²⁹ Рекомендация Генеральная конференция Международной организации труда о жилищном строительстве для трудящихся N 115 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: docs.cntd.ru/document/901766159

Також статтею 8 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, ратифікованої Верховною Радою України, визначено право на повагу до приватного і сімейного життя і зазначається, що кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла. Частиною другою цієї статті Конвенції визначено, що органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб.

Прикладом застосування ст.8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод по відношенню до України є рішення Європейського суду з прав людини від 02.03.2011 року у справі «Кривіцька та Кривіцький проти України»³⁰. У цьому рішенні Європейського суду визначено загальні принципи, які необхідно застосовувати при вирішенні подібної справи в розумінні визначених статтею 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод прав на житло:

– у п. 40. Згідно з Конвенцією поняття «житло» не обмежується приміщенням, яке законно займано або створено. Чи є конкретне місце проживання «житлом», яке підлягає захисту на підставі пункту 1 статті 8 Конвенції, залежить від фактичних обставин, а саме від наявності достатніх та триваючих зв'язків із конкретним місцем;

– у п. 41. Втрата житла є найбільш крайньою формою втручання у право на повагу до житла;

– у п. 42. Втручання держави є порушенням статті 8 Конвенції, якщо воно не переслідує законну мету, одну чи декілька, що перелічені у пункті 2 статті 8, не здійснюється «згідно із законом» та не може розглядатись як «необхідне в демократичному суспільстві»;

– у п. 43. Вислів «згідно із законом» не просто вимагає, щоб оскаржуваний захід мав підставу в національному законодавстві, але також звертається до якості такого закону. Зокрема, положення закону мають бути

Шестая сессия (1991) Замечания общего порядка, приняты Комитетом ООН экономическим, социальным и культурным правам № 4 -. [Електронний ресурс] . – Режим доступу:

www2.ohchr.org/english/issues/housing/.../CG4_ru.pdf

³⁰ Рішення Європейського суду з прав людини від 2 грудня 2010 року у справі «Кривіцька та Кривіцький проти України» [Електронний ресурс] . – Режим доступу: // http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_774.

достатньо чіткими у своїх термінах, а також закон має передбачати засоби юридичного захисту проти свавільного застосування. Функція роз'яснення та тлумачення положень національного закону належить насамперед національним судам. Хоча Суд не може замінити своїм рішенням рішення національних судів та його повноваження щодо перевірки дотримання національного законодавства обмежені, його функцією є перевірка обґрунтування національних судів з точки зору Конвенції. Щоб захистити особу від свавілля, недостатньо забезпечити формальну можливість мати змагальне провадження для оскарження застосування положення закону в її справі. Якщо ухвалене в результаті судового рішення не містить обґрунтування або доказової бази, виникле втручання у гарантоване Конвенцією право може стати непередбачуваним та, як наслідок, не відповідати вимозі законності;

– у п. 44. Крім того, втручання у право заявника на повагу до його житла має бути не лише законним, але й «необхідним у демократичному суспільстві». Інакше кажучи, воно має відповідати «нагальній суспільній необхідності», зокрема бути співрозмірним із переслідуваною законною метою. Концепція «житла» має першочергове значення для особистості людини, самовизначення, фізичної та моральної цілісності, підтримки взаємовідносин з іншими, усталеного та безпечного місця в суспільстві. Враховуючи, що виселення є серйозним втручанням у право особи на повагу до її житла, Суд надає особливі ваги процесуальним гарантіям, наданим особі в процесі прийняття рішення. Зокрема, навіть якщо законне право на зайняття приміщення припинено, особа вправі мати можливість, щоб співрозмірність заходу була визначена незалежним судом у світлі відповідних принципів статті 8 Конвенції. Відсутність обґрунтування в судовому рішенні підстав застосування законодавства, навіть якщо формальні вимоги було дотримано, може серед інших факторів братися до уваги при вирішенні питання, чи встановлено справедливий баланс.

Висновок.

Виходячи із вищезазначеного пріоритетними напрямками формування нормативно-правової бази у сфері державної житлової політики має бути:

1. Формування державної житлової політики у напрямку дотримання принципів закріплених у Рекомендаціях № 115 Міжнародної організації праці щодо житлового будівництва для працівників 1961 року.

2. Аналіз чинних актів законодавства, що стосуються діяльності на ринку житла і житлово-комунальних послуг; з метою виявлення прогалин та усунення протиріч у чинному законодавстві.

3. Забезпечення першочергової розробки Житлового кодексу України, в якому мають бути зосереджені загальні цивільно-правові засади з

особливостями, які не відзначені у ЦК України, в т.ч.. зобов'язання, що виникають при будівництві житла, підстави переведення придатних для проживання жилих квартир у нежилі, правовий режим ЖБК та товариств співвласників багатоквартирного жилого будинку, особливості виникнення та припинення права власності (спільної власності) та інших речових прав на житло; особливості цивільно-правової відповідальності власників і користувачів квартир (будинків), управління житловим фондом, розмежування комерційного, соціального і некомерційного найму тощо.

4. Розвиток законодавства з питань державного регулювання на монопольних ринках комунальних послуг; удосконалення тарифної політики у сфері житлово-комунальних послуг; розвитку порядку державної підтримки залучення коштів на реконструкцію будівель, капітальний ремонт та запровадження енергозберігаючих заходів; розвитку житлового фонду орендного житла; соціального захисту громадян щодо забезпечення їх житлом.

5. Необхідно на державному рівні затвердити адекватні сучасним реаліям мінімальні соціальні житлові стандарти визнання громадян такими, що потребують покращення житлових умов; граничний розмір витрат будинко-, квартиро-власників на утримання житла

6. Адаптація законодавства України до законодавства ЄС у напрямках: створення сприятливих умов для інтеграції економіки України у світову економіку на рівноправній і взаємовигідній основі.

Виконання судових рішень як шлях до реалізації права на справедливий суд: проблеми теорії та практики

Ганкевич Ольга Михайлівна

*кандидат юридичних наук,
викладач кафедри судочинства*

Права людини є основним сутнісним елементом функціонування права, оскільки є перманентним чинником для держави, влади і громадянського суспільства. Права людини існують не як декларативні гасла, а в правовій державі повинні бути створені всі умови для їх належної реалізації, охорони та захисту. Тому право на справедливий суд є невід'ємним, вагомим та одним з найсуттєвіших прав людини, оскільки через реалізацію цього права відбувається поновлення тих прав та свобод, які були порушені.

Серед інститутів демократичної держави правосуддя відіграє центральну роль, оскільки саме воно є гарантією і одночасно механізмом захисту всіх інших інституцій. Виходячи з цього, завдання держави полягає в забезпеченні особам, які звертаються за судовим захистом, максимуму гарантій, що відносяться до організації та здійснення правосуддя. Вказане зумовлює необхідність дослідження права на справедливий суд в контексті стандартів здійснення правосуддя³¹.

Право на суд, яке є ключовим правом людини, основоположним елементом права у демократичній та правовій державі, адже наявність ефективної судової системи є гарантією «формального» верховенства права. Від функціонування права на справедливий суд залежить система права загалом, тому що є гарантією захисту всіх інших прав. Досліджуване право передбачає втілення всіх морально-ціннісних надбань людства, оскільки правовий принцип пріоритету загальнолюдських цінностей справедливості, рівності та свободи – не просто блага побажання, а аксіологічний імператив, необхідність здійснення якого сьогодні визнає все світове співтовариство.

Варто також констатувати й те, що ефективність функціонування судової системи будь-якої держави визначається, у тому числі, й можливістю реалізації її громадянами права на справедливий суд. Це право зумовлюється

³¹ Грень Н. М. Генезис права на справедливий суд / Н. М. Грень // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. – 2015. – № 13. – Том. 1. – С. 22.

як інституційними аспектами побудови судової системи, так і особливостями здійснення окремих судових процедур в порядку цивільного судочинства. Необхідність гарантування реалізації права на справедливий суд в впливає з норми ст. 1 Конституції України, де закріплено конституційну формулу, визначальну для розвитку державності – Україна є суверенна і незалежна, демократична, соціальна і права держава.

Право на справедливий суд досліджувалося науковцями української та зарубіжних шкіл права, але на сьогодні не можна сказати, що ця тематика повністю вичерпана. Дослідження необхідно продовжувати хоча б з огляду на наступні чинники: а) право на справедливий суд постійно еволюціонує в осмисленні і тлумаченні її норм, гнучко застосовуючи їх з урахуванням конкретних соціальних, економічних та інших реалій; б) вагомість і широкомасштабність досліджуваного права, оскільки включає себе матеріальні та процесуальні принципи, норми, гарантії, які пов'язані з судочинством та виконанням рішення у всіх сферах суспільного життя, тому є низка проблемних, мало досліджуваних питань; в) суттєве значення судової влади у структурі державно-владної діяльності. Для прикладу визначено тезу С. В. Прилуцького: «Об'єктивною реальністю є й те, що перехідні стани економіки чи її різкі коливання, а також нестійкі соціальні процеси та їх не передбачувані зрушення справляють негативний вплив на діяльність публічної влади. І саме у такі моменти проявляється незамінна роль суду як самостійного інституту публічної влади, що покликаний гарантувати життєдіяльність держави та цілісність суспільства»³²; г) судово-правова, конституційна та адміністративна реформа, що відбулася та відбувається сьогодні в Україні.

Наукове опрацювання теоретичних і практичних аспектів забезпечення права особи на справедливий суд було закладено в дореволюційній правовій доктрині Росії такими вченими, як Є.В. Васьковський, М.В. Духовський, І.Є. Енгельман, В.О. Ключевский, А.Ф. Коні, І.М. Наумов, В.О. Рязановський, І.Я. Фойницький та ін.

Розробка власного бачення шляхів реалізації права особи на справедливий суд ґрунтується на вивченні праць сучасних вітчизняних і російських учених, зокрема, О.Б. Абросимової, О.А. Банчука, І.О. Верби, І.С. Гриценка, М.А. Гурвіча, К. В. Гусарова, В.М. Ісакової, В.В. Комарова, С. О.

³² Прилуцький С. В. Вступ до теорії судової влади (Суспільство. Правосуддя. Держава) : монографія / С. В. Прилуцький. – К. : Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2012. –С. 29-30.

Короєда, У. З. Коруц, М. П. Курило, М. А. Погорецького, Я. М. Романюка, О. П. Рябченко, Н. Ю. Сакари та інших.

Слід зазначити, що право на суд охоплює надзвичайно широке поле різноманітних категорій. Воно стосується як інституційних та організаційних аспектів, так і особливостей здійснення окремих судових процедур³³. Як слушно зауважують, вчені-правознавці І. Гриценко та М. Погорецький, що системний, історичний, правовий та порівняльний аналіз наукових доктрин, а також практики реалізації права на справедливий суд у різних правових системах світу у різні періоди державотворення свідчить про те, що це право є комплексним та багатоаспектним. Тому цілком виправданим є його дослідження через систему його структурних елементів³⁴.

М. Ентін запропонував таку систему структурних елементів права на справедливий суд: органічні, інституційні, процесуальні та спеціальні.

Органічні елементи, на думку автора, забезпечують ефективне користування зазначеним правом (доступ до правосуддя і виконання судових рішень).

Інституційні елементи права на справедливий судовий розгляд – це критерії, яким повинна відповідати як судова система держави в цілому, так і кожен національний судовий орган окремо (створення суду і формування складу суду на підставі закону, достатня тривалість повноважень суддів і їх незмінність протягом строку повноважень, незалежність і безсторонність).

Процесуальні елементи права на справедливий судовий розгляд забезпечують реальну участь особи або її представника в розгляді справи, змагальність процесу, рівність сторін на всіх етапах судового розгляду та розумні строки розгляду³⁵.

Національне законодавство намагалося імплементувати більшість міжнародних стандартів, особливі зміни відбулися у зв'язку з прийняттям Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд», який вносить зміни до низки нормативних актів, що мають процесуальний характер у різних галузях права. Проте проблем залишається більше ніж вирішених питань. Тому перспективою майбутнього дослідження має стати аналіз відповідності

³³ Коваль І. Право на справедливий суд: практика Європейського суду з прав людини щодо України / І. Коваль // Право України. – 2006. – № 10. – С. 129.

³⁴ Гриценко І. Право на справедливий суд / І. Гриценко, М. Погорецький // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2012. – Випуск 91. – С. 4.

³⁵ Энтин М. Справедливое судебное разбирательство по праву Совета Европы и Европейского Союза / М. Энтин // Конституционное право: Восточноевроп. обозрение. – 2003. – № 3(44). – С. 85–97.

міжнародних стандартів у сфері справедливого судочинства чинних національних норм права.

Виходячи з результатів аналізу норм міжнародно-правових актів, національного законодавства, а також правозастосовної практики, на мій погляд, доцільним є уточнення системи структурних елементів права на справедливий суд. Такими елементами є: 1) інституційні елементи (засади, що визначають організацію судової системи в цілому і кожного судового органу зокрема, – створення суду на підставі закону, незалежність суду, безсторонність суду); 2) організаційно-функціональні елементи (засади, що поєднують критерії організації і функціонування суду, – доступ до правосуддя, рівність сторін, право на правову допомогу, публічність (гласність і відкритість) судового розгляду, обов'язковість судових рішень); 3) функціональні елементи (засади, що визначають процесуальний порядок і правила здійснення правосуддя, – змагальність процесу, розумні строки розгляду справи).

Таким чином, право на справедливий суд є досить комплексним поняттям та включає дотримання комплексу взаємопов'язаних елементів. Основними постулатами, які складають зміст права на справедливий суд, можна визначити такі:

1) право на доступ до судочинства, що полягає в реальній можливості доступу до національних судових інстанцій та участі в розгляді справи зрозумілою й доступною для особи мовою спілкування;

2) незалежний і неупереджений суд (із суб'єктивної та об'єктивної позицій), створений на підставі закону, що використовує у своїй діяльності законні повноваження для розгляду відповідної категорії справ;

3) принцип рівності можливостей, що відображає справедливий баланс, гарантію відсутності будь-яких обмежень чи привілеїв, стоїть на захисті рівності процесуальних можливостей;

4) дотримання розумних строків судового розгляду, що також передбачають виконання приписів судового акта, та скорочення періоду правової невизначеності для особи, яка звернулася за захистом порушеного права;

5) публічність розгляду справи, що передбачає відкритість судового процесу для учасників судового розгляду й громадськості;

6) процедурні гарантії учасників правовідносин, недопустимість скасування чи обмеження судового контролю в певних сферах або щодо певних категорій справ.

Інституційними елементами права на справедливий суд є гарантії організаційного (судоустрійного) характеру: створення суду на підставі

закону, його незалежність і безсторонність. Ці елементи взаємопов'язані і взаємообумовлені, проте кожен з них має і свій власний зміст. Щодо такого елементу як створення суду на підставі закону, необхідно звернути увагу на наступне. Згідно Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод «судом» вважається орган, який в матеріальному сенсі характеризується юрисдикційною роллю, тобто здатністю вирішувати на підставі норм права в результаті особливої процедури будь-яке питання, що належить до його компетенції.

В Україні правові основи побудови судової системи та гарантії справедливого правосуддя визначені Конституцією України від 28 червня 1996 р. та Законом України «Про судоустрій і статус суддів». Зазначеними актами проголошено здійснення правосуддя виключно судами та заборону делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами (ч. 1 ст. 124 Конституції України та ч. 1 ст. 5 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»). Ці законодавчі норми мають основоположне значення у визначенні юрисдикційного органу в Україні. При цьому юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі (ч. 2 ст. 124 Конституції України).

Іншим аспектом проблеми й досі є **визначення правової природи виконавчого провадження, його поняття та змісту**. Проаналізуємо сучасні наукові концепції, які існують в юридичній науці.

Як вірно зазначає, науковець Н. А. Сергієнко, «співвідношення виконавчого провадження та цивільної процесуальної діяльності дає можливість резюмувати комплексність виконавчого провадження (процесу – якщо саме процесом визначати процесуальну діяльність), адже воно не існує відособлено від інших видів юрисдикційної діяльності, а тісно пов'язано з ними міжгалузевими та функціональними зв'язками»³⁶. По-друге, недостатньо обґрунтованими видаються позиції деяких вчених, щодо розгляду виконавчих процесуальних правовідносин в рамках цивільних процесуальних правовідносин (віднесення виконавчого провадження до стадій цивільного процесу), адже у виконавчому провадженні здійснюється виконання не лише судових рішень, ухвалених в порядку цивільного судочинства, а й інших видах судочинств, несудових юрисдикційних процесах, суб'єктний склад виконавчих процесуальних правовідносин відрізняється від суб'єктного складу цивільних процесуальних

³⁶ Сергієнко Н. А. Взаємодія судів із органами державної виконавчої служби при виконанні судових рішень у цивільних справах в Україні : дис. Канд. юрид. наук : 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Сергієнко Наталія Артурівна / Київський університет права. – К., 2015. – С. 58-59.

правовідносин. Наведені висновки підтримуються й іншими вченими-процесуалістами³⁷.

По-третє, якщо виконавчі процесуальні правовідносини визначати як правовідносини між державним виконавцем та іншими суб'єктами виконавчого провадження, а суд відносити до суб'єктів виконавчого провадження, то доцільно відповісти на питання, чи входять правовідносини щодо вирішення судом питань, пов'язаних з примусовим виконання судових рішень до площини виконавчих процесуальних правовідносин. Вважаю, що дані **правовідносини не можуть беззаперечно визначатись як виконавчі процесуальні правовідносини в чистому вигляді з огляду на наступне**. С. Я. Фурса, С. В. Щербак небезпідставно звертають увагу на владний характер правовідносин у виконавчому провадженні, адже державний виконавець наділений владними повноваженнями, його вимоги є обов'язковими для всіх органів, організацій, посадових осіб, громадян і юридичних осіб на території України³⁸. Але, при взаємодії з судом, державний виконавець не ставить суду обов'язкову до виконання вимогу, а звертається до нього у відповідній процесуальній формі (подання, заява) для вирішення відповідного питання. Суд, до якого надійшло відповідне звернення, задовольняє його не в силу того, що воно є обов'язковим для задоволення судом, а тільки якщо, за наслідками розгляду даного звернення, дійде висновку про його обґрунтованість. У зв'язку з вирішенням судом питань, пов'язаних з виконанням судового рішення, виконавчі процесуальні правовідносини не припиняються та не зупиняється їх розвиток (наприклад, подання скарги на рішення державного виконавця не зупиняє його виконання).

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних прав підходить до визначення правовідносин, що мають місце при взаємодії суду та органу примусового виконання рішення через конструкцію судового контролю, що виявляється у можливості здійснення певних процесуальних дій у виконавчому провадженні лише з дозволу суду, а також обов'язку суду розглянути скарги на рішення, дії або бездіяльність

³⁷ Сергієнко Н. А. Взаємодія судів із органами державної виконавчої служби при виконанні судових рішень у цивільних справах в Україні : дис. Канд. юрид. наук : 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Сергієнко Наталія Артурівна / Київський університет права. – К., 2015. – С. 61.

³⁸ Фурса С. Я. Закони України «Про державну виконавчу службу», «Про виконавче провадження», «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» : науково-практичний коментар / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, С. В. Щербак ; за заг. ред. С. Я. Фурси ; Центр правових досліджень. – Київ : Фурса С. Я. : КНТ, 2008. – С. 53.

державного виконавця та інших посадових осіб державної виконавчої служби й позови, що виникають із відносин щодо примусового виконання судових рішень³⁹. В даному аспекті, цілком слушно підкреслює С. Я. Фурса: відмінною ознакою судового контролю за діями державних виконавців є той аспект, що він має не поточний, і навіть не періодичний характер, що характерно для інших контролюючих органів у сфері державного управління, а ініціюється учасниками виконавчого провадження⁴⁰.

Таким чином, правовідносини, що виникають при вирішенні судом питань, пов'язаних з примусовим виконанням судового рішення у цивільній справі є складними комплексними правовідносинами, що мають місце при взаємодії різних юрисдикційних діяльностей. З одного боку, вирішення питань, пов'язаних з примусовим виконанням здійснюється судом за правилами цивільного судочинства (аспект цивільної процесуальної діяльності), з іншого боку, така діяльність суду не здійснюється відособлено від виконавчого процесуального правовідношення (аспект виконавчої процесуальної діяльності (виконавчого провадження) і має безпосередній вплив на розвиток останнього. Доцільно окреслити особливості правовідносин, що виникають при вирішенні судом питань, пов'язаних з примусовим виконанням судових рішень у цивільних справах, тобто, при взаємодії суду та органу ДВС при примусовому виконанні вказаних рішень: 1) мають місце при взаємодії двох юрисдикційних діяльностей – цивільної процесуальної діяльності та виконавчої процесуальної діяльності (виконавчого провадження); 2) пов'язані з вирішенням питань щодо виконання судових рішень у цивільних справах, тобто мають спрямованість на захист порушених прав, свобод, інтересів осіб; 3) втілюються у: а) судовому санкціонуванні вчинення відповідних виконавчих дій (наприклад, виконавчих дій, пов'язаних з проникненням в житло), зміни матеріально-правового відношення між сторонами виконавчого провадження (наприклад, визнання мирової угоди у процесі виконання), реституції виконання скасованого судового рішення (поворот виконання судового рішення); б) оцінці законності вчинення виконання рішень (наприклад, розгляд скарг на

³⁹ Про практику розгляду судами скарг на рішення, дії або бездіяльність державного виконавця чи іншої посадової особи державної виконавчої служби під час виконання судових рішень у цивільних справах : постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних прав від 07 лютого 2014 року № 6 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v0006740-14>.

⁴⁰ Цивільний процесуальний кодекс України : наук.-практ. комент. : у 2 т. Т. 2 / С. Я. Фурса [та ін.] ; за заг. ред. С. Я. Фурси. – Зі змінами та допов., станом на 15 серп. 2008 р. – К. : Фурса С. Я. [вид.] ; КНТ, 2009. – С. 45.

рішення, дій, бездіяльність державного виконавця). В англійському праві попередня перевірка та санкції судом дій судового пристава, розгляд судом скарг на його дій, якщо в них вказується на порушення норм матеріального або процесуального права, визначається як судовий контроль за виконавчим провадженням в порядку нагляду⁴¹.

Таким, чином, проведений Н. А. Сергієнко аналіз, ще раз підтверджує сформульовані ученими-практиками С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, С. В. Щербак концептуальні положення: чинне законодавство України чітко розділяє повноваження судів та повноваження державної виконавчої служби, і закріплює відповідні повноваження, згідно з чим суд здійснює правосуддя, а державна виконавча служба вчиняє примусове виконання як рішень судів, так і рішень інших органів⁴².

Європейський суд з прав людини найбільше порушень прав людини з боку України констатує у зв'язку з невиконанням судових рішень. Об'єктивно, це найслабша ділянка української правової системи. Немає сенсу наводити статистику – ця проблема відома. Судове рішення, яке не виконується, за великим рахунком, є непотрібним. Особа, яка звертається до суду, потребує не стільки вирішення спору (зазвичай вона не сумнівається у власній правоті), скільки застосування до правопорушника ефективних заходів впливу, які захистили б її порушені права. Тому одним із головних напрямів правової реформи має стати вдосконалення виконавчого провадження та підвищення ефективності судового контролю за цією ділянкою⁴³.

У контексті зазначеного, учений-практик, В. Кравчук, пропонує такі шляхи вирішення цієї проблеми⁴⁴:

⁴¹ Гладышев С. И. Исполнительное производство в английском и российском праве : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.15 / Гладышев Сергей Иванович. – М., 2001. – С. 30-31.

⁴² Фурса С. Я. Закони України «Про державну виконавчу службу», «Про виконавче провадження», «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» : науково-практичний коментар / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, С. В. Щербак ; за заг. ред. С. Я. Фурси ; Центр правових досліджень. – Київ : Фурса С. Я. : КНТ, 2008. – С. 117.

⁴³ Кравчук В. Шляхи підвищення ефективності судочинства / В. Кравчук // III судово-правовий форум «Судова реформа в Україні: європейський вектор» (м. Київ, 19-20 березня 2015 р.). – К., 2015. – С. 113.

⁴⁴ Кравчук В. Шляхи підвищення ефективності судочинства / В. Кравчук // III судово-правовий форум «Судова реформа в Україні: європейський вектор» (м. Київ, 19-20 березня 2015 р.). – К., 2015. – С. 114–115.

1) скасування строку пред'явлення виконавчого документа – боржник повинен звертатися до виконавчої служби тільки раз! і залишатися боржником, допоки не виконає рішення суду. Виконавче провадження має припинятися тільки повним виконанням або смертю боржника (якщо немає правонаступництва чи спадкування), щоб він розумів, що немає іншого способу поведінки, ніж виконати рішення;

2) відкритий реєстр боржників – інформація про боржника, який не виконує судового рішення, є значущою для суспільства та важливою з погляду профілактики правопорушень. Тому її потрібно відкривати для всіх охочих. До речі, в Україні є досвід створення подібного реєстру на базі бюро кредитних історій. Створення такого реєстру матиме й важливе соціальне значення. Адже кожен цінує свою репутацію, тому намагатиметься не потрапляти до переліку боржників;

3) обмеження прав боржників – законом треба передбачити обмеження прав правопорушника, наприклад на прийом на державну службу, на виїзд за кордон, на отримання закордонного паспорта, соціальних пільг;

4) компенсаційні санкції – на суму боргу в силу закону повинні нараховуватися відсотки за весь час невиконання. Наприклад, на рівні подвійної облікової ставки національного банку України. Стягнення цих санкцій має відбуватися в силу закону, без звернення до суду;

5) підвищення розміру відрахувань – за чинним законодавством, із заробітної плати боржника можна утримати лише 20 % (за кількома виконавчими провадженнями щонайбільше – 50 %). До того ж є розлогий перелік виплат, з яких забороняється проводити стягнення. Вбачається доцільним зняти ці обмеження. Гарантовано в боржника має залишатися щомісяця тільки сума, необхідна на проживання. Іншими словами, з його доходу можна стягнути все, крім суми, що дорівнює прожитковому мінімуму;

6) державні гарантії виконання судового рішення – всі державні органи повинні сприяти виконанню судових рішень, а ті, які стосуються їх безпосередньо, виконувати негайно й добровільно (без звернення до органів державної виконавчої служби);

7) підвищення відповідальності чиновника – якщо судовим рішенням стягнуто з державного чи місцевого бюджету на користь позивача певну суму, вона має бути відшкодована за рахунок державного службовця, дії якого визнані протиправними та призвели до збитків. Таке законодавство є – пункт 9 «прикінцевих положень» Бюджетного Кодексу України, – закон України «про гарантії держави щодо виконання судових рішень», – але на практиці його норми використовуються вкрай рідко;

8) запровадження приватних виконавців – приватні виконавці можуть взяти на себе виконання судових рішень про стягнення боргів у відносинах між приватними особами (комунальні платежі, кредити, навчання, оплата праці, аліменти тощо). Натомість виконання рішень у публічно-правових спорах необхідно залишити за державними виконавцями. Приватні виконавці – це особи, які здійснюватимуть незалежну професійну діяльність. Їх потрібно наділити такими самими правами, які мають державні виконавці;

9) розширення повноважень судових розпорядників – судовим розпорядникам пропонується надати повноваження здійснювати окремі виконавчі дії під час виконання судових рішень, зокрема ухвал про забезпечення позову, забезпечення доказів, привід свідків. Це спростить та пришвидшить виконання, підвищить ефективність таких судових рішень;

10) судовий контроль – доцільно більш активно використовувати інститут судового контролю за виконання судового рішення: встановлення строку для подання звіту про виконання — накладення штрафу за невиконання.

Не можна оминати увагою і реформування системи виконання судових рішень, адже Міністерство юстиції України озвучує відверто, жахливі цифри: рівень виконання судових рішень в Україні становить приблизно 5-8 %. Але зверну увагу ще й на іншу цифру.

Я. Романюку свого часу була нагода зустрітися та поспілкуватися з представником Європейського суду з прав людини. Його цікавило те, які порушення Конвенції переважають у тих заявах громадян щодо України, які Європейський суд з прав людини визнав прийнятними і прийняв до свого провадження (а їх на сьогодні в суді накопичилася рекордна кількість – близько 16 тисяч). Так от, представник Європейського суду з прав людини відповів, що з тих 16 понад 10 тисяч – це заяви щодо України, які визнані прийнятними судом через невиконання ухвалених українськими судами судових рішень⁴⁵.

Дану проблему необхідно розв'язувати, й негайно. Саме це має бути пріоритетним напрямом діяльності Міністерства юстиції України, оскільки виконання судових рішень лежить саме в його площині відповідальності. Висловлюються різні думки з цього приводу. Лунають і пропозиції про передачу процедури виконання судових рішень до сфери повноважень судової системи, як це було за радянських часів. Моя особиста думка з цього

⁴⁵ Романюк Я. Окремі аспекти забезпечення права на справедливий суд у світлі Євроінтеграційних процесів / Я. Романюк // III судово-правовий форум «Судова реформа в Україні: європейський вектор» (м. Київ, 19-20 березня 2015 р.). – К., 2015. – С. 10.

приводу негативна. Вважаю, що це буде помилкою, насамперед тому, що причини, які призводять до такого низького рівня виконання судових рішень в Україні, – багатовекторні і комплексні. Проблема настільки глибока і за давнєна, що розв’язати її силами однієї лише судової системи неможливо. Для цього **потрібно впроваджувати комплексну програму, до якої залучати не тільки судову владу, а й законодавчий орган та органи виконавчої влади.**

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

Деякі такі країни, після початку діяльності приватних виконавців, неочікувано для себе зіштовхнулися з таким явищем: приватні виконавці виконували тільки ті рішення, які й без них раніше виконувалися державними виконавцями, але виконавчий збір осідав у приватних кишнях. Натомість, ті «проблемні» рішення, які й раніше не виконувалися, залишилися в провадженні державних виконавців і не були виконані. Ефект від такого формального реформування виконавчої служби – мізерний, і себе відверто не виправдовує⁴⁶.

Принципово важливим моментом у розумінні природи рішень ЄСПЛ є розмежування понять судового прецеденту у практиці Європейського суду з прав людини та прецеденту як джерела права англосаксонської системи права. На сучасному етапі дослідження, у науковій літературі застосовують поняття «прецедент тлумачення», який, на думку прибічників такого виду прецеденту, створюється саме у процесі тлумачення Європейським судом з прав людини норм Конвенції 1950 року. На мій погляд, у результаті тлумачення норм Конвенції 1950 р. створюються правові позиції ЄСПЛ. Правові позиції не є особисто нашим новим правовим поняттям. Як зазначає, В. А. Туманов, «правові позиції» нещодавно отримали наукове обґрунтування в юридичній

⁴⁶ Романюк Я. Окремі аспекти забезпечення права на справедливий суд у світлі Євроінтеграційних процесів / Я. Романюк // III судово-правовий форум «Судова реформа в Україні: європейський вектор» (м. Київ, 19-20 березня 2015 р.). – К., 2015. – С. 10.

доктрині⁴⁷. Вважається, що «...на відміну від прецеденту, який визначає вирішення справи по суті, правові позиції це лише правовий інструментарій, використання якого Судом не визначає вирішення справи»⁴⁸.

Правовими позиції можна розуміти як установки у правозастосовній практиці, якими керується суд при розгляді справи, підтверджені багаторазовим застосуванням тлумачення правових понять і норм. Однією з основних ознак судового прецеденту є вміст правової норми, тобто загальнообов'язкового правила поведінки, яке може забезпечуватись примусовою силою держави. Відповідно часто постає питання, чи можна вважати, що рішення ЄСПЛ містять правову норму. Аналіз повноважень і практики ЄСПЛ дав змогу зробити висновок, що ЄСПЛ не створює правові норми, а застосовує ті, які вже містяться в Конвенції 1950 р. та в Протоколах до неї. Правотворча діяльність Суду суперечила б не лише нормам Конвенції 1950 р., а й принципу суверенної рівності держав. Це зумовлює необхідність виконання приписів Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод у поєднанні з прецедентним правом Європейського суду з прав людини.

За період застосування Конвенції 1950 р., ЄСПЛ виробив велику кількість правових позицій, які конкретизують та розвивають зміст її положень. Зокрема, Л. М. Ентін вказує, що правовий режим рішень, які виносять суди, дає змогу створити одне з важливих джерел права⁴⁹. Це підтверджується тим, що рішення суду є остаточними за характером і обов'язковими для всіх суб'єктів, які застосовують норми Конвенції 1950 р. Водночас важливим є питання про те, як національні судові системи мають ставитись до прецедентної практики ЄСПЛ, зокрема, чи не мають бути рішення Суду обов'язковими принаймні для деяких з них, враховуючи, що учасниками Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод є країни з різними правовими традиціями, що належать як до англосаксонської (країни «загального права»), так і романо-германської правової сім'ї (країни «континентального права»). Будь-які види прецедентів (від лат. «praesēdēns»

⁴⁷ Туманов В.А. Европейский суд по правам человека. Очерк организации и деятельности [Текст] / В.А. Туманов. – М., 2001. – С. 110.

⁴⁸ Туманов В.А. Европейский суд по правам человека. Очерк организации и деятельности [Текст] / В.А. Туманов. – М., 2001. – С. 107.

⁴⁹ Энтин М. Справедливое судебное разбирательство по праву Совета Европы и Европейского Союза / М. Энтин // Конституционное право: Восточноевроп. обозрение. – 2003. – № 3(44). – С. 89.

– «попередній») призначені для слідування їм у судовій практиці⁵⁰. Це, однак, не означає, що всім видам прецедентів властива загальнообов'язковість, навпаки, вона є скоріш винятком і характерні лише для англосаксонського різновиду прецеденту. Зокрема, як зазначено вище, рішення ЄСПЛ не є обов'язковими для цього суду, що не заважає йому називати власну практику прецедентною. Протилежну думку висловив Ю. Попов, який вважає, що практика ЄСПЛ не завжди є обов'язковою для національного судочинства. Оскільки континентальний прецедент не передбачає обов'язковості, то і віднесення того чи іншого правового феномена до джерел права не означає автоматично, що він передбачає обов'язковість. Зазначене положення Закону не створює регулювання, а тому не є нормою, а теоретичним висновком (хоч і правильним), який потрібно зафіксувати не у законі, а в підручнику. Так, введення цього положення до Закону є нічим іншим, як юридико-технічною помилкою⁵¹. Як наголошує М. О. Довбиш, відсутність загальнообов'язковості правових позицій, що містяться в рішеннях ЄСПЛ, для національних судових систем зокрема і для судів держав загалом, проти яких такі рішення ухвалені, не означає, що останні не є обов'язковими для цих держав⁵². Одночасно деякі вчені, зокрема О. В. Колісник, вказують на те, що під час здійснення судочинства національні суди мають посилатися на висновки Європейського суду як на безпосереднє джерело права. Вони мають не тільки відповідати формальному тлумаченню норм права, а й додержуватися характерної для рішень ЄСПЛ ідеї справедливості й гуманності та втілювати її у своїх рішеннях⁵³.

Сьогодні у державах романо-германської системи права продовжуємо спостерігати не відмову, а уникнення визнання судового прецеденту як джерела права, оскільки помітним є факт посилення значення судової

⁵⁰ Енциклопедичний довідник майбутнього адвоката [Текст] / О.Д. Святоцький, Т.Г. Захарченко, С.Ф. Сафулько та ін. ; відп. ред. С.Ф. Сафулько. — К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2008. — Ч. 1. — С. 413.

⁵¹ Попов Ю. Забезпечення виконання зобов'язання: прощання з міфом [Електронний ресурс] / Ю. Попов. — Режим доступу : http://popov-yuyu.narod.ru/22_obespecheniya-obwie-polozh_Pr-Ukr.htm.

⁵² Довбиш М.О. Прецедентне право Євросоюзу та наближення України до європейський стандартів у сфері захисту прав людини [Електронний ресурс] / М.О. Довбиш. — [Режим доступу] : http://конференция.com.ua/files/image/konf%209/konf%209_4_22.pdf.

⁵³ Колісник О.В. Удосконалення здійснення судочинства в Україні в контексті практики Європейського суду з прав людини [Текст] : зб. наук. пр. / О.В. Колісник / Науковий вісник Чернівецького університету. — Чернівці. — Вип. 474: Правознавство. — 2007. — С. 48.

практики. З точки зору загальної теорії права, рішення ЄСПЛ є правозастосовними актами, які, однак, поєднують у собі певні властивості актів правоінтерпретаційних. Це пов'язано з тим, що у процесі здійснення правозастосовної діяльності відбувається процес тлумачення відповідної норми Конвенції у зв'язку з її застосуванням до конкретної життєвої ситуації. Вважаю за доцільне проаналізувати правозастосовний характер рішень ЄСПЛ. **По-перше**, рішення Суду ухвалюються компетентним уповноваженим на це згідно зі ст. 32 Конвенції 1950 р. органом — Судом (Європейський Суд з прав людини). **По-друге**, ухвалені рішення мають публічно-владний характер та забезпечуються міждержавним утворенням Радою Європи, яка через спеціально уповноважений орган - Комітет Міністрів контролює їхнє виконання державою-відповідачем у справі. Крім того, Комітет Міністрів має право застосовувати до останньої санкції юридичного та політичного характеру за невиконання таких актів⁵⁴.

Наступна особливість у тому, що рішення ЄСПЛ як правозастосовні акти містять індивідуальне, формально обов'язкове правило поведінки, яке полягає у визнанні наявності чи відсутності порушення Конвенції та залежно від наслідків цього порушення у призначенні справедливої сатисфакції.

Власну правову позицію щодо юридичної природи прецедентів визначив Верховний Суд України у рішенні від 14 липня 2005 р., наголосивши, що рішення Європейського суду з прав людини, на основі яких надаються тлумачення та здійснюється практика застосування положень Конвенції 1950 р., є формою прецедентного права, що розширює нормативний обсяг Конвенції, встановлюючи нові загальнообов'язкові правила⁵⁵. Вагомим є висновок В. П. Кононенка, котрий обґрунтував власне бачення практики Європейського суду з прав людини як джерела тлумачення Конвенції 1950 р., а рішення Суду – прецедентами її тлумачення, що мають неодмінно застосовувати українські суди як практику Європейського суду з прав людини. Дослідник влучно зазначив, що після прийняття Протоколу №14 до Конвенції 1950 р. з'явилися підстави стверджувати, що теза про брак нормативного правила щодо надання рішенням Суду обов'язковості (тобто розуміння як прецеденту) втратила актуальність: цим Протоколом визнано де-

⁵⁴ Європейська Конвенція з прав людини. European Court of Human Rights Council of Europe, F-67075 Strasbourg cedex. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_UKR.pdf.

⁵⁵ Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя: Постанова Пленуму Верховного Суду від 01.11.1996 року № 9 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-96>.

юре наявність не тільки «усталеної практики Суду», а і його усталеної прецедентної практики⁵⁶.

Європейський суд з прав людини у своїй практиці дотримується не самого прецеденту як такого, а ставить правові запитання й відповідає на них у процесі тлумачення Конвенції 1950 р. Результати такої діяльності не оспорується, вони існують об'єктивно й переходять на якісно вищий рівень, стаючи правовими позиціями, на які Суд посилається в подальших своїх рішеннях, називаючи їх прецедентами⁵⁷. Переважно ЄСПЛ використовує загальні формулювання, оскільки те чи інше право, яке буквально не записане у тексті Конвенції 1950 р., впливає з певної норми згідно з цілями Конвенції 1950 р. або дає змогу роз'яснити ознаки певного поняття, яке міститься в її нормі. Так, з одного боку, Суд «розвиває» норми Конвенції 1950 р, а з іншого – визнає, що не виходить за межі змісту цих норм, хоча такі межі є доволі широкими⁵⁸.

Національні суди Латвії щораз частіше звертаються до прецедентного права Європейського суду з прав людини, щоб визначити складові елементи багатьох принципів, наприклад, у частині статті про незалежність та неупередженість суду. Водночас посилення на рішення Європейського суду з прав людини не є винятковими (судді посилаються також і на інші джерела) і така мотивація не завжди вирішальна, адже в деяких рішеннях Європейського суду з прав людини були факультативні⁵⁹. Часто межу між прецедентами Європейського суду з прав людини в рішеннях національних судів як джерелами права, так і засобами інтерпретації, дуже складно визначити, особливо якщо в рішеннях національного суду не чітко встановлено, чи порушена норма Конвенції 1950 р. чи ні. Також, у рішеннях національних судів часто вказується на порушення норми конвенції і водночас використовуються посилення на рішення Європейського суду з прав людини, щоб мотивувати застосування норми.

⁵⁶ Кононенко В.П. Звичаєва природа прецедентного характеру рішень Європейського Суду з прав людини: автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук / Кононенко В.П. ; Київський національний університет ім. Тараса Шевченка. – К. : [б.в.], 2009. – С. 16.

⁵⁷ Вильдхабер Л. Прецедент в Европейском Суде по правам человека [Текст] / Л. Вильдхабер. – Государство и право. – 2001. – №12. – С. 7.

⁵⁸ Вильдхабер Л. Місце Європейського суду з прав людини у європейському конституційному контексті / Л. Вильдхабер // Вісник Конституційного Суду України. – 2002. – №1. – С. 57.

⁵⁹ Влияние прецедентов Европейского Суда по правам человека на решения судов Латвии в определении объективности суда [Електронний ресурс]. – [Режим доступу] : <http://islaco.com/ru/node/417>.

На думку практикуючих юристів, адвокатів і правозахисників, прецедентна практика Суду сьогодні виконує функцію важливого інструменту при захисті прав людини. Норми Конвенції мають загальний характер, і права людини здебільшого констатуються в абстрактній оцінній формі. Проте враховуючи, що сформулювати вичерпний перелік прав і форм їхньої реалізації в тексті Конвенції 1950 р. неможливо, справжній сенс норм Конвенції з'ясовується лише після їхнього тлумачення і застосування в рішеннях Суду.

Вдповідно до ст. 46 Конвенції, сторони зобов'язуються виконувати остаточне рішення Суду у будь-якій справі, у якій вони є сторонами. Звідси випливають такі обов'язки держави-відповідача у справі:

а) виплатити справедливую сатисфакцію, якщо така призначена Судом відповідно до ст. 41 Конвенції (обов'язкові заходи);

б) вжити заходів індивідуального характеру на користь заявника з метою припинення протиправного акту та виправлення наслідків його застосування;

в) вжити заходів загального характеру з метою запобігання виникненню можливих схожих порушень у майбутньому (факультативні заходи, що віддаються на розсуд держави).

Порядок виконанням рішень Суду в Україні регламентується Законом України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 р., Законом України «Про виконавче провадження» від 02 червня 2016 року та іншими нормативно-правовими актами. На фоні законодавства та практики західноєвропейських країн, де рішення Суду, як правило, не визнається самодостатнім виконавчим документом, система виконання рішень Суду в Україні істотно вирізняється. Зокрема, відповідно до п. 8 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про виконавче провадження», рішень Європейського суду з прав людини з урахуванням особливостей, передбачених Законом України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», а також рішень інших міжнародних юрисдикційних органів у випадках, передбачених міжнародним договором України.

Питання виконання рішень судових органів були і будуть актуальними як для України, так і для всієї міжнародної спільноти загалом. Адже правосуддя не може вважатися ефективним, якщо судові рішення не виконуватимуться⁶⁰.

⁶⁰ Величко В. Виконання судових рішень // Міжнародні стандарти у сфері судочинства. – К. : Істина, 2010. – С. 403.

Не викликає сумніву той факт, що будучи складовою частиною судового розгляду в сенсі ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, як багаторазово було підтверджено Європейським судом з прав людини, процедурі виконання судового рішення має бути приділено не меншу увагу, ніж саме стадії судового розгляду.

Основними документами, прийнятими органами Ради Європи у сфері виконання рішень судів, є Рекомендація Rec (2003) 16 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо виконання рішень адміністративних і судових органів у галузі адміністративного права та Рекомендація Rec (2003) 17 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо примусового виконання.

В Україні такими документами є Конституція України та Закон України «Про виконавче провадження». Виконання рішення суду здійснюється органом державної виконавчої служби та розпочинається з відкриття виконавчого провадження постановою державного виконавця.

З метою дослідження проблемного питання щодо існуючих складнощів з виконання рішень судів та інших компетентних органів (судові рішення) в Україні, слід виходити з контекстного (системного) розуміння ситуації, яка склалася та має тенденції щодо її розвитку.

Передусім основою такого розуміння є усвідомлення тієї обставини, що виконання судових рішень є остаточним та реальним засобом відновлення як порушеного стану цивільного обороту (коли мова іде про виконання судових рішень між особами приватного права), так і відновленням прав, свобод та інтересів осіб, порушених в результаті зловживань або недоліків у галузі адміністративних (владних, публічних) відносин та в результаті неправильної діяльності чи бездіяльності владних державних органів, посадових осіб, структур та інститутів⁶¹.

Безумовно, що особу, яка звертається до суду за захистом своїх прав, цікавить не саме по собі рішення суду як формальний документ, а реальне та швидке «фізичне» відновлення порушених прав, свобод та інтересів, з приводу яких заявлено спір.

Історично склалося, що істотна більшість осіб вважають, що їхні права, свободи та інтереси будуть захищені самим лише судовим рішенням негайно після його винесення (проголошення). Більшість з таких пересічних осіб не здогадується навіть про сам факт існування системи органів Державної

⁶¹ Величко В. Виконання судових рішень // Міжнародні стандарти у сфері судочинства. – К. : Істина, 2010. – С. 403.

виконавчої служби та цілої галузі законодавства, яке регулює систему відносин, пов'язаних з виконанням судових рішень.

Отже, що стосується виконання судових рішень, стаття 6 § 1 застосовується на усіх стадіях провадження з метою «визначення цивільних прав та зобов'язань», враховуючі додаткові процедури у справі. Виконання рішення суду будь-якої інстанції необхідно розглядати як важливу частину «судового провадження» відповідно до статті 6 (Hornsby v. Greece (Горнсбі проти Греції), § 40; Romańczyk v. France (Romańczyk проти Франції), § 53, стосовно виконання рішення щодо відшкодування боргу за аліменти). Незважаючи на те, чи застосовується стаття 6 у первинних провадженнях, державний орган влади, який визначає цивільні права, не обов'язково повинен спиратися на провадження, до яких застосовується стаття 6 (Vuji v. Croatia (Буй проти Хорватії), § 19). Дозвіл на виконання рішення іноземного суду у вигляді майнового покарання входить до сфери застосування статті 6 через цивільний характер права (Saccoccia v. Austria (Саккочча проти Австрії) (déc.))⁶².

Таким чином, сучасне розуміння сутності та значення виконавчого провадження нерозривно пов'язане з його тлумаченням ЄСПЛ через призму основоположного принципу верховенства права та прав людини, закріплених у ЄКПЛ. Що стосується окремих конвенційних прав, то в літературі найчастіше проблематика виконання судових рішень пов'язується із правом на справедливий судовий розгляд (п. 1 ст. 6 ЄКПЛ). Наявні поодинокі праці, присвячені дослідженню цього феномену в контексті права на ефективний засіб правового захисту (ст. 13 ЄКПЛ), а також побіжні згадки в аспекті права на мирне володіння майном (ст. 1 Першого Протоколу до ЄКПЛ)⁶³.

Поряд з цим новітня практика ЄСПЛ свідчить про подальше розширення проблематики виконавчого провадження, адже ЄСПЛ з часом починає тлумачити вимогу про виконання судових рішень у контексті інших конвенційних прав, наприклад, права на повагу до приватного та сімейного життя, закріпленого у ст. 8 ЄКПЛ. Отже, наразі проблема виконання судових рішень розглядається, по-перше, у контексті процесуальних конвенційних прав, зокрема, права на справедливий судовий розгляд (п. 1 ст. 6 ЄКПЛ) та права на ефективний засіб правового захисту (ст. 13 ЄКПЛ), по-друге, у контексті матеріальних конвенційних прав, зокрема, права на мирне

⁶² Посібник зі статті 6. Право на справедливий суд (цивільна частина). – Рада Європи ; Європейський суд з прав людини, 2013. – С. 12.

⁶³ Ткачук О. С. Проблеми реалізації судової влади у цивільному судочинстві : монографія / О. С. Ткачук. – Харків : Право, 2016. – С. 248.

володіння майном (ст. 1 Першого Протоколу до ЄКПЛ)⁶⁴ та права на повагу до приватного і сімейного життя (ст. 8 ЄКПЛ).

Пріоритетним при тлумаченні вимоги про обов'язкове виконання судових рішень визнається п. 1 ст. 6 ЄКПЛ, що закріплює право на справедливий судовий розгляд. Так, у рішенні у справі *Hornsby v. Greece* зазначається, що відповідно до усталеного прецедентного права п. 1 ст. 6 ЄКПЛ гарантує кожному право на звернення до суду або арбітражу з позовом щодо його цивільних прав або обов'язків. Ця стаття проголошує «право на суд», одним з аспектів якого є право на доступ, тобто право на подачу цивільно-правового позову до суду. Однак, це право було б ілюзорним, якщо б правова система держави допускала, щоб остаточне судове рішення, що набрало законної сили, не виконувалося б на шкоду одній зі сторін. Важко собі уявити, щоб ст. 6 ЄКПЛ детально описувала процесуальні гарантії, які надаються сторонам у спорі, - справедливий, публічний і швидкий розгляд – і не передбачала б водночас виконання судових рішень. Тлумачення ст. 6 ЄКПЛ як такої, що присвячена виключно праву на суд та проведенню справедливого судового розгляду, могло б призвести до наслідків, несумісних із принципом верховенства права, обов'язок дотримуватися якого держави взяли на себе, ратифікувавши ЄКПЛ. Виконання рішень, ухвалених будь-яким судом, слід розглядати як невід'ємну частину «судового розгляду», зважаючи на цілі ст. 6 ЄКПЛ⁶⁵. Зазначене свідчить про те, що ЄСПЛ розглядає виконання судових рішень як складову верховенства права у демократичному суспільстві та невід'ємний елемент права на справедливий судовий розгляд у контексті п. 1 ст. 6 ЄКПЛ.

Виходячи із таких засадничих положень, ЄСПЛ у своїх рішеннях звертає увагу на взаємозв'язок виконання судових рішень з іншими елементами права на справедливий судовий розгляд. Так, у справі *Immobiliare Saffi v. Italy* ЄСПЛ зауважує, що ефективний доступ до суду включає також право на виконання судових рішень без неналежних затримок. Виконання судових рішень має тлумачитися в контексті принципу правової визначеності. З цієї точки зору вимога про беззворотну реалізацію судових рішень та правова визначеність становлять ексекуційну складову права на справедливий судовий розгляд. ЄСПЛ зазначає, що невиконання судових рішень на шкоду одній зі сторін суперечить принципу верховенства права. Рішення суду мають бути

⁶⁴ Кузнецова Н. Нетипові об'єкти права власності в контексті статті 1 Першого Протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [Текст] / Н. Кузнецова // Право України. – 2016. – № 1. – С. 34–40.

⁶⁵ *Hornsby v. Greece*, 19 March 1997, § 40, Reports of Judgments and Decisions 1997-II [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58020>.

остаточними та обов'язковими для сторін, окрім випадків, коли вони скасовані вищестоящим судом через їх незаконність або несправедливість⁶⁶.

У такому контексті виконання судового рішення є наслідком дії принципу *res judicata*, тобто принципу остаточності судових рішень, і саме ці складові права на справедливий судовий розгляд забезпечують досягнення мети цивільного судочинства – надання правовідносинам правової визначеності. У вітчизняному цивільному процесуальному праві реалізація зазначеної мети забезпечується існуванням інституту законної сили судового рішення.

Зважаючи на це, на мою думку, слід погодитися з точкою зору тих учених, які звертають увагу на тотожність конвенційного принципу *res judicata* та інституту законної сили судового рішення, і розглядають виконання судового рішення як наслідок дії зазначених феноменів⁶⁷. Таке розуміння остаточності і здійсненності судових рішень обґрунтовує доцільність їх об'єднання в ексекуційну складову права на справедливий судовий розгляд.

Поряд із цим більшість рішень ЄСПЛ щодо проблеми виконання судових рішень, пов'язані із порушенням розумності строків судового розгляду. З цього приводу ЄСПЛ зауважує, що у певних випадках невелика затримка у виконанні судових рішень може бути виправданою, проте вона за жодних обставин не може порушувати саму сутність права, охоронюваного п. 1 ст. 6 ЄКПЛ⁶⁸. Так, виконання рішення суду може бути відстрочене або зупинене, однак на визначений строк, і якщо це спричинене заходами, що вкрай необхідні для забезпечення задовільного вирішення проблем публічного характеру. Проте останнє не повинно мати наслідком ризик покладення на власників неспівмірного тягаря, зокрема, щодо неможливості розпорядження своїм майном або взагалі позбавляти рішення законної сили чи підривати його сутність⁶⁹. Так, у справі *Sokur v. Ukraine* ЄСПЛ зазначив, що українське законодавство передбачає дві ситуації, коди виконавче

⁶⁶ *Immobiliare Saffi v. Italy* [GC], no22774/93, ECHR 1999-V [Електронний ресурс]. - Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58292>.

⁶⁷ Цувіна, Т. А. Право на суд у цивільному судочинстві [Текст] : монографія / Т. А. Цувіна. – Х. : Право, 2015. – С. 214–223 ; Загайнова, С. К. Законная сила судебного акта и *res judicata* : сравнительный анализ [Текст] / С. К. Загайнова // Юрид. наука и образование. – 2009. – Вып. 2. – С. 146–160.

⁶⁸ *Burdov v. Russia*, no. 59498/00, § 35, ECHR 2002-III [Електронний ресурс]. - Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60449>.

⁶⁹ *Volosyuk v. Ukraine*, no 60712/00, 29 June 2006 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76092>.

провадження щодо державного підприємства може бути зупинене на невизначений період без будь-якої можливості для стягувачів оскаржити це рішення чи отримати відшкодування за затримку. По-перше, це провадження у справі про банкрутство, коли суд може заборонити стягнення всіх боргів з боржника, і останній отримує імунітет від відповідальності за затримки у виконанні своїх зобов'язань. По-друге, це заборона на відчуження майна державних підприємств для виплати їх заборгованостей. Обидві заборони були застосовані у справі заявника, і ЄСПЛ не може заперечувати їхню загальну законність. Однак законодавство не надає стягувану чи державному виконавцю можливості оскаржити такі обмеження у випадку їх довільного чи незаконного застосування. Також особа не має права подати позов про відшкодування шкоди за затримки у виконанні, спричинені такими обмеженнями. За цих обставин ЄСПЛ визнав, що затримкою у виконанні рішення близько 3 років державні органи позбавили положення п. 1 ст. 6 ЄКПЛ будь-якого практичного ефекту⁷⁰.

Варто зазначити, що обґрунтованість затримки у виконанні рішення суду визначається, виходячи із загальних критеріїв оцінки розумності строків судового розгляду, шляхом екстраполяції цих критеріїв на виконавче провадження, тобто враховуючи складність виконавчого провадження, поведінку заявника і компетентних органів, а також ступінь і характер загрози, яку становило для заявника несприятливе закінчення справи⁷¹. При цьому ЄСПЛ неодноразово зазначав, що затримка виплати присудженої грошової компенсації тривалістю менше одного року, в принципі, не суперечить ЄКПЛ, проте більш тривала затримка є, *prima facie*, необґрунтованою⁷². Поряд з цим така презумпція, може бути спростована, враховуючи конкретні обставини справи, якщо, наприклад, затримка у виконанні рішення спричинена діями самого заявника, який відмовлявся співпрацювати з органами примусового виконання, чинив перешкоди у виконанні рішення.

На мій погляд, відправною точкою у дослідженні проблеми самостійності виконавчого провадження чи виконавчого права має стати з'ясування питання про можливість поширення гарантій п. 1 ст. 6 ЄКПЛ на виконавче провадження саме у контексті проблематики сфери застосування

⁷⁰ Sokur v. Ukraine, no 29439/02, §§ 34-37, 26 Aprile 2005 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68886>.

⁷¹ Raylyan v. Russia, no 22000/03, § 31-34 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79446>.

⁷² Kosheleva and others v. Russia, no 9046/07, § 19 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108619>.

цієї статті. Інакше кажучи, слід з'ясувати, якою мірою не лише розумний строк судового розгляду, однак і такі гарантії, як незалежний, неупереджений суд, встановлений законом, доступ до суду, змагальність та рівноправність сторін тощо, можуть поширюватися на виконавче провадження незалежно від основного провадження у суді. Як відомо, ЄСПЛ поширює гарантії п. 1 ст. 6 ЄКПЛ лише на ті провадження, в яких має місце вирішення спору про права та обов'язки цивільного характеру.

Таким чином, загальносвітові тенденції у сфері виконання судових рішень дозволяють говорити про те, що запровадження в Україні змішаної системи виконання судових рішень є, безперечно, прогресивним кроком, однак воно не повинно розцінюватися як остаточне вирішення проблеми оптимізації функціонування виконавчого провадження, а повинно сприйматися лише як перехідний етап до повної приватизації сфери виконавчого провадження з метою підвищення ефективності захисту прав, свобод та інтересів людини і громадянина. У цьому контексті, вважаю, слід звернутися до прогресивного досвіду Франції та інших держав, які для реформування виконавчого провадження обрали французьку модель виконавчого провадження (Литва, Латвія, Естонія, Греція, Угорщина, Люксембург, Нідерланди, Португалія, Румунія, Словачія, Словенія, Чехія та ін.). Так, у Франції діє приватноправова модель примусового виконання, за якої судовий виконавець (*huissier de justice*) наділений монополією щодо виконання рішень у сфері приватного права, не маючи можливості втручатися у сферу дії публічного права, в якій виконання рішень покладене на спеціальні органи державної влади при міністерстві фінансів, які, однак, не інституалізувалися як служба державних виконавців. Таким чином, французька модель виконання судових рішень характеризується тим, що у приватноправовій сфері примусове виконання здійснюється лише на приватній основі, натомість виконання судових рішень у публічно-правовій сфері віднесене до компетенції державних органів. У 2003 р. повна приватизація сфери виконання судових рішень відбулася в Литві, що супроводжувалося ліквідацією служби судових виконавців та переходом до приватноправової моделі виконання судових рішень із наділенням приватних виконавців статусом «вільних професіоналів». Натомість у Чехії змішана модель виконання існувала лише під час перехідного періоду і також завершилася повною приватизацією сфери виконання судових рішень⁷³.

⁷³ Ткачук О. С. Проблеми реалізації судової влади у цивільному судочинстві : монографія / О. С. Ткачук. – Харків : Право, 2016. – С. 288.

На мою думку, позитивний досвід зазначених держав може бути сприйнятий і запроваджений на національному ґрунті. З огляду на це вважаю, що змішана модель виконавчого провадження має стати лише перехідним етапом, першим кроком у трансформації вітчизняної публічно-правової моделі примусового виконання у приватноправову модель примусового виконання. Подальше реформування у цій сфері, вважаю, з часом має бути пов'язане із ліквідацією Державної виконавчої служби як спеціального державного органу виконавчої влади, що здійснює примусове виконання судових рішень та рішень інших органів, та подальшою диференціацією функцій з примусового виконання залежно від характеру правовідносин, щодо яких ухвалене рішення. Зокрема, повноваження щодо примусового виконання рішень у приватноправовій сфері мають бути повністю передані приватним виконавцям, натомість повноваження щодо примусового виконання рішень у публічно-правовій сфері мають бути розосереджені між органами державної влади, до компетенції яких віднесене те чи інше коло питань, з приводу яких ухвалене рішення, або ж передані до компетенції одного з органів, підзвітних Міністерству фінансів України.

Із зазначеного випливає декілька висновків. **По-перше**, незважаючи на те, що вимога виконання судових рішень перш за все має тлумачитися в контексті процесуальних гарантій п. 1 ст. 6 ЄКПЛ, у деяких випадках вона може поглинатися іншими матеріальними правами, що свідчить про дифузю окремих елементів права на справедливий судовий розгляд із гарантіями, які надаються іншими матеріальними конвенційними правами. **По-друге**, така дифузія свідчить про важливість та складність природи виконання судових рішень як гарантії права на справедливий судовий розгляд та відбиває тенденцію до еволюційного динамічного тлумачення ЄСПЛ зазначених положень п. 1 ст. 6 ЄКПЛ. З огляду на це, вважаємо, що має місце тенденція до розширення застосування гарантії обов'язковості виконання судових рішень у межах конвенційної системи. Можна припустити, що в подальшому невиконання судового рішення за певними категоріями справ може визнаватися порушенням як п. 1 ст. 6 ЄКПЛ, так і інших конвенційних матеріальних прав. Наприклад, невиконання рішення щодо обов'язку з реєстрації релігійної організації може свідчити не тільки про порушення п. 1 ст. 6 ЄКПЛ, однак і про порушення права на свободу совісті, думки та релігії, передбаченого ст. 9 ЄКПЛ. Таким чином, на мій погляд, з часом невиконання або порушення розумних строків виконання судових рішень з урахуванням характеру спірних правовідносин може визнаватися одночасно порушенням п. 1 ст. 6 ЄКПЛ, та, наприклад, таких конвенційних прав, як право на свободу

вираження поглядів (ст. 10 ЄКПЛ), право на свободу зібрань і об'єднань (ст. 11 ЄКПЛ), право на шлюб (ст. 12 ЄКПЛ) тощо.

Вплив рішень європейського суду з прав людини на реформування господарського судочинства в Україні

Ковалишин Олександр Романович

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри судочинства*

Завдяки універсальності положень Європейської конвенції про захист прав та основоположних свобод а також завдяки гнучкості підходів суддів Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) практика ЄСПЛ стала одним із каталізаторів реформування законодавства країн-підписантів Конвенції.

Правовою основою для застосування рішень ЄСПЛ в господарському судочинстві України є перш за все Європейська конвенція про захист прав та основоположних свобод 1950 р., Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», Господарський процесуальний кодекс України. Також певне значення мають інформаційні листи Вищого господарського суду України.

Відповідно до ст. 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод кожен, чиї права та свободи, визнані в цій Конвенції, було порушено, має право на ефективний засіб юридичного захисту в національному органі, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, які здійснювали свої офіційні повноваження.

Стаття 6 Конвенції закріплює, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку.

Право на справедливий судовий процес закріплюється не лише згаданою вже Конвенцією, але і Рекомендацією (84) 5 Комітету міністрів Ради Європи державам членам щодо принципів цивільного судочинства, спрямованих на вдосконалення судової системи ⁷⁴, Рекомендацією № 94 (12) «Незалежність, дієвість та роль суддів», ухваленою Комітетом міністрів Ради Європи 13.10.94 р. ⁷⁵

⁷⁴ Рекомендація (84) 5 Комітету міністрів Ради Європи державам членам щодо принципів цивільного судочинства, спрямованих на вдосконалення судової системи [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_126

⁷⁵ Рекомендація № 94 (12) «Незалежність, дієвість та роль суддів» ухваленою Комітетом міністрів Ради Європи 13.10.94 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_323

Підстави для звернення до ЄСПЛ закріплені в ГПК України. Відповідно до статті 111-16 ГПК України заява про перегляд судових рішень господарських судів може бути подана у випадку: ... 4) встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні даної справи судом. В Кодексі не наведено переліку міжнародних судових установ, юрисдикція яких визнана Україною. Але зважаючи на підписання Україною Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року а також прийняття спеціального Закону Європейський суд з прав людини безумовно є міжнародною судовою установою в розумінні ч. 1 ст. 111-16 ГПК України ⁷⁶.

В проекті нового Господарсько-процесуального кодексу України ⁷⁷ зазначається, що суд застосовує при розгляді справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року і протоколи до неї, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, та практику Європейського суду з прав людини як джерело права (п. 4 ст. 12 Проекту).

Стосовно застосування рішень ЄСПЛ ВГС України видав Інформаційний лист від 22.04.2016 №01-06/1444/16 «Про Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, юрисдикцію та практику Європейського суду з прав людини» ⁷⁸, яким одночасно відкликав свій інформаційний лист від 18.11.2003 № 01-8/1427 «Про юрисдикцію Європейського суду з прав людини в Україні».

В Інформаційному листі зазначено, що у зв'язку з ратифікацією Конвенції, протоколів до неї та прийняттям Верховною Радою України Закону господарським судам у здійсненні судочинства зі справ, віднесених до їх підвідомчості, слід застосовувати судові рішення та ухвали Суду з будь-якої справи, що перебувала в його провадженні.

Передумовою для прийняття згаданих інформаційних листів була резолюція Генерального директорату з прав людини Ради Європи (далі – Генеральний директорат) від 21.03.2003 р., в якій висловлено вимогу Україні вжиття заходів, що впливали із рішення Суду по справі «Совтрансавто-

⁷⁶ Господарський процесуальний кодекс України № 1798-ХІІ від 6 листопада 1991 р. // Відомості Верховної Ради, 1992, № 6, Ст. 56.

⁷⁷ Проект Господарського-процесуального кодексу України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://jrc.org.ua/steps/step/procesual%27ne_zakonodavstvo

⁷⁸ Інформаційний лист від 22.04.2016 №01-06/1444/16 "Про Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, юрисдикцію та практику Європейського суду з прав людини" [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v1444600-16>

холдинг проти України»⁷⁹, де, зокрема, піднімалось питання обізнаності суддів. Рекомендовано, зокрема, прийняти в Україні документ для розповсюдження серед судових та адміністративних органів на державному та регіональному рівнях, у якому зазначалися б факти, які були встановлені судом; а також вказівка на те, що незалежність судів має поважатися на всіх рівнях, і будь-яка спроба втручання у процес судочинства є незаконною й такою, що не відповідає ані Конституції України, ані Конвенції. Визнано необхідним суттєве підвищення рівня поінформованості про порушені в судовому рішенні питання, що стосуються України; запропоноване значне поширення висновків суду в доступній формі по всій країні і, зокрема, запропоновано довести ці висновки до регіональних адміністрацій і судів, які можуть у майбутньому опинитися у подібній ситуації. Поширення такої інформації, на думку Генерального директорату, доцільно доповнити листом, в якому пояснити значення рішень Європейського суду.

Саме на виконання згаданої резолюції Вищим господарським судом України періодично видаються відповідні інформаційні листи з роз'ясненнями. Зокрема, доцільно згадати інформаційний лист Вищого господарського суду від 24 липня 2008 року, яким встановлено, що господарським судам у здійсненні судочинства зі справ, віднесених до їх підвідомчості, слід застосовувати судові рішення та ухвали Суду з будь-якої справи, що перебувала в його провадженні⁸⁰. Також ВГС України акцентував на тому, що господарським судам слід брати до уваги і попередню практику Суду, якою він може керуватися при винесенні рішень та тлумаченні Конвенції і протоколів до неї⁸¹. Таким чином, попри чітку визначеність застосування рішень ЄСПЛ як джерела права на рівні Закону ВГС України про кожне вагоме рішення ЄСПЛ доводить до відома системи місцевих та апеляційних господарських судів шляхом видачі відповідних інформаційних листів.

Наведемо, як приклад, Інформаційний лист ВГС України № 01-06/1645/13 «Про рішення Європейського суду з прав людини, яке набуло статусу остаточного» від 14.11.2013 року. Суд зазначив, що необхідно звернути увагу господарських судів на таке:

⁷⁹ Case of Sovtransavto Holding v. Ukraine. Judgement of the European Court of human rights of 06 November 2002 [Electronic resource]. – Mode of access: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60634>

⁸⁰ Інформаційний лист Вищого Господарського суду від 24 липня 2008 року № 01-8/451 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v_451600-08

⁸¹ Рішення Суду у справі S. A. Dangeville v. France, no. 36677/97, § 47, ECHR, 2002- III

«У рішенні Європейського суду з прав людини (далі – Європейський суд) у справі "ПАТ "Кіровоградобленерго" проти України" від 27.06.2013 констатовано порушення національними судами статті 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенція) у зв'язку із втручанням у право заявника на мирне володіння його майном. Європейський суд зазначив, що компанія-заявник була зобов'язана надавати частину своїх послуг безкоштовно і не мала змоги ініціювати отримання належного відшкодування через відсутність чіткого та передбачуваного законодавства.

Згідно зі статтею 17 Закону України "Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини" суди повинні застосовувати Конвенцію та практику Європейського суду як джерело права. Про викладене повідомляється в порядку інформації та для застосування у розгляді справ».

Господарським судам України слід враховувати, що згідно з пунктом 1 статті 35 Конвенції Суд може прийняти справу до розгляду тільки після того, як було вичерпано всі національні засоби захисту, відповідно до загальновизнаних норм міжнародного права і впродовж шести місяців від дати прийняття остаточного рішення.

Зважаючи на зміни в системі судустрою України, які відбулися в 2016 році, а також обговорюваними змінами проекту Господарського-процесуального кодексу, важливо з'ясувати, що розуміється під вичерпуванням всіх національних засобів захисту.

Відповідно до ст. 36 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» Верховний Суд - найвищий суд у системі судустрою України. Він є найвищим судом у системі судустрою України, який забезпечує сталість та єдність судової практики у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом. Верховний Суд здійснює правосуддя як суд касаційної інстанції, а у випадках, визначених процесуальним законом, - як суд першої або апеляційної інстанції, в порядку, встановленому процесуальним законом. У складі Верховного Суду України діє Касаційний господарський суд (ч. 1 ст. 37).

Таким остаточним рішенням стосовно вичерпання всіх національних засобів захисту в господарському процесі є судові рішення Судової палати у господарських справах Верховного Суду України (ухвала Суду у справі МРР Golub v. Ukraine (dec.), no. 6778/05, від 03.04.2006).

Отже, перебіг шестимісячного строку, встановленого статтею 35 Конвенції для подання індивідуальної заяви про порушення в Україні прав, викладених у Конвенції та протоколах до неї, починається з дати ухвалення

Верховним Судом України відповідного судового рішення. При цьому щодо заяв, які не стосуються чітко визначених подій і дат або порушення, що триває, цей строк не обчислюється (рішення Суду у справі *Ropotarenko v. Ukraine*, no. 13156/02, §29, від 14.06.2007) (п. 3).

Але на сьогодні як касаційна інстанція ще діє ВГС України з можливістю оскарження до Верховного Суду України. Таким чином, робимо висновок, що ЄСПЛ може приймати до провадження справу, в якій винесено рішення Верховним Судом України або Судовою палатою у господарських справах Верховного Суду України (після її створення).

Частина 1 ст. 6 Конвенції гарантує кожному право на звернення до суду з будь-якою вимогою, що стосується спору про його цивільні права й обов'язки («право на суд»). Порушення права на суд, одним з аспектів якого є право на доступ до правосуддя, має місце в тих випадках, коли особа, обґрунтовано вважаючи незаконним втручання будь-яких інших осіб у здійснення своїх цивільних прав, не має можливості звернутися з відповідним позовом до суду, що відповідає вимогам ч. 1 ст. 6 Конвенції. Крім того, право на доступ до правосуддя повинно не тільки формально визнаватися, але й бути «ефективним».

Обмеження оскарження рішень по деяких категоріях цивільних справ суперечить судовій практиці Європейського суду з прав людини в тому, що ст. 13 Конвенції передбачає можливість наявності ефективних засобів захисту щодо перегляду судового рішення. У випадку, якщо особі не надано національним законодавством право оскарження судового рішення, то така процедура захисту прав не є досить ефективним засобом захисту заявника. У подібних випадках, як відзначає Європейський суд, має місце порушення ст. 2 Протоколу № 7 до Конвенції⁸².

Варто звернути увагу на тлумачення ЄСПЛ терміну права та обов'язки «цивільного характеру». Оскільки ст. 6 Конвенції відсилає до «цивільних» прав та обов'язків, можна дійти до висновку, що гарантії цієї статті поширюються лише на справи, які розглядаються в судах цивільної юрисдикції. Однак такий висновок був би хибним. Як свідчить практика ЄСПЛ, формальна кваліфікація права у внутрішньому праві держав-членів чи розгляд справи в суді іншої юрисдикції не є перешкодою для визнання заяви прийнятною за статтею 6 Конвенції.

⁸² Комюніке Секретаря Європейського суду з прав людини щодо рішення у справі «Гурепка проти України» [Текст] / пер. П. М. Рабіновича, М. Ю. Пришляка, Т. І. Дунаш // Вісн. Верхов. Суду України. – 2005. – № 11 (63). – С. 36.

Згідно з прецедентною практикою Суду, поняття «цивільних прав і обов'язків» не може зводитися виключно до посилань на національне право відповідної держави. В декількох справах Суд вже підтверджував принцип, що це поняття в контексті пункту 1 статті 6 Конвенції є «автономним» [20], оскільки інше рішення може призвести до результатів, які будуть несумісними з предметом і метою Конвенції [15]. Для того, щоб пункт 1 статті 6 Конвенції міг бути застосований в його цивільній частині, необхідна наявність спору щодо «права» як такого, котре визнане у внутрішньому законодавстві, а також щоб спір за своєю суттю стосувався цивільного права. Зважаючи на той факт, що в судовій системі більшості європейських країн не виділяється окремо гілки господарських судів, то справи, що входять до компетенції господарського судочинства України, в повному обсязі охоплюються пунктом 1 статті 6 Конвенції.

В контексті проведення судової реформи залишається дискусійним питання обрання моделі апеляційного та касаційного оскарження судових рішень господарських судів. Нагадаємо, за чинним ГПК України а також і в проекті нового ГПК присутність сторін в касаційній інстанції визнано необов'язковою. Подання доказів на стадії апеляційного розгляду є суттєво обмеженим. Це іноді дає підстави для оскарження судових рішень до ЄСПЛ на тій підставі, що Україною не забезпечено використання всіх належних засобів захисту.

Але у своїх правових позиціях ЄСПЛ зазначив, що існуючі правила щодо участі у касаційному провадженні осіб, що брали участь у справі, не можна визнати обмеженням доступу до суду. При цьому слід виходити з вимог Конвенції про захист прав людини і основних свобод та практики Європейського суду з прав людини. Так, у справах «Монелля проти Швеції» (рішення від 22 лютого 1984 р.) та «Моріс проти Швеції» (рішення від 2 березня 1987 р.) перед судом постало питання про можливість відступу від принципу відкритого розгляду справи, на якому особа може бути присутньою і відстоювати свої позиції, з урахуванням особливості національного процесуального права.

Суд постановив, що якщо розгляд у суді першої інстанції був гласним, відсутність участі особи в судах вищих інстанцій може бути виправдана особливостями процедури. Якщо скарга зачіпає виключно питання права, а не факту, то, на думку Суду, вимоги гласного розгляду є дотриманими і тоді, коли заявнику не була надана можливість особисто бути заслуханим у касаційному суді ⁸³.

⁸³ Гусаров К. В. Перегляд судових рішень в апеляційному та касаційному порядках :

Важлива вимога справедливого судового розгляду полягає також у тому, щоб суд забезпечив належний розгляд та дослідження всіх наданих учасниками процесу клопотань, аргументів та доказів, безпристрасно ставлячись до оцінки їх належності та значення для сутності справи, перевіряючи виконання вказаної вимоги, Європейський суд з прав людини більшою мірою оцінює загальну справедливість розгляду, ніж технічні порушення окремих норм ч. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Держави — учасниці Конвенції мають широкий ступінь розсуду стосовно вибору засобів та інструментів, які покликані забезпечити відповідність їх правових систем вимогам ч. 1 ст. 6 Конвенції⁸⁴.

Як вже було вище зазначено компетенція ЄСПЛ не обмежується захистом виключно цивільних прав та обов'язків. Підтвердження цьому знаходимо також у рішеннях ЄСПЛ, в яких трактується поняття «майно», яке є предметом захисту Конвенцією.

Поняття «майно» в розумінні статті 1 Першого протоколу Конвенції має автономне значення. Це, насамперед, означає, що національне законодавство держав-учасниць Конвенції не може вважатися остаточним при з'ясуванні його змісту, проте Суд може визнати за доцільне застосувати національне законодавство. Водночас, це передбачає обізнаність — насамперед, на національному рівні — з позицією Суду щодо тих чи інших питань. Особливо зазначена проблема є актуальною, коли підхід Суду є більш широким, аніж у національного законодавця⁸⁵.

Як і поняття «цивільних прав і обов'язків», концепція «майно» в розумінні статті 1 Першого протоколу до Конвенції має автономне значення, тобто не обмежується власністю на матеріальні речі та не залежить від формальної класифікації у внутрішньому праві: певні інші права та інтереси, що становлять активи, також можуть вважатися «правом власності», а відтак і «майном»⁸⁶. Отже, при з'ясуванні змісту поняття «майно» недостатньо керуватися національним законодавством держав-учасниць Конвенції. Щоб вирішити питання щодо застосування статті 1 Першого протоколу до

монографія. — Х. : Право, 2010. — С. 123.

⁸⁴ Еременко М. С. Право на справедливое судебное разбирательство в гражданском процессе: практика Европейского суда по правам человека [Текст] / М. С. Еременко // Рос. ежегодник гражд. и арбитр. процесса. — 2005. — № 3. — С. 608, 609.

⁸⁵ Фулей Т.І. Застосування практики Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя: Науково-методичний посібник для суддів. — 2-ге вид. випр., допов. — К., 2015. — С. 129.

⁸⁶ Рішення у справі «Іатрідіс проти Греції» (*Iatridis v. Greece*) від 25 березня 1999 р., заява № 31107/96, п. 54

Конвенції до конкретної справи, Суд повинен з'ясувати, чи надають обставини справи в цілому заявнику право на самостійний інтерес, що захищається цією статтею⁸⁷.

При дослідженні справ, що були предметом розгляду ЄСПЛ, справ щодо порушення права володіння майном, можна зробити висновок, що поняття «майно», як і «власність», має досить широке тлумачення й охоплює цілу низку економічних інтересів (активів) – як матеріальних, так і нематеріальних. Часто вони виходять за межі виключно цивільної юрисдикції, охоплюючи також справи, що за українським процесуальним законодавством є предметом розгляду господарських чи адміністративних судів.

У контексті застосування права, задекларованого в статті 1 Протоколу 1 до Конвенції не є винятком також податкові спори, де суди теж все частіше посилаються на практику Європейського суду з прав людини. У цій категорії спорів встановлення обов'язку сплатити податок чи позбавлення права отримати податкову вигоду (податковий кредит чи бюджетне відшкодування ПДВ) розглядається як позбавлення власності. Відповідно, воно повинно здійснюватися «на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права».

Серед найбільш відомих рішень Європейського суду з прав людини щодо права платника ПДВ на податковий кредит/бюджетне відшкодування за операціями з несумлінними з податкової точки зору постачальниками можна виділити три основні у справах: «Інтерсплав» проти України» (2007 рік, заява № 803/02), «Булвес» АД проти Болгарії» (2009 рік, заява № 3991/03) і «Бізнес Супорт Центр» проти Болгарії» (2010 рік, заява № 6689/03).

Приймаючи ці рішення, Європейський суд дійшов висновку, що позбавлення податковими органами права платників ПДВ на податковий кредит/бюджетне відшкодування з причин виявлення зловживань з боку їхніх постачальників є порушенням статті 1 Протоколу 1 до Конвенції. Адже немає доказів залучення платника ПДВ до протиправної діяльності, пов'язаної з незаконним отриманням бюджетного відшкодування, чи доказів того, що йому було відомо/повинно було відомо про таку діяльність його постачальників. В цьому випадку недотримується принцип пропорційності, тобто справедливого балансу між вимогами публічного інтересу та захистом прав приватних осіб, у реалізацію яких здійснюється втручання держави.

Вище зазначений приклад є предметом розгляду адміністративного судочинства в Україні. Для господарського судочинства більш актуальними є

⁸⁷ Рішення у справі «Беєлер проти Італії» (Beyeler v. Italy) від 5 січня 2000 р., заява № 33202/96.

наступні справи, які стали предметом розгляду ЄСПЛ, оскільки охоплюються змістом ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції:

кошти/присуджені суми, належні до виплати заявникам на підставі остаточного і обов'язкового до виконання арбітражного рішення («Грецькі нафтопереробні заводи «Стран» та Стратіс Андреадіс проти Греції» (Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece), заява № 13427/87, рішення від 21 листопада 1994 р.);

«активи», які можуть виникнути, зокрема, на підставі позову про відшкодування шкоди, який виникає з її заподіянням («Прессос Компанія Нав'єра С.А. та інші проти Бельгії» (Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium) (1), заява № 17849/91, рішення від 28 жовтня 1995 р.;

• «правомірні очікування» / «законні сподівання» вчиняти певні дії відповідно до виданого державними органами дозволу (наприклад, правомірні сподівання бути здатним здійснювати запланований розвиток території, з огляду на чинний на той час дозвіл на промислове освоєння землі (Справа «Пайн Велі Девелопмент Лтд. та інші проти Ірландії» (Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland), заява № 12742/87, рішення від 23 жовтня 1991 р.);

• акцій компанії (ухвала щодо прийнятності заяв №№ 8588/79 та 8589/79 Lars Bramelid and Anne-Marie Malmström v. Sweden від 12 жовтня 1982 р.; «"Совтрансавто-Холдинг" проти України» (Sovtransavto Holding v. Ukraine), заява №48553/99, рішення від 25 липня 2002 р.;

• «гудвіл» (goodwill) – накопичені нематеріальні активи підприємства, що включають її найменування, репутацію, ділові зв'язки (в тому числі клієнтуру), товарні знаки та ін.; власність «фірми» (Ван Марле та інші проти Нідерландів» (Van Marle and Others), заяви № 8543/79, 8674/79, 8675/79 та 8685/79, рішення від 3 червня 1986 р.;

• інше «майно», що «становить економічну цінність», зокрема, необхідні для здійснення підприємницької діяльності дозволи чи ліцензії (справа «Тре Тракторер Актіболаг» проти Швеції» (Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden), рішення від 7 липня 1989 року, серія А, № 159)⁸⁸.

Таким чином, як бачимо, поняття майна в розумінні ЄСПЛ значно ширше. Серед вище наведеного на особливу увагу заслуговують справи щодо «активів», які можуть виникнути, зокрема, на підставі позову про відшкодування шкоди, який виникає з її заподіянням («Прессос Компанія

⁸⁸ Фулей Т.І. Застосування практики Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя: Науково-методичний посібник для суддів. – 2-ге вид. випр., допов. – К., 2015. – С. 130.

Нав'єра С.А. та інші проти Бельгії» (Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium), заява № 17849/91, рішення від 28 жовтня 1995 р. та акцій компанії (ухвала щодо прийнятності заяв №№ 8588/79 та 8589/79 Lars Bramelid and Anne-Marie Malmström v. Sweden від 12 жовтня 1982 р.; «"Совтрансавто-Холдинг" проти України» (Sovtransavto Holding v. Ukraine), заява №48553/99, рішення від 25 липня 2002 р.).

В них йде мова про захист прав та інтересів, що на практиці дуже часто захищаються за допомогою особливого виду позову – непрямого позову. Ще до недавнього часу законний інтерес акціонерів та учасників товариств не підлягав захисту, оскільки не охоплювався класичною моделлю позову, яка закріплена в українському законодавстві.

Важливе значення в цьому контексті мало Рішення Конституційного Суду України № 18-рп/2004 від 1 грудня 2004 р. В мотивувальній частині Рішення зазначалось, що акціонер може захищати свої права та охоронювані законом інтереси шляхом звернення до суду у випадку їх порушення, оспорювання чи невизнання самим акціонерним товариством, учасником якого він є, органами чи іншими акціонерами цього товариства. Разом з тим підкреслено, що порядок судового захисту порушених будь-ким, у тому числі й третіми особами, прав та охоронюваних законом інтересів акціонерного товариства, які не можуть вважатися тотожними простій сукупності індивідуальних охоронюваних законом інтересів його акціонерів, визначається законом ⁸⁹.

Таким чином, незважаючи на наявність рішень ЄСПЛ господарські суди відмовляли акціонерам (учасникам) господарських товариств у захисті їх прав на тій підставі, що їх законний інтерес не збігається з інтересом товариства в цілому, а тому право звертатися з позовом про відшкодування шкоди товариству має лише товариство або уповноважений ним представник.

Але, на думку автора, слід звернути увагу на такі два моменти. По-перше, у зв'язку з тим, що Рішення посилається на спеціальний закон, то воно залишило відкритим питання про захист інтересів акціонерного товариства його акціонером (акціонерами) за допомогою непрямого позову. Це призвело до того, що в подальшому приймалися різні рішення щодо можливості захисту учасниками (акціонерами) господарських товариств інтересів самого товариства. Суди трактували Рішення КСУ на свій розсуд. Іноді їх рішення були діаметрально протилежними за своєю суттю.

⁸⁹ Рішення Конституційного Суду України № 18-рп/2004 від 01.12.2004 року (справа про охоронюваний законом інтерес) // Офіційний вісник України, 2004, № 50, Ст. 3288.

По-друге, варто звернути увагу на ту частину Рішення КСУ, в якій є таке формулювання «охоронюваний законом інтерес, ..., є самостійним об'єктом судового захисту з метою задоволення індивідуальних та колективних потреб ...». Аналізуючи вище зазначене формулювання можна зробити висновок, що охоронюваний законом інтерес також нероздільно пов'язаний з потребами колективу (в нашому випадку – потребами товариства). У випадку необхідності може використовуватися з метою захисту інтересів акціонерного товариства в цілому.

Рішення КСУ абсолютно не враховувало позиції Європейського суду з прав людини, висловленої в ряді судових рішень. У справі «Совтрансавто-Холдинг» проти України», Європейський суд з прав людини дійшов висновку, що порушенням прав акціонерів є не тільки механічне позбавлення акцій, а рівною мірою – знецінення акцій внаслідок зменшення частки акціонера в статутному капіталі акціонерного товариства і знецінення акцій внаслідок розпродажу майна акціонерного товариства за значно заниженими цінами⁹⁰. Тобто зв'язок між вчиненням значного правочину та правами й інтересом акціонера проявляється не тільки в наявності порушених корпоративних прав, але й в порушенні інтересів акціонера.

У справах «Бейєлер проти Італії» від 5.01.2000 №33202/96 та «Принц Ганс-Адам II де Ліхтенштейн проти Німеччини» від 12.07.2001 №42527/98 наголошувалося на тому, що право власності відповідно до рішень Суду не обмежується правом власності на фізичні речі та передбачає, що право вимоги, законний інтерес та правомірне очікування особи, до яких, зокрема, належать інтереси, обумовлені корпоративними правами акціонера, також повинні отримати прямий ефективний захист⁹¹.

Така непослідовність суддів особливо дивувала у зв'язку з прийняттям 23.02.2006 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», ст. 17 якого передбачено, що суди України застосовують при розгляді справ конвенцію та практику Європейського суду з прав людини як джерело права. Тобто, незважаючи на те, що Україна відноситься до романо-германської правової групи і прецедент не є джерелом права в Україні, практика ЄСПЛ стає обов'язковою до виконання.

⁹⁰ Судовий захист прав людини: Практика Європейського суду з прав людини у контексті західної правової традиції. К, 2006. – С. 547.

⁹¹ Павленко В., Волянський В. Щит чи меч для інвестора? Акціонерам і керівникам підприємств варто підготуватися до запровадження інституту похідного позову // Закон і Бізнес. - №27. – 2015. – С. 4-8.

Зважаючи на необхідність врахування практики Європейського суду з прав людини, 1 травня 2016 року в Україні набув чинності Закон України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів" [5]. Документом передбачено зміни до Господарського кодексу України, Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України), Закону України «Про акціонерні товариства».

Відповідно до внесених до ГПК України змін судам стають підвідомчі справи у спорах між товариством та його посадовою особою (включаючи посадових осіб, повноваження яких припинені) про відшкодування збитків, завданих такою посадовою особою товариству її діями чи бездіяльністю. Такі справи розглядаються господарським судом за місцезнаходженням юридичної особи (п. 4-1 ч. 1 ст. 12 Кодексу). У відповідності до сучасної редакції ГПК України справи у спорах, ініційованих похідним позовом, розглядаються господарським судом за місцезнаходження юридичної особи (ч. 7 ст. 16 ГПК України) [2].

Щоправда в Законі зазначається про «учасника (акціонера) цього товариства, якому сукупно належить 10% і більше статутного капіталу (простих акцій) товариства». На нашу думку, неясною є позиція щодо учасників (акціонерів), які не володіють згаданою часткою кожен зокрема, але об'єднавши свої частки, становитимуть понад 10% статутного капіталу товариства.

Закріплення інституту непрямого позову одночасно несе з собою ризик зловживання таким правом серед недобросовісних акціонерів. Адже непрямий позов це не лише можливість захисту прав міноритаріїв, але й легка можливість втягнути корпорацію в судовий процес, що опосередковано може впливати на господарську діяльність підприємства. Дієвим, з погляду автора, було би встановлення правила про першочергову обов'язкову можливість подати позов про відшкодування збитків безпосередньо самим товариством. І лише у випадку, якщо товариство таким правом не скористається, то таким правом наділяється акціонер.

Слід відзначити, що правові позиції ЄСПЛ не лише виправляють прогалини чинного законодавства, але й слугують підставою для подальшого реформування чинного господарського процесуального законодавства до стандартів Європейського Союзу. На виконання окремих рішень приймаються відповідні документи на рівні вищих органів влади. Зокрема, в Указі Президента України «Про стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 рр.» визначено, що для підвищення ефективності правосуддя та оптимізації повноважень судів різних юрисдикцій необхідним є: поетапне запровадження інструментів

«електронного правосуддя»; розширення способів альтернативного (позасудового) врегулювання спорів; визначення категорій справ у кожній юрисдикції, в яких зменшується кількість стадій оскарження; зменшення навантаження на суди⁹².

Наказне провадження було запроваджене в Україні на підставі Рекомендацій Комітету міністрів Ради Європи № R(81)7 щодо заходів, що полегшують доступ до правосуддя, від 14 травня 1981 р.⁹³ та Рекомендацій № R(84)5 Комітету міністрів країнам-членам щодо принципів цивільного судочинства, спрямованих на удосконалення судової системи, від 28 лютого 1984 р.⁹⁴ і на сьогодні активно застосовується в практиці цивільного судочинства.

В Європейському Союзі також функціонує наказне провадження на підставі Регламенту (ЄС) № 1896/2006 Європейського парламенту та Ради від 12 грудня 2006 р. про запровадження процедури видачі Європейського судового наказу, який передбачає уніфіковану процедуру електронного звернення до суду (шляхом заповнення стандартної форми) для отримання наказу про стягнення коштів за транскордонними грошовими зобов'язаннями, що не оспорується, в межах Європейського Союзу.

Окрім наказного провадження є ще й інші види спрощеного провадження, які поки-що не імплементовані у внутрішнє законодавство України, але з успіхом використовуються в законодавстві країн ЄС. Йдеться зокрема про провадження в спорах з невеликою сумою боргу тощо.

Відповідно до п. 8 Преамбули Регламенту (ЄС) № 861/2007 Європейського парламенту та Ради від 11 липня 2007 р. про запровадження Європейської процедури вирішення дрібних спорів така процедура покликана спростити та пришвидшити вирішення дрібних спорів у транскордонних справах за допомогою зниження витрат, пропонуючи додатковий інструмент до тих можливостей, які існують у законодавстві держав-членів, яке залишається незмінним. Ці Правила мають також забезпечити простоту

⁹² Про стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 рр. : Указ Президента України від 20.05.2015 № 276/2015 // Офіційний вісник України. – 2015. – № 13. – Ст. 1267.

⁹³ Рекомендація Комітету міністрів Ради Європи № R(81)7 щодо заходів, що полегшують доступ до правосуддя : Міжнародний документ від 14.05.1981 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_133.

⁹⁴ Рекомендація (84) 5 Комітету міністрів Ради Європи державам членам щодо принципів цивільного судочинства, спрямованих на вдосконалення судової системи [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_126

визнання та приведення у виконання судового рішення, ухваленого в порядку Європейської процедури вирішення дрібних спорів.

Враховуючи підписану угоду про Асоціацію між Україною та Європейським Союзом, було взято курс на гармонізацію українського законодавства з *acquis communautaire* Європейського Союзу. Тому проект Господарсько-процесуального кодексу України, що опублікований на сайті Ради з питань судової реформи врахував відповідні вимоги, зокрема, шляхом закріплення процедури спрощеного провадження⁹⁵.

Спрощене позовне провадження призначене для розгляду малозначних справ, справ незначної складності та інших справ, для яких пріоритетним є швидке її вирішення.

Відповідно до ст. 248 проекту ГПК України у порядку спрощеного позовного провадження розглядаються малозначні справи. У порядку спрощеного позовного провадження може бути розглянута будь-яка інша справа, віднесена до юрисдикції господарського суду, за винятком справ: 1) про банкрутство; 2) за заявами про затвердження планів санації боржника до відкриття провадження у справі про банкрутство; 3) у спорах, які виникають з корпоративних відносин та спорах з правочинів щодо корпоративних прав (акцій); 4) у спорах щодо захисту прав інтелектуальної власності, крім справ про стягнення грошової суми, розмір якої не перевищує сто розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб; 5) у спорах, що виникають з відносин, пов'язаних із захистом економічної конкуренції, обмеженням монополізму в господарській діяльності, захистом від недобросовісної конкуренції; 6) у спорах між юридичною особою та її посадовою особою (у тому числі посадовою особою, повноваження якої припинені) про відшкодування збитків, завданих такою посадовою особою юридичній особі її діями (бездіяльністю); 7) у спорах щодо приватизації державного чи комунального майна; 8) в яких ціна позову перевищує п'ятсот розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб.

Проект кодексу в частині запровадження спрощеного провадження спрямований на виконання вимог Європейської конвенції про захист прав та основоположних свобод людини щодо розумності строків вирішення справи. Найявний незначний перелік виключень зумовлений специфікою відповідних категорій спорів або об'єктивною неможливістю розгляду у більш короткі строки.

⁹⁵ Закон України від 7 квітня 2015 року № 289-VIII "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів" // Відомості Верховної Ради, 2015, № 25, ст. 188

Висновки. Таким чином, рішення ЄСПЛ чинять вагомий вплив не лише на практику вирішення господарських справ, але й на розвиток галузі господарського процесуального права в цілому.

Правові позиції ЄСПЛ становлять підґрунтя для виправлення прогалин в положеннях чинного господарського процесуального кодексу (як у випадку з непрямым позовом) так і для подальшого реформування господарського процесу (зокрема, щодо запровадження спрощеного, наказного провадження).

Дотримання цивільної процесуальної форми в судовій практиці

Кузьмич Олег Ярославович

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри судочинства*

Як відомо, однією з юрисдикційних форм захисту порушених, невизнаних або оспорюваних суб'єктивних прав та інтересів осіб є цивільна процесуальна. Цивільну процесуальну форму в юридичній літературі розглядають як обумовлену предметом і методом правового регулювання цивільного процесуального права та визначену нормами цивільного процесуального законодавства послідовність виникнення, розвитку і припинення цивільного процесу (судочинства) та порядок реалізації суб'єктами цивільних процесуальних правовідносин своїх процесуальних прав і обов'язків, процесуальних дій, здійснюваних під контролем суду, спрямованих на розгляд і вирішення цивільної справи в суді та процесуального порядку оформлення результатів таких дій⁹⁶.

Процесуальна форма, пише Н. М. Бессараб, складає суть відповідного провадження. Саме вона справляє формуючий вплив на діяльність усіх учасників здійснюваного правосуддя, роблячи його судовим провадженням з розгляду і вирішення цивільної справи. Саме процесуальна форма провадження служить однією з істотних ознак, які відрізняють цивільне судочинство як від інших форм державної діяльності, так і від інших форм судочинства. Це твердження є аксіомою в теорії цивільного процесуального права.

Отож, робиться авторкою висновок, процесуальна форма і відповідне судочинство існують у нерозривній єдності. Наявність тієї чи іншої процесуальної форми завжди означає існування відповідного судочинства. Це повною мірою стосується і цивільної процесуальної форми, і цивільного

⁹⁶ Татулич І. Ю. Цивільна процесуальна форма в суді першої інстанції в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / І. Ю. Татулич. – К., 2012. – С. 5

судочинства⁹⁷. Цивільне судочинства є способом, або формою, відправлення правосуддя, що здійснюється в рамках цивільної процесуальної форми⁹⁸.

При цьому, під цивільною процесуальною формою Н. М. Бессараб розуміє порядок здійснення правосуддя в цивільних справах, урегульований нормами цивільного процесуального законодавства та забезпечений засобами юридичної відповідальності. Цивільне судочинство поділяється на види, які одночасно є і видами (провадженнями) цивільної процесуальної форми. Такий поділ на види ґрунтується на матеріально – правових особливостях справ, які підлягають розгляду в порядку цивільного судочинства⁹⁹.

Ознаками, характерними для цивільної процесуальної форми є : 1) призначення цивільної процесуальної форми для впорядкування діяльності зі здійснення правосуддя з цивільних справ; 2) урегульованість цивільної процесуальної форми нормами цивільного процесуального права; 3) залежність цивільної процесуальної форми від системи принципів цивільного процесуального права; 4) надання процесуальних гарантій учасникам процесу; 5) спрямованість¹⁰⁰. Як бачимо, такі правові категорії як цивільна процесуальна форма та цивільне судочинство є тісно взаємопов'язаними.

Що стосується поняття цивільного судочинства, то зміст цієї правової категорії неодноразово досліджувався в юридичній літературі, зокрема в сучасних доктринальних дослідженнях цивільне судочинство пропонується розглядати як платну послугу держави щодо вирішення приватноправових спорів сторін, які самотійно не можуть їх врегулювати. Разом з тим, як відзначається, про цивільне судочинство як послугу можна вести мову лише при спільному зверненні сторін до суду з проханням вирішити їхній спір. Для набуття правосуддям статусу послуги при цьому, пропонується запровадити в цивільне судочинство новий порядок («погоджувальне провадження»), альтернативного загально позовному, за яким справи, в яких відсутній публічний елемент, порушуватимуться за спільним зверненням обох

⁹⁷ Бессараб Н. М. Юрисдикція та підсудність цивільних справ : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Бессараб Наталя Миколаївна. – Одеса, 2015. – С. 128

⁹⁸ Бессараб Н. М. Юрисдикція та підсудність цивільних справ : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Бессараб Наталя Миколаївна. – Одеса, 2015. – С. 129

⁹⁹ Бессараб Н. М. Юрисдикція та підсудність цивільних справ : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Бессараб Наталя Миколаївна. – Одеса, 2015. – С. 129

¹⁰⁰ Татулич І. Ю. Цивільна процесуальна форма в суді першої інстанції в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / І. Ю. Татулич. – К., 2012. – С. 6

учасників спірних матеріальних правовідносин та розглядатимуться з мінімальними процесуальними формальностями¹⁰¹.

Так, згідно з ч. 1 ст. 3 ЦПК України кожна особа має право в порядку, встановленому ЦПК України звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів.

Завданнями цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави (ч. 1 ст. 1 ЦПК України).

У порядку цивільного судочинства згідно з п. 1 ч. 1 ст. 15 ЦПК України суди розглядають справи щодо захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів, що виникають із цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових відносин, а, також, як передбачено п. 2 ч. 1 цієї статті, інших правовідносин, крім випадків, коли розгляд таких справ провадиться за правилами іншого судочинства.

Таким чином, про справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ метою якого є захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави, може йтися тільки у випадку, якщо з одного боку, цивільна справа, яка вирішена судом, належала до компетенції суду цивільної юрисдикції, і при відкритті провадження у справі не було допущено судових помилок, а з іншого боку, в процесі розгляду таких справ було дотримано порядок, який визначений цивільною процесуальною формою. В протилежному випадку матимуть місце ознаки порушення права на судовий захист внаслідок чого особа, яка зверталася до суду за захистом своїх суб'єктивних прав та інтересів, не отримає належного їх захисту. Наведене свідчить про безпосередній правовий зв'язок між такими правовими категоріями як «цивільна процесуальна форма», «судова помилка» та «право на судовий захист».

В юридичній літературі під судовою помилкою розуміють неправомірну дію (бездіяльність) суду (судді), що відображена в судовому рішенні, порушує норми процесуального і (або) матеріального права, спричиняє недосягнення мети та невиконання завдань цивільного судочинства, унаслідок якої конкретне судове рішення може бути скасовано чи змінено вищою судовою інстанцією, а в деяких випадках змінено судом,

¹⁰¹ Короїд С. О. Процесуальне забезпечення ефективності цивільного судочинства : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня докт. юр. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / С. О. Короїд. – К., 2014. – С. 26

який його постановив¹⁰². Зокрема, Т. М. Кучер під судовою помилкою розуміє недосягнення мети цивільного судочинства та підставу для перегляду судових актів, але внаслідок ненавмисних порушень та упущень під час провадження у справі, що призвели до неправильного застосування норм матеріального чи процесуального закону і усунення яких вимагає скасування судового рішення, його зміни (повної або часткової), ухвалення нового рішення тощо¹⁰³.

Що стосується права на судовий захист, то в широкому розумінні під таким правом розуміють систему юридичних гарантій захисту прав, свобод чи інтересів осіб, що забезпечуються діяльністю уповноважених державою суб'єктів, які у разі звернення до них особи мають діяти відповідно до вимог законодавства¹⁰⁴.

Отож, з огляду на взаємозв'язок названих правових категорій наявність судової помилки буде свідченням про порушення судом цивільної процесуальної форми, правовим наслідком чого буде порушення права особи на судовий захист. Крім того, допущення помилки судом як при відкритті провадження у справі, так і її розгляді призведе не тільки до порушення права особи на судовий захист, але й також не сприятиме досягненню тих цілей та завдань, які закладені в основу здійснення цивільного судочинства в Україні.

Як свідчить аналіз матеріалів судової практики Верховного Суду України (далі – ВС України) про порушення права особи на судовий захист доводиться говорити не тільки у випадку, якщо судом не буде дотримано порядку розгляду цивільних справ, але й також як при відмові у відкритті провадження у справі за наявності достатніх для цього підстав, так і навпаки, підтвердженням чого є численні випадки у судовій практиці ВС України. З точки зору тематики цієї роботи особливо актуальним є останній випадок, який можна проаналізувати на прикладі цивільної справи за позов Особи 1 до Головного управління юстиції у Чернівецькій області, Особи 2 про визнання недійсним постанови ВП № 38990985 про передачу майна в рахунок

¹⁰² Савчин Н. М. Судові помилки при розгляді та івирішенні цивільних справ : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Н. М. Савчин. – К., 2016. – С. 5

¹⁰³ Кучер Т.М. Право на судовий захист в порядку цивільного судочинства України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Т. М. Кучер. – К., 2009. – С. 8

¹⁰⁴ Кучер Т.М. Право на судовий захист в порядку цивільного судочинства України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Т. М. Кучер. – К., 2009. – С. 6

погашення боргу від 28 лютого 2014 р. та зобов'язання Особи 2 повернути майно власнику¹⁰⁵. Так, звертаючись із таким позовом Особа 1 виходила із того, що дії державного виконавця ВПВР УДВС у Чернівецькій області щодо винесення постанови про передачу майна стягувачу в рахунок погашення боргу від 28 лютого 2014 р. та акту про передачу майна в рахунок погашення боргу від 28 лютого 2014 р. є незаконними і підлягають скасуванню, так як вони не відповідають вимогам Закону України «Про виконавче провадження», Закону України «Про іпотеку», а також є такими, які порушують права банку як іпотекодержателя на задоволення вимог за основним зобов'язанням забезпеченого іпотекою.

Відмовляючи у задоволенні такого позову Шевченківський районний суд м. Чернівці у своєму рішенні від 30 грудня 2014 р. виходив із того, що позивачем невірно обрано спосіб захисту щодо оскарження дій державного виконавця у позовному провадженні. Такого висновку Шевченківський районний суд м. Чернівці дійшов виходячи з аналізу положень Розділу VII ЦПК України «Судовий контроль за виконанням судових рішень».

Так, даючи коментар по даній справі, необхідно звернути увагу на наступне, згідно із ч. 3 ст. 15 ЦПК України суди розглядають справи в порядку позовного, наказного та окремого провадження.

Водночас в межах судового контролю за виконанням судових рішень (Розділ VII) для сторін у виконавчому провадженні законодавець передбачив окрему процесуальну форму захисту їхніх прав та інтересів. Як передбачено ч. 1 ст. 383 ЦПК України сторони виконавчого провадження мають право звернутися до суду із скаргою, якщо вважають, що рішенням, дією або бездіяльністю державного виконавця чи іншої посадової особи державної виконавчої служби під час виконання судового рішення, ухваленого відповідно до ЦПК України, порушено їх права чи свободи.

Аналогічна позиція висловлена й Пленумом Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних й кримінальних справ у Постанові від 07.02.2014 року № 6. Як передбачено абз. 1 п. 4 вказаної Постанови відповідно до ст. 383 ЦПК України, ч. 1 ст. 12, ч. 4 ст. 82 Закону про виконавче

¹⁰⁵ копія рішення Шевченківського районного суду м. Чернівці від 30 грудня 2013 року у справі за позовом Особи 1 до Головного управління юстиції у Чернівецькій області, Особи 2, треті особи, які не заявляють самостійних вимог : державний виконавець Відділу примусового рішень управління виконавчої служби Головного управління юстиції у Чернівецькій області Манжосов М. П., Вакуров О. М. про визнання недійсним постанови ВП № 38990985 про передачу майна в рахунок погашення боргу від 28 лютого 2014 року та зобов'язання Солійчука Євгена Мирославовича повернути майно власнику. – Архів Верховного Суду України.

провадження право на оскарження рішення, дії або бездіяльності державного виконавця чи іншої посадової особи державної виконавчої служби під час виконання судового рішення, ухваленого відповідно до ЦПК України, мають лише сторони виконавчого провадження, якщо вважають, що порушено їх права чи свободи. При цьому вони набувають процесуального статусу заявника.

Слід зауважити, що згідно із ч. 1 ст. 1 Закону України «Про виконавче провадження» виконавче провадження як завершальна стадія судового провадження та примусове виконання рішень інших органів (посадових осіб) – це сукупність дій органів і посадових осіб, визначених цим Законом, що спрямовані на примусове виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб), які провадяться на підставах, в межах повноважень та у спосіб, визначених цим Законом, іншими нормативно-правовими актами, прийнятими відповідно до цього Закону та інших Законів, а також рішеннями, що відповідно до цього Закону підлягають примусовому виконанню.

Таким чином, як випливає із наведеного, якщо особа є стороною у виконавчому провадженні, захист її прав та інтересів має відбуватися в окремому порядку, для якого передбачена спеціальна процесуальна форма, а саме через подачу відповідної скарги на рішення, дії або бездіяльність державного виконавця (ст. 383 ЦПК України), та прийняття судом ухвали за наслідками розгляду такої скарги.

В протилежному випадку, якщо особа не є стороною у виконавчому провадженні, захист її прав та інтересів має здійснюватися у порядку, який визначений в ч. 3 ст. 15 ЦПК України.

Порядок захисту прав та інтересів осіб, які є сторонами у виконавчому провадженні визначений в ст. 383 ЦПК України, застосовується незалежно від того, чи такими рішеннями, дією або бездіяльність державного виконавця порушено матеріальне право осіб, які є сторонами у виконавчому провадженні, чи ні.

Отже, як випливає з наведеного, при звернення до суду про захист порушеного права, Особою 1 не вірно обрана процесуальна форма захисту порушених прав у виконавчому провадженні, тим не менше судом відкрито провадження у справі, і як наслідок судами різних інстанцій прийнято ряд судових рішень по цій справі.

З іншого боку, незважаючи, що судом було відкрито провадження у справі, таке відкриття провадження у справі є порушенням права на судовий захист, що тягне за собою порушення ряд принципів цивільного процесуального права, а, отже, в таких випадках йтися про досягнення судом

тих цілей та завдань, які лежать в основі здійснення цивільного судочинства в Україні, не може.

В юридичній літературі було висловлено думку про те, що належність справи до одного з видів цивільного судочинства виключає її розгляд за правилами іншого¹⁰⁶. Слід зауважити, що наведена думка є актуальною й з приводу аналізованої проблематики, бо якщо законодавець визначив спеціальний процесуальний порядок оскарження сторонами виконавчого провадження рішень, дій чи бездіяльності державного виконавця, то, відповідно, таке оскарження не може відбуватися в іншому порядку, а ніж в тому, який визначений законодавцем в рамках цивільної процесуальної форми.

Аналогічні порушення норм процесуального права маються місце не тільки в практиці судів нижче стоячих інстанцій, але й також в практиці ВС України, особливо щодо підстав, про які йдеться в п. п. 1, 4 ст. 355 ЦПК України.

Так, згідно із ч. 1 ст. 353 ЦПК України ВС України переглядає рішення у цивільних справах виключно з підстав і в порядку, встановлених ЦПК України. Такими підставами відповідно до ч. 1 ст. 355 ЦПК України є :

1) неоднакове застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права, що спричинило ухвалення різних за змістом судових рішень у подібних правовідносинах;

2) неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм процесуального права - при оскарженні судового рішення, яке перешкоджає подальшому провадженню у справі або яке прийнято з порушенням правил підсудності або встановленої законом компетенції судів щодо розгляду цивільних справ;

3) встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні даної справи судом;

4) невідповідність судового рішення суду касаційної інстанції викладеному у постанові Верховного Суду України висновку щодо застосування у подібних правовідносинах норм матеріального права.

Як впливає з наведеного, визначаючи підстави за наявності яких ВС України має відкривати провадження у справі, зокрема у випадках, про які йдеться в п. п. 1, 4 наведеної статті, законодавець використовує таку правову категорію як «подібні правовідносини», зміст якої при цьому, не визначає, що

¹⁰⁶ Бессараб Н. М. Юрисдикція та підсудність цивільних справ : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Бессараб Наталя Миколаївна. – Одеса, 2015. – С. 107

створює передумови для широкого її тлумачення в судовій практиці, про що свідчить її аналіз, внаслідок чого у ВС України з'являється додаткова можливість для відкриття провадження у справах навіть у тих випадках, коли для цього як таких підстав не має.

Таким прикладом є наступна цивільна справа з практики ВС України, щодо якої останнім було відкрито провадження на підставі п. 4 ч. 1 ст. 355 ЦПК України (невідповідність судового рішення суду касаційної інстанції викладеному у постанові Верховного Суду України висновку щодо застосування у подібних правовідносинах норм матеріального права). Так, у справі за заявою Особи 1 про перегляд ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 23 грудня 2015 року в справі за позовом Особи 2 до Особи 1 про визнання розміру частки у спільному майні на виділ частки земельної ділянки, за позовом Особи 1 до Особи 2 про визначення розміру частки померлої у спільній сумісній власності, визнання права власності на частину земельної ділянки, виділ у володіння і користування частини земельної ділянки¹⁰⁷, де в якості висновку заявницею було взято висновок ВС України про застосування норми матеріального права у справі за позовом Особи 1 до Лазуренської селищної ради Садовського району Херсонської області, Херсонського Державного університету про визнання недійсними рішень та державного акта на право постійного користування земельною ділянкою за заявою заступника Генерального прокурора України про перегляд ВС України рішень Садовського районного суду Херсонської області від 4 листопада 2014 року, ухвали апеляційного суду Херсонської області від 19 грудня 2014 року та ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 8 квітня 2015 року¹⁰⁸, суть якого полягала в

¹⁰⁷ Копія ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 23 грудня 2015 року у справі за позовом Зелінської Людмили Олександрівни до Ткаченко Тетяни Костянтинівни про визнання розміру частки у спільному майні та виділ частки земельної ділянки, за позовом Ткаченко Тетяни Костянтинівни до Зелінської Людмили Олександрівни про визначення розміру частки померлої у спільній сумісній власності, визнання права власності на частину земельної ділянки, виділ у володіння і користування частини земельної ділянки, за касаційною скаргою Ткаченко Тетяни Костянтинівни на рішення апеляційного суду Вінницької області від 20 липня 2015 р.-Архів Верховного Суду України.

¹⁰⁸ Копія Постанови Верховного Суду України від 13 квітня 2016 року у справі за позовом Лубенської Юлії Олександрівни до Лазуренської селищної ради Садовського району Херсонської області, Херсонського Державного університету про визнання недійсними рішень та державного акта на право постійного користування земельною ділянкою за заявою заступника генерального прокурора України про перегляд Верховним Судом

наступному, за загальним правилом, закріпленим у частині першій статті 120 ЗК України, особа, яка набула права власності на будівлю чи споруду стає власником земельної ділянки на тих самих умовах, на яких вона належала попередньому власнику, якщо інше не передбачено у договорі про відчуження нерухомості.

Як бачимо, формуючи правову позицію по даній цивільній справі ВС України виходив із такої підстави набуття права власності на майно як договір про відчуження нерухомого майна. Водночас, в межах наведеної фабули справи підставою набуття права власності Особи 2 на 57/100 будинковолодіння був не договір про відчуження нерухомого майна, а спадщина, що свідчить про різні підстави набуття особами права власності на майно, а, отже, відсутність подібних правовідносин і як наслідок відсутність підстав для відкриття ВС України провадження у справі на підставі п. 4 ч. 1 ст. 355 ЦПК України. Однак ВС України дійшов іншого висновку і відкрив провадження у справі.

Постанови, які приймаються ВС України за наслідками перегляду судових рішень, в межах підстав, про які йдеться в ст. 355 ЦПК України мають неабияку значимість, оскільки в кожному з цих випадків ВС України формується правова позиція, яка є обов'язковою для врахування судами нижчестоящих інстанцій, зокрема як передбачено абз. 2 ч. 1 ст. 360-7 ЦПК України висновок щодо застосування норм права, викладений у постанові Верховного Суду України, має враховуватися іншими судами загальної юрисдикції при застосуванні таких норм права. Суд має право відступити від правової позиції, викладеної у висновках Верховного Суду України, з одночасним наведенням відповідних мотивів. Крім того, згідно із ч. 2 наведеної статті невиконання судових рішень тягне за собою відповідальність, установлену законом.

Правова позиція, яка формується ВС України за наслідками перегляду відповідних судових рішень, повинна ґрунтуватися також на цивільній процесуальній формі. Це означає, що переглядаючи судові рішення у випадках, про які йдеться в положеннях ст. 355 ЦПК України ВС України як і суди нижчестоящих інстанцій, має дотримуватись норм процесуального права, які стосуються як порядку розгляду справ у межах відповідної стадії цивільного судочинства, так і підстав та порядку відкриття провадження у справі. Тільки в цьому випадку ВС України будуть досягнуті ті цілі та

України рішень Садовського районного суду Херсонської області від 04 листопада 2014 року, ухвали вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 8 квітня 2015 р.-Архів Верховного Суду України.

завдання, які лежать в основі відповідної стадії цивільного судочинства та цивільного судочинства загалом. Як відзначено із цього приводу в юридичній літературі, перегляд судових рішень ВС України є специфічною процесуальною формою ретроактивного перегляду судових рішень, що має на меті формування єдності судової практики та вплив на правопорядок в цілому, виходячи з унікальності національної судової системи, місця і ролі в ній ВС України¹⁰⁹.

Одним із факторів, який в багатьох випадках впливає на порушення судами різних інстанцій норм процесуального права при відкритті провадження у справі є також неналежний аналіз спірних матеріальних відносин та норм матеріального права загалом, якими регулюється такі правовідносини, підтвердженням чого слугує практика ВС України у справах про захист прав, які випливають з поручительських правовідносин.

Як передбачено ч. 1 ст. 553 ЦК України за договором поруки поручитель поручається перед кредитором боржника за виконання ним свого обов'язку. Поручитель відповідає перед кредитором за порушення зобов'язання боржником.

У разі порушення боржником зобов'язання, забезпеченого порукою, боржник і поручитель відповідають перед кредитором як солідарні боржники, якщо договором поруки не встановлено додаткову (субсидіарну) відповідальність поручителя (ч. 1 ст. 554 ЦК України).

Поручитель відповідає перед кредитором у тому ж обсязі, що і боржник, включаючи сплату основного боргу, процентів, неустойки, відшкодування збитків, якщо інше не встановлено договором поруки (ч. 2 ст. 554 ЦК України).

Водночас однією із процесуальних форм у цивільному судочинстві України, яка дозволяє здійснювати розгляд цивільних справ, є заочна. Згідно із ч. 1 ст. 224 ЦПК України у разі неявки в судове засідання відповідача, який належним чином повідомлений і від якого не надійшло заяви про розгляд справи за його відсутності або якщо повідомлені ним причини неявки визнані неповажними, суд може ухвалити заочне рішення на підставі наявних у справі доказів, якщо позивач не заперечує проти такого вирішення справи. У разі участі у справі кількох відповідачів заочний розгляд справи можливий у випадку неявки в судове засідання всіх відповідачів (ч. 2 ст. 224 ЦПК України).

¹⁰⁹ Гусаров К.В. Інстанційний перегляд судових рішень у цивільному судочинстві : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня доктора юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / К. В. Гусаров. – Х., 2011. – С 8.

Законодавцем визначений і порядок скасування та оскарження заочного рішення. Як передбачено ч. 1 ст. 232 ЦПК України заочне рішення підлягає скасуванню, якщо судом буде встановлено, що відповідач не з'явився в судове засідання та не повідомив про причини неявки з поважних причин і докази, на які він посилається, мають істотне значення для правильного вирішення справи. Позивач має право оскаржити заочне рішення в загальному порядку, встановленому ЦПК України (ч. 2 ст. 232 ЦПК України). Повторне заочне рішення позивач та відповідач можуть оскаржити в загальному порядку, встановленому ЦПК України (ч. 3 ст. 232 ЦПК України).

Виходячи з порядку прийняття заочних рішень та юридичної природи поруки, у разі невиконання чи неналежного виконання боржником обов'язку за забезпечуваням зобов'язання, поручитель стає солідарним або субсидіарним боржником, тому у разі пред'явлення позову до боржника за забезпечуваням зобов'язанням окрім боржника відповідачем за загальним правилом має бути і поручитель, що обумовлено юридичною природою поруки як акцесорного виду зобов'язання. Це означає, що по такій категорії справ заочне рішення судом може бути прийняте тільки при дотриманні ч. 2 ст. 224 ЦПК України, а тому для оскарження заочного рішення по таких категоріях справ поручителю як відповідачу, необхідно спершу звернутися із заявою до відповідного суду про перегляд заочного рішення, і тільки після цього звертатися із апеляційною скаргою на заочне рішення (ст. 232 ЦПК України). Водночас як впливає з аналізу матеріалів практики ВС України, не дотримавшись відповідного порядку поручителі як солідарні боржники, безпосередньо звертаються із відповідними скаргами до судів апеляційної інстанції і останні, що привертає до себе увагу, такі заяви приймають до розгляду, що безумовно є порушенням норм процесуального права на етапі відкриття апеляційного провадження у справі.

В контексті аналізованої проблематики не можна не навести ще один приклад, зокрема як відомо, виконання зобов'язань може бути разовим, а може здійснюватися й частинами, так згідно із ч. 1 ст. 529 ЦК України кредитор має право не приймати від боржника виконання його обов'язку частинами, якщо інше не встановлено договором, актами цивільного законодавства або не впливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту. Отож, що стосується зобов'язань, виконання яких здійснюється частинами, то у разі їх не виконання чи неналежного виконання кредитор щодо кожної із частин має право пред'явити самостійні позови, які слід вважати незалежними один від одного, що зумовлено їх самостійними підставами та предметом. Це означає, що у разі відмови від одного із таких позовів, чи звернення із заявою про залишення його без розгляду, щодо

кожного із таких позовів наставатимуть самостійні правові наслідки. Так, згідно із п. 1 ч. 1 ст. 205 ЦПК України суд своєю ухвалою закриває провадження у справі, якщо позивач відмовився від позову і відмова прийнята судом, правовим наслідком чого згідно із ч. 3 ст. 206 ЦПК України буде неможливість позивача звернутися із таким позовом повторно. У свою чергу позивач може подати заяву й про залишення позову без розгляду, що не буде наслідком втрати можливості звернутися із таким позовом повторно (п. 5 ч. 1 ст. 207 ЦПК України), так відповідно до ч. 2 ст. 207 ЦПК України особа, заяву якої залишено без розгляду, після усунення умов, що були підставою для залишення заяви без розгляду, має право звернутися до суду повторно.

Не зважаючи на сказане в судовій практиці мають місце чимало випадків оскарження до ВС України правомірності відкриття судами нижчестоящих інстанцій провадження у справі за позовами окремо щодо кожної із частин зобов'язання на підставі п. 3 ч. 2 ст. 122 ЦПК України, зокрема згідно із положенням цієї правової норми, суд відмовляє у відкритті провадження у справі якщо у провадженні цього чи іншого суду є справа із спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав. Безумовно, що з такими аргументами погодитись не можливо, оскільки як уже відзначалося, кожен із таких позовів є самостійним, має свою підставу та предмет. Предмет може співпадати, проте підстави є різними. В науці цивільного процесуального права під підставою позову розуміють обставини, що вказуються позивачем, з якими позивач, як з юридичними фактами, пов'язує свою матеріально-правову вимогу або правовідносини в цілому, що складають предмет позову¹¹⁰.

Порушення норм процесуального права, про які йдеться, особливо актуальними є для категорії цивільних справ, які стосуються захисту прав позичальників з кредитних правовідносин, тому як і в попередньому випадку приводом для таких порушень є не з'ясування судами в повному обсязі специфіки матеріальних правовідносин, які впливають із кредитних договорів та в цілому норм матеріального права про кредитні зобов'язання.

Як відзначила Н. М. Савчин, допускаючи помилки на етапі відкриття провадження у справі, а саме порушення норм цивільного процесуального законодавства, судді перешкоджають особі в реалізації її права на судовий захист, оскільки закріплення на конституційному та галузевому рівнях права на звернення до суду за судовим захистом означає, що держава гарантує кожній особі можливість звернутися до суду за захистом своїх порушених,

¹¹⁰ Васильєв С. В. Цивільний процес: Навчальний посібник. – Х.: ТОВ «Одісей», 2007. – С. 197.

невизнаних чи оспорюваних прав, свобод та інтересів, а суд зобов'язаний відкрити провадження у справі й вчинити всі необхідні дії щодо надання такого захисту¹¹¹.

Слід звернути увагу, що в практиці судів України є чимало прикладів, де допущення судових помилок на етапі відкриття провадження у справі призводить до відмови у відкритті провадження за наявності достатніх для цього підстав. Так, однією із таких справ, по якій було відкрито провадження ВС України є справа за позовом Департаменту державної архітектурно-будівельної інспекції в Одеській області до Особи 1, за участю заступника прокурора Київського району м. Одеси, про зобов'язання знести самовільно збудований житловий будинок, де ухвалою Київського районного суду м. Одеси було закрито провадження у справі на тій підставі, що справа не підлягає розгляду в порядку цивільного судочинства¹¹².

Даючи коментар по цій цивільній справі передусім необхідно звернути увагу на наступне, юрисдикція, повноваження адміністративних судів щодо розгляду адміністративних справ, порядок звернення до адміністративних судів та порядок здійснення адміністративного судочинства визначається Кодексом адміністративного судочинства України (далі – КАС України) (ч. 1 ст. 1 КАС України).

Згідно із ч. 1 ст. 2 КАС України завданням адміністративного судочинства є захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень шляхом справедливого, неупередженого та своєчасного розгляду адміністративних справ.

Відповідно до п. 5 ч. 2 ст. 17 КАС України компетенція адміністративних судів поширюється на спори за зверненням суб'єкта владних повноважень у випадках, встановлених законами України.

¹¹¹ Савчин Н. М. Судові помилки при розгляді та івирішенні цивільних справ : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Н. М. Савчин. – К., 2016. – С. 11

¹¹² Корпія ухвали Верховного Суду України від 31 березня 2017 року про відкриття провадження у справі за позовом Департаменту державної архітектурно-будівельної інспекції в Одеській області до Особи 1, за участю заступника прокурора Київського району м. Одеси про зобов'язання знести самовільно збудований житловий будинок.- Архів Верховного Суду України.

Суб'єктом владних повноважень є орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їх посадова чи службова особа, інший суб'єкт при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, у тому числі на виконання делегованих повноважень (п. 7 ч. 1 ст. 3 КАС України).

Як передбачено п. 9 ч. 1 ст. 3 КАС України відповідачем є суб'єкт владних повноважень, а у випадках, передбачених законом, й інші особи, до яких звернена вимога позивача.

Згідно із ч. 4 ст. 50 КАС України громадяни України, іноземці чи особи без громадянства, їх об'єднання, юридичні особи, які не є суб'єктами владних повноважень, можуть бути відповідачами лише за адміністративним позовом суб'єкта владних повноважень:

- 1) про тимчасову заборону (зупинення) окремих видів або всієї діяльності об'єднання громадян;
- 2) про примусовий розпуск (ліквідацію) об'єднання громадян;
- 3) про примусове видворення іноземця чи особи без громадянства з України;
- 4) про обмеження щодо реалізації права на мирні зібрання (збори, мітинги, походи, демонстрації тощо);
- 5) в інших випадках, встановлених законом.

Як випливає з наведеного, положенням наведеної правової норми передбачено вичерпний перелік підстав, коли суб'єкт владних повноважень як сторона в адміністративному судочинстві, може звернутися із відповідним позовом до адміністративного суду, де в якості відповідача буде фізична особа.

Що стосується предмету спору по даній справі, а саме знесення самовільно збудованого житлового будинку, то в даному випадку, йдеться про самочинне будівництво, правовий режим якого визначений в нормах ЦК України. Так, згідно із ч. 1 ст. 376 ЦК України житловий будинок, будівля, споруда, інше нерухоме майно вважаються самочинним будівництвом, якщо вони збудовані або будуються на земельній ділянці, що не була відведена для цієї мети, або без відповідного документа, який дає право виконувати будівельні роботи чи належно затвердженого проекту, або з істотними порушеннями будівельних норм і правил.

Особа, яка здійснила або здійснює самочинне будівництво нерухомого майна, не набуває права власності на нього (ч. 2 ст. 376 ЦК України).

У разі істотного відхилення від проекту, що суперечить суспільним інтересам або порушує права інших осіб, істотного порушення будівельних норм і правил суд за позовом відповідного органу державної влади або органу

місцевого самоврядування може постановити рішення, яким зобов'язати особу, яка здійснила (здійснює) будівництво, провести відповідну перебудову.

Якщо проведення такої перебудови є неможливим або особа, яка здійснила (здійснює) будівництво, відмовляється від її проведення, таке нерухоме майно за рішенням суду підлягає знесенню за рахунок особи, яка здійснила (здійснює) будівництво. Особа, яка здійснила (здійснює) самочинне будівництво, зобов'язана відшкодувати витрати, пов'язані з приведенням земельної ділянки до попереднього стану (ч. 7 ст. 376 ЦК України).

Крім того, як впливає із положення ст. 177 ЦК України, об'єкти самочинного будівництва є об'єктами цивільних прав.

Отож, як впливає із специфіки спірних матеріальних правовідносин по даній справі предметом доказування по таких категоріях справ, є фактичні обставини справи, які не стосуються правомірності рішень, дій та бездіяльності суб'єкта владних повноважень при здійсненні ним публічно-правових функцій, а безпосередньо спору про право цивільне, оскільки рішення суду, яке буде прийняте в даному випадку, стосуватиметься безпосередньо майнових інтересів учасника цивільних відносин, яке буде підставою для виникнення, зміни та припинення його цивільних прав та обов'язків. Як передбачено ч. 1 ст. 1 ЦК України цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників.

Отож, у справах за позовом суб'єкта владних повноважень про знесення самовільно збудованого житлового будинку йдеться про право цивільне, а не про оцінку рішень, дій чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень, у зв'язку із чим вирішення таких спорів має відбуватися саме в порядку цивільного судочинства, а не адміністративного, тому не даремно КАС України по такій категорії справ не передбачив можливості для фізичних осіб бути відповідачами.

Отож, як впливає з наведеного про порушення права на судовий захист слід говорити як у випадку відмови судом у відкритті провадження у справі за наявності достатніх для цього підстав, так і у разі відкриття провадження за відсутності для цього підстав, оскільки в останньому випадку має місце також порушення судом норм процесуального права, що тягне за собою виникнення судової помилки.

Порушення норм процесуального права, як відомо, може мати місце не тільки на етапі відкриття провадження у справі, але й також в процесі її розгляду. Як відзначено із цього приводу в юридичній літературі, дії, що

здійснює суд при розгляді та вирішенні цивільних справ, мають відповідати чітко встановленій законом процесуальній формі. Цивільний процес ґрунтується на процесі доказування, що неодмінно позначається на остаточному результаті розгляду справи - рішенні суду. Аналіз судової практики свідчить про те, що помилки в судових рішеннях часто виникають саме в процесі доказування. Поширеними судовими помилками, які допускаються під час розгляду справи, є: неналежне з'ясування характеру і суті заявлених позивачем вимог; неналежне сповіщення осіб, які мають брати участь у розгляді справи; не вирішення питання про склад осіб, які беруть участь у справі, та необґрунтування питання про їх залучення до участі у справі; не встановлення або неповне з'ясування фактичних обставин справи, які мають значення для правильного вирішення справи; відсутність аналізу доказів, на які сторони посилаються як на підставу своїх вимог або заперечень; неправильна оцінка зібраних у справі доказів; неналежне обґрунтування або невідповідність висновків суду обставинам справи¹¹³. Однак незалежно від того, чи йдеться про допущення судових помилок на етапі відкриття провадження у справі, чи в ході її розгляду в будь-якому із цих випадків має місце порушення цивільної процесуальної форми.

Крім судових помилок, які стосуються порушення норм процесуального права в ході розгляду цивільних справ судами України можуть також допускатися й судові помилки, які пов'язані з неправильним застосуванням норм матеріального права. В останньому випадку, як і в першому, цілі та завдання, які лежать в основі здійснення цивільного судочинства в Україні, також досягнуті не будуть.

Так, обставини, які стали передумовою для прийняття в червні 2014 року Закону України «Про мораторій на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті» є загально відомими. Проте, до моменту прийняття Верховною Радою України цього Закону судами України було прийнято вже чимало судових рішень про звернення стягнення на предмет іпотеки, оскарження яких як в апеляційному, так і касаційному порядку відбувалося вже після набрання цим Законом чинності. Водночас, як впливає з матеріалів судової практики, переглядаючи такі рішення суди апеляційної інстанції, як і касаційної, також по різному підходили щодо застосування норм цього Закону до спірних правовідносин, зокрема йдеться про те, що хоча на момент розгляду справ в судах першої інстанції цей Закон

¹¹³ Савчин Н. М. Судові помилки при розгляді та і вирішенні цивільних справ : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Н. М. Савчин. – К., 2016. – С. 11

ще не був прийнятий, тим не менше на стадії апеляційного та касаційного провадження в окремих випадках суди керувалися ним, внаслідок чого скасовували відповідні рішення судів нижчестоящих інстанцій, і в такий спосіб відмовляли у зверненні стягнення на предмет іпотеки.

Даючи коментар по цій справі, яка перебувала у провадженні ВС України необхідно звернути увагу на наступне, виправлення судових помилок, є основною функцією, яка лежить в основі апеляційного та касаційного провадження. Судова помилка може проявлятися як у неправильному застосуванні або порушенні норм матеріального права, так і порушенні норм процесуального права у зв'язку із чим судове рішення вважається незаконним та необґрунтованим, як передбачено ч. 2 ст. 309 ЦПК України норми матеріального права вважаються порушеними або неправильно застосованими, якщо застосовано закон, який не поширюється на ці правовідносини, або не застосовано закон, який підлягав застосуванню. Порушення норм процесуального права можуть бути підставою для скасування або зміни рішення, якщо це порушення призвело до неправильного вирішення справи (ч. 3 ст. 309 ЦПК України).

Порушити або неправильно застосувати можна винятково норми існуючого матеріального права на момент розгляду в суді цивільної справи, оскільки не можна порушувати того, чого не має. Тому тільки в цьому випадку судове рішення може бути незаконним, а, отже, і необґрунтованим.

Водночас, прийнявши Закон України «Про мораторій на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті» № 1304-VII від 03 червня 2014 року законодавець, в перехідних положеннях, не врегулював особливості застосування його норм на стадіях перегляду судових рішень у цивільному процесі. Це означає, що якщо іпотекотримачем до прийняття цього закону, вже було реалізовано право на звернення стягнення на предмет іпотеки в судовому порядку, і, з цього приводу, судом вже було прийнято відповідне судове рішення, то, у разі перегляду такого судового рішення судом апеляційної інстанції, в основі правової позиції суду не можуть бути відображені норми вказаного Закону. Такий висновок поширюється і на інші види проваджень, якими опосередковується перегляд судових рішень у цивільному процесі України.

Сам по собі Закон України «Про мораторій на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті» № 1304-VII від 03 червня 2014 року не може бути підставою для скасування рішення суду першої інстанції, оскільки на час його ухвалення місцевий суд і не міг його застосувати, так як його не існувало, а апеляційний суд перевіряє законність і обґрунтованість рішення суду з огляду на те законодавство, яке існувало на

момент його ухвалення. Такий висновок стосується й суду касаційної інстанції, який переглядає судові рішення на предмет їх законності.

В судовій практиці інколи мають місце й курйозні випадки, які пов'язані з неправильним застосуванням норм матеріального права при вирішенні цивільних справ, підтвердженням чого є цивільна справа, провадження по якій було відкрито ВС України за позовом Особи 1 до Особи 2 про усунення перешкод у користуванні майном шляхом виселення із приміщення магазину¹¹⁴. Як впливає з матеріалів справи, задовольняючи частково апеляційну скаргу Особи 1 на рішення Дубенського міськрайонного суду від 13 березня 2014 року в справі за позовом Особи 1 до Особи 2 про усунення перешкод у користуванні майном шляхом виселення з приміщення магазину, апеляційний суд Рівненської області з позицією якого погодився й Вищий спеціалізований суд з розгляду цивільних та кримінальних справ, керувався тим, що уклавши договір купівлі-продажу нерухомого майна Дубенське споживче товариство як продавець майна, не виконало обов'язку щодо передачі нерухомого майна (магазину) покупцеві – Особою 1 у зв'язку з чим в останньої не могло виникнути право власності на це майно. Такого висновку суд дійшов керуючись положеннями ст. ст. 655, 662 ЦК України.

Слід зауважити, що правові аспекти виникнення права власності на майно за договором врегульовані в загальних положеннях ст. 334 ЦК України. Як передбачено ч. 1 ст. 334 ЦК України право власності в набувача майна за договором виникає з моменту передання майна, якщо інше не встановлено договором або законом. Передання майна, як передбачено ч. 2 цієї статті, вважається вручення його набувачеві або перевізникові, організації зв'язку тощо для відправлення, пересилання набувачеві майна, відчуженого без зобов'язання доставки. До передання майна прирівнюється вручення коносаменту або іншого товарно-розпорядчого документа на майно.

Як впливає з наведеного, передання майна є підставою, з настанням якої в особи виникає право власності на майно тільки у випадку, якщо інше не передбачено договором або законом. Іншими словами в ч. 1 ст. 334 ЦК України йдеться про загальне правило, яке стосується моменту виникнення права власності на майно на підставі договору, і повинно застосовуватися тільки у тих випадках, якщо інше не передбачено договором або законом.

Водночас, якщо йдеться про нерухоме майно, то в цьому випадку, як таких підстав для застосування ч. 1 ст. 334 ЦК України до правовідносин,

¹¹⁴ Копія ухвали Вищого спеціалізованого суду України від 7 квітня 2015 року про допуск справи за позовом Особи 1 до Особи 2 про усунення перешкод у користуванні майном шляхом виселення із приміщення магазину. – Архів Верховного Суду України.

якими опосередковується перехід права власності на нерухоме майно на підставі договору не має, що обумовлено ч. 1 ст. 182 ЦК України згідно з якою право власності та інші речові права на нерухомі речі, обтяження цих прав, їх виникнення, перехід і припинення підлягають державній реєстрації.

До таких правовідносин повинні застосовуватися норми спеціального характеру, а саме ч. 4 ст. 334 ЦК України. Як передбачено положенням наведеної правової норми права на нерухоме майно, які підлягають державній реєстрації, виникають з дня такої реєстрації відповідно до закону (ч. 4 ст. 334 ЦК України). Крім того, згідно із ч. 3 цієї статті право власності на майно за договором, який підлягає нотаріальному посвідченню, виникає у набувача з моменту такого посвідчення або з моменту набрання законної сили суду про визнання договору, не посвідченого нотаріально, дійсним.

Однак незважаючи на сказане в спорах про визнання права власності на нерухоме майно спостерігається чимала кількість судових рішень в основі яких закладена зовсім інша правова позиція, зокрема йдеться про застосування судами України ч. 1 ст. 662 ЦК України.

Слід зауважити, що в положенні наведеної правової норми йдеться про обов'язок передачі товару продавцем покупцеві на підставі укладеного договору купівлі-продажу і в ній жодним чином не йдеться про момент виникнення права власності на майно, яке є предметом цього договору. Крім того, як впливає з аналізу наведеної правової норми, її застосування є можливим винятково стосовно договорів купівлі-продажу предметом яких є саме рухоме майно. Тому, у випадку з нерухомим майном як такі підстави для застосування цієї правової норми відсутні, що необхідно враховувати судам при вирішенні даної категорії спорів.

Підсумовуючи, необхідно відзначити про наступне, такі правові категорії як цивільна процесуальна форма, судова помилка та право на судовий захист, є такими, що перебувають у безпосередньому правовому зв'язку. В силу такого правового зв'язку наявність судової помилки призводить до порушення цивільної процесуальної форми, внаслідок чого з одного боку, матиме місце порушення права на судовий захист, а з іншого – недосягнення тих цілей та завдань, які закладено в основу здійснення цивільного судочинства в Україні.

За загальним правилом можна виділити наступні види судових помилок, а саме ті, які допускаються на етапі відкриття провадження у справі, незалежно від стадії цивільного судочинства; ті, які допускаються в ході розгляду цивільної справи, а також судові помилки, які безпосередньо пов'язані з порушенням норм матеріального права чи не правильним його застосуванням.

Забезпечення права на свободу та особисту недоторканість з врахуванням практики Європейського суду з прав людини

Кульчак Леся Степанівна

старший викладач кафедри судочинства

Недоторканність і безпека людини визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю, а поєднання понять «свобода» й «особиста недоторканність» не випадкове. Вони мають свою історію. Ще Ш.Л. Монтеск'є, визначаючи свободу, наголошував на тому, що це право людини робити все, дозволене законом. Лише за таких умов людина може мати повну свободу, бути вільною у виборі певного варіанта поведінки в межах існуючих у державі законів. Якщо в суспільстві не забезпечена реалізація прав і свобод людини, таке суспільство не може вважатися демократичним¹¹⁵. Отже, право на свободу й особисту недоторканність склалося історично і бере свій початок ще з XIII століття.

Перша спроба закріпити на конституційному рівні право на свободу та особисту недоторканність отримала об'єктивне відображення в проекті Конституції Української Народної Республіки 1918 року. Стаття 13 цього проекту проголошувала, що «громадянин Української Народної Республіки, і ніхто інший не може бути затриманий на території її без судового наказу інакше, як на гарячій вчинку. Але і в такому разі він має бути випущений не пізніше, як за 24 години, коли суд не встановить якогось способу його затримання»¹¹⁶. Через складну політичну ситуацію тих років, втрату нашою державою суверенітету й незалежності зазначений конституційний проект так і не було прийнято.

Конституційне закріплення цього права вперше було здійснено майже 20 років потому, під час перебування України у складі Радянського Союзу. Так, стаття 126 Конституції Української Радянської Соціалістичної Республіки передбачала, що громадянам забезпечується недоторканність

¹¹⁵ Монтеск'є Ш.Л. О духе законов // Избранные произведения. М., 1955. С. 289.

¹¹⁶ Конституція Української Народної Республіки (Статут про державний устрій, права і вільності УНР) від 29.квітня 1918р.[Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу:<http://zakon.rada.gov.ua>.

особи і ніхто не може бути арештований інакше, як за постановою суду або з санкції прокурора¹¹⁷.

У незмінному вигляді це положення увійшло до статті 52 Конституції Української Радянської Соціалістичної Республіки 1978 року¹¹⁸.

Конституційне право на свободу та особисту недоторканність людини закріплено в ст. 29 Конституції України¹¹⁹. Водночас пункт 13 Перехідних положень Конституції України ще на 5 років зберігав позасудовий, за санкцією прокурора, порядок арешту, затримання та тримання під вартою осіб, підозрюваних у вчиненні злочину, огляду та обшуку їх житла. Тому відповідне застереження з терміном дії не більше ніж 4 роки було передбачено при ратифікації українським парламентом у 1997 році Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року.

Ратифікувавши в 1997 році Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод, Україна взяла на себе обов'язок слідувати правилам цього міжнародного договору, який самим своїм існуванням покликаний утверджувати демократичні принципи діяльності держави й гарантувати фундаментальні права людини, у тому числі й право на свободу та особисту недоторканність, якому присвячено статтю 5 Конвенції.

У 2001 році застереження, що містилися в Перехідних положеннях Конституції України втратили актуальність, оскільки, повноваження приймати рішення про затримання, арешт, тримання під вартою правопорушника, про огляд або обшук його володіння було віднесено до виключної компетенції суду.

Прийняття у 2006 році Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»¹²⁰ слугувало створенню достатньо ефективного механізму реалізації правових позицій цього суду стосовно як безпосередніх заявників, так й інших осіб, які перебувають у подібній ситуації. Перманентне інформування суддів і посадових осіб органів виконавчої влади України про прийняті Європейським судом з прав людини (далі - ЄСПЛ) проти нашої держави рішення,

¹¹⁷ Конституція (Основний Закон) УРСР від 30 січня 1937р. [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: [http:// zakon. rada.gov.ua](http://zakon.rada.gov.ua).

¹¹⁸ Конституція (Основний Закон) УРСР від 20 квітня 1978р. [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: [http:// zakon. rada.gov.ua](http://zakon.rada.gov.ua).

¹¹⁹ Конституція України від 28 червня 1996р. [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: [http:// zakon. rada.gov.ua](http://zakon.rada.gov.ua).

¹²⁰ Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» №3477-IV від 23 лютого 2006р. [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: [http:// zakon. rada.gov.ua](http://zakon.rada.gov.ua).

здійснюване відповідно до зазначеного закону, дозволяє досить оперативно адаптувати судову та адміністративну практику до правових стандартів Ради Європи, що знаходять відображення у правових позиціях ЄСПЛ. Більше того, згідно зі статтею 17 цього закону українські суди зобов'язані застосовувати при розгляді справ практику як джерело права.

21 травня 2015 року постановою Верховної Ради України було схвалено Заяву про відступ України від окремих зобов'язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод¹²¹.

Генеральний секретар ООН та Генеральний секретар Ради Європи на підставі статті 4 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права та статті 15 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод були поінформовані про те, що Україна не несе відповідальності за додержання прав людини на території Автономної Республіки Крим та міста Севастополь, частини Донецької та Луганської областей. Також у цій Заяві зазначено, що у зв'язку з тривалою антитерористичною операцією в Донецькій та Луганській областях парламентом було прийнято закони, які фактично допускають обмеження на цих територіях прав людини, передбачених статтями 9, 12, 14, 17 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, статтями 5, 6, 8, 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та статтею 2 Протоколу № 4 до неї.

Зокрема, як зазначено у Заяві, стосовно права на свободу та особисту недоторканність новими законами передбачено такі обмеження:

— превентивне затримання осіб, причетних до терористичної діяльності, на

строк понад 72 години, але не більше ніж на 30 діб, за згодою прокурора та без

ухвали суду;

— обмеження щодо перебування у певний період доби на вулицях та в інших

громадських місцях без визначених документів;

— тимчасове обмеження або заборона руху транспортних засобів і пішоходів

на вулицях, дорогах та ділянках місцевості;

¹²¹ Постанова Верховної Ради України «Про Заяву Верховної Ради України «Про відступ України від окремих зобов'язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод» від 21 травня 2015 р. [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.

— перевірка документів, що посвідчують особу, у фізичних осіб, а в разі потреби огляд речей, транспортних засобів, багажу та вантажів, службових приміщень і житла громадян, крім обмежень, встановлених Конституцією України.

У практиці Європейського Суду з прав людини поняття «свобода та особиста недоторканність» декларується, у першу чергу, в рішеннях щодо порушень статті 5 Конвенції, яка закріплює головне право людини, зокрема, захист кожного від свавільного втручання держави в його право на свободу. Однак це право – не абсолютне й може бути обмежене державою.

Стаття 5 Конвенції – ключовий елемент захисту прав особи. Її основна мета – запобігання свавільному або необґрунтованому позбавленню волі (рішення в справі «МакКей проти Сполученого Королівства»). Як зазначив ЄСПЛ, наприклад, у рішеннях у справах «Де Вілде, Оомс і Версип проти Бельгії», «Медведев та інші проти Франції», «Ладент проти Польщі», право на свободу та особисту недоторканність – найважливіше в демократичному суспільстві в розумінні Конвенції. Особиста свобода є фундаментальною умовою. Цією свободою кожен повинен користуватися, а позбавлення її, дуже ймовірно, матиме прямий і негативний вплив на користування багатьма іншими правами. Але тут важливим є не сам факт такої можливості, а мета обмеження права й умови, додержання яких є обов'язковим для того, щоб обмеження вважалось сумісним з гарантіями захисту права за статтею 5 Конвенції. Будь-яке позбавлення волі, як зазначає ЄСПЛ, повинно здійснюватися не тільки відповідно до основних процесуальних норм національного права, а також відповідати меті статті 5, тобто захищати людину від свавілля влади¹²².

Юридична доктрина виділяє кілька поглядів на недоторканість особи. І.Є. Фабер під недоторканістю особи розуміє суб'єктивне право громадянина, яке складається з багатьох правомочностей, що забезпечують фізичну (тілесну) та моральну недоторканість людини, свободу її самовизначення.

Л.А. Григорян вважає, що недоторканість особи полягає в захисті людини не тільки від незаконних та необґрунтованих арештів і затримань, але й взагалі від усіляких неправомірних посягань на її свободу, життя, здоров'я, майно, честь та гідність. Недоторканість особи – це забезпечення всіх виявів свободи за умови її правомірної поведінки.

Ю.А. Олійник визначає конституційне право на особисту недоторканість як особисте суб'єктивне право українських громадян, яке

¹²² Кучинська О.П., Фулей Т.І., Бараннік Р.В. Принципи кримінального провадження у світлі практики Європейського суду з прав людини. Монографія. – Ніжин, 2013. – С. 82

гарантує їх свободу від протиправних посягань на життя, здоров'я, індивідуальну безпеку з боку кого б то не було, не допускає незаконних і безпідставних дій посадових осіб державних органів та громадських організацій щодо особистої недоторканості при виконанні ними своїх обов'язків і надає можливість відновлення порушеного права¹²³.

У своїй статті «Конституційне право на свободу та особисту недоторканість: поняття та характерні риси» автор зазначає такі основні риси права на недоторканість особистого життя громадян: а) право індивідуальних суб'єктів; б) основне конституційне право; в) право, що гарантує особисту недоторканість; г) характерне для кожної людини і громадянина; д) належить їм від народження; е) не допускає протиправних арештів і затримань та інших примусових заходів у кримінальному та адміністративному порядку, пов'язаних з обмеженням особистої свободи; є) забезпечується державними органами і органами місцевого самоврядування; ж) створює можливість відшкодування збитків і відтворення порушеного права¹²⁴.

У вузькому тлумаченні недоторканність особи пов'язується із свободою від свавільних арештів. У такому значенні це право вживається у тексті Міжнародного пакту про громадянські політичні права 1966 р., Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р, Конституції України, КПК; зазначену позицію підтримують більшість українських вчених: В.Т.Малярєнко, М.М.Михеєнко, В.П.Шибіко, А.Я.Дубинський, Є.Г. Коваленко, Л.Д. Удалова, В.В. Рожнова, В.В.Назаров, М.М. Руденко та ін.

На думку дослідниці Є.Г Васильєвої у структуру принципу особистої недоторканності можна включити наступні поняття:

- фізична недоторканність – припускає захист від насильства, небезпечного для життя і здоров'я, насильства, що не є небезпечним для життя і здоров'я, охорону статевої свободи;
- моральна недоторканність – захист честі і гідності особистості;
- психічна недоторканність – захист нормального перебігу психічних процесів ,
- індивідуальна свобода – захист права на свій розсуд визначати місце перебування, свободу пересування, право на відсутність спостереження або охорони;

¹²³ Олійник А.Ю. Деякі питання забезпечення органами внутрішніх справ недоторканості особи / Проблеми правознавства. – К., 1991. – С. 12-15.

¹²⁴ Олійник А.Ю. Конституційне право на свободу та особисту недоторканість: поняття та характерні риси / Право України. – 2000. - №12. – С.8

- загальна свобода дій – захист дій, не охоплених формалізованим правом;
- особиста безпека – забезпечення відсутності загрози заподіяння шкоди. Васильєва Є.Г. вважає, що принцип недоторканності особи може розглядатися як неприпустимість (заборона) будь-якого протиправного посягання на фізичну, моральну і психічну цілісність, індивідуальну свободу, спільну свободу дій і особисту безпеку при здійсненні кримінального судочинства.

Варто підтримати позицію вчених Ю.П. Аленіна, В.Т. Маляренко, В.Т. Шибіко, які вважають, що засада недоторканності особи означає, що ніхто не може бути позбавлений свободи, арештований, затриманий за підозрою у вчиненні злочину, піддаватися особистому огляду, судовій експертизі чи приводу не інакше, як на вимогах і в порядку, передбаченому законом

За змістом статті 5 Конвенції право на свободу та особисту недоторканність включає в себе такі елементи:

- свобода від свавільного арешту та затримання;
- позбавлення волі тільки на підставі «закону»;
- право бути повідомленим про причини арешту;
- право на судовий контроль за арештом та затриманням;
- право та можливість оспорити законність арешту та затримання;
- право на компенсацію за незаконність арешту та затримання.

Проголошуючи «право на свободу», стаття 5 Конвенції визначає особисту свободу в її класичному розумінні, тобто фізичну свободу особи. Мета її – гарантувати, щоб ніхто не міг бути позбавлений цієї свободи свавільно, так зазначив Європейський суд з прав людини у своєму рішенні у справі «Енгель та інші проти Нідерландів». В Конвенції забороняються не всі види позбавлення свободи і спеціально зазначаються шість вичерпних випадків, на підставі яких держава може посягнути на свободу і особисту недоторканність особи.

Право на свободу і особисту недоторканність повинно сприйматись в цілому як захист від будь-якого процесуального чи матеріально-правового посягання на особисту свободу з боку державних органів. Іншими словами, під «особистою недоторканістю» мається на увазі фізична недоторканність, тобто гарантія від арешту чи затримання.

Кожен із передбачених в пункті 1 статті 5 випадків передбачає положення про те, що арешт або тримання під вартою повинні бути законними. Для забезпечення цієї законності національні органи зобов'язані дотримуватись внутрішнього права і в діях держави не повинно бути ні зловживання владою, ні недобросовісності. Так, у рішенні у справі

«Вінтерверп проти Нідерландів» Суд підкреслив, що поняття «законний» охоплює як процесуальні, так і матеріально-правові норми. Воно певним чином співпадає з загальним поняттям статті 5 пункту 1, це дотримання «процедури, встановленої законом»¹²⁵.

Дотримання внутрішнього права безпосередньо входить в обов'язки держави, а Конвенція дозволяє ЄСПЛ вирішувати, чи було дотримане внутрішнє право. Свавільне позбавлення свободи, проведене не відповідно до закону та без дотримання процедур та гарантій, передбачених національним законодавством, може призвести до порушення статті 5 Конвенції.

В рішенні Європейського Суду з прав людини Микеле де Сальвіа зазначено: «Стаття 5 написана таким чином, що вислів «свобода і особиста недоторканність» необхідно читати як єдине ціле і так, що словосполучення «особиста недоторканність» повинно розумітися в контексті «свободи»; захист «особистої недоторканності», у цьому контексті, стосується будь-якого свавільного втручання з боку державної влади в особисту «свободу» індивіда». Ця стаття Європейської конвенції доповнює систему правового захисту недоторканності особи, куди входять також положення статей 2-3 й 4 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, і становить основну ідею, яка лежить в основі всіх політичних систем, що дотримуються принципу верховенства права¹²⁶.

Неодноразово ЄСПЛ у своїх рішеннях вказує на особисту недоторканність як мету Конвенції: у рішенні «Tytler v. The United Kingdom» від 25 квітня 1978 року Суд зазначив, що покарання заявника, у процесі якого з ним поводитися за правилами, визначення яких віднесено до відання державних органів, було зазіханням саме на те, що є однією з головних цілей ст. 3, а саме: на гідність та особисту недоторканність людини»¹²⁷.

Кримінальний процесуальний кодекс України, дотримуючись вимог Конституції України, Конвенції та практики Європейського суду з прав людини встановив у кримінальному провадженні такі обмеження права на свободу та особисту недоторканність:

¹²⁵ Див. рішення у праві «Вінтерверп проти Нідерландів» від 24 жовтня 1979р. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.

¹²⁶ Шевчук С. Судовий захист прав людини : Практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції / С. Шевчук. – Вид. 2-е, випр., доп. – К. : Реферат, 2007. – 848 с.

¹²⁷ Рабінович П. М. Страсбурзьке правосуддя: філософсько-антропологічні та гносеологічні засади / П. М. Рабінович // Проблеми філософії права. – 2008-2009. – Том VI-VII. – С. 94-101.

- затримання особи за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення як тимчасовий запобіжний захід;
- затримання підозрюваного, обвинуваченого з метою приводу для участі в розгляді клопотання про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою;
- затримання в Україні особи, яка розшукується іноземною державою у зв'язку із вчиненням нею кримінального правопорушення, та застосування до неї тимчасового арешту;
- застосування до підозрюваного, обвинуваченого таких запобіжних заходів, як домашній арешт та тримання під вартою;
- покладення на підозрюваного чи обвинуваченого у разі застосування до нього запобіжного заходу – особистого зобов'язання обов'язків, передбачених п.п. 2, 5, 8 ч.5 ст.194 КПК;
- примусове поміщення особи до лікувального закладу для проведення стаціонарної медичної чи психіатричної експертизи;
- поміщення дитини, яка вчинила суспільно-небезпечне діяння у віці від 11-ти років до досягнення віку, з якого може неставати кримінальна відповідальність, до приймальника-розподільника на строк до 30-ти днів та його продовження ще до 30-ти днів; – тримання особи під вартою в Україні, коли є рішення компетентного органу іноземної держави про взяття її під варту або призначення їй покарання у вигляді позбавлення волі, якщо ця особа транзитно перевозиться територією України або тимчасово видана в Україну;
- застосування екстрадиційного арешту до особи, яка вчинила злочин за межами України, але була затримана в Україні і до якої був застосований тимчасовий арешт, після надходження запиту органу іноземної держави про її видачу.

Стаття 12 КПК України передбачає, що ніхто не може бути обмежений у праві на свободу та особисту недоторканність¹²⁸. Виходячи із цього, при застосуванні даної норми слід мати на увазі, що її дія поширюється як на підозрюваного, обвинуваченого, так і на інших суб'єктів кримінального провадження.

Європейський суд з прав людини у справі «Гарькавий проти України» від 18 лютого 2010 р. зазначив, що особа не може бути позбавлена або не може позбавлятися свободи, крім випадків, встановлених у п. 1 ст. 5 Конвенції з прав людини. Цей перелік винятків є вичерпним, і лише вузьке тлумачення цих винятків відповідає цілям цього положення, а саме – гарантувати, що

¹²⁸ Кримінальний процесуальний кодекс України № 4651-VI від 13 квітня 2012р [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.

нікого не буде свавільно позбавлено свободи¹²⁹. Отже, право на свободу та особисту недоторканність не є абсолютним і може бути обмежене, але тільки на підставах та в порядку, які чітко визначені в законі.

Суд неодноразово звертав увагу на недосконалість чинного законодавства України і необхідність дотримуватися принципу правової визначеності, про що зазначив у Рішеннях у справах «Соловей і Зозуля проти України» від 27.11.2008 року, «Доронін проти України» від 19.02.2009 р. та «Єлоєв проти України» від 6.11. 2008 року і в останній справі (п.1), підкреслив, що, хоча «законність», з точки зору національного закону, тримання під вартою є першорядним чинником, він не завжди є вирішальним. На додаток до цього, Суду належить переконатися, що тримання під вартою протягом періоду, який розглядається, відповідає меті пункту 1 статті 5 Конвенції, яка полягає в недопущенні безпідставного позбавлення свободи. Суд також має з'ясувати, чи відповідає Конвенції сам національний закон і, зокрема, чи відповідають їй загальні принципи, які сформульовані в ньому чи впливають з нього.

Частина 2 статті 12 КПК України у світлі вимог ст.5 Конвенції встановлює гарантії недопущення свавільного обмеження свободи особи та її недоторканості під час кримінального провадження: обмеження свободи особи та її недоторканості можливе лише у встановлених КПК випадках, з дозволу і під контролем суду; негайне доставлення затриманої особи до слідчого судді для з'ясування законності та обґрунтованості її затримання, а також підстав для подальшого тримання під вартою; встановлення строку – 3 доби (72 годин) з моменту затримання, протягом якого слідчий суддя чи суд має перевірити обґрунтованість затримання (у разі якщо воно відбулось без їх ухвали) та ухвалити рішення про звільнення затриманого чи тримання його під вартою.

Затримання особи є заходом забезпечення кримінального провадження (п. 9 ч. 2 ст. 131 КПК України). Згідно з правовою позицією Конституційного Суду України, яку він висловив у рішенні від 26 червня 2003 р. № 12-рп/2003 (справа про гарантії депутатської недоторканності), затримання слід розуміти і як тимчасовий запобіжний кримінально-процесуальний захід, застосування якого обмежує право на свободу та особисту недоторканність індивіда (абз. 5 п. 6 мотивувальної частини Рішення КСУ).

Відповідно до ст. 209 КПК України особа є затриманою з моменту, коли вона силою або через підкорення наказу змушена залишатися поряд із

¹²⁹ Рішення у справі «Гарькавий проти України» від 18 лютого 2010р. (Заява N 25978/07) [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: [http:// zakon. rada.gov.ua](http://zakon.rada.gov.ua).

уповноваженою службовою особою чи в приміщенні, визначеному уповноваженою службовою особою.

У кримінальному процесуальному законодавстві виділяють такі види затримання особи:

- затримання уповноваженою службовою особою за ухвалою слідчого судді;
- затримання уповноваженою службовою особою без ухвали слідчого судді (ст. 208 КПК);
- законне затримання (ст. 207 КПК).

За загальним правилом, встановленим ст. 207 КПК України, ніхто не може бути затриманий без ухвали слідчого судді, суду, крім випадків, передбачених цим Кодексом (ч. 1), а в ст. 204 КПК України зазначено, що забороняється затримання особи без дозволу слідчого судді, суду у зв'язку з підозрою або обвинуваченням, якщо до підозрюваного, обвинуваченого застосовано запобіжний захід, не пов'язаний із триманням під вартою.

Право на свободу пересування, а також право на свободу вибору місця проживання та право залишати будь-яку країну, включаючи свою власну, визначається Протоколом № 4 до Конвенції (повна назва цього документа – Протокол № 4 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, який гарантує деякі права і свободи, що не включені до Конвенції та першого Протоколу до неї (відкритий для підписання 16 вересня 1963 р.)).

В статті 3 Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні»¹³⁰ передбачено, що свобода пересування – це право громадянина України, а також іноземця та особи без громадянства, які на законних підставах перебувають в Україні, вільно та безперешкодно за своїм бажанням переміщатися по території України у будь-якому напрямку, у будь-який спосіб, у будь-який час, за винятком обмежень, які встановлюються законом.

Обмеження у здійсненні права на вільне пересування в інший спосіб може відбуватися під час проведення слідчих (розшукових) дій (наприклад, за ч. 2 ст. 236 та ч. 6 ст. 237 КПК слідчий, прокурор має право заборонити будь-якій особі залишити місце обшуку або огляду до їх закінчення); при застосуванні окремих заходів забезпечення кримінального провадження (наприклад, домашній арешт (ст. 181 КПК)) або якщо слідчим суддею, судом на підозрюваного або обвинуваченого покладено виконувати такі обов'язки:

¹³⁰ Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: [http:// zakon.rada.gov.ua](http://zakon.rada.gov.ua).

не відлучатися із населеного пункту, в якому він зареєстрований, проживає чи перебуває, без дозволу слідчого, прокурора або суду; не відвідувати місця, визначені слідчим суддею або судом (пп.2,5 ст. 194 КПК)) та у ході міжнародного співробітництва під час кримінального провадження (тимчасовий арешт (ст. 583 КПК)). Обмеження права на свободу та особисту недоторканність у кримінальному провадженні інакше як на підставах та в порядку, передбачених цим Кодексом, забороняється. В рішенні Європейського суду з прав людини «Нечипорук та Йонкало проти України» вказується на те, що слово «законний» та словосполучення «відповідно до процедури, встановленої законом» у п. 1 ст. 5 Конвенції за своєю суттю відсилають до національного законодавства та встановлюють зобов'язання забезпечувати дотримання матеріально-правових і процесуальних норм законодавства¹³¹. Хоча саме національні органи, передовсім суди, повинні тлумачити і застосовувати національний закон, відповідно до п. 1 ст. 5 Конвенції недотримання національного закону призводить до порушення Конвенції і Європейський суд може та повинен перевірити, чи було дотримано цей національний закон. Згідно із законодавством України позбавлення свободи без вмотивованого рішення суду можливе лише в обмеженій кількості досить чітко визначених випадків. Процедура обрання запобіжного заходу, або затримання особи, права та обов'язки уповноважених на то осіб, строки затримання, та тримання під вартою, порядок їх визначення та продовження, тощо передбачені ст. 29 Конституції та КПК. Порушення вимог закону тягнуть за собою визнання порушення права особи на свободу та особисту недоторканність.

Положення статті 5 Конвенції, зокрема, пункт 3, вимагає, щоб кожна особа, яку було затримано з метою забезпечення її присутності перед компетентним судовим органом на підставі обґрунтованої підозри у вчиненні злочину або якщо визнається за необхідне запобігти вчинення нею злочину або її втечі після її вчинення, негайно постала перед суддею чи іншою службовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу. Суддя або інша службова особа має вислухати особу, якій пред'явлене обвинувачення, для цього особа має постати особисто перед судовим органом, який повинен ухвалювати свої рішення неупереджено, незалежно, відповідно до процедури та норм, що визначені законом.

¹³¹ Рішення у справі «Нечипорук та Йонкало проти України» від 21 квітня 2011р. (Заява N 42310/04) [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: [http:// zakon.rada.gov.ua](http://zakon.rada.gov.ua).

Варто зазначити, що ще у 2008 році у рішенні «Свершов проти України» ЄСПЛ зазначив, що очікування попереднього розгляду справи судом не є юридичною підставою для позбавлення свободи, тим більше, що відповідні положення національного законодавства не передбачають таких підстав. Суд підкреслив, що він уже розглядав у низці справ практику тримання підсудних під вартою виключно на підставі одержання судом першої інстанції обвинувального висновку і встановив, що така практика становить порушення пункту 1 статті 5 Конвенції, і що практика тримання підсудних під вартою без конкретного юридичного підґрунтя або за відсутності чітких положень, які регулюють такі питання, несумісна з принципами юридичної визначеності та гарантіями захисту від свавілля, які спільною ідеєю об'єднують Конвенцію і принцип верховенства права.

Тримання під вартою є винятковим запобіжним заходом, який застосовується лише у разі, якщо прокурор доведе, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів не зможе запобігти ризикам, передбаченим ст. 177 КПК України (ч. 1 ст. 183 КПК). Підстави для застосування тримання під вартою викладені у ч. 2 ст. 183 КПК.

Цей запобіжний захід застосовується слідчим суддею на підставі поданого слідчим, прокурором клопотання, яке розглядається ним невідкладно, але не пізніше сімдесяти двох годин з моменту фактичного затримання підозрюваного, обвинуваченого або з моменту надходження до суду клопотання, якщо підозрюваний, обвинувачений перебуває на свободі (ст. 186 КПК). Отже, у будь-якому випадку підозрюваний, обвинувачений повинен у найкоротший строк предстати перед слідчим суддею для вирішення питання про законність та обґрунтованість його затримання, іншого позбавлення свободи та подальшого тримання.

З метою недопущення незаконного тримання особи під вартою або позбавлення її свободи в інший спосіб ст. 206 КПК встановлено правило, згідно якого у випадку отримання слідчим суддею з будь-яких джерел відомостей, які створюють обґрунтовану підозру, що в межах територіальної юрисдикції суду перебуває особа, позбавлена свободи за відсутності судового рішення, яке набрало законної сили, або не звільнена з-під варти після внесення застави в установленому КПК порядку, він зобов'язаний постановити ухвалу, якою має зобов'язати будь-який орган державної влади чи службову особу, під вартою яких тримається особа, негайно доставити цю особу до слідчого судді для з'ясування підстав позбавлення свободи. Слідчий суддя зобов'язаний також звільнити позбавлену свободи особу, якщо орган державної влади чи службова особа, під вартою яких тримається ця особа, не

надасть судові рішення, яке набрало законної сили, або не доведе наявності інших правових підстав для позбавлення особи свободи.

Законність тримання під вартою полягає у дотриманні встановленої законом процедури застосування даного запобіжного заходу, а його обґрунтованість – у вимозі взяття особи під варту лише за наявності передбачених в законі підстав. Безпідставне тримання під вартою – серйозне порушення прав людини. В Загальній декларації прав людини (1948р.) говориться: «Ніхто не може зазнавати безпідставного арешту, затримання або вигнання» (ст. 9). Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (1966 р.) містить наступне положення: «Нікого не може бути піддано свавільному арешту чи тримання під вартою. Нікого не може бути позбавлено волі інакше, як на підставах і відповідно до такої процедури, які встановлено законом» (ст. 9). Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод (1950 р.) у статті про право (кожного) на свободу та особисту недоторканність (ст. 5) прямо застерігає про те, що «нікого не може бути позбавлено свободи інакше ніж відповідно до процедури, встановленої законом», і лише у перелічених в ній шести випадках, одним з яких є – законний арешт особи «з метою припровадження її до встановленого законом компетентного органу на підставі обґрунтованої підозри у вчиненні нею кримінального правопорушення або якщо є розумні підстави вважати за необхідне запобігти вчиненню нею правопорушення чи її втечі після його вчинення».

Суд неодноразово звертав увагу на недосконалість чинного законодавства України і необхідність дотримуватися принципу правової визначеності. Так, у Рішенні від 6 листопада 2008 року у справі «Слоєв проти України» Суд вважає, що «відсутність чітко сформульованих положень, які б визначали, чи можливо належним чином продовжити (якщо так, то за яких умов) застосування на стадії судового слідства запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, обраного на визначений період на стадії досудового слідства, не відповідає критерію «передбачуваності закону» для цілей пункту 1 статті 5 Конвенції. Практика, яка виникла у зв'язку із законодавчою прогалиною і яка зумовлює тримання особи під вартою протягом необмеженого і непередбачуваного строку за обставин, коли таке тримання не передбачається ні конкретним положенням законодавства, ні будь-яким судовим рішенням, сама по собі суперечить принципу юридичної визначеності, який імплікований Конвенцією і який становить один із основних елементів верховенства права» (пункт 53).

Аналогічну позицію щодо «непорушності» права на свободу та особисту недоторканність, зокрема, практики утримання особи під вартою без конкретної правової підстави, а лише за відсутності чітких правил, внаслідок

чого особа може бути позбавлена свободи на невизначений строк, Суд займає не тільки щодо України, але й у 2000 році щодо Польщі, Литви у справах «Барановський проти Польщі» п.п.54-57 і «Йечиус проти Литви» п.п.62-63.

У справах «Доронін проти України» та «Микола Кучеренко проти України» від 19 лютого 2009 року, Суд, встановлюючи порушення ст. 5 Конвенції, звертає увагу української сторони на те, що «після пред'явлення матеріалів справи для ознайомлення і до проведення попереднього розгляду справи судом, не існувало жодного судового рішення, яке б узаконювало тримання заявника під вартою», як про це зазначалося вище.

Відповідно до ч.1 ст. 197 КПК України при обранні запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою слідчий суддя, суд в ухвалі зобов'язаний вказати дату закінчення її дії в межах строку, передбаченого законом. Коментована стаття КПК встановлює, що за загальним правилом строк дії ухвали слідчого судді, суду про тримання під вартою або продовження тримання під вартою не може перевищувати шістдесяті днів.

Європейський суд з прав людини неодноразово звертав увагу на те, що провадження щодо тримання особи під вартою має бути змагальним і завжди забезпечувати рівність сторін. Оскільки у цьому випадку йдеться про обмеження конституційного права особи на свободу й особисту недоторканність, присутність обвинуваченого, підсудного при вирішенні зазначеного питання забезпечила б можливість отримання суддею його пояснень і здійснення в такий спосіб свого захисту.

Кримінальним процесуальним законом передбачено, що під час досудового розслідування клопотання слідчого, погоджене з прокурором, клопотання прокурора про застосування запобіжного заходу розглядається слідчим суддею, а під час судового провадження клопотання прокурора розглядається судом 158 місцевого суду, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться орган досудового розслідування, невідкладно, але не пізніше сімдесяти двох годин з моменту фактичного затримання підозрюваного, обвинуваченого або з моменту надходження до суду клопотання, якщо підозрюваний, обвинувачений перебуває на свободі, з обов'язковою участю сторін – прокурора, з однієї сторони, підозрюваного, обвинуваченого, його захисника, з іншої.

За відсутності підозрюваного, обвинуваченого слідчий суддя, суд може розглянути клопотання про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою та обрати такий запобіжний захід лише у разі, якщо прокурор доведе і наявність підстав для обрання даного запобіжного заходу, передбачених ст. 177 КПК, і те, що підозрюваний, обвинувачений оголошений у міжнародний розшук. Але у такому разі після затримання особи і не пізніш

як через сорок вісім годин з часу її доставки до місця кримінального провадження слідчий суддя, суд зобов'язаний в режимі змагальності сторін за участю підозрюваного, обвинуваченого переглянути питання про застосування обраного запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою або його заміну на більш м'який запобіжний захід та постановити з цього питання ухвалу.

Законним затримання чи обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою є тільки в тих випадках, якщо вони здійснені відповідно до статей 183-213 КПК. Недотримання вказаних вимог закону, затримання особи, взяття її під варту або обмеження в праві на вільне пересування в інший спосіб під час кримінального провадження, здійснене за відсутності підстав або з порушенням порядку, передбаченого цим Кодексом, тягне за собою встановлену законом відповідальність.

9 жовтня 2014 року ЄСПЛ ухвалив рішення в справі «Чанєв проти України»¹³², у якому чи не вперше констатував порушення статті 5 Конвенції в результаті застосування чинного КПК 2012 року. Крім того, кілька місяців тому, 15 грудня 2016 року, ЄСПЛ ухвалив рішення в справі «Ігнатов проти України»¹³³, у якому знову ж таки констатував порушення Україною статті 5 Конвенції при тому, що національний суд, вирішуючи питання про тримання заявника Ігнатова під вартою та продовження строку попереднього ув'язнення, застосував уже норми КПК 2012 року.

За результатами розгляду цієї справи ЄСПЛ зауважив, що процедура досудового тримання під вартою в Україні досі несумісна з Конвенцією. Суд зазначив, що виявлені ним порушення в цій справі постійно відображаються в судовій практиці щодо України.

Європейський Суд у справі «Харченко проти України» від 10 лютого 2011 р. констатував порушення п. 4 ст. 5 Конвенції, оскільки суд не забезпечив швидкий розгляд скарг заявника про звільнення з-під варти та не надав належного обґрунтування відхилення його вимог. Так, у цій справі ЄСПЛ розглядав три періоди досудового ув'язнення заявника, і щодо двох з них констатував порушення пункту 1 статті 5. Хоча завдяки внесенню змін до чинного законодавства окремі проблеми, виявлені у цій справі (взяття під варту та продовження строку тримання під вартою за санкцією прокурора, а також неврахування періоду ознайомлення з матеріалами справи у строк досудового ув'язнення), вже не виникали, проте інші проблеми на момент

¹³² Рішення у праві «Чанєв проти України» від 09 жовтня 2014р. (Заява № 46193/13) [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.

¹³³ Рішення у праві «Ігнатов проти України» від 15 грудня 2016р. (Заява № 40583/15) [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/>

постановлення цього «пілотного» рішення були все ще актуальними¹³⁴. Таким чином, в рішенні «Харченко проти України» ЄСПЛ дійшов висновку, що існуюча в Україні практика тримання особи під вартою лише на тій підставі, що до суду першої інстанції надійшов обвинувальний висновок, не ґрунтується на чітких і передбачуваних юридичних нормах, і як наслідок – висновку про наявність порушення пункту 1 статті 5 Конвенції.

Однак, розглянувши обставини справи Ігнатова, ЄСПЛ дійшов висновку, що він не впевнений у тому, що чинне законодавство, зокрема КПК 2012 року, є належним, оскільки відповідні вимоги щодо попереднього ув'язнення викликають занепокоєння.

Таким чином, ЄСПЛ вважає, що найкращим способом вирішення зазначеного питання буде реформування законодавства і/або практики з метою забезпечити відповідність національного кримінального процесу вимогам статті 5 Конвенції.

На сучасному етапі судової реформи в Україні готується комплексне оновлення та вдосконалення кримінального процесуального законодавства. Тож зараз якраз слушний час для висловлення пропозицій законодавчих змін, зокрема тих, що мають поліпшити стан речей у сфері забезпечення дотримання прав громадян на свободу та особисту недоторканність.

Загальновідомо, що єдність судової практики є реалізацією принципу правової визначеності, який забезпечує прогнозованість судових рішень і стабільність правового регулювання. На сьогодні забезпечення єдності судової практики законом віднесено до основного обов'язку Верховного Суду України, а після утворення нового Верховного Суду з повноваженням суду касаційної інстанції забезпечувати однакове застосування норм права судами різних спеціалізацій у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом, буде цей Суд.

Проте, частина судової практики, яка стосується вирішення слідчими судьями клопотань про застосування запобіжних заходів, наразі повністю перебуває поза межами контролю з боку касаційного суду та Верховного Суду України, оскільки судові рішення такого виду можуть бути оскаржені лише в апеляційному порядку, а їх касаційне оскарження не допускається.

Обмеження оскарження цих рішень апеляційною інстанцією видається виправданим з точки зору оперативності вирішення питання про застосування запобіжного заходу. Це – позитивний момент.

¹³⁴ Рішення у праві «Харченко проти України» від 10 лютого 2011р. (Заява N 40107/02) [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.

Вважаю, що з метою правильного й однакового застосування національного законодавства, статті 5 Конвенції та практики ЄСПЛ доцільно, щоб у процесі підготовки змін до КПК України було запропоновано механізм дієвого забезпечення єдності судової практики. Принаймні в найважливіших питаннях, які прямо стосуються гарантій дотримання права людини на свободу та особисту недоторканність.

Крім того, за результатами розгляду заяв про порушення статті 5 Конвенції ЄСПЛ доходить висновку, що перед застосуванням тримання особи під вартою (найтяжчого заходу втручання в право на свободу) національний суд обов'язково повинен розглянути можливість застосування менш суворих запобіжних заходів, зокрема й застави, якщо її передбачено національним законом.

Чинний кримінальний процесуальний закон України визначає заставу одним з видів запобіжних заходів. До того ж, за загальним правилом частини третьої статті 183 КПК України слідчий суддя, суд, постановляючи ухвалу про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, зобов'язаний визначити розмір застави, достатньої для забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим обов'язків, передбачених цим Кодексом.

На сьогодні застава в Україні можлива виключно у грошовій формі та в грошовій одиниці України, а її конкретний розмір визначає слідчий суддя чи суд, як правило, у межах, визначених частиною п'ятою статті 182 КПК. При цьому з огляду на положення частини четвертої статті 182 КПК України розмір застави, з одного боку, повинен достатньо гарантувати виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього обов'язків, тобто бути суттєвим і значущим для особи, а з другого – не може бути завідомо непомірним для нього.

Віднайти розумний баланс між цими двома категоріями досить непросто. Водночас це ускладнюється ще й тим, що заставу може бути внесено виключно в грошовій формі. Визнаймо, що переважна більшість українців не має значних коштів, хоча багато хто є власником рухомого й нерухомого майна.

З огляду на зазначене було б доцільно розглянути питання про розширення переліку об'єктів, які можуть визнаватися заставою в розумінні запобіжного заходу, у тому числі й альтернативного тримання під вартою. Наприклад, у Польщі такий запобіжний захід, як майнова порука, виражається у внесенні як грошових коштів, так і цінних паперів, а також у заставі рухомого майна чи іпотеці нерухомого майна.

Існує також важливий процедурний момент, що стосується запобіжного заходу у вигляді тримання особи під вартою та який варто чітко врегулювати на рівні процесуального закону. Ідеться про визначення компетентного суду, повноважного вирішувати питання про обрання запобіжного заходу для обвинуваченого в разі, коли суд касаційної інстанції чи Верховний Суд скасовує обвинувальний вирок, що набрав законної сили, і направляє справу на новий розгляд.

На практиці часто виникає така ситуація, коли на час скасування обвинувального вироку строк тримання обвинувачуваного під вартою, визначений ухвалою слідчого судді чи суду першої інстанції, давно сплинув. При цьому суд касаційної інстанції чи Верховний Суд України позбавлений процесуальних повноважень обирати запобіжний захід або продовжувати строк його дії. Цим створюється процесуальна неузгодженість щодо наявності достатніх підстав тримати обвинуваченого під вартою з моменту скасування обвинувального вироку суду й до того моменту, коли справа надійде на новий розгляд до відповідного суду, який вирішить питання про запобіжний захід для обвинуваченого.

Пізнавальним і змістовним є виступ Голови Верховного Суду України Ярослава Романюка на міжнародній конференції «Право на свободу та особисту недоторканність в Україні: перехід до верховенства права», яка відбулася 24 березня 2017р. у Верховному Суді України, в якому він зазначив, що широка сфера застосування статті 5 Конвенції формує особливості практики ЄСПЛ не лише в кримінальному, але й у цивільному аспекті, який потребує не менше уваги.

Проте, для сучасної України значущим викликом залишається все ж таки питання дотримання й допустимого обмеження права людини на свободу та особисту недоторканність у сфері дії кримінального судочинства. Особливо в тій частині, що стосується застосування запобіжних заходів, пов'язаних із позбавленням чи обмеженням свободи, до особи, яка лише підозрюється чи обвинувачується у вчиненні злочину, але ще не засуджена вироком суду й користується презумпцією невинуватості. Чи не найвідоміший із таких заходів – тримання особи, що підозрюється у вчиненні злочину, під вартою до ухвалення судом вироку по суті.

Так, за даними судової статистики, у 2016 році слідчі судді розглянули 50,5 тис. клопотань про застосування запобіжних заходів, із них 32,3 тис. – це клопотання про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. Ще 5,9 тис. клопотань стосувалися продовження строків тримання під вартою. У 2015 році із 54,6 тис. розглянутих клопотань 31,7 тис. стосувалися тримання під вартою, а 6,8 тис. – продовження строків тримання під вартою.

Як бачимо, у структурі застосування запобіжних заходів «пальма першості» й дотепер належить найбільш суворому з них – триманню під вартою. До слова, більшість таких клопотань слідчі судді задовольняють. Так, у 2016 році було задоволено 53,8 %, у 2015 році – 58,8 % від загальної кількості розглянутих клопотань. Стосовно продовження строків тримання під вартою статистика ще більш показова: і в 2015 році, і в 2016 році задоволено 94,5 % таких клопотань¹³⁵.

З огляду на вказані цифри можна спрогнозувати значну кількість відповідних клопотань і в майбутньому. Варто докласти максимум зусиль для виявлення причин, що призводять до порушення статті 5 Конвенції на національному рівні, з метою виправлення недоліків у правозастосуванні, адже це питання продовжує залишатися актуальним у сучасних умовах.

Підводячи підсумки, слід сказати, що особиста недоторканність нерозривно пов'язана із встановленими законом межами втручання в особисте життя громадянина, залученого в кримінальне провадження. Засада особистої недоторканності не може бути реалізована без засади законності. Розкрити правопорушення, викрити винного, призначити йому справедливую міру покарання, не допустити притягнення до кримінальної відповідальності і засудження невинуватого, захистити права й свободи людини у сфері судочинства можна лише на основі суворого додержання закону.

Таким чином, реалізація засади забезпечення права на свободу та особисту недоторканість в кримінальному провадженні ще потребує ґрунтовного вивчення, дослідження і вдосконалення як науковцями так і практиками.

¹³⁵ Романюк Я. Право на свободу та особисту недоторканність в Україні: перехід до верховенства права» [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/>

Діяльність Європейського суду з прав людини в сфері захисту сімейних прав та охоронюваних законом інтересів у контексті правозастосовчої практики України

Логвінова Марія Володимирівна

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри судочинства*

Європейський суд з прав людини – це додаткова система, яка створює своє власне право і оцінює законодавство та правозастосовну практику держав-учасниць з точки зору відповідності їх вимогам Конвенції.¹³⁶

Гендзехадзе Е.Б.

Загальні положення.

Як відомо, частиною правової системи України відповідно до статті 9 Конституції України, ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори»¹³⁷ від 29.06.2004 року, Закону України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» від 17.07.1997 року¹³⁸ є Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року.

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (*далі – Конвенція*), на відміну від інших міжнародних договорів, є комплексним та складним правовим механізмом захисту прав людини, який включає:

норми Конвенції,
рішення Європейської комісії з прав людини та Комітету міністрів Ради Європи,
судову практику Європейського суду з прав людини,
прецедентне право,

¹³⁶ Гендзехадзе Е. Б. Европейская система защиты прав человека. URL: <http://www.espch.ru>

¹³⁷ Про міжнародні договори: Закон України від 29.06.2004 р. №1906-IV (у ред. закону від 20.07.2014 №1323- VII). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1906-15> (дата звернення: 14.09.2017).

¹³⁸ Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції: Закон України від 17.07.1997 р. № 475/97–ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1997. № 40. Ст. 263.

загальновизнані принципи та норми міжнародного права,
специфічні методи тлумачення Конвенції,
наукову доктрину з питань застосування Конвенції тощо.

В контексті статті 13 Сімейного кодексу України (*далі – СК України*) Конвенція (включаючи протоколи) як міжнародний договір виступає самостійним джерелом сімейного права. Частиною сімейного законодавства України є такі положення Конвенції як право на повагу до приватного і сімейного життя (ст. 8), право на шлюб (ст. 12), заборона дискримінації (ст. 14), рівність подружжя (ст. 5 Протоколу №7). Особливого значення для національного сімейного законодавства з часу ратифікації набув Розділ 2 Конвенції «Європейський суд з прав людини», який, власне, і наділив Європейський суд з прав людини (*далі – ЄСПЛ, Суд*) як функцією правозастосування, так і надав йому статусу органу правотворчості, тобто ЄСПЛ набув повноважень творити право, а його рішення набули статусу джерел права¹³⁹.

На застосуванні судами Конвенції та практики ЄСПЛ як джерел права наголошує стаття 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 року¹⁴⁰. Порядок посилання на Конвенцію та практику Суду визначає стаття 18 цього закону. При цьому під практикою Суду закон розуміє практику Європейського суду з прав людини та Європейської комісії з прав людини. У зв'язку з цим джерелом права є не лише практика ЄСПЛ, а й практика Європейської комісії з прав людини.

Водночас аналіз судових рішень, ухвалених за позовами, що впливають із сімейних правовідносин, засвідчує той факт, що національні суди при вирішенні сімейних справ рідко посиляються на правові позиції ЄСПЛ. Так, вибірка справ про позбавлення батьківських прав з Єдиного державного реєстру судових рішень, які були предметом розгляду Івано-Франківським міським судом за 2016 рік – перший квартал 2017 року, засвідчує відсутність у мотивувальній частині судових рішень посилань на Конвенцію та рішення ЄСПЛ. Щоправда, поодинокими є випадки посилання в описовій частині заочних рішень про позбавлення батьківських прав¹⁴¹ на рішення ЄСПЛ по

¹³⁹ Ватрас В.А. Визнання практики Європейського суду з прав людини джерелом сімейного права. *Міжнародне приватне право: розвиток і гармонізація*. 2011. №10. С.186.

¹⁴⁰ Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006 р. № 3477–IV. *Офіційний вісник України*. 2006. №2. Ст. 792.

¹⁴¹ Заочне рішення Івано-Франківського міського суду від 18.10.2016 р., судова справа № 344/4229/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62361029> (дата звернення: 04.08.2017); заочне рішення Івано-Франківського міського суду від 08.12.2016 р., судова

справі «Пономарьов проти України», «Трух проти України», «Олександр Шевченко проти України» щодо належного повідомлення судом відповідача про час і місце розгляду спору за його участі. Проте у наведених справах суддя посилається на так званий процесуальний аспект розгляду справи без відповідача (принцип юридичної визначеності в контексті реалізації права на справедливий суд; стаття 6 Конвенції). Посилання на такі справи ЄСПЛ як «Хант проти України», «Савіни проти України», в яких наголошується на дотриманні судами справедливої рівноваги між інтересами дитини та інтересами батьків у справах про позбавлення батьківських прав, рішення суддів Івано-Франківського міського суду не містять. Щоправда, заради об'єктивності, слід згадати рішення колегії суддів судової палати з розгляду цивільних справ апеляційного суду Івано-Франківської області у справі №344/291/17, яким позицію суду першої інстанції щодо позбавлення відповідача батьківських прав законною з врахуванням норм ст. 12 Закону України «Про охорону дитинства», ст. ст. 150, 164 СК України, роз'ясненням, даним у п. п. 15, 16, 18 постанови Пленуму Верховного Суду України № 3 від 30.03.2007 року «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про усиновлення і про позбавлення та поновлення батьківських прав». Доводи апеляційної скарги щодо залишення судом першої інстанції поза увагою висновків психологів про те, що дитина боїться відповідача, а також агресивну поведінку останнього відносно позивачки як підстави для позбавлення батьківських прав, колегія суддів відхиляє, оскільки ці обставини самі по собі не можуть бути достатньою підставою для такого крайнього заходу впливу з огляду на відсутність винної поведінки батька або свідомого нехтування ним своїми обов'язками. На думку колегії суддів, позбавлення батьківських прав має бути виправдане інтересами дитини, які мають переважний характер над інтересами батьків, між інтересами дитини та інтересами батьків повинна існувати справедлива рівновага¹⁴² (рішення у справі «Хант проти України» 2006 року).

Пасивність суддів першої інстанції щодо посилання на рішення ЄСПЛ у певній мірі пояснюється п. 12 постанови Пленуму Верховного Суду України № 14 від 18.12.2009 року. Так, відповідно до положення пункту 12 у мотивувальній частині рішення **у разі необхідності** (виділено мною. – М.Л.) мають бути посилання на Конвенцію та рішення Європейського суду з прав

справа № 344/9141/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63429068> (дата звернення: 04.08.2017).

¹⁴² Рішення колегії суддів судової палати з розгляду цивільних справ апеляційного суду Івано-Франківської області від 06.06.2017 р., судова справа №344/291/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66957219> (дата звернення: 04.08.2017).

людини, які згідно із Законом України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» є джерелом права та підлягають застосуванню в даній справі. Словосполучення «у разі необхідності» не зобов'язує суддів відображати у мотивувальній частині рішення ні норми Конвенції, ні приклади з прецедентної практики ЄСПЛ.

На думку Л.В.Красицької, одним із чинників, що впливає на незастосування судами в якості джерела права практики ЄСПЛ при розгляді сімейних справ, є незначна поінформованість юридичної громадськості про існування такої практики¹⁴³. Частково погоджуючись із висловленою думкою вченої, слід апелювати й до того постулату, що саме судді відповідальні за грамотне правозастосування, за реалізацію в судових рішеннях принципу верховенства права, незважаючи на «незначну поінформованість юридичної громадськості» в тих чи інших правових аспектах.

З іншої сторони, застосування судами конкретних правових позицій ЄСПЛ повинно співставлятися з відповідними обставинами цивільної справи та національним законодавством, а не носити абстрактний характер. Так, на думку суддів Судової палати у цивільних справах апеляційного суду Львівської області при застосуванні норм Конвенції чи правових позицій ЄСПЛ під час розгляду конкретних справ слід з'ясовувати чи обставини справ є істотно відмінними від обставини справ, які розглядав Суд, та в рішенні суду про це наводити мотиви¹⁴⁴.

Сьогодні, на відміну від рекомендаційного та застережливого (у разі необхідності) роз'яснення постанови Пленуму ВСУ № 14 від 18.12.2009 року, судова система з метою уникнення будь-якого порушення Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та зменшення кількості рішень проти України працює над розробкою та подальшою координацією заходів, спрямованих на обов'язкове врахування практики ЄСПЛ при ухваленні національними судами рішень. Частково досягнення поставленої мети здійснюється шляхом систематичної роботи суддів над вивченням і моніторингом правових позицій ЄСПЛ з приводу розуміння норм Конвенції. В більшості випадків така робота суддів носить характер

¹⁴³ Красицька Л.В. Захист сімейних прав дитини Європейським судом з прав людини. *Вісник Донецького національного університету*. Серія В. Економіка і право. 2011. №2. С. 264.

¹⁴⁴ Аналіз судової практики апеляційного та місцевих судів Львівської області про застосування судами Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод при здійсненні судочинства у цивільних справах в 2015 році. URL: http://gl.lv.court.gov.ua/userfiles/file/court_461/news/2015_1_03_2016.pdf (дата звернення: 14.09.2017).

самопідготовки. Так, для первинного кваліфікаційного оцінювання суддів місцевих судів загальної юрисдикції, які звернулися до ВККСУ із заявами про рекомендації для обрання безстроково (станом на 29.02.2016 року) були розроблені методичні посібники, що містили витяги з рішень ЄСПЛ у справах проти України для суддів місцевих загальних судів, які розглядають усі категорії справ, для суддів місцевих загальних судів, які розглядають виключно кримінальні справи, для суддів місцевих загальних судів, які розглядають цивільні справи та справи в порядку адміністративного судочинства, для суддів місцевих загальних судів, які розглядають виключно цивільні справи, для суддів окружних адміністративних судів, для суддів місцевих господарських судів¹⁴⁵. Аналіз наведеного дозволяє констатувати позитивну динаміку національної судової системи в сфері використання національними судами правових позицій ЄСПЛ при ухваленні судових рішень.

Пасивність правозастосування в Україні положень Конвенції, правових позицій ЄСПЛ проявляється не тільки в роботі судової системи. Доктрина, незважаючи на окремі самостійні розвідки діяльності ЄСПЛ та місце його рішень у системі національного сімейного законодавства (Т.Анцупова, Н.Ахтирська, В.Буткевич, С.Клім, Л.Красицька, В.Малярєнко, Ю.Михайличенко, В.Лутковська, П.Павлюк, І.Роан'я, В.Філатов, Т.Фулей, Х.Хембах, І.Яніцька та інші), залишає відкритим простір для дослідження та впровадження в правозастовчу діяльність розуміння Європейського суду з прав людини категорій «найвищі інтереси дитини», «небезпека для дитини», «виправданість відібрання дитини від батьків», «сімейне життя», «необхідність втручання в сімейне життя в демократичному суспільстві». Науковці в більшості випадків з незрозумілих причин уникають в своїх наукових розвідках, присвячених сімейним інституціям в цілому та судовому захисту сімейних прав та інтересів учасників сімейних відносин зокрема, дослідження питання застосування і врахування в національному судочинстві норм Конвенції та правових позицій ЄСПЛ, їх співвідношення з нормами національного сімейного законодавства. Наприклад, в опублікованих у 2016 році матеріалах круглого столу, присвячених особливостям розгляду сімейних спорів, з тридцяти тез тільки в двох згадуються правові позиції

¹⁴⁵ Витяги з рішень ЄСПЛ, рекомендовані для вивчення при підготовці до первинного кваліфікаційного оцінювання суддів місцевих судів загальної юрисдикції, які звернулися до ВККСУ із заявами про рекомендації для обрання безстроково. URL: <http://nsj.gov.ua/files/1456841818vut.pdf> (дата звернення: 14.09.2017).

ЄСПЛ (до речі, як це не парадоксально, автори тез, в яких згадуються рішення ЄСПЛ, є представниками суддівського корпусу)¹⁴⁶.

Водночас доцільно відзначити поступову тенденцію виходу з «теплих умов» дослідження сімейних правовідносин в межах виключно національного сімейного права. Так, монографія О.А.Явор «Юридичні факти в сімейному праві України: усталені підходи і новітні тенденції» містить окремий параграф, присвячений впливові прецедентної практики Європейського суду з прав людини на окреслення кола юридичних фактів у сімейно-правовій сфері регулювання¹⁴⁷.

Як вбачається з наведеного вище, перед вітчизняною юридичною наукою стоїть завдання подальшої розробки і впровадження в доктринальну площину правового матеріалу ЄСПЛ. Правові позиції ЄСПЛ, вироблені шляхом тлумачення норм Конвенції та Протоколів до неї, повинні сприйматися (опрацьовуватися) доктриною права з виходом на внесення пропозицій щодо удосконалення «проблемних» законодавчих норм та встановленні орієнтирів для правозастосовчих органів України. Тільки такий підхід вбачається єдино правильним як для узгодження чинного національного законодавства і правозастосовних процедур з міжнародними нормами і стандартами, так і для зменшення кількості рішень ЄСПЛ, прийнятих не на користь України.

Виходячи з вище окреслених завдань, логічним видається аналіз основних правових позицій ЄСПЛ у сфері захисту сімейних прав та інтересів. При цьому актуальним вбачається узагальнення усталеної прецедентної практики Суду не тільки щодо рішень, ухвалених проти України, а практики застосування статей 8, 12 Конвенції в загальних тенденціях розуміння сімейного життя, права на шлюб та створення сім'ї, що відображається у рішеннях Суду постановлених щодо інших країн. До того ж, такий аналіз для правової системи України є цінним з врахуванням того факту, що в Законі України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» відсутні положення, які б забороняли застосовувати рішення чи ухвали ЄСПЛ, постановлені щодо інших країн¹⁴⁸. Враховуючи, що

¹⁴⁶ Особливості розгляду сімейних спорів : матеріали круглого столу (Одеса, 17 жовтня 2016 р.) / уклад.: Т. А. Стоянова, І. А. Яніцька ; Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». Одеса : Юридична література, 2016. 104 с.

¹⁴⁷ Явор О.А. Юридичні факти в сімейному праві України: усталені підходи і новітні тенденції: монографія. Харків: Право, 2016. 352 с.

¹⁴⁸ Фулей Т.І. Застосування практики Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя: науково-методичний посібник для суддів. 2-ге вид. випр., допов. Київ , 2015. С.6.

Україна визнає юрисдикцію Європейського суду з прав людини в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції, то застосування судами цієї Конвенції має здійснюватись з обов'язковим урахуванням практики ЄСПЛ не тільки щодо України¹⁴⁹, а й щодо інших держав (абз. 3 п. 12 Постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ № 13 від 19.12.2014 року «Про застосування судами міжнародних договорів України при здійсненні правосуддя»).

Право на приватне і сімейне життя у контексті практики Європейського суду з прав людини.

*Відповідно до ч.1 ст. 8 Конвенції кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя. При цьому у практиці ЄСПЛ чітко вирізняють категорії **приватного та сімейного життя**.*¹⁵⁰

Враховуючи, що рішення Європейського суду з прав людини ґрунтуються на нормах національного законодавства, слід зауважити, що відповідно до ч. 4 ст. 4 СК України кожна особа має право на повагу до свого сімейного життя. Ніхто не може зазнавати втручання в його сімейне життя, крім випадків, встановлених [Конституцією України](#) (ч.5 ст. 5 СК України). Разом із тим, логічним видається наявність в нормах сімейного законодавства легального визначення категорії «сімейне життя». Натомість СК України в ст. 3 закріплює визначення сім'ї, яку складають особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом, мають взаємні права та обов'язки. Сім'єю вважається подружжя і тоді, коли дружина та чоловік у зв'язку з навчанням, роботою, лікуванням, необхідністю догляду за батьками, дітьми та з інших поважних причин не проживають спільно. Сім'я створюється на підставі шлюбу, кровного споріднення, усиновлення, а також на інших підставах, не заборонених законом і таких, що не суперечать моральним засадам суспільства.

На погляд вітчизняних вчених, легальне визначення сім'ї важко визнати вдалим, оскільки в СК України визначається не поняття сім'ї, а лише коло

¹⁴⁹ У даному контексті необхідно виходити з положень статті 46 Протоколу № 1.1 до Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини, відповідно до якої Високі Договірні Сторони зобов'язуються виконувати **остаточне рішення** Суду у будь-якій справі, в якій вони є сторонами.

¹⁵⁰ З огляду на визначений автором об'єкт дослідження, науковий інтерес становить виключно категорія сімейного життя.

осіб, які до неї входять (членів сім'ї) та підстави виникнення сім'ї¹⁵¹. Проте легальне визначення поняття «сім'ї» як правової категорії навряд чи виглядає доречним з огляду на динамічну трансформацію сучасних поглядів на сім'ю як соціальної інституції. Прикладний характер при визначенні категорії справ, які розглядатимуться ЄСПЛ в контексті ст. 8 Конвенції, мають підстави виникнення сім'ї та коло осіб, які до неї входять (членів сім'ї). До того ж, ЄСПЛ надає власне визначення терміна «сімейне життя». Варіанти спільного проживання, які за законами держав-членів не визнаються актами створення сім'ї, можуть підпадати під сферу застосування статті 8. По суті, сімейне життя може існувати там, де між особами взагалі не існує жодних юридичних зв'язків. У справі «Ельсгольц (*Elsholz*) проти Німеччини» (2000 р.) Суд заявив, що «поняття сім'ї [за статтею 8] не обмежується стосунками на основі шлюбу і може охоплювати інші «сімейні» *de facto* зв'язки, коли сторони проживають разом поза шлюбом»¹⁵².

Разом із тим наявності відносин, подібних до сімейних, недостатньо для застосування положень ст. 8 Конвенції. Питання щодо кваліфікації життя як «сімейного» виникає тільки у разі достатньо близького фактичного зв'язку, емоційної єдності, спільного побуту, проживання, наявності специфічних взаємних прав та обов'язків. У кожній конкретній справі Суд вивчає природу сімейних відносин та обставини, на які посилається петиціонер. У випадках подружжя, дітей, народжених у шлюбі та інших близьких сімейних відносинах наявність такого зв'язку презумується, за винятком, коли його відсутність є доведеною або очевидною. Так, відносини між батьком і дитиною після розірвання шлюбу або припинення цивільного шлюбу визнаються сімейним життям і підпадають під захист статті 8. В інших випадках наявність дійсного сімейного зв'язку визначається окремо в кожному випадку¹⁵³. При цьому якщо Суд не визнає на підставі фактичних обставин існування сімейного життя, він може розглянути звернення в рамках поняття «приватного життя».

¹⁵¹ Казарян К.А. Визначення поняття «сім'ї» як правової категорії. *Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна*. Серія : Право. 2014. № 1106, вип. 17. С.223. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/VKhIPR_2014_1106_17_60 (дата звернення: 14.09.2017).

¹⁵² Стаття 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: стандарти застосування при здійсненні правосуддя / Наталія Ахтирська [та ін.]; Спільна програма Європ. Союзу та Ради Європи «Прозорість та ефективність судової системи України». Київ : Істина, 2011. 200 с. С. 60.

¹⁵³ Чевичалова Ж. В. Розуміння терміна «сімейне життя» в контексті ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. *Теорія і практика правознавства*. 2015. Вип. 2. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/tipp_2015_2_27.

В загальному, слід підсумувати, що дія норми про захист сімейного життя за статтею 8 Конвенції поширюється на відносини між чоловіком та дружиною, на відносини між дітьми та їхніми батьками і на відносини між певними родичами. Стосовно цього ЄСПЛ визнає, що стосунки між братами та сестрами, дядьками/тітками та небогами/ небожами (рішення у справі «Бойл (*Boyle*) проти Сполученого Королівства»), а також між дідами/бабами та онуками можуть становити сімейне життя (рішення у справі «Бронда (*Bronda*) проти Італії» (1998 р.).

Зміст правовідносин у сім'ї, як відомо, складають відповідні суб'єктивні права та юридичні обов'язки учасників сімейних правовідносин, які в свою чергу поділяються на особисті немайнові та майнові (право дитини на ім'я, право дитини на батьківське виховання, обов'язок подружжя турбуватися про сім'ю, обов'язок батьків утримувати дитину тощо). Відповідно до рішень ЄСПЛ гарантії статті 8 Конвенції щодо «сімейного життя», яке є складовою категорії «приватне життя», поширюються на:

1) **Правовідносини подружжя**, зокрема:

1.1. *відносини, засновані на «законному і дійсному шлюбі»*, навіть без фактичного наповнення (наприклад, справа «Абдулазіз, Кабалес і Балкандалі (*Abdulaziz, Cabales and Balkandali*) проти Сполученого Королівства» (1985 р.);

1.2. *рівність подружжя* (в сукупності зі ст. 14 Конвенції, наприклад, справа Юнал Текелі (*Unal Tekeli*) проти Туреччини (2004 р.);

1.3. *право подружжя на використання репродуктивних технологій для забезпечення права на материнство, батьківство*. Так, у справі «С.Х. та інші (*S.H. and Others*) проти Австрії» (2011 р.) четверо заявників – це дві подружні пари, в кожній з яких виникли проблеми щодо штучного запліднення. В першого подружжя (перший та другий заявник) склалася ситуація, коли можна було використати яйцеклітину дружини і сперму донора, але разом з тим в силу захворювання цієї жінки можливо було провести лише *in vitro* запліднення, проте згідно з чинним законодавством можна було провести лише *in vivo* запліднення донорською спермою. В другій парі була протилежна ситуація – організм жінки не виробляв яйцеклітин і потрібно було проводити імплантацію ембріона, зачатого від сперми її чоловіка та донорської яйцеклітини. Однак за законодавством Австрії таку процедуру здійснити було неможливо. Заявники скаржилися на порушення ст. 8 в сукупності зі ст. 14 Конвенції, оскільки, незважаючи на важливість права на створення сім'ї та права на відтворення, держава не встановила належних умов для його регулювання. На думку заявників, система, визначена законодавством, була непослідовною та нелогічною, оскільки штучне запліднення не було заборонено загалом, але були зроблені винятки щодо

деяких його специфічних способів. Суд зазначив, що порушення ст. 14 Конвенції означає різне ставлення до осіб у схожих між собою ситуаціях. Таке різне ставлення є дискримінаційним, якщо воно не є об'єктивно виправданим, тобто не має законної мети чи коли існує непропорційність застосованих заходів та мети, яка переслідується. Суд вважає, що в обох випадках було наявне порушення статті 14 у зв'язку зі статтею 8, оскільки різниця у правовому регулюванні була необґрунтованою та непропорційною. Щоправда, 4 жовтня 2010 року справу було передано на розгляд Великої палати Європейського суду за запитом Уряду Австрії. Велика Палата скасувала Постанову Палати і прийшла до висновку про те, що Австрії повинні були бути надані широкі межі свободи розсуду, враховуючи що використання екстракорпорального запліднення породжувало ряд складних етичних питань на тлі динамічних наукових розробок. В результаті Європейський Суд прийшов до висновку, що Австрія не вийшла за межі наданої їй свободи розсуду, і що не мало місце порушення статті 8 Конвенції. Європейський Суд також підкреслив, що сфера штучного запліднення, яка знаходиться в залежності від особливо динамічного розвитку науки і права, повинна перебувати під постійним контролем держав-членів¹⁵⁴.

У справі «Діксон (*Dickson*) проти Сполученого Королівства»¹⁵⁵ (2007 р.) заявники скаржилися до ЄСПЛ з посиланнями на статтю 8 і статтю 12 Конвенції на те, що влада позбавила їх можливості скористатися послугою з організації процедури штучного запліднення і тим самим мати дитину. Особливість ситуації полягала в тому, що перший заявник був в кримінальному порядку засуджений до позбавлення волі довічно і, відбуваючи покарання, він заочно – шляхом листування – познайомився з другою заявницею, яка також відбувала покарання у в'язниці; через два роки вони уклали шлюб. Заявники вирішили скористатися послугою з організації процедури штучного запліднення, щоб обзавестися дитиною, але Міністерство внутрішніх справ відмовило їм у цьому, пославшись на те, що така процедура для ув'язнених допускається тільки «у виняткових обставинах». Вони безуспішно оскаржували цю відмову в судах Сполученого Королівства, після чого звернулися зі своєю скаргою до Страсбурга. Палата

¹⁵⁴ Европейский суд по правам человека. Отчёт о проведении исследования «Проблемы биоэтики в свете судебной практики Европейского Суда по правам человека». 2016. 138 с. С.28. URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_bioethics_RUS.pdf (дата звернення: 27.09.2017).

¹⁵⁵ Комюніке Секретаря Європейського суду з прав людини стосовно рішення Великої палати у справі «Діксон проти Сполученого Королівства». URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO4137.html (дата звернення: 27.09.2017).

Європейського Суду 4 голосами «за» і 3 голосами «проти» не побачила у відмові влади будь-яких порушень відповідних статей Конвенції. За клопотанням заявників справу було передано на розгляд Великої палати, яка 12 голосами «за» і 5 голосами «проти» ухвалила, що у справі було допущено порушення вимог статті 8 Конвенції, і відмовилася розглядати питання про можливе порушення статті 12 Конвенції. Велика палата звернула увагу на те, що в Сполученому Королівстві питання про надання ув'язненим можливості скористатися послугою з організації процедури штучного запліднення не вирішене законодавчим шляхом Парламентом країни, і тому в цьому питанні визначення «виняткових обставин» віддається на відомчий розсуд. Велика палата вказала також, що у справі влада не дотримала належний баланс між особистими інтересами заявників та інтересами суспільства в підтримці ефективності та безпеки пенітенціарної системи. Відповідно, у справі владою держави-відповідача було допущено порушення вимог статті 8 Конвенції.

У справі «Коста і Паван (*Costa and Pavan*) проти Італії» (2012 р.) заявниками була італійська пара, обоє партнера в якій є здоровими носіями генетичного захворювання кістозний фіброз. Захворювання було виявлено в 2006 році, коли у них народилася дочка з цим захворюванням. Друга вагітність заявниці була перервана за медичними показаннями в 2010 році на прохання заявників. Пренатальний аналіз показав, що дитина страждала на кістозний фіброз. Заявниця хотіла уникнути передачі своєї хвороби дитині. Однак, за законодавством Італії, використання технології штучного запліднення і передімплантаційної генетичної діагностики (далі по тексту – ПГД), що дозволяє зробити генетичний аналіз ембріона перш, ніж він буде використаний для ініціації вагітності, можливо тільки для безплідних або нездатних до дітородіння пар, або для пар, в яких чоловік страждає вірусними захворюваннями, що передаються статевим шляхом (такими як вірус ВІЛ або гепатит В і С). Посилаючись на ст. 8, заявники поскаржилися на те, що єдиною можливістю у них залишається природне зачаття, а потім переривання вагітності в разі позитивного аналізу плода на дане захворювання. Керуючись ст. 14 Конвенції, вони заявили, що є жертвами дискримінації в порівнянні з безплідними або нездатними до дітородіння парами або парами, в яких чоловік страждає вірусними захворюваннями, що передаються статевим шляхом. Суд визнав, що бажання заявників зачати дитину, яка не страждає зазначеним генетичним захворюванням, знаходиться в сфері дії статті 8 як одна з форм вираження їх приватного і сімейного життя. Законодавча заборона є законним засобом обмеження, метою якого є захист моралі, а також

прав і свобод інших осіб. При цьому Суд вирішив, що повна заборона ПГД є невідповідною мірою¹⁵⁶;

1.4. *відмова дружини від права на материнство* з позицій пропорційності інтересів батька та матері під час прийняття рішення про штучне переривання вагітності. Репрезентативною в цьому аспекті є справа «Боссо (*Bosso*) проти Італії» (2002 р.). Згідно з фактами, дружина заявника вирішила перервати вагітність, незважаючи на заперечення чоловіка. Заявник скаржився на порушення своїх прав як потенційного батька і права ненародженої дитини на життя. Він незадоволений тим, що дозвіл на переривання вагітності надає матері право вирішувати питання чи робити аборт і не враховує жодних заперечень з боку батька. Окрім цього заявник стверджував, що надання жінці можливості здійснити аборт перешкоджає батькові створити сім'ю. Суд у своєму рішенні зазначив, що право на приватне життя батька не може тлумачитися так широко, щоб містити право консультиватися з приводу абортів, який має намір зробити жінка. Суд також зазначив, що аборт у даній справі був проведений відповідно до законодавства Італії і мав на меті захист здоров'я матері. Втручання в право згідно зі статтею 8 Конвенції виправдане, оскільки було необхідне для захисту прав іншої особи;

1.5. *розірвання шлюбу* (наприклад, справи «Джонстон (*Johnston*) проти Ірландії» (1986 р.); Беррехаб (*Berrehab*) проти Нідерландів (1988 р.) Варто зауважити, що в практиці Європейського Суду більша частина справ про розірвання шлюбу стосувалася Ірландії, яка, будучи католицькою країною, законодавчо забороняла розірвання шлюбу. Якщо подружжя не хотіли продовжувати спільне життя, то вони могли оформити угоду про окреме проживання, юридично продовжуючи перебувати в шлюбі. Аналогічний статус можна було отримати в результаті судового рішення.¹⁵⁷ У справі «Ейрі (*Airey*) проти Ірландії» (1979 р.) заявниця хотіла отримати статус окремого проживання зі своїм чоловіком, який її бив, і був за це засуджений, а після відбування покарання жив окремо. Заявниця зробила кілька безуспішних спроб укласти з чоловіком угоду про окреме проживання, а потім спробувала

¹⁵⁶ Европейский суд по правам человека. Отчёт о проведении исследования «Проблемы биоэтики в свете судебной практики Европейского Суда по правам человека». 2016. 138 с. С. 29. URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_bioethics_RUS.pdf (дата звернення: 27.09.2017).

¹⁵⁷ Стандарты Европейского Суда по правам человека и российская правоприменительная практика: Сборник аналитических статей / Под ред. М.Р. Воскобитовой. Москва: Издательство «Анахарсис», 2005. 528 с. С. 271. URL: <http://www.ip-centre.ru/assets/files/Books/kniga.pdf> (дата звернення: 22.09.2017).

звернутися до суду. Рішення про окреме проживання виносилось Високим Судом, процедура була досить складною та запутаною, і вимагала обов'язкової участі адвоката. Для заявниці оплата юридичних послуг з проведення цієї судової процедури була занадто високою, тому вона не змогла скористатися послугами адвоката. Надання безоплатної правової допомоги в даній категорії справ не передбачалося. Європейський Суд розглянув цю скаргу з точки зору доступу заявниці до правосуддя і з точки зору дотримання її права на повагу до приватного і сімейного життя. Він визнав, що в даному випадку не було втручання з боку держави в приватне і сімейне життя заявниці, але, на думку Суду: [стаття 8] не просто зобов'язує державу утриматися від такого втручання: крім цього негативного припису з неї можуть впливати позитивні зобов'язання, невід'ємні від реальної поваги приватного або сімейного життя ... Дійсна повага до приватного або сімейного життя зобов'язує Ірландію створити засоби правового захисту по-справжньому доступні кожному, хто побажає вдатися до них. Однак заявниця таких не мала; не маючи можливості звернутися до Високого суду, пані Ейрі не змогла отримати юридичного підтвердження факту окремого проживання, і тим самим стала жертвою порушення статті 8;

2) Правовідносини батьків та дітей, зокрема:

2.1 визначення походження дитини та захист прав потенційних батьків (наприклад, справи «Кіган (*Keagan*) проти Ірландії» (1994 р.), «Фінікаріду (*Phinikarido*) проти Кіпру» (2007 р.), «Гронмарк (*Gronmark*) проти Фінляндії» (2010 р.), «Баклунд (*Backlund*) проти Фінляндії» (2012 р.), «Шнайдер (*Schneider*) проти Німеччини» (2012 р.). Так, у справі «Крушковіч (*Krušković*) проти Хорватії» (2011 р.) заявник скаржився на неможливість отримати визнання свого батьківства по відношенню до дитини в зв'язку з втратою дієздатності. Визнавши порушення статті 8, Суд зазначив, що за національним законодавством відповідні органи могли б запросити законного опікуна заявника з метою одержання від нього згоди на визнання батьківства. Допомогти заявнику визнати батьківство міг також орган соціального захисту, на утриманні якого він перебував. Оскільки жодна з перелічених інстанцій не скористалася відповідними повноваженнями, заявнику залишалося порушити цивільне судочинство. Подати цивільний позов повинен був орган соціального захисту, а заявник виступав би відповідачем у справі, хоча саме він домагався визнання батьківства. Національне законодавство не передбачало ні правового обов'язку органів соціального захисту порушувати таке судочинство, ні строків позовної давності для здійснення таких дій, в результаті чого вказана міра так і не була прийнята, хоча заявник звертався з цього приводу до органу реєстрації цивільного стану. Таким чином, два з

половиною роки заявник перебував у правовому вакуумі, оскільки його вимоги ігнорувалися. Суд вважав, що таке положення не могло відповідати ні інтересам батька, що мав життєво важливий інтерес у встановленні правди про важливий аспект свого приватного життя, ні інтересам дитини, і тому визнав факт порушення статті 8 Конвенції.¹⁵⁸

У справі «Кроон та інші (*Kroon and Others*) проти Нідерландів» (1994 р.) заявниця, перебуваючи в шлюбі, який фактично вже розпався, народила дитину, батьком якої був інший чоловік. В Нідерландах, з огляду на існування правової презумпції батьківства чоловіка, заявниця та біологічний батько дитини юридично не мали можливості в документах дитини зазначити біологічного батька, який був готовий визнати дитину. Суд зауважив, що зв'язки, які пов'язували заявників можна визнати «сім'єю» в контексті ст. 8 Конвенції, і вказав, що біологічні та соціальні реалії повинні превалювати над правовою презумпцією;

2.2. *оспорювання батьківства.* Варто зауважити, що приймаючи скарги від заявників у справах про оспорювання батьківства, ЄСПЛ в більшості випадків констатує відсутність порушень статті 8 Конвенції. Так, у справі «Каутцор (*Kautzor*) проти Німеччини» (2012 р.) заявник припускав, що він був біологічним батьком дочки своєї колишньої дружини, народженої в березні 2005 року. Його колишня дружина проживає з новим співмешканцем, який визнав батьківство щодо її дочки в травні 2006 року. Проте заявник подав позов про встановлення батьківства, який був відхилений на тій підставі, що між дитиною та її юридично визнаним батьком існували соціальні і сімейні зв'язки і, оскільки у дитини вже був законний батько, заявник не мав права на встановлення свого батьківства шляхом проведення генетичних аналізів. Заявник подав скаргу на відмову німецьких судів в реалізації права на оспорювання батьківства іншого чоловіка і те, що він був підданий дискримінації. Європейський Суд встановив, що відмова німецьких судів у задоволенні вимоги заявника про юридичне визнання його батьківства щодо його передбачуваної біологічної дитини, була втручанням в його право на недоторканність приватного життя, встановленого статтею 8.

У справі «Аренц (*Ahrenz*) проти Німеччини» (2012 р.) заявник припускав, що він був біологічним батьком дівчинки, народженої в серпні 2005 року жінкою, з якою він перебував у стосунках. На момент зачаття матір

¹⁵⁸ Івана Роанья. Защита права на уважение частной и семейной жизни в рамках Европейской конвенции о защите прав человека. Серия пособий Совета Европы. Воронеж: ООО Фирма «Элист», 2014. 196 с. С.120. URL: <https://rm.coe.int/16806f15ac> (дата звернення: 22.09.2017).

дівчинки проживала з іншим чоловіком, який визнав себе батьком дитини. У жовтні 2005 року Аренц подав позов з метою оспорування батьківства юридично визнаного батька. У зв'язку з цим юридично визнаний батько дитини заявив, що несе повну батьківську відповідальність за дитину, навіть якщо він не є її біологічним батьком. Окружний суд, вислухавши сторін та вивчивши експертний висновок і результат аналізу крові обох чоловіків, встановив, що заявник є біологічним батьком дитини і постановив, що він не був позбавлений можливості оспорювати батьківство юридично визнаного батька. Апеляційний суд скасував це рішення, постановивши, що заявник не мав права на оспорування батьківства через наявність соціального та сімейного зв'язку законного батька і дитини. Федеральний конституційний суд відхилив конституційну скаргу, подану заявником. Заявник подав скаргу до ЄСПЛ.

Європейський Суд встановив, що відмова німецьких судових органів у задоволенні вимоги заявника на юридичне визнання його батьківства щодо його біологічної дитини, стало втручанням в його право на недоторканність приватного життя, встановлене статтею 8 Конвенції. Разом з тим, Європейський Суд визнав, що вищевказані рішення не були втручанням в його сімейне життя в розумінні статті 8 Конвенції, оскільки близькі особисті стосунки між заявником і дитиною ніколи не існували. У той час, коли заявник переслідував інтерес встановлення і юридичного визнання важливого аспекту свого приватного життя, німецькі суди в своїх рішеннях прагнули виконати волю законодавця про надання пріоритету існуючим сімейним відносинам між дитиною та її юридично визнаним батьком, який постійно виконує свої батьківські обов'язки. Європейський Суд прийняв рішення про те, що німецькі суди проявили належну обачність при розгляді даної справи.¹⁵⁹;

2.3. *рівність між дітьми, народженими в шлюбі та поза шлюбом* (наприклад, справа «Інце (*Inze*) проти Австрії» (1987 р.). Так, рішенням у справі «Маркс (*Marckx*) проти Бельгії» (1979 р.) суд захистив інтереси незаміжньої матері та її позашлюбної дитини і не лише визнав їх відносини як сімейні, що не було передбачено національним правом, а й запровадив норму, згідно з якою держава зобов'язана таким особам забезпечити нормальне сімейне життя¹⁶⁰;

¹⁵⁹ Европейский суд по правам человека. Отчёт о проведении исследования «Проблемы биоэтики в свете судебной практики Европейского Суда по правам человека». 2016. 138 с. С 130-131. URL: <https://rm.coe.int/case-law-2017/1680736451> (дата звернення 29.09.2017 р.).

¹⁶⁰ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Маркс проти Бельгії» (1979 р.). URL: http://european-court.eu/uploads/ECHR_Marckx_v_Belgium_13_06_1979.pdf

2.4. *право батьків на визначення місця проживання дитини.* Справа «Пенчеві (*Penchevi*) проти Болгарії» (2015 р.) стосувалася відмови в дозволі на виїзд дитини за кордон для возз'єднання зі своєю матір'ю. Касаційний суд, всупереч підходу, використаному судами нижчої інстанції, відмовив заявнику в дозволі на вивезення її дитини з Болгарії для проживання разом з нею в Німеччині, де вона вчилася в аспірантурі. Касаційний суд послався на положення національного законодавства, яке вимагає одержання згоди обох батьків на вивіз дитини з країни. Батько не дав своєї згоди. Провадження на національному рівні тривало майже два роки і три місяці. В кінцевому підсумку суди дозволили дитині приєднатися до матері в Німеччині. Заявники (мати і дитина) скаржилися, що відмова дозволити дитині виїхати з Болгарії становила втручання в їхнє право на повагу до сімейного життя. Суд постановив, що в цій справі мало місце порушення статті 8. Рішення цікаве тим, що факти цієї справи не стосуються спору про опіку або питань щодо порушення положень Гаазької Конвенції про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей 1980 року. Розгляд Судом справи було направлено на вивчення питання, чи відмова дозволити дитині супроводжувати її матір в іншу країну для отримання нею післядипломної освіти порушує права заявників на повагу до їхнього сімейного життя. У зв'язку з цим, Суд повинен був визначити, в якій мірі найкращі інтереси дитини враховувалися в цьому контексті. Суд встановив, що розлука матері і дитини в період судового розгляду була втручанням у право обох заявників на повагу до їхнього сімейного життя. Втручання мало законні підстави, враховуючи, що відповідно до національного законодавства, для виїзду дитини за кордон потрібна згода обох батьків. Крім того, це втручання мало законну мету, а саме захист прав батька дитини. Ключовим в обставинах даної справи було з'ясування необхідності втручання. В цьому відношенні, Суд зазначив, що касаційна інстанція не взяла до уваги обставини справи, але застосувала формальний і механічний підхід до ситуації заявників, спираючись виключно на вимогу одержання батьківської згоди, передбаченої національним законодавством. На жодному етапі касаційний суд не розглянув питання, чи буде завдано шкоди інтересам дитини, якщо їй буде дозволено приєднатися до його матері в Німеччині. Суд не взяв до уваги реальної ситуації заявників, наприклад, той факт, що батько дитини в Болгарії про неї не дбав¹⁶¹;

¹⁶¹ Европейский Суд по правам человека. Обзор прецедентного права суда (январь-июнь 2015 года). С. 30-31. URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Short_Survey_January_June_2015_RUS.pdf (дата звернення: 27.09.2017).

2.5. право дитини на спілкування (контакт) з батьками:

2.5.1. відносини між батьком та дитиною, яка після розірвання шлюбу проживає з матір'ю (наприклад, рішення у справі «Беррехаб (Berrehab) проти Нідерландів» (1988 р.);

2.5.2. відносини між біологічними батьками та дітьми, які перебувають під опікою (наприклад, справа «Скоццарі та Дж'юнта (Scozzari and Giunta) [GC] проти Італії» (2000 р.). У справі «Аманалакьоай (Amanalachioai) проти Румунії» (2009 р.) у зв'язку зі скаргою про розрив відносин між дитиною і батьком, за яким збережено батьківські права, після відмови діда і баби у поверненні дитини Суд визнав порушеними вимоги ст. 8 Конвенції. Дід і баба позбавляли заявника можливості здійснення батьківських прав та опіки над дочкою. Відмовляючи в поверненні дитини заявнику, національні суди посилалися в своїх рішеннях на матеріальні умови, які забезпечував заявник, і на його поведінку, а також на потенційну складність інтеграції дитини в її нову сім'ю і на інтеграцію дитини в оточення її бабусі і дідуся, до яких вона глибоко прив'язалася. Однак той факт, що дитина могла бути поміщена у більш сприятливе середовище для її виховання, сам по собі не виправдовує її вилучення з-під опіки біологічних батьків. У цій справі заявник мав постійне житло і нормальні матеріальні умови. Європейський суд неодноразово зазначав, що ст. 8 Конвенції включає право батьків на те, щоб було вжито заходів, спрямованих на возз'єднання з їхньою дитиною, а також зобов'язання національних органів вжити подібних заходів. Це відноситься не тільки до справ, що стосуються обов'язкового призначення опіки державою і вжиття заходів стосовно опіки, але також і до справ, коли між батьками і / або іншими членами сім'ї дитини виникають суперечки з питання спілкування і проживання дитини (рішення у справі «Хокканен (Hokkanen) проти Фінляндії» (1994 р.);

2.5.3. відносини з передачі дитини під публічну опіку у зв'язку з її відібранням у батьків, позбавлення батьківських прав (наприклад, справи «Хазе (Haase) проти Німеччини»¹⁶² (2004 р.), «Валлова та Валла (Wallova and Walla) проти Чеської Республіки» (2006 р.), «Гавелка та інші (Havelka and Others) проти Чеської Республіки» (2011 р.).

3) Правовідносини між іншими членами сім'ї та родичами, зокрема:

3.1. відносини дітей із дідом і бабою (справа «Маркс (Marckx) проти Бельгії» (1979 р.);

¹⁶² Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Хазе проти Німеччини» (2004 р.). URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980_225 (дата звернення: 22.09.2017).

3.2. відносини між рідними братами та сестрами незалежно від віку (справи «Олссон (*Olsson*) проти Швеції» (1988 р.); «Буганемі (*Boughanemi*) проти Франції» (1996 р.). В справі «Мустафа і Армаган Акін (*Mustafa and Armagan Akin*) проти Туреччини» (2010 р.) Суд зробив висновок, що підтримка родинних зв'язків між дітьми є дуже важливою метою, щоб її можна було залишити на розсуд батьків, особливо якщо існують очевидні обставини того, що один з батьків цьому перешкоджає. В результаті недостатня аргументація з боку національних судів (включаючи Касаційний суд) щодо того, чому брат з сестрою були змушені проживати окремо і чому графік контактів, запропонований заявниками, був відхилений, а також нездатність суддів, які виносили рішення по справі, запропонувати альтернативний, який влаштовує сторін графік і який би забезпечив дітям регулярні побачення, змусили Суд констатувати порушення статті 8. В ухваленні рішення по даній справі Суд підкреслив, що в судових розглядах про опіку слід не тільки надавати пріоритет інтересам дітей, але і враховувати їх думку: «суд зазначає, що суд міста Одемис (Туреччина) не тільки не спробував дізнатися думку дітей, але також не обґрунтував своє рішення будь-якими доказами, наприклад, експертними висновками психологів та інших фахівців, незважаючи на заяву позивачів про те, що вони відчували психологічні труднощі через становище, в якому опинилися»¹⁶³;

3.3. відносини дядька, тітки з племінником/племінницею (справа «Бойл (*Boyle*) проти Сполученого Королівства»);

4) **Усиновлення.** Одразу слід зауважити, що норми Конвенції не гарантують права на усиновлення, проте проблеми, які виникають з реалізацією права на повагу сімейного життя усиновлювачів та усиновлених, становили предмет судового розгляду наступних справ:

4.1. *про відмову в дозволі на усиновлення.* Свого часу ЄСПЛ у справі «Шалк та Корф (*Schalk and Kopf*) проти Австрії» (2010 р.) встановив, що відносини між співмешканцями в одностатевій парі, які перебувають у де-факто існуючих постійних стосунках, - так само як і відносини в різностатевій парі в такій самій ситуації – підпадають під визначення «сімейного життя». При цьому сексуальна орієнтація є поняттям, на яке поширюється дія ст.14 Конвенції. Тому в практиці ЄСПЛ частими є звернення за захистом прав одностатевої сім'ї в контексті ст. 14, взятої у поєднанні зі ст. 8 Конвенції. Так,

¹⁶³ Івана Роанья. Защита права на уважение частной и семейной жизни в рамках Европейской конвенции о защите прав человека. Серия пособий Совета Европы. Воронеж: ООО Фирма «Элист», 2014. 196 с. С.133-134. URL: <https://rm.coe.int/16806f15ac> (дата звернення: 22.09.2017).

у справі «Е. В. проти Франції» (2008 р.), Суд зазначив, що національні органи мотивували свою відмову в дозволі на усиновлення дитини заявницею, яка проживала з іншою жінкою, перебуваючи з нею у постійних одностатевих стосунках, двома основними обставинами: відсутністю «батьківської ролі» у сім'ї заявниці або відсутністю найближчого сімейного кола і друзів, а також відсутністю заінтересованості з боку її партнерки. При цьому Суд зауважив, що згідно з французьким законодавством самотня особа має право на усиновлення дитини, і вказав на незаперечність того факту, що це відкриває можливість усиновлення дитини гомосексуальною особою, яка не перебуває у шлюбі. Проаналізувавши підстави, якими органи влади Франції мотивували свою відмову в дозволі на усиновлення дитини заявницею, Суд дійшов висновку, що така відмова з боку органів влади означала проведення ними розрізнення з огляду на її сексуальну орієнтацію, що є недопустимим з точки зору Конвенції. Отже, Суд констатував порушення ст. 14, взятої у поєднанні зі ст. 8 Конвенції.¹⁶⁴

Прецедентна практика ЄСПЛ стосовно усиновлення дитини гомосексуалістами виділяє три види ситуацій: 1) усиновлення дитини однією особою (індивідуальне усиновлення) (справа «Фретте (*Frette*) проти Франції»¹⁶⁵ (2002 р.); 2) усиновлення дитини одного з партнерів в одностатевій парі другим партнером, при якому вони обидва отримують юридично визнаний батьківський статус (внутрішньосімейне усиновлення) (справа «Гас і Дюбуа (*Gas and Dubois*) проти Франції»¹⁶⁶ (2012 р.); 3) усиновлення дитини одностатевою парою (спільне усиновлення) (згадуване вже рішення у справі «Е. В. проти Франції»).

В цілому, ЄСПЛ визнає резонним аргумент заявників про те, що де-факто утворені одностатевими парами сім'ї існують, але позбавлені можливості домогтися юридичного визнання та захисту. Суд зауважує, що на відміну від індивідуального усиновлення або спільного усиновлення, спрямованого, як правило, на створення зв'язку з дитиною, між якою і усиновлювачем раніше не було будь-яких відносин, внутрішньосімейне

¹⁶⁴ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Е. В. проти Франції» (*E. V. v. France*). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-84571> (дата звернення: 22.09.2017).

¹⁶⁵ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Frette v. France». URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60168> (дата звернення: 22.09.2017).

¹⁶⁶ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Gas and Dubois v. France». URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109572> (дата звернення: 22.09.2017).

усиновлення партнером одного з батьків дитини покликане наділити усиновлювача відповідними правами щодо дитини¹⁶⁷;

4.2. про передачу дитини на усиновлення без згоди одного з батьків. У справі «Кіган (Keagan) проти Ірландії» (1994 р.) Суд розглядав питання про те, чи має право батько дитини, яка народжена поза шлюбом, стати її опікуном.

У цій справі матір дитини віддала дитину на усиновлення, не повідомивши про це батька дитини. Батько, дізнавшись про усиновлення, оскаржив рішення і звернувся з позовом про призначення його опікуном. Суд першої інстанції і Високий Суд задовольнили позов, але Верховний Суд Ірландії витлумачив норми законодавства таким чином, що батько дитини, народженої поза шлюбом, не може бути призначений її опікуном. Європейський Суд вказав, що: «відповідно до принципів, підтверджених практикою Суду, там, де існування сімейних зв'язків з дитиною очевидне, держава повинна діяти так, щоб ці зв'язки розвивалися, і створити законні гарантії, які б дозволили дитині влитися в сім'ю з самого її народження ... Крім того, доречно нагадати, що взаємне

спілкування батьків і дитини є основним елементом сімейного життя, навіть коли відносини між батьками зіпсувалися».

У цій справі участь держави в процедурі усиновлення веде до того, що обидва види зобов'язань за статтею 8 тісно переплітаються. Той факт, що ірландське законодавство дозволяє передачу дитини на усиновлення потай, без відома і згоди заявника, що в свою чергу призводить до виникнення у дитини прихильності до потенційних усиновлювачів і подальшої видачі офіційного дозволу на усиновлення, рівносильні втручанням в право заявника на повагу до сімейного життя;

4.3. про визнання рішень про усиновлення, що набрали законної сили, в іноземній державі. У справі «Вагнер і J.M.W.L. (Wagner and J.M.W.L.) проти Люксембурга» (2007 р.) незаміжня жінка поводи́ла себе як матір неповнолітньої дитини з моменту ухвалення рішення про усиновлення. Відмова люксембурзьких судів визнати іноземне рішення про усиновлення, що набрало законної сили, обумовлювалася відсутністю у внутрішньодержавному законодавстві норми, що дозволяє самотнім батькам усиновлювати дітей. Суд визнав, що така відмова була втручанням в право на повагу сімейного життя, і зауважив, що в Європі з даного питання існує широкий консенсус: фактично дозвіл на усиновлення особам, які не

¹⁶⁷ Явор О.А. Юридичні факти в сімейному праві України: усталені підходи і новітні тенденції: монографія. Харків: Право, 2016. 352 с. С. 278.

перебувають у шлюбі, був наданий більшістю країн-членів Ради Європи. Ще раз стверджуючи, що інтереси дитини повинні бути пріоритетними у справах подібного роду, Суд визнав, що внутрішні суди не мали права не прийняти до уваги юридичний статус, створений на основі рішення, що має силу в іншій країні, і що відповідає поняттю сімейного життя за змістом статті 8. Суди не повинні були відмовлятися від визнання сімейних зв'язків, які *de facto* пов'язували заявницю та її дитину і заслуговували повного захисту;

4.4. *про відносини усиновлених дітей з усиновлювачами та з рідними батьками* (наприклад, рішення у справі «Гьоргулу (*Gorgülü*) проти Німеччини» (2004 р.). У справі «Йогансен (*Johansen*) проти Норвегії» (1996 р.) Суд розглянув випадок, який стосувався дитини, поміщеної в місцевий орган державної опіки у віці двох тижнів. Передача дитини в спеціальний центр державної опіки пояснювалася тим, що її матір, на погляд органів опіки, була не в стані піклуватися про дитину. Такий висновок був зроблений на підставі інформації про заявницю, яка одержувала соціальну підтримку на виховання своєї старшої дитини. Висновки психолога і психіатра були суперечливими: один з них вважав, що матір не може піклуватися про дитину, другий – що може. В результаті шестимісячного процесу щодо визначення подальшої долі дитини суд вирішив передати її в сім'ю прийомних батьків з метою усиновлення. Водночас усиновлення передбачало припинення будь-яких зв'язків між рідною матір'ю та дитиною. Заявниця оскаржила процедуру вирішення питання про подальшу долю дитини, заборону на підтримання відносин з дитиною і позбавлення батьківських прав. Судом було встановлено порушення Норвегією ст. 8 Конвенції, що проявилось в забороні контактів з матір'ю. Оскільки дитину усиновили, заявницю позбавили батьківських прав та доступу в дім прийомних батьків, вжиті заходи слугували повному припиненню сімейного життя заявниці та її доньки, і були несумісні з цілями їх возз'єднання. Такі заходи можуть застосовуватися тільки у виняткових обставинах і вважаються правомірними, якщо мотивовані вимогою дотримання інтересів дитини¹⁶⁸;

4.5. *скасування рішення про усиновлення*. У справі «Зайец (*Zaieț*) проти Румунії» (2015 р.) розглядалося питання про скасування рішення про усиновлення через 31 рік після його ухвалення. Заявник була усиновлена у віці сімнадцяти років. У неї також була сестра, яка була усиновлена тією самою прийомною матір'ю. Після смерті їх названої матері, з'ясувалося, що остання мала право на ділянку лісових земель, яка була незаконно відчужена

¹⁶⁸ Туманова Л.В., Владимірова І.А. Защита семейных прав в Европейском Суде по правам человека. Москва: Издательский Дом «Городец», 2007. 208 с. С. 106.

в її сім'ї. Заявник, в принципі, мала право успадкувати половину частки. Проте, сестра заявника домоглася скасування усиновлення заявника. Національний суд, який розглядав справу, встановив, що усиновлення слугувало виключно економічним інтересам прийомної матері і заявника, і не мало на меті забезпечення кращого життя для заявника.

Європейський Суд в свою чергу визнав за можливе застосувати в даній справі статтю 8 Конвенції, оскільки скасування усиновлення, через тридцять один рік після того, як воно було визнано законом, завдало шкоди праву заявника на повагу до її сімейного життя. Рішення національного суду анулювати усиновлення слід розглядати як втручання в права заявника за статтею 8, враховуючи, що відносини між усиновлювачем та усиновленою дитиною підпадають під дію цієї статті. Суд висловив сумніви в тому, що це втручання було «передбачене законом», з урахуванням сумнівного права сестри заявника подавати заяву про визнання усиновлення недійсним відповідно до законодавства, що діяло в той час. Суд також поставив під сумнів легітимність мети, яка переслідувалась скасуванням усиновлення в силу мотивів, якими керувалася сестра заявника при порушенні цього розгляду, тобто бажання успадкувати все майно названої матері самотужки. Суд, проте, вважав за краще розглянути справу з точки зору принципу «необхідності» і розібратися, чи було рішення національного суду про скасування усиновлення заявника виправдано відповідними і достатніми підставами. Було встановлено, що оскаржуване рішення не відповідало цим умовам. Це був перший випадок, коли Суд розглянув справу про скасування рішення про усиновлення в контексті, коли усиновлювач вже помер, а усиновлена особа досягла повноліття. Це рішення цікаве тим, що Суд підкреслив у ньому наступні аспекти: 1) поділ сім'ї є дуже серйозним втручанням, і будь-які такі заходи повинні ґрунтуватися на досить значних і вагомих підставах, не тільки в інтересах дитини, але і по відношенню до правової визначеності; 2) скасування усиновлення не може бути заходом, спрямованим проти усиновленої дитини, і, як правило, правові положення, що регулюють усиновлення, спрямовані, в першу чергу, на захист інтересів дітей¹⁶⁹.

Окреслені вище категорії сімейних справ, що були і можуть бути предметом розгляду ЄСПЛ, досить умовний. Сучасні тенденції засвідчують також можливість застосування положень ст. 8 Конвенції в рамках захисту

¹⁶⁹ Европейский Суд по правам человека. Обзор прецедентного права суда (январь-июнь 2015 года). С. 31-32. URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Short_Survey_January_June_2015_RUS.pdf (дата звернення: 27.09.2017).

сімейного життя в імміграційних справах¹⁷⁰ та у питаннях депортації і екстрадиції¹⁷¹. Так, Суд розглянув декілька справ, пов'язаних зі скаргами на те, що виконання судового рішення про депортацію або екстрадицію порушує право на сімейне життя. Більшість із таких справ були пов'язані із запланованою депортацією осіб, які були засуджені за скоєння одного або декількох серйозних кримінальних правопорушень і які на той час відбували у в'язниці призначене за ці злочини покарання. Як правило, Суд враховував у подібних випадках не лише кількість та серйозність злочинів, але також і обставини приватного життя кожної із цих осіб. Якщо така особа не мала реальних зв'язків з країною, до якої цю особу мали вислати, або ж якщо у цієї особи були дуже міцні родинні зв'язки з сім'єю, яка постійно проживала на території держави, звідки цю особу мали вислати, Суд визнавав порушення права на сімейне життя (справи «Мустакім (*Moustaquim*) проти Бельгії» (1991 р.), «Бельджуді (*Beldjoudi*) проти Франції» (1992 р.), «Насрі (*Nasri*) проти Франції» (1995 р.). Коли переважали інші обставини, Суд, як правило, погоджувався з рішенням державних органів у цьому питанні (справи «С. проти Бельгії» (1996 р.), «Буганемі (*Boughanemi*) проти Франції» (1996 р.), «Буджліфа (*Boujlifa*) проти Франції» (1997 р.).

Доцільно зауважити й на тому, що до розгляду ЄСПЛ приймаються справи дотичні сімейним правовідносинам, зокрема відносини між подружжям, між батьками і дітьми, що мають різне громадянство (справа «Лю і Лю (*Liu and Liu*) проти Росії» (2007 р.); питання особистої ідентифікації (справи «Одієври (*Odievre*) проти Франції» (2003 р.), «Яджі (*Yağci*) проти Швейцарії» (2006 р.); відносини спадкування (справи «Пла і П'юнсерно (*Pla and Puncernau*) проти Андори» (2004 р.), «Брауер (*Brauer*) проти Німеччини» (2009 р.) та інші. Водночас доцільно зауважити, що ЄСПЛ при розгляді таких справ керується не тільки ст. 8 «Право на повагу до приватного і сімейного життя» і ст.12 «Право на шлюб», які в більшій мірі пов'язані з сімейними правовідносинами, але й застосовує інші норми Конвенції в сукупності з статтями 8, 12 (наприклад, ст. 6 «Право на справедливий суд», ст.13 «Право на ефективний засіб юридичного захисту», ст. 14 «Заборона дискримінації»,

¹⁷⁰ Івана Роанья. Защита права на уважение частной и семейной жизни в рамках Европейской конвенции о защите прав человека. Серия пособий Совета Европы. Воронеж: ООО Фирма «Элист», 2014. 196 с. С. 120. URL: <http://rm.coe.int/16806f15ac> (дата звернення: 22.09.2017).

¹⁷¹ Стандарты Европейского Суда по правам человека и российская правоприменительная практика: Сборник аналитических статей / Под ред. М.Р. Воскобитовой. Москва: Издательство «Анахарсис», 2005. 528 с. С. 269. URL: <http://www.ip-centre.ru/assets/files/Books/kniga.pdf> (дата звернення: 22.09.2017).

ст. 1 «Захист власності», ст. 2 «Право на освіту» Протоколу № 1, ст. 2 «Свобода пересування» Протоколу №4, ст.5 «Рівноправність кожного з подружжя» Протоколу №7). Крім того, доречним видається наголос на тому, що при розгляді конкретних справ ЄСПЛ комбіновано та гармонійно застосовує положення Міжнародної конвенції про права дитини 1980 р.; у справах протиправного переміщення або утримування дітей – положення Конвенції про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей 1980 р. (справи «Хабровські (*Chabrowski*) проти України» (2013 р.), «Х. проти Латвії» (2013 р.) та інші.

Якщо скарга підпадає в сферу застосування статті 8, Суд продовжує її структуроване вивчення. Для позитивної відповіді на питання чи має місце втручання в право, гарантоване ст. 8, Суд застосовує наступний покроковий аналіз звернення: чи було втручання «відповідно до закону», чи переслідувало воно законні цілі, чи необхідно воно в демократичному суспільстві.

Показовим прикладом категорії справ про втручання компетентних органів держави у сімейне життя всупереч закону є справа «Харді-Вйонне проти Швейцарії», в якій заявниця скаржилася на те, що в неї відібрали тіло мертвонародженої дитини і поховали його без її відома в загальній могилі. В результаті розгляду справи Суд прийшов до висновку, що працівник реєстратури організував похорон, не порадившись із батьками померлої дитини, хоча місцеві правила стосовно поховання передбачали в таких випадках необхідність співпраці з родичами померлого. Крім того, конкретні нормативні положення прямо вказували на те, що організаторами поховання мають бути родичі померлого. Зважаючи на ці обставини, Суд дійшов висновку, що втручання у право заявниці на повагу до її сімейного життя було здійснено без належних юридичних підстав, тому мало місце порушення статті 8 Конвенції¹⁷².

У світлі широко обговорюваних аспектів надмірної ролі органів опіки та піклування в державах Скандинавії ЄСПЛ сформулював правові позиції в рішенні у справі «Олссон (*Olsson*) проти Швеції» (1988 р.), в якому трое неповнолітніх дітей заявників були вилучені з сім'ї та передані на державне піклування на тій підставі, що розвиток дітей знаходиться під загрозою, оскільки вони живуть у несприятливій обстановці, їх батьки не здатні задовольнити потреби дітей в догляді, вихованні та захисту. При розгляді питання, чи була така ситуація сумісною із повагою до «сімейного життя» Суд зауважив, що відсутні підстави для припущення, що шведська влада не діяла

¹⁷² Явор О.А. Юридичні факти в сімейному праві України: усталені підходи і новітні тенденції: монографія. Харків: Право, 2016. 352 с. С. 270.

сумлінно. Однак цього недостатньо для визнання будь-яких заходів, що були вжиті, «достатніми» у сенсі Конвенції. На думку Суду, з урахуванням вивчених аргументів Уряду Швеції, існують підстави вважати, що рішення влади були частково обумовлені труднощами адміністративного характеру. Однак у такій основоположній сфері, як повага до сімейного життя, подібні фактори повинні відігравати більш ніж другорядну роль. З урахуванням викладеного вище Суд дійшов висновку, що заходи, вжиті для виконання рішень, не були підкріплені достатніми підставами, які б дозволяли вважати їх співрозмірними правомірній меті, що переслідувалася. Відповідно вони не були, незважаючи на надану національною владою свободу розсуду, «необхідними у демократичному суспільстві», що призвело до порушення ст. 8 Конвенції¹⁷³.

Необхідність втручання держави в сферу сімейного життя має дворівневий характер: по-перше, потрібно встановити, чи є мотиви втручання доречними і достатніми; по-друге, процес прийняття рішень має бути справедливим і забезпечувати належний захист інтересів всіх його учасників.

Доречність і достатність мотивів втручання держави у приватне й сімейне життя вбачається в наступному.

Суди повинні пам'ятати, що дитина має виховуватися в сімейному середовищі й встановлення державної опіки можливе лише за виняткових обставин, наприклад, якщо для дитини існує реальна небезпека. Так, у справах «Валлова і Валла (*Wallove and Walla*) проти Чеської Республіки» (2006 р.), «Гавелка та інші (*Havelka and Others*) проти Чеської Республіки» (2007 р.) Страсбурзький суд звертав увагу на те, що потрібно з'ясувати, чи зазнаватиме дитина, якщо її залишать під опікою батьків, жорстокого поводження, чи страждатиме вона через відсутність піклування, через неповноцінне виховання й відсутність емоційної підтримки, або визначити, чи виправдовується встановлення державної опіки над дитиною станом її фізичного або психічного здоров'я. Під час тлумачення цього принципу необхідно враховувати, що інтереси дитини є вищими, ніж інтереси батьків, зокрема батьки не наділяються правами вживати таких заходів, які могли б зашкодити здоров'ю дитини та її розвитку (справа «Ельсгольц (*Elsholz*) проти Німеччини» (2000 р.).

По-друге, при ухваленні рішення потрібно зважати на той факт, що розміщення дитини в середовище більш сприятливе для її виховання, не

¹⁷³ Чевичалова Ж. В. Розуміння терміна «сімейне життя» в контексті ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. *Теорія і практика правознавства*. 2015. Вип. 2. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/tipp_2015_2_27.

виправдовує примусового відібрання її від батьків (справа «К.А. проти Фінляндії»¹⁷⁴ (2000 р.).

По-третє, встановлення державної опіки не можна виправдовувати виключно посиленням на ненадійність ситуації, адже такі проблеми можна вирішити за допомогою менш радикальних засобів, не вдаючись до роз'єднання сім'ї, наприклад, через забезпечення цільової фінансової підтримки та соціальне консультування (справа «Мозер (*Moser*) проти Австрії» (2006 р.)

Насамкінець, передання дитини під державну опіку слід зазвичай розглядати як тимчасовий захід, здійснення якого має одразу припинитися, коли це дозволяють обставини. Отже, такий захід не може бути санкціонований без попереднього розгляду можливих альтернативних заходів і має оцінюватися в контексті позитивного обов'язку держави вживати виважених і послідовних заходів щодо сприяння возз'єднанню дітей зі своїми біологічними батьками, дбаючи при досягненні цієї мети про надання їм можливості підтримувати регулярні контакти між собою та, якщо це можливо, не допускаючи розлучення братів і сестер¹⁷⁵ (справи «Савіні проти України», «К і Т. проти Фінляндії»).

Варто акцентувати увагу й на тому, що судова практика встановлює так звані позитивні зобов'язання, які держава несе у зв'язку із вирішенням справи. Такі зобов'язання в основному носять процесуальний характер. Незважаючи на те, що Конвенція не містить жодних процедурних вимог, Суд приділяє окрему увагу процесу прийняття рішень у сімейних справах (особливо, у справах про роз'єднання членів сім'ї). Сьогодні загальноприйнятими визнаються наступні процесуальні гарантії:

1) залучення у процес заявника та його безпосередня участь у судовому розгляді. Наприклад, у справі «W проти Сполученого Королівства» (1987 р.) суд вирішив, що за обставин, які мали місце у цій справі, заявник не був попередньо проінформований або, що з ним не обговорювалися питання, які стосувалися важливих рішень, що впливали на його стосунки із донькою. За таких умов петиціонер не брав достатньої участі у прийнятті рішення на вирішальних стадіях. Відповідно Суд угледів порушення положень ст. 8 у недопущенні заявника до необхідного розгляду його точки зору або до захисту

¹⁷⁴ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «К.А. проти Фінляндії». URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/980_056 (дата звернення: 25.09.2017).

¹⁷⁵ Клім С. І. Грані виміру необхідності втручання держави у приватне й сімейне життя на прикладі рішень Європейського суду з прав людини. *Право і суспільство*. 2015. № 3(2). С. 57-61. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pis_2015_3%282%29__14 (дата звернення: 22.09.2017).

своїх інтересів. Щоправда, Суд вважає допустимим і таким, що не суперечить статті 8 прийняття рішень без участі опікунів неповнолітнього лише у виняткових випадках, наприклад, коли необхідно вжити заходів щодо захисту дитини в тяжкому становищі або коли опікуни дитини становлять для неї пряму загрозу. Однак в подібних випадках Суд повинен переконатися в тому, що національні органи влади мали підстави вважати, що конкретні обставини виправдовували негайне вилучення дитини з-під опіки батьків без будь-яких повідомлень або попередніх обговорень;

2) збір достатньої доказової бази. Вимоги до наявності такої бази містяться у рішенні Суду у справі «Шульц (*Schultz*) проти Польщі» (2002 р.), що стосувалася вирішення питання про встановлення опіки, яка може завершитися рішенням про роз'єднання сім'ї. Аналіз прецедентної практики ЄСПЛ до доказової бази дозволяє відносити:

а) думку дитини шляхом її допиту в судовому засіданні. У справі «Сахін (*Sahin*) проти Німеччини» (2001 р.) Суд висловив свою позицію з приводу необхідності з'ясування ставлення дитини до батьків безпосередньо у судовому засіданні, незважаючи на наявність висновку психолога з цього питання. Доцільним вбачається налагодження суддею безпосереднього контакту із дитиною з метою з'ясування питання про те, що належним чином відповідає її основним інтересам;

б) проведення експертизи, в тому числі психологічної, та врахування результатів експертизи при ухваленні рішення¹⁷⁶. У відповідному контексті заслуговує на увагу рішення у справі «Мікулич (*Mikulic*) проти Хорватії»¹⁷⁷ (2002 р.), в якому Суд звернув увагу на визначення критеріїв обов'язковості та (або) доцільності проведення експертиз ДНК у справах про встановлення факту батьківства (материнства). Суд наголосив на тому, що ті правові системи, які не спроможні примусити потенційного батька пройти на вимогу суду тест ДНК, можуть в принципі вважатися такими, що відповідають вимогам ст. 8 Конвенції. Разом з тим Суд зазначив, що у таких системах мають належним чином гарантуватися й інтереси дитини щодо встановлення її походження – у ситуаціях, коли встановити факт батьківства шляхом проведення тесту ДНК неможливо. Відсутність правових засобів примусу пройти тест ДНК для з'ясування батьківства відповідає принципу

¹⁷⁶ Клім С. І. Грані виміру необхідності втручання держави у приватне й сімейне життя на прикладі рішень Європейського суду з прав людини. *Право і суспільство*. 2015. № 3(2). С. 57-61. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pis_2015_3%282%29__14 (дата звернення: 22.09.2017).

¹⁷⁷ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Мікулич проти Хорватії». URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/980_049 (дата звернення: 25.09.2017).

пропорційності тільки тоді, коли водночас забезпечено альтернативні засоби встановлення неупередженим органом факту батьківства протягом розумного строку.

У справі «Калачова проти Росії» (2009 р.) заявниця оскаржила відмову російських судів встановити факт походження її позашлюбної дитини від біологічного батька на підставі експертизи ДНК. ЄСПЛ вказав, що сьогодні аналіз ДНК є єдиним науковим методом точного встановлення батьківства конкретної дитини; його доказова цінність істотно перевищує будь-які інші докази, подані сторонами для підтвердження або спростування їх близьких відносин.

Окремо ЄСПЛ звертає увагу на доцільність проведення у справах про роз'єднання сім'ї психологічної експертизи. Так, у справі «Зоммерфельд (*Sommerfeld*) проти Німеччини» (2003 р.) Суд зазначив, що не видання наказу про одержання психологічного висновку щодо можливості встановлення контактів між дитиною і заявником з боку німецьких судів свідчило про недостатність залучення заявника у процес прийняття рішення. Крім того, для повного врахування інтересів батьків, яких позбавляють батьківських прав, необхідно забезпечити можливість надавати пояснення й заперечення щодо висновків психологічної експертизи (справа «Гоффманн (*Hoffmann*) проти Німеччини» (2001 р.);

3) *своєчасність судового захисту сімейних прав*. У справі «Моретті і Бенедетті (*Moretti and Benedetti*) проти Італії» (2010 р.) Суд визнав порушення зобов'язання держави в тому, що клопотання заявників про особливий порядок усиновлення щодо прийомної дочки, яка була передана в їх сім'ю відразу після народження на п'ятимісячний період, не було розглянуто з належною увагою і швидкістю, в результаті чого дитина була оголошена вільною до усиновлення і передана іншій парі. Визнаючи, що в компетенцію Суду не входить заміна аргументації дій національних органів влади щодо заходів, які повинні були бути прийняті до забезпечення благополуччя дитини, судді Страсбурзького Суду відзначили, що вади в національних розглядах мали прямий вплив на сімейне життя позивачів;

4) *спосіб виконання судових рішень*¹⁷⁸ у справах про відібрання дитини від батьків, який має враховувати психологічну й емоційну підготовку дитини до відповідних змін в її житті (справа «Хазе (*Haase*) проти Німеччини» (2008 р.).

¹⁷⁸ Клім С. І. Грані виміру необхідності втручання держави у приватне й сімейне життя на прикладі рішень Європейського суду з прав людини. *Право і суспільство*. 2015. № 3(2). С. 57-61. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pis_2015_3%282%29__14 (дата звернення: 22.09.2017).

Практика Страсбурзького суду щодо захисту права на шлюб.

Відповідно до статті 12 Конвенції чоловік і жінка, що досягли шлюбного віку, мають право на шлюб і створення сім'ї згідно з національними законами, які регулюють здійснення цього права.

Одразу слід зауважити, що поняття «сім'я» в розумінні (тлумаченні) ст. 8 не співпадає повністю із змістом аналогічного поняття в контексті ст. 12 Конвенції, яка закріплює право на шлюб та створення сім'ї¹⁷⁹. Ці дві статті відрізняються одна від одної кількома аспектами. Стаття 12 стосується разових дій, наприклад, акту одруження або народження чи усиновлення дитини, в той час як стаття 8 стосується тривалого стану, а саме відносин, які виникають в результаті разових дій. Дія положень статті 12 обмежується особами шлюбного віку, в той час як стаття 8 охоплює всіх¹⁸⁰.

Стаття 12 стосується традиційного шлюбу між особами біологічно протилежної статі, але із змісту статті не можна зробити висновок, що здатність до відтворення є необхідною умовою цього права. При укладенні тексту статті 12 автори Конвенції були зорієнтовані на гетеросексуальні пари, які виявили намір укласти шлюб та створити сім'ю. Проте пізніше комісія та Суд розглянули кілька справ транссексуалів, які скаржилися на порушення права вступу до шлюбу відповідно до статті 12. У справі «Ван Оостервійк (*Van Oosterwijk*) проти Бельгії» (1980 р.) заявник, який змінив свою стать на чоловічу, стверджував, що відмова бельгійського уряду внести зміни до книги реєстрації народжень позбавляє його можливості реалізувати право на шлюб. Комісія висловила думку, що хоча в Конвенції та в національних правових системах поняття шлюбу та сім'ї фактично тотожні, ніщо не свідчить на користь такого висновку. Комісія не визнала як те, що здатність до відтворення є основною умовою шлюбу, так і те, що саме відтворення є головною метою шлюбу. Водночас, сім'я завжди може бути заснована шляхом усиновлення дітей, адже прецедентна практика ЄСПЛ засвідчує право вступу до шлюбу чоловіків та жінок, які не можуть мати дітей.

У справах «Різ (*Rees*) проти Сполученого Королівства» (1986 р.), «Коссі (*Cossey*) проти Сполученого Королівства» (1990 р.), «Шеффілд і Горшем (*Sheffield and Horsham*) проти Сполученого Королівства» (1998 р.) Суд,

¹⁷⁹ Туманова Л.В., Владимірова І.А. Защита семейных прав в Европейском Суде по правам человека. Москва: Издательский Дом «Городец», 2007. 208 с. С. 77.

¹⁸⁰ Методичні рекомендації Мін'юсту України для центральних органів виконавчої влади щодо застосування в законотворчій діяльності Конвенції про захист прав і основних свобод людини від 21.11.2000 р. № 40. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0040323-00> (дата звернення: 26.09.2017).

пославшись на «традиційну концепцію шлюбу», засновану на біологічних критеріях визначення статі, відмовив транссексуалам у захисті прав, зокрема прав на шлюб і на повагу до приватного життя. Однак у 1992 році у справі «В. проти Франції» заявниця наполягала на тому, що її ситуація є відмінною від розглянутих на той час аналогічних за фабулою справ Різа та Коссі з огляду на нові наукові, правові та соціальні чинники, а також на суттєві відмінності у правовому регулюванні у Франції та Сполученому Королівстві, внаслідок існування яких у Франції транссексуали перебувають у гіршому становищі. І Суд такі відмінності встановив, визнавши порушення права заявниці на повагу до її приватного життя (§ 45-63).

Кардинальна зміна практики Суду у справах транссексуалів відбулася 11 липня 2002 року з прийняттям рішень у справах «Крістін Гудвін (*Christine Goodwin*) проти Сполученого Королівства» та «І. проти Сполученого Королівства», в яких було визнано порушення відповідачем статей 8 і 12 Конвенції та констатовано, зокрема, недопустимість позбавлення транссексуалів права на вступ у шлюб з особою протилежної до їхньої нової статі. В § 100 і § 80 рішень вищевказаних справ Суд висловив сумнів у тому, що право чоловіка та жінки на одруження, закріплене у ст. 12 Конвенції, можна тлумачити, ґрунтуючись виключно на біологічному критерії. Він зазначив істотні соціальні зміни в інституті шлюбу, які мали місце від моменту прийняття Конвенції, а також звернув увагу на радикальний прорив у галузі транссексуалізму, котрий став можливим завдяки досягненням медицини та науки в цілому. Суд установив, що біологічний фактор не може бути визначальним при вирішенні питання про юридичний статус транссексуала, оскільки очевидно є наявність й інших факторів, як-от: визнання медиками та відповідними органами держав-учасниць Конвенції стану зміни статевої ідентичності; забезпечення лікування, зокрема через хірургічне втручання, котре дозволяє максимально надати відповідній особі ознак статі, яку вона набуває; індивідуальна оцінка транссексуалом своєї нової соціальної ролі.

Проаналізована практика Суду свідчить про його схильність, захищаючи права людини, поступово нівелювати різницю між домінуючою, традиційною гетеросексуальністю, з одного боку, та, зокрема, маргінальними гомосексуальністю і трансгендерністю – з другого.¹⁸¹

Потрібно зазначити, що Суд досліджував значну кількість справ, в яких порушувалося питання заборони укладення шлюбу. Так, у справі «Дрейпер

¹⁸¹ Явор О.А. Юридичні факти в сімейному праві України: усталені підходи і новітні тенденції: монографія. Харків: Право, 2016. 352 с. С. 281.

(*Draper*) проти Сполученого Королівства» (1980 р.), яка стосувалась заборони укладати шлюб під час перебування в місцях позбавлення волі, Європейська комісія констатувала порушення статті 12, зазначивши що «суть права укладати шлюб... полягає у створенні юридично обов'язкового союзу між чоловіком та жінкою. Тому вони повинні самі вирішити, чи мають бажання укласти такий союз, за обставин, коли вони не зможуть прожити разом». В іншій справі Європейська комісія зазначила, що стаття 12 «не вимагає навіть від самих держав-учасниць Конвенції організувати своє шлюбне законодавство таким чином, щоб передбачити можливість остаточного припинення шлюбу у формі розірвання юридичних шлюбних відносин».

У справі «Б. та Л. (*B. and L.*) проти Сполученого Королівства» (2005 р.) Суд визнав наявність порушення ст. 12 Конвенції щодо законодавчої заборони одружитись свекру з невісткою відповідно до Акту про шлюб від 1949 року Сполученого Королівства¹⁸². Судом було висловлено коректне зауваження, що обмеження права чоловіка і жінки на укладення шлюбу та створення сім'ї не повинні бути настільки суворими, аби порушити саму сутність цього права.

Суд відзначив, що ціль, на яку згадана заборона була спрямована, а саме: збереження цілісності сім'ї, насправді аж ніяк не перешкоджала колишньому подружжю встановлювати близькі стосунки з іншими особами. Суд також зауважив, що ані інцест, ані інші кримінально-правові положення не повинні перешкоджати спільному проживанню колишніх свекра та невістки. Відтак не було підстав стверджувати, що взаємини заявників могли б викликати у дитини заявниці відчуття збентеження чи емоційної непевності.

Законодавча заборона на одруження між свекром та невісткою означала те, що заявникам було відмовлено в юридичному та соціальному визнанні їхніх відносин. Той факт, що шлюб гіпотетично міг бути укладений після того, як колишня дружина заявника і колишній чоловік заявниці померли б, не усував самої заборони. Суд зауважив, що за таких обставин у заявників залишалась можливість звернутись по допомогу до парламенту. Втім, Суд не оцінив таку можливість як прийнятну для захисту прав заявників. Підставою такої оцінки Суду стали винятковість і витратність цієї процедури, а також відсутність будь-яких чітких правил чи прецедентів, якими мав би керуватися парламент у вирішенні питання щодо надання виняткового дозволу на укладення шлюбу. Суд також вказав, що такий механізм здійснення права, за посередництвом якого доросла мисляча людина змушена піддати себе та своє

¹⁸² Комюніке секретаря Європейського суду з прав людини стосовно рішення у справі «Б. та Л. (*B. and L.*) проти Сполученого Королівства». *Юридичний вісник України. Інформаційно-правовий банк.* № 46. 19-25 листопада 2005 року. С. 32.

приватне життя втручанню з боку сторонніх осіб, не може не викликати у нього застереження.

Окремо слід зауважити, що до змісту права на одруження за ст.12 не входить право на розірвання шлюбу, навіть з тією умовою, щоб отримати можливість на укладення нового шлюбу. Так, у справі «Джонстон (*Johnston*) проти Ірландії» (1986 р.), де головним заявником був чоловік, який мирно розійшовся із своєю дружиною та проживав протягом останніх кількох років з жінкою і налагодив з нею стабільне сімейне життя, скарга стосувалася того, що заборона ірландським урядом розірвання шлюбу є порушенням його права на одруження відповідно до ст. 12 Конвенції. Європейський суд постановив, що ніякого порушення немає, оскільки держава де-факто не втручалася в його сімейне життя і не зобов'язана вживати позитивних заходів для забезпечення яким би то не було чином його права на укладення повторного шлюбу. Суд постановив, що стаття 12 не гарантує права на розірвання шлюбу¹⁸³.

Рішення Європейського суду з прав людини щодо захисту сімейних прав та охоронюваних інтересів щодо громадян України.

Відповідно до ч. 4 ст. 55 Конституції України кожен має право після використання всіх національних засобів юридичного захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна.

Громадяни України активно використовують своє конституційне право звернення до ЄСПЛ. Так, щодо захисту сімейних прав та інтересів з посиланням на порушення Україною конвенційних зобов'язань, визначених ст. 8 Конвенції, з 2007 року ЄСПЛ розглянуто понад 40 справ, 4 з яких присвячені сімейним правовідносинам («Хант проти України» 2007 року, «Савіни проти України» 2008 року, «Курочкін проти України» 2012 року, «Мамчур проти України» 2015 року). Щоправда, станом на 11.07.2017 року ЄСПЛ було винесено рішення у справі «М.С. проти України». В контексті статті 12 Конвенції (право на шлюб) проти України ЄСПЛ не розглянуто жодної справи.

¹⁸³ Методичні рекомендації Мін'юсту України для центральних органів виконавчої влади щодо застосування в законотворчій діяльності Конвенції про захист прав і основних свобод людини від 21.11.2000 р. № 40. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0040323-00> (дата звернення: 26.09.2017).

Важливо ще раз зауважити на тому, що при вирішенні питання про компетентність ЄСПЛ у розгляді скарги в контексті ст. 8 ЄКПЛ Суд використовує вироблений ним підхід щодо перевірки обґрунтованості втручання у право заявника, а саме «триступеневий тест», при якому необхідно дати відповіді на питання: чи було втручання передбачене законом, чи мало воно легітимну мету та було необхідним у демократичному суспільстві (пропорційним)¹⁸⁴. У всіх справах проти України проблеми передбачуваності законом та наявності легітимної мети було безсумнівно дотримано (наявність чіткого національного законодавства та мети у вигляді захисту прав учасників сімейних відносин), а тому для Суду залишалось проаналізувати відповідність втручання принципу «пропорційності», тобто встановити, чи було воно «необхідним в демократичному суспільстві». Саме аналіз третього питання викликає труднощі в національній правозастосовчій практиці і є не типовим для її реалій¹⁸⁵.

Так, у справі «Хант проти України»¹⁸⁶ Європейський Суд дійшов висновку, що заявник не був залучений у провадження, внаслідок яких приймалися рішення, тією мірою, яка є достатньою для забезпечення захисту його інтересів, а державні органи вийшли за межі своєї дискреції і не забезпечили рівновагу між інтересами заявника та інших осіб (пункт 60).

При визначенні основоположних принципів у справі «Савіни проти України»¹⁸⁷ (рішення від 18.12.2008 року (набуло статусу остаточного від 18.03.2009 року), п.п. 47-52 Судом було зазначено, що право батьків і дітей бути разом один з одним становить основоположну складову сімейного життя і що заходи національних органів, спрямовані перешкодити цьому, є втручанням у права, гарантовані ст. 8 Конвенції про права людини. Рішення у справі про встановлення державної опіки над дитиною має обґрунтовуватися достатніми аргументами на захист інтересів дитини, і саме держава-відповідач повинна переконатися в тому, що було проведено ретельний аналіз можливих наслідків пропонованого заходу з опіки для батьків і дитини. У

¹⁸⁴ Івана Роанья. Защита права на уважение частной и семейной жизни в рамках Европейской конвенции о защите прав человека. Серия пособий Совета Европы. Воронеж: ООО Фирма «Элист», 2014. 196 с. С. 15-16. URL: <http://rm.coe.int/16806f15ac> (дата звернення: 22.09.2017).

¹⁸⁵ Пархоменко П. Значення рішення ЄСПЛ у справі «М.С. проти України» для правозастосовчої практики. URL: <http://jurliga.ligazakon.ua/news/2017/7/25/162658.htm> (дата звернення: 22.09.2017).

¹⁸⁶ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Хант проти України» (Заява № 31111/04). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/974_126 (дата звернення: 28.09.2017).

¹⁸⁷ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Савіни проти України» (Заява № 39948/06). URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_454 (дата звернення: 28.09.2017).

будь-якому разі передача дитини під опіку держави слід розглядати як тимчасовий захід, здійснення якого має одразу припинятися, коли це дозволяють обставини. Отже, такий захід не може бути дозволений без попереднього розгляду можливих альтернативних варіантів і має оцінюватися в контексті позитивного обов'язку держави вживати ефективних заходів спрямованих на передачу дітей до своїх біологічних батьків, дбаючи про підтримку регулярних контактів між собою та якщо це можливо, не допускаючи розлучення братів і сестер.

Суд, аналізуючи застосування зазначених принципів у цій справі наголосив, що ставить під сумнів адекватність відповідної доказової бази для висновку про те, що матеріально-побутові умови дітей були справді небезпечними для їхнього життя і здоров'я. Крім того, на думку Суду, українські судові органи не здійснили аналіз щодо того, якою мірою стверджуваних незадовільність виховання дітей зумовлювала саме непоправна нездатність заявників забезпечувати належну опіку і піклування, а не їхні фінансові труднощі та об'єктивний стан фрустрації, що можна було виправити за допомогою цільової фінансової та соціальної допомоги й ефективного консультування.

Суд також зауважив, що на жодному етапі провадження у справі судді не заслуховували дітей і що внаслідок виконання рішення про відібрання дітей від батьків їх не лише відокремили від родини, а й помістили в різні заклади.

Суд дійшов висновку, що, незважаючи на доречність аргументів, якими національні органи обґрунтовували своє рішення про відібрання дітей від батьків, ці аргументи не були достатніми для виправдання такого серйозного втручання в сімейне життя заявників.

Наведене рішення ЄСПЛ засвідчує обов'язок судових органів під час розгляду та вирішення справ щодо встановлення державної опіки над дітьми враховувати саме добросовісність виконання батьківських обов'язків та оцінювати пропорційність застосованих заходів та тієї цілі, задля яких застосовуються ці заходи, що є одним із основних фундаторів концепції «найкращих інтересів дитини» при реалізації матеріально-правових норм¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Яніцька І.А. Розгляд справ про встановлення опіки (піклування) над дітьми, позбавленими батьківського піклування в контексті рішень Європейського суду з прав людини. *Практика ЄСПЛ з питань цивільного процесуального права*: матеріали круглого столу (м.Одеса, 5 квітня 2016 року). Одеса: Юридична література, 2016. С. 42-46. С. 43.

В справі «Мамчур проти України»¹⁸⁹ заявник скаржився на втручання в його батьківські права, зокрема право на опікування дитиною та доступ до спілкування з нею, а також право на виховання дитини. Крім того, він скаржився за статтею 14 Конвенції, що під час здійснення права на повагу до сімейного життя його було піддано дискримінації через його інвалідність.

Заявник також стверджував, посилаючись головним чином на пункт 1 статті 6 Конвенції, що судові розгляди його справи були несправедливими.

Суд не погодився з висновками національних судів, в основу яких покладено обмежений підхід органів влади при розгляді скарг заявника щодо питання доступу. З огляду на ситуацію на той час органи влади повинні були владнати ситуацію, а саме допомогти заявнику у спілкуванні з дитиною та реалізувати батьківські права у повному об'ємі. Те, що органи влади не зробили цього, позбавило заявника відповідних правових гарантій щодо його батьківських прав.

Суд у своєму рішенні по цій справі постановив, що було порушено статтю 8 Конвенції з огляду на необґрунтоване встановлення опіки над дитиною заявника.

Рішення «М.С. проти України» (2017 р.) не належить до розряду «хрестоматійних» або не є вираженням кардинально нової позиції Європейського Суду, воно демонструє послідовні підходи, вироблені Судом у питаннях захисту Конвенцією сімейного життя. Проте в цьому рішенні «зрозумілою мовою» наголошено на проблемах, які існують в нашій державі, що, в свою чергу, повинно стати підґрунтям для їх вирішення та зміни свідомості в правозастосуванні¹⁹⁰.

Щодо обставин справи, підкреслимо, що вона стосувалась заявника, який перебував у відносинах із жінкою, з якою в подальшому він уклав шлюб і у них народилась спільна дитина (донька). З моменту народження дитини пара та їх донька жили в квартирі заявника, де також проживали батьки заявника (дід та баба), які допомагали виховувати дитину. Протягом певного часу заявник та його дружина перебували на заробітках за кордоном, а тому під час їх відсутності про дитину турбувались батьки заявника. З часом відносини між заявником і дружиною погіршилися, дружина без згоди заявника забрала дитину і переїхала в інше місце. Заявник знайшов місцезнаходження дитини і забрав її до себе, оскільки були підозри про

¹⁸⁹ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Мамчур проти України» (Заява № 10383/09). URL: <http://old.minjust.gov.ua/file/50656> (дата звернення: 22.09.2017).

¹⁹⁰ Пархоменко П. Значення рішення ЄСПЛ у справі «М.С. проти України» для правозастосовчої практики. URL: <http://jurliga.ligazakon.ua/news/2017/7/25/162658.htm> (дата звернення: 22.09.2017).

застосування до дитини насильства та сексуального розбещення з боку дружини та її співмешканця. Натомість рішенням районного суду було ухвалено визначити місце проживання дитини разом з матір'ю.

Заявник, не посилаючись на будь-які положення Конвенції, скаржився, що влада не провела ефективного розслідування ймовірного сексуального насильства над його неповнолітньою дитиною. При цьому заявник звернувся до ЄСПЛ від свого імені, оскаржуючи не тільки передбачуване порушення його права, а й передбачуване порушення права його доньки.

В свою чергу, Суд з власної ініціативи вважав доцільним розглянути скаргу згідно зі статтею 8 Конвенції.

При вирішенні справи, зокрема оцінюючи пропорційність втручання, Суд повторив свої загальні принципи щодо того, що при визначенні основних інтересів дитини у кожному конкретному випадку необхідно враховувати дві умови: по-перше, в найкращих інтересах дитини буде збереження її зв'язків із сім'єю, крім випадків, коли сім'я виявляється особливо непридатною або неблагополучною; по-друге, в найкращих інтересах дитини буде забезпечення її розвитку у безпечному, спокійному та стійкому середовищі, що не є неблагополучним. Судом було визначено, що до конфлікту між батьками дитина завжди проживала в квартирі заявника, де у неї була стабільна обстановка. Подальший переїзд дитини порушив стабільність повсякденного життя дитини: їй довелось жити в новому будинку в іншому житловому районі, їй довелось відвідувати нову установу й спілкуватися з новими людьми, що оточували її. У момент цивільного спору матір знову переїхала, де вона жила в іншій квартирі, що знов було новим середовищем, яке дитина мала прийняти. Важливо, що Європейський Суд звернув увагу, що рішення судів не свідчать, що будь-яке з цих питань було належним чином розглянуто.

Заслуговує на увагу та обставина, що бабуся і дідусь становили важливу частину сімейного життя дитини, проте цей факт не розглядався судом першої інстанції. Апеляційний суд лише зазначив, що роль батьків у вихованні дитини важливіша, ніж роль баби і діда. Хоча Європейський Суд згоден з цим спостереженням, він вважає, що в конкретних обставинах цієї справи таке твердження було недостатнім, оскільки залишилося незрозумілим, яким чином таке загальне спостереження відповідало індивідуальному становищу дитини заявника і чи було відібрання дитини від бабусі та дідуся таким, що спричиняло шкоду інтересам дитини.

До речі, окрема думка судді Карло Ранзоні від Ліхтенштейну в цій справі, зацентрувала увагу на «важливій та спірній проблемі, характерній для України, а саме існування «презумпції на користь матері» в питаннях виховання дитини». Суддя зазначив, що така презумпція не підтверджується

на рівні ООН, не впливає з Декларації або прецедентної практики Європейського Суду, а також не відповідає позиції Ради Європи та більшості держав - членів Ради Європи. «Через презумпції на користь матері національні суди зменшили рамки своєї оцінки, обмежилися встановленням відсутності «виняткових обставин» і відмовилися від вивчення подальших обставин, які були б визначальними для того, щоб забезпечити найкращі інтереси дитини».

Підводячи підсумок, слід погодитися з П.Пархоменко, що вказане рішення підтвердило сталу позицію Європейського Суду, яка зводиться до визначення насамперед «найкращих інтересів дитини», а не батьків, що потребує детального вивчення ситуації, врахування різноманітних чинників, які можуть вплинути на інтереси дитини, дотримання справедливої процедури у вирішенні спірного питання для всіх сторін¹⁹¹.

Незначна кількість так званих сімейних справ проти України, які становили розгляд в ЄСПЛ, в цілому засвідчує проблему захисту інтересів дитини – поняття оціночного та визначального в конкретній життєвій ситуації. Суд неодноразово звертав увагу на необхідності врахування національними судами пріоритетних інтересів дитини. При цьому вітчизняні судді працюючи над практичним впровадженням позицій ЄСПЛ у відповідних категоріях справ, інколи не мають чіткого та однозначного уявлення про те, в чому полягає інтерес дитини. Цим власне й пояснюється досить поширене в діяльності українських судів абстрактне посилання на практику ЄСПЛ без вказівок на конкретне рішення цього органу, і навпаки, в судових рішеннях робиться посилання на конкретне рішення ЄСПЛ, але без зазначення співвіднесення його з нормами національного права й обставинами конкретної справи.¹⁹²

Водночас з метою покращення якості підготовки судових рішень судам слід звернути увагу, що застосування практики ЄСПЛ повинно бути виправданим, виваженим та змістовним, а не формальним. Тому судам необхідно в рішеннях наводити мотиви щодо застосування норм Конвенції. Суд не повинен виривати із контексту та лише процитувати деякі пункти рішення ЄСПЛ, а повинен навести власні висновки щодо необхідності застосування цих положень. Так, дані положення були застосовані у справі за позовом Г.Л. до Г.Є., третьої особи служби у справах дітей Стрийської міської ради Львівської області про позбавлення батьківських прав (суддя Шрамко

¹⁹¹ Пархоменко П. Значення рішення ЄСПЛ у справі «М.С. проти України» для правозастосовчої практики. URL: <http://jurliga.ligazakon.ua/news/2017/7/25/162658.htm> (дата звернення: 22.09.2017).

¹⁹² Васильєв С.В. Джерела цивільного процесуального права України: традиції й інновації: монографія. Харків: Еспада, 2013. 432 с. С. 318.

Р.Т. Стрийського міськрайонного суду Львівської області, справа №456/663/15-ц). Позивач звернулася до суду із позовом про позбавлення батьківських прав Г.Є., відносно неповнолітньої дочки. Позовні вимоги обґрунтовувалися тим, що відповідач є її колишній чоловік. Шлюб між ними розірвано рішенням Стрийського міськрайонного суду Львівської області від 05.08.2011 року. Під час перебування у шлюбі, в них народилась дочка. Дитина постійно проживає разом з позивачем та знаходиться на її утриманні. В судовому порядку батько дитини позбавив її права на користування житлом, яке йому належить. Подружнє життя з відповідачем не склалося через його неправомірну поведінку в сім'ї та побуті. Ще будучи в шлюбі з позивачем, відповідач не займався вихованням їхньої дочки, не цікавився її життям та долею. А після розірвання шлюбу він взагалі не дбав про дитину, ухилявся від обов'язку по її вихованню та утриманню, мав велику заборгованість по сплаті аліментів на утримання дитини. За скоєння тяжкого злочину відповідач притягнувся до кримінальної відповідальності, відбував покарання в місцях позбавлення волі. Після звільнення з місць позбавлення волі він знову скоїв ряд тяжких злочинів, за що повторно був притягнутий до кримінальної відповідальності. Вироком Стрийського міськрайонного суду Львівської області від 16.05.2014 р. був засуджений за ст.ст. 185 ч.3, 186 ч. 1 КК України на три роки позбавлення волі. Ухилення відповідача від своїх батьківських обов'язків по вихованню дитини, не бажання утримувати дитину змусило позивача звернутися до Служби у справах дітей Стрийської міської ради з заявою про вирішення питання позбавлення відповідача батьківських прав стосовно неповнолітньої дочки. Згідно листа Стрийської міської ради № 702 від 28.10.2014 р., їй було відмовлено в позбавленні батьківських прав відповідача з формальних підстав, а саме, що батько не був присутнім і не брав участі у засіданні комісії по причині перебування в місцях позбавлення волі. Пізніше, згідно рішення виконавчого комітету Стрийської міської ради від 22.10.2015 р. за №253 було надано дозвіл на позбавлення відповідача батьківських прав.

Задовольняючи позов, районний суд застосував норми статей 9, 18 Конвенції «Про права дитини», ратифікованої Постановою Верховної Ради України 27.02.1991р., Європейську Конвенцію «Про здійснення прав дітей», ратифіковану Україною 03.08.2006 р., Конвенцію про юрисдикцію, право, що застосовується, визнання, виконання та співробітництво щодо батьківської відповідальності та заходів захисту дітей, ратифіковану Україною 14.09.2006 р., якими гарантовано та забезпечено право дитини з боку усіх державних та приватних структур, а також з боку батьків на належне батьківське виховання та піклування, забезпечення дитини сімейним затишком, розвиток

індивідуальності та захисту всіх прав дитини навіть від самих батьків, що не суперечить вимогам ст. 150 СК України.

Також суд врахував рішення ЄСПЛ у справі «Савіни проти України», де встановлено, що вирішуючи справи про позбавлення батьківських прав, суд зобов'язаний дотримуватися вимог ст. 8 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод у частині права заявників на повагу до сімейного життя, зокрема, судове рішення має бути побудоване на з'ясованих обставинах: чи були мотиви для позбавлення батьківських прав доречними і достатніми, чи здатне рішення про позбавлення батьківських прав забезпечити належний захист дитини, чи було проведено ретельний аналіз можливих наслідків пропонованого заходу з опіки для батьків і дитини, чи ґрунтується висновок органу опіки на достатній доказовій базі, чи мали батьки достатні можливості брати участь у вирішенні такого питання.

Суд врахував, що судові рішення повинні відповідати й принципу 6 Декларації прав дитини, прийнятою Генеральною Асамблеєю ООН 20.11.1959 року, в якій проголошено, що дитина для повного і гармонійного розвитку її особистості потребує любові і розуміння. Вона повинна, коли це можливо, рости під опікою і відповідальністю своїх батьків і в усякому випадку в атмосфері любові і моральної та матеріальної забезпеченості; малолітня дитина не повинна, крім тих випадків, коли є виняткові обставини, бути розлучена зі своєю матір'ю¹⁹³.

До речі, цікавою з позицій змісту судового рішення (вступна, описова, мотивувальна та резолютивна частини) є рішення судді Бахмацького районного суду Чернігівської області П.Пархоменко у справі про позбавлення батьківських прав, що прирівнюють до повноцінного прецеденту Європейського суду з прав людини.

Суддя, який на науковій ниві серйозно досліджує значення рішень ЄСПЛ для правозастосовчої практики, структурно виклав рішення в наступній послідовності:

I. Зміст позовних вимог.

II. Пояснення осіб, які беруть участь у справі.

III. Встановлені судом обставини та визначені відповідно до них правовідносини.

IV. Оцінка Суду.

¹⁹³ Аналіз судової практики апеляційного та місцевих судів Львівської області про застосування судами Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод при здійсненні судочинства у цивільних справах в 2015 році. URL: http://gl.lv.court.gov.ua/userfiles/file/court_461/news/2015_1_03_2016.pdf (дата звернення: 22.09.2017).

А. Загальні принципи. В цій частині рішення суддя зокрема наголосив, що в даній ситуації Суд звертає увагу, що право батьків і дітей бути поряд один з одним становить основоположну складову сімейного життя і що заходи національних органів, спрямовані перешкодити цьому, є втручанням у права, гарантовані статтею 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (пункт 47 рішення Європейського Суду у справі «Савіні проти України», пункт 49 рішення у справі «Хант проти України»).

Б. Застосування вказаних принципів в даній справі.

1). *Чи здійснювалось втручання «згідно із законом».*

2). *Чи відповідало втручання цілям передбаченим в пункті 2 статті 8 Конвенції.*

3). *Чи було втручання «необхідним в демократичному суспільстві» (пропорційним).* В цій частині, окрім іншого, суддею зазначається, що в конкретній ситуації існують виключні обставини, за яких відповідчі можуть бути позбавлені батьківських прав, що не суперечить статті 9 Конвенції про права дитини, статті 8 Конвенції (див. наприклад пункт 59 рішення Європейського Суду у справі «Ньяоре проти Франції»), і в такому випадку Судом на перше місце ставляться «якнайкращі інтереси дитини» оцінка яких включала в себе оцінку і знаходження балансу між усіма елементами, необхідними для прийняття рішення в даному випадку стосовно даної особи (див. пункт 47 Зауважень загального порядку Комітету ООН з прав дитини № 14 (2013) про право дитини на приділення першочергової уваги якнайкращому забезпеченню її інтересів (Пункт 1 статті 3)).

V. Застосування статті 166 СК.

Рішення суддя ухвалив «керуючись статтею 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, статтями 1, 9 Конвенції про права дитини, статтями 164-166, 180 Сімейного кодексу України, статтями 10, 60, 209, 213 - 215 Цивільного процесуального кодексу України»¹⁹⁴.

Як бачимо, не все так однозначно в Україні із застосуванням судовими органами правових позицій ЄСПЛ. Поодинокі зустрічаються посилання не тільки на норми Конвенції та прецедентну практику Суду, але й має місце неординарний підхід до структури рішення національного суду, із запозиченням загальних тенденцій ЄСПЛ.

¹⁹⁴ Рішення Бахмацького районного суду Чернігівської області у справі №728/49/17, номер провадження 2/728/100/17 від 23.02.2017 року. URL: http://protokol.com.ua/ua/ukrainskiy_sud_tekst_rishennya_za_strukturoyu_pretsedentiv_espl_p_ozbavlennya_batkivskih_prav_vidnosno_malolitnogo_sina/ (дата звернення: 22.09.2017).

Узагальнення.

Незаперечним є той факт, що в останній час судді судів загальної юрисдикції України при здійсненні правосуддя все частіше застосовують положення Конвенції та рішення Європейського Суду. У своїх рішеннях судді України посилаються на ст.ст. 3, 5, 6, 10, 13 Конвенції, ст.ст. 1, 3 Першого протоколу та п. 2 ст. 2 Протоколу № 4, а також прецеденти Європейського Суду щодо цих норм. Менш застосованими в судовій практиці є положення ст.ст.8, 12, 14 Конвенції, ст.5 Протоколу № 7 до Конвенції. В більшості випадків у судових рішеннях, що впливають з сімейних правовідносин, судді керуються не нормами Конвенції, а загальноєвропейськими принципами справедливості, розумності, природного права, відповідності моральним критеріям, суспільної необхідності та ін.

Саме тому вивчення рішень ЄСПЛ в контексті захисту сімейних прав становить науково-практичний та прикладний інтерес для вітчизняної юридичної спільноти. Не дивлячись на те, що Європейський суд публікує свої рішення на відкритому сайті і в друкованих виданнях, їх вивчення та автентичне розуміння становлять певні труднощі, зокрема труднощі перекладу. Тексти рішень мовою оригіналу потребують відмінних знань англійської або французької мови, що на сьогодні не характерно для більшості суддів України. Крім того, рішення та постанови ЄСПЛ по конкретних скаргах містять лише назви справ, на підставі яких було прийнято рішення (так звані прецеденти), але тексти їх не наводяться.

Для реалізації прецедентної практики ЄСПЛ в національне судочинство потрібно принаймні забезпечити доступність усіх рішень Європейського суду або хоча б більшості із них, для вітчизняних суддів, у перекладі на українську мову.

На думку голови ЄСПЛ Луціуса Вільдхабера, висловленої ще в квітні 2005 року, національні суди повинні володіти основними ефективними засобами судового захисту, узгодженими з Страсбурзьким прецедентним правом. «Фундаментальною метою Конвенції є створення ситуації, за якою громадяни не повинні звертатися в Страсбург, оскільки вони можуть одержати адекватну допомогу в межах їх власних національних судових систем. З цієї ж причини важливим є й те, щоб національні суди відслідковували за розвитком прецедентного права на основі Конвенції і наслідували б принципи юриспруденції, виробленими Судом».¹⁹⁵ Іншими

¹⁹⁵ Шершень Т.В. Значение решений Европейского суда по правам человека в защите семейных прав. *Вестник Омского университета*. Серия «Право». 2010. № 2 (23). С. 74–81.

словами, йдеться про те, що при правильному застосуванні норм Конвенції та рішень ЄСПЛ при здійсненні судочинства національними судами, можна розраховувати на зменшення звернень, зокрема громадян України, до Страсбурзького суду з метою оскарження рішень, ухвалених судами України з порушенням прав людини на сімейне життя. Широке застосування Європейської Конвенції у правовій системі України дасть змогу створити більш ефективний механізм захисту прав і основних свобод учасників сімейних відносин в Україні.

Порядок встановлення кінцевого бенефіціарного власника

Махінчук Віталій Миколайович

*доктор юридичних наук,
професор кафедри судочинства*

В умовах реформування національного законодавства, питання про необхідність ідентифікації контролюючої особи, яка фактично має можливість давати вказівки і тим самим впливати на діяльність юридичної особи, чиї дії або бездіяльність могли спричинити негативні наслідки для юридичної особи, дедалі більше стають актуальними. Така ситуація зумовлена тим, що доволі часто корпоративна структура є прикриттям для незаконних дій її засновників (учасників). У ситуації, коли контролююча особа прийняла рішення, що в подальшому спричинило збитки і, як наслідок неможливість відповідати перед кредиторами, покладання персональної відповідальності на таких осіб може слугувати як превентивний засіб, який убезпечить від різних ризиків та додатково виступить гарантією захисту прав та інтересів кредиторів.

Загальновідомо, що для законодавця юридична особа є лише абстрактною категорією, за якою він не бачить фізичних осіб, що дозволяє фізичним особам зловживати цим: користуватись податковими пільгами в офшорних юрисдикціях та преференціями для іноземних інвесторів, майже без перешкод виводити активи з підконтрольних юридичних осіб на шкоду міноритарним учасникам¹⁹⁶. Тому, вибудовуючи складні холдингові конструкції, підприємці убезпечують свої активи, оптимізують оподаткування прибутків, приховують бенефіціарів (з метою конфіденційності) та обмежують свою особисту відповідальність¹⁹⁷.

Питання про здійснення контролю за діяльністю юридичних осіб завжди були актуальними, оскільки контролюючі особи, мають можливість реально впливати на прийняття основних рішень, фактично визначають напрями її діяльності, що в результаті впливає на отриманий прибуток і на можливість відповідати за своїми зобов'язаннями.

¹⁹⁶ Контроль за корпораціями: доктрина и практика. – М.: Инфотропик Медиа, 2013. – С. 3.

¹⁹⁷ Кокарева А., Кутишенко Д. Корпоративная вуаль: танцы в темноте // Слияние и поглощения. – № 12 (118). – 2012. – С. 56.

Поширеним є погляд, відповідно до якого, контроль пов'язаний з плануванням і покликаний забезпечити керівництво організації своєчасною і достовірною інформацією про хід виконання стратегічних планів, їх зв'язок з місією організації для своєчасного їх корегування¹⁹⁸

Контроль, являє собою сукупність дій, спрямованих на управління поточною діяльністю компанії, а також на визначення загальних принципів її розвитку. Очевидно, що встановлення контролю і подальше притягнення до відповідальності особи, яка здійснює такий контроль, залежить від відповідності такої особи критеріям, за наявності яких вона (особа) може бути визнана суб'єктом контролю¹⁹⁹.

Українське законодавство, зокрема Закон України «Про акціонерні товариства», визначає контроль як вирішальний вплив або можливість здійснення вирішального впливу на господарську діяльність суб'єкта господарювання, що здійснюється, зокрема, шляхом реалізації права володіння або користування всіма активами чи їх значною частиною, права вирішального впливу на формування складу, результати голосування та прийняття рішення органами управління суб'єкта господарювання, а також вчинення правочинів, які надають можливість визначати умови господарської діяльності, давати обов'язкові до виконання вказівки або виконувати функції органу управління суб'єкта господарювання (п. 7 ст. 2).

Схоже визначення міститься і в Законі України «Про банки і банківську діяльність», де визначено контроль як можливість здійснювати вирішальний вплив на управління та/або діяльність юридичної особи шляхом прямого та/або опосередкованого володіння однією особою самостійно або спільно з іншими особами часткою в юридичній особі, що відповідає еквіваленту 50 чи більше відсотків статутного капіталу та/або голосів юридичної особи, або незалежно від формального володіння можливість здійснювати такий вплив на основі угоди чи будь-яким іншим чином. При цьому, контролером визначається фізична або юридична особа, щодо якої не існує контролерів – фізичних осіб та яка має можливість здійснювати вирішальний вплив на управління або діяльність юридичної особи шляхом прямого та/або опосередкованого володіння самостійно або спільно з іншими особами часткою в юридичній особі, що відповідає еквіваленту 50 чи більше відсотків статутного капіталу та/або голосів юридичної особи, або незалежно від

¹⁹⁸ Міжнародний менеджмент. Навч. посіб. / Юхименко П. І., Гацька Л. П., Півторак М. В. та ін. – К.: Центр учбової літератури, 2011. – 488 с.

¹⁹⁹ Контроль за корпораціями: доктрина и практика / Е. Б. Дяченко. – М.: Инфотропик Медиа, 2013. – С. 92.

формального володіння здійснювати такий вплив на основі угоди чи будь-яким іншим чином.

К. Б. Дяченко зауважує, що існує кілька різновидів контролю в залежності від юридичних фактів, зокрема фактичний та контрактний, або формально-правовий контроль. Формально-правовий контроль відрізняється від фактичного контролю рівнем впливу тих чи інших осіб або групи осіб щодо прийняття організаційних та керівних рішень. При цьому фактичний контроль не завжди обумовлений правовим контролем. Проявом фактичного контролю може бути участь в голосуванні акціонера, який має незначну кількість голосів та прийняття рішень, за яке проголосував цей акціонер за умови відсутності на голосуванні інших акціонерів. Фактичний контроль часто є наслідком економічних взаємовідносин, єдності фінансово-господарських цілей²⁰⁰.

Принагідно зазначимо, що суб'єктом, який може контролювати корпоративну структуру (контролюючою особою), можуть бути не лише безпосередні власники, які створили корпорацію, а й директори, акціонери, інші учасники, які мають можливість визначати напрями діяльності корпорації та впливати на прийняття рішень, тим самим здійснюючи контроль за корпоративною структурою.

Однак при цьому, доволі поширеною є думка, що директор або головний управляючий організації не є особами, наділеними контролем над комерційною організацією²⁰¹.

Корпоративний контроль по-різному трактується в різних правових системах. Якщо в континентальному праві контроль розглядається як нагляд, перевірка діяльності визначених осіб, то в загальному праві контроль розуміють як панування над корпорацією²⁰². Законодавча практика держав загального і континентального права демонструє стійкі тенденції щодо покладання на контролюючих юридичну особу (осіб) відповідальності за зобов'язаннями юридичної особи²⁰³.

Наприклад, закордонній практиці відома доктрина «агента», відповідно до якої, кредиторам достатньо довести, що компанія є агентом бенефіціара і

²⁰⁰ Контроль за корпораціями: доктрина и практика / Е. Б. Дяченко. М.: Инфотропик Медиа, 2013. – С. 92.

²⁰¹ Григораш И. В. Зависимые юридические лица в гражданском праве: опыт сравнительно-правового исследования. – М. : Волтерс Клувер, 2007. – С. 58.

²⁰² Корпоративное право / Под ред. Шиткиной И. С. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – 648с.

²⁰³ Контроль за корпораціями: доктрина и практика / Е. Б. Дяченко. – М.: Инфотропик Медиа, 2013. – С. 88.

тому всі її дії слід розглядати як дії самого бенефіціара. Теорія агента не передбачає доказу протиправних дій з боку бенефіціарів, достатньо установити наявність їх повного контролю за компанією і повноваження компанії діяти від їхнього імені. При цьому повноваження компанії можуть презюмуватися, виходячи з фактичних відносин між компанією і бенефіціарами²⁰⁴.

Для визначення контролюючої особи, в українському законодавстві використовується термін «кінцевий бенефіціарний власник» (контролер), яким позначають особу, що фактично має можливість контролювати діяльність юридичної особи. Ідентифікація особи кінцевого бенефіціарного власника передбачає можливість установити осіб, які фактично стоять за такими складними бізнес-структурами, як корпорації, та є своєрідним контролем за діяльністю корпорацій.

З метою зменшення рівня корупції в країні було прийнято Закони України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення кінцевих вигодоодержувачів юридичних осіб та публічних діячів» та «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції», якими вносяться зміни до низки нормативних правових актів, спрямованих на ідентифікацію кінцевих бенефіціарних власників юридичних осіб.

Зокрема, відповідно до ст. 64¹ «Кінцевий бенефіціарний власник (контролер) підприємства» Господарського кодексу України, підприємства, крім державних та комунальних підприємств, зобов'язані встановлювати свого кінцевого бенефіціарного власника (контролера), регулярно оновлювати і зберігати інформацію про нього та надавати її державному реєстратору у випадках та в обсязі, передбачених законом. Згідно із Законом України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» кінцевим бенефіціарним власником (контролером) є фізична особа, яка незалежно від формального володіння має можливість здійснювати вирішальний вплив на управління або господарську діяльність юридичної особи безпосередньо або через інших осіб, зокрема, шляхом реалізації права володіння або користування всіма активами (коштами, майном, майновими і немайновими правами) чи їх значною часткою, права вирішального впливу на формування складу,

²⁰⁴ Кокарева А., Кутишенко Д. Корпоративная вуаль: танцы в темноте // Слияние и поглощения. – № 12 (118). – 2012. – С. 60.

результати голосування, а також вчинення правочинів, які надають можливість визначати умови господарської діяльності, давати обов'язкові до виконання вказівки або виконувати функції органу управління, або особа, яка має можливість здійснювати вплив шляхом прямого або опосередкованого (через іншу фізичну чи юридичну особу) володіння однією особою самостійно або спільно з пов'язаними фізичними та/або юридичними особами часткою в юридичній особі у розмірі 25 чи більше відсотків статутного капіталу або прав голосу в юридичній особі.

При цьому кінцевим бенефіціарним власником (контролером) не може бути особа, яка має формальне право на 25 чи більше відсотків статутного капіталу або прав голосу в юридичній особі, але є агентом, номінальним утримувачем (номінальним власником) або є тільки посередником щодо такого права.

У контексті наведеного варто згадати і про структуру власності, яка визначається у законодавстві як документально підтверджена система взаємовідносин юридичних та фізичних осіб, що дає змогу встановити всіх наявних кінцевих бенефіціарних власників (контролерів), у тому числі відносини контролю між ними щодо цієї юридичної особи, або відсутність кінцевих бенефіціарних власників (контролерів).

Даними, що дають змогу встановити кінцевого бенефіціарного власника (контролера), є відомості про фізичну особу, які включають прізвище, ім'я та по батькові (за наявності) фізичної особи (фізичних осіб), країну її (їх) постійного місця проживання та дату народження. Крім того, в законі міститься визначення структури власності, якою є документально підтверджена система взаємовідносин юридичних та фізичних осіб, що дає змогу встановити всіх наявних кінцевих бенефіціарних власників (контролерів), у тому числі відносини контролю між ними щодо цієї юридичної особи, або відсутність кінцевих бенефіціарних власників (контролерів).

З метою встановлення кінцевого бенефіціарного власника (контролера) суб'єкт первинного фінансового моніторингу витребує у клієнта (юридичної особи) інформацію та/або документи, що підтверджують наявність структури власності такого клієнта. Суб'єкт первинного фінансового моніторингу (крім спеціально визначених суб'єктів первинного фінансового моніторингу, які провадять свою діяльність одноособово, без утворення юридичної особи) з урахуванням вимог законодавства розробляє, впроваджує та постійно оновлює правила фінансового моніторингу, програми здійснення фінансового моніторингу та інші внутрішні документи з питань

фінансового моніторингу та призначає працівника, відповідального за його проведення.

Крім того, органи, що здійснюють державне регулювання ринків фінансових послуг, мають право вимагати від юридичних осіб, які звертаються із заявами про включення до відповідних державних реєстрів фінансових установ та/або видачу ліцензій для здійснення діяльності з надання фінансових послуг, а заявники повинні забезпечити в обсязі, визначеному відповідними органами, що здійснюють державне регулювання ринків фінансових послуг: розкриття інформації про кінцевих бенефіціарних власників (контролерів) заявників та про голову і членів наглядового та виконавчого органу заявників.

У зв'язку з численними зверненнями щодо порядку встановлення кінцевого бенефіціарного власника (контролера) юридичної особи, а також порядку подачі інформації про кінцевого бенефіціарного власника (контролера) юридичної особи державному реєстратору для внесення відомостей до Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців Міністерство юстиції України у листі від 14.05.2015 № 19.3-32/27 надало наступну інформацію.

Зокрема, відповідно до ч. 2 ст. 9 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» в Єдиному державному реєстрі має міститись, зокрема:

інформація про кінцевого бенефіціарного власника (контролера) юридичної особи, у тому числі кінцевого бенефіціарного власника (контролера) її засновника, якщо засновник - юридична особа (крім громадських формувань, адвокатських об'єднань, торгово-промислових палат, об'єднань співвласників багатоквартирних будинків, релігійних організацій, державних органів, органів місцевого самоврядування, їх асоціацій, державних та комунальних підприємств, установ, організацій): прізвище, ім'я, по батькові (за наявності), дата народження, країна громадянства, серія та номер паспорта громадянина України або паспортного документа іноземця, місце проживання, реєстраційний номер облікової картки платника податків (за наявності), дата народження, а також повне найменування та ідентифікаційний код (для резидента) засновника юридичної особи, в якому ця особа є кінцевим бенефіціарним власником (контролером). У разі відсутності в юридичної особи кінцевого бенефіціарного власника (контролера) юридичної особи, у тому числі кінцевого бенефіціарного власника (контролера) її засновника, якщо засновник - юридична особа, вноситься відмітка про причину його відсутності.

У разі якщо засновниками юридичної особи є виключно фізичні особи, які є бенефіціарними власниками (контролерами) юридичної особи, інформація про кінцевого бенефіціарного власника (контролера) юридичної особи не подається.

Відомості про юридичну особу, громадське формування, що не має статусу юридичної особи, та фізичну особу - підприємця вносяться до Єдиного державного реєстру на підставі: 1) відповідних заяв про державну реєстрацію; 2) документів, що подаються для проведення інших реєстраційних дій; 3) відомостей, отриманих у результаті інформаційної взаємодії між Єдиним державним реєстром та інформаційними системами державних органів.

Для внесення до Єдиного державного реєстру відомостей про кінцевого бенефіціарного власника (контролера) юридичної особи, у тому числі кінцевого бенефіціарного власника (контролера) її засновника, якщо засновник - юридична особа, та про власника істотної участі засновника юридичної особи, якщо засновник - юридична особа, представник юридичної особи має подати державному реєстратору документ встановленого зразка.

В контексті розглядуваної теми слід згадати і Кодекс України про адміністративні правопорушення, який доповнено ст. 166 ч. 5, яка передбачає накладення на керівника юридичної особи або особу, уповноважену діяти від імені юридичної особи (виконавчого органу), штрафу за неподання юридичною особою державному реєстратору передбаченої Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» інформації про кінцевого бенефіціарного власника (контролера) юридичної особи.

Поза тим, відповідно до ст. 58 Закону України «Про банки і банківську діяльність», учасники банку відповідають за зобов'язаннями банку згідно із законами України та статутом банку. Власники істотної участі зобов'язані вживати своєчасних заходів для запобігання настанню неплатоспроможності банку.

Істотну участь закон визначає, як пряме та/або опосередковане володіння однією особою самотійно чи спільно з іншими особами 10 і більше відсотками статутного капіталу та/або права голосу акцій, паїв юридичної особи або незалежна від формального володіння можливість значного впливу на управління чи діяльність юридичної особи. Особа визнається власником опосередкованої істотної участі незалежно від того, чи здійснює така особа контроль прямого власника участі в юридичній особі або контроль будь-якої іншої особи в ланцюгу володіння корпоративними правами такої юридичної особи.

Законом звертається увага на те, що пов'язана з банком особа за порушення вимог законодавства, у тому числі нормативно-правових актів Національного банку України, здійснення ризикових операцій, які загрожують інтересам вкладників чи інших кредиторів банку, або доведення банку до неплатоспроможності несе цивільно-правову, адміністративну та кримінальну відповідальність. Пов'язана з банком особа, дії або бездіяльність якої призвели до завдання банку шкоди з її вини, несе відповідальність своїм майном. Якщо внаслідок дій або бездіяльності пов'язаної з банком особи банку завдано шкоди, а інша пов'язана з банком особа внаслідок таких дій або бездіяльності прямо або опосередковано отримала майнову вигоду, такі особи несуть солідарну відповідальність за завдану банку шкоду.

Крім того, у пункті 5 статті 52 (Черговість та порядок задоволення вимог до банку, оплата витрат та здійснення платежів) Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» зазначається, що фонд або уповноважена особа Фонду у разі недостатності майна банку звертається до пов'язаної з банком особи, дії або бездіяльність якої призвели до заподіяння кредиторам та/або банку шкоди, та/або пов'язаної з банком особи, яка внаслідок таких дій або бездіяльності прямо чи опосередковано отримала майнову вигоду, з вимогою про відшкодування шкоди, заподіяної банку. У разі отримання відмови в задоволенні таких вимог або невиконання вимоги у строк, установлений Фондом або уповноваженою особою Фонду, Фонд звертається з такими вимогами до суду.

У контексті розглядуваної теми не можна залишити поза увагою і Податковий кодекс України. Так, у нормах ПК України також згадується вигодонабувач (бенефіціар). Зокрема, бенефіціарним (фактичним) отримувачем (власником) доходу для цілей застосування пониженої ставки податку згідно з правилами міжнародного договору України до дивідендів, процентів, роялті, винагород тощо нерезидента, отриманих із джерел в Україні, вважається особа, що має право на отримання таких доходів. При цьому бенефіціарним (фактичним) отримувачем (власником) доходу не може бути юридична або фізична особа, навіть якщо така особа має право на отримання доходу, але є агентом, номінальним утримувачем (номінальним власником) або є тільки посередником щодо такого доходу.

З урахуванням змін, які стосуються ідентифікації кінцевого бенефіціарного власника, не буде зайвим сказати і про відповідальність осіб, які мають фактичну можливість здійснювати вирішальний вплив на управління або господарську діяльність юридичної особи безпосередньо або через інших осіб, визначаючи при цьому умови господарської діяльності та даючи обов'язкові до виконання вказівки. Відповідно, така особа могла б

притягатися до відповідальності за умови, якщо буде доведено недобросовісність її дій при виконанні обов'язків.

У разі відсутності у юридичної особи кінцевого бенефіціарного власника (контролера), у тому числі кінцевого бенефіціарного власника (контролера) її учасника (засновника), якщо учасник (засновник) - юридична особа, подаються відомості про його відсутність.

До сказаного слід додати, що не зрозумілою є позиція законодавця, який в контексті тотальних змін і доповнень законодавства в частині можливої ідентифікації кінцевого бенефіціара залишив поза увагою Цивільний кодекс України, хоча в його нормах і можна зустріти термін бенефіціар. Враховуючи викладене, є потреба говорити про можливе закріплення положення про статус кінцевого бенефіціарного власника та можливість притягнення його до відповідальності на рівні норм ЦК України відповідно до Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення».

У нинішніх українських реаліях тотального реформування законодавства потрібно наполягати на тому, що кінцеві бенефіціарні власники мають нести персональну відповідальність за дії або бездіяльність відносно юридичної особи, що призвели до неможливості останньої відповідати за своїми зобов'язаннями, тому подальша законодавча ініціатива повинна бути спрямована на посилення персональної відповідальності зазначених осіб. І хоча оновлене нещодавно законодавство, яке зобов'язує повідомляти про особу (ідентифікувати) кінцевого бенефіціарного власника, більшою мірою стосується оподаткування, не виключено, що згодом ідентифікація кінцевого бенефіціара стане ефективним і доволі дієвим інструментом у руках кредиторів для пошуку, арешту активів боржника і подальшого притягнення до відповідальності за борги компанії.

Увагу звернути потрібно на наступне. По-перше, у ЗУ «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» вживається термін кінцевий бенефіціарний власник (контролер). Зазначення терміна «контролер» у дужках поряд із «кінцевим бенефіціарним власником» спонукає до роздумів про те, що терміни розуміються як рівнозначні. По-друге, визначення терміну «кінцевий бенефіціарний власник» у різних нормативно-правових актах відрізняється. Виходячи із вищезазначеного, наприклад, у ЗУ «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення»

зазначається, що кінцевим бенефіціарним власником є лише фізичні особи, а вже у ЗУ «Про банки і банківську діяльність вказується, що контролерами можуть бути як фізичні так і юридичні особи». Крім того, у Податковому кодексі України зазначається, що бенефіціарним (фактичним) отримувачем (власником) доходу для цілей застосування пониженої ставки податку згідно з правилами міжнародного договору України до дивідендів, процентів, роялті, винагород тощо нерезидента, отриманих із джерел в Україні, вважається особа, що має право на отримання таких доходів. При цьому бенефіціарним (фактичним) отримувачем (власником) доходу не може бути юридична або фізична особа, навіть якщо така особа має право на отримання доходу, але є агентом, номінальним утримувачем (номінальним власником) або є тільки посередником щодо такого доходу.

Вищенаведене дозволяє виокремити ознаки кінцевого бенефіціарного власника: 1. це може бути як фізична так і юридична особа; 2. така особа має можливість здійснювати вирішальний вплив на управління або господарську діяльність юридичної особи безпосередньо або через інших осіб; 3. такий вплив обов'язково здійснюється шляхом реалізації права володіння або користування всіма активами чи їх значною часткою, права вирішального впливу на формування складу, результати голосування, а також вчинення правочинів, які надають можливість визначати умови господарської діяльності, давати обов'язкові до виконання вказівки або виконувати функції органу управління; 4. така особа, має можливість здійснювати вплив шляхом прямого або опосередкованого (через іншу фізичну чи юридичну особу) володіння однією особою самотійно або спільно з пов'язаними фізичними та/або юридичними особами часткою в юридичній особі у розмірі 25 чи більше відсотків статутного капіталу або прав голосу в юридичній особі.

Підсумовуючи, слід зазначити, що встановлення особи кінцевого бенефіціарного власника з метою притягнення її (їх) до відповідальності, якщо буде доведено недобросовісність, протиправність їхніх дій при виконанні своїх обов'язків, що призвело, до неможливості корпорації відповідати за своїми зобов'язаннями, є доволі дієвим способом захисту прав кредиторів від недобросовісних боржників, оскільки наслідком ідентифікації особи кінцевого бенефіціарного власника має стати значно спрощена процедура накладання арешту на майно таких осіб у випадках, передбачених у законодавстві.

Відновне правосуддя у правових актах Європейського Співтовариства і досвід його впровадження в окремих країнах Європи

Микитин Юрій Іванович
*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права*

Значний внесок у розвиток відновного правосуддя, основ його регулювання і запровадження на рівні національних норм здійснили європейські інституції.

З 1995 р. Україна стала членом Ради Європи та протягом останнього десятиліття окреслила наміри набути повноправного членства у Європейському Союзі. Членство у таких поважних та могутніх європейських структурах ставить перед нашою державою чіткі зобов'язання та необхідність досягнення демократичних стандартів шляхом реформування національного законодавства, в тому числі й у сфері кримінального судочинства, зокрема шляхом впровадження відновного правосуддя.

Основи запровадження та розвитку відновного правосуддя на європейському просторі закладені у документах, насамперед, Ради Європи.

Пункт в статті 15 Статуту Ради Європи ²⁰⁵, затвердженого 5 травня 1949р. та ратифікованого Україною 31 жовтня 1995 р. ²⁰⁶, передбачає, що для досягнення своєї мети дана організація вправі видавати рекомендації своїм членам. Керуючись цим положенням, органи Ради Європи прийняли значну кількість рекомендацій щодо дослідження, запровадження, застосування, регулювання відновного правосуддя.

За аналогією із міжнародними документами ООН, доцільно класифікувати європейські правові акти у сфері відновного правосуддя на загальні та спеціальні. До загальних правових актів належать:

²⁰⁵ Статут Ради Європи/[Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_001.

²⁰⁶ Закон України "Про приєднання України до Статуту Ради Європи"/ Верховна Рада України. – Відомості Верховної Ради (ВВР), 1995. – № 38. – ст.287.

- Рекомендація Комітету міністрів Ради Європи "Про деякі заходи покарання, альтернативні позбавленню волі" № R(76)10 від 9 травня 1976 р.²⁰⁷;
- Рекомендація Комітету міністрів Ради Європи "Про шляхи полегшення доступу до правосуддя" № R(81)7 від 14 травня 1981 р.²⁰⁸ ;
- Рекомендація Комітету міністрів Ради Європи "Про становище потерпілого в межах кримінального права і кримінального процесу" №R(85)11 від 28 червня 1985 р.²⁰⁹;
- Рекомендація Комітету міністрів Ради Європи "Про спрощення кримінального правосуддя" №6R(87) 18 від 17 вересня 1987 р.²¹⁰;
- Рекомендація Комітету міністрів Ради Європи "Про соціальний вплив на злочинність неповнолітніх" № R(87)20 від 17 вересня 1987 р.²¹¹;
- Рекомендація Комітету міністрів Ради Європи "Про Європейські правила щодо загальних санкцій та заходів" № R(92)16 від 19 жовтня 1992 р.²¹²;
- Рекомендація Комітету міністрів Ради Європи "Про управління системою кримінального правосуддя" №(95)12 від 11 березня 1995 р.²¹³;

²⁰⁷ Рекомендація Ради Європи "Про деякі заходи покарання, альтернативні позбавленню волі" № R(76)10 від 9 травня 1976р./[Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_050.

²⁰⁸ Рекомендація Совета Европы № R (81) 7 від 14 мая 1981 года "Относительно путей облегчения доступа к правосудию" // Российская юстиция. – 1997.- № 6.- С. 4.

²⁰⁹ Рекомендація Комитета министров государствам-членам относительно положения потерпевшего в рамках уголовного права и уголовного процесса/№ R (85) 11 від 28 червня 1985р./ Сборник международно-правовых документов. "Права человека". Минск: Белфранс, 1999 г. – 35–38.

²¹⁰ Рекомендація "Про спрощення кримінального правосуддя" №6R(87)18 від 17 вересня 1987р./Відновне правосуддя в Україні. Щоквартальний бюлетень. – 2007. – №3. – С. 11-17.

²¹¹ Рекомендація Ради Європи "Про соціальний вплив на злочинність неповнолітніх" № R(87)20 від 17 вересня 1987р./[Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=9867987>.

²¹² Рекомендація Ради Європи "Про Європейські правила щодо загальних санкцій та заходів" № R (92) 16 від 19 жовтня 1992р./ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi? nreg=994_047.

²¹³ Рекомендація Ради Європи "Про управління системою кримінального правосуддя" № (95)12 від 11 березня 1995р./[Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi? nreg=994_130.

- Рекомендація Комітету міністрів Ради Європи "Про нові способи боротьби із злочинністю неповнолітніх і роль правосуддя у справах щодо неповнолітніх" № R(2003)20 від 24 вересня 2003 р.²¹⁴;

- Європейська конвенція про здійснення прав дітей від 25 січня 1996 р.²¹⁵.

Спеціальним європейським правовим актом у сфері відновного правосуддя є Рекомендація Комітету міністрів Ради Європи "Про медіацію у кримінальних справах" № R(99)19 від 15 вересня 1999 р. (далі – Рекомендація)²¹⁶.

Як загальні, так і спеціальні європейські правові акти містять багато положень, які за своєю сутністю є аналогічними до міжнародно-правових норм у даній сфері.

Загальні правові акти, переважно, закріплюють основу для впровадження відновного правосуддя. Їх положення є практично однаковими і зводяться до необхідності реформування кримінального процесу з врахуванням відновного підходу.

Європейські правові акти фіксують, що передумовами впровадження відновного правосуддя є те, що:

1) судочинство нерідко носить складний, довготривалий і дорогий характер. Внаслідок цього фізичні особи, особливо малозабезпечені, мають труднощі при здійсненні своїх прав²¹⁷;

2) робочий механізм традиційної системи кримінального процесу інколи може погіршувати, а не полегшувати проблеми, становище потерпілого;

3) потрібно приділяти більше увагу потребам потерпілого на всіх етапах кримінального судочинства;

²¹⁴ Рекомендація Комітету міністрів Ради Європи "Про нові способи боротьби із злочинністю неповнолітніх і роль правосуддя у справах щодо неповнолітніх" № R(2003)20 від 24 вересня 2003 р. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.commonground.org.ua/dld/RJU_bulletin/RJU.Vol.3.pdf.

²¹⁵ Європейська конвенція про здійснення прав дітей від 25 січня 1996р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_135.

²¹⁶ Рекомендація Ради Європи "Про медіацію у кримінальних справах" № R(99)19 від 15 вересня 1999р./Відновне правосуддя в Україні: Спецвипуск. – 2005. – С. 53–56.

²¹⁷ Рекомендація Совета Европы № R (81) 7 від 14 мая 1981 года "Относительно путей облегчения доступа к правосудию" // Российская юстиция. – 1997.- № 6.- С. 4.

4) в межах системи кримінального правосуддя необхідно звертати більше уваги на спричинену потерпілому фізичну, психологічну, матеріальну і соціальну шкоду²¹⁸.

Одночасно з передумовами, правові акти Ради Європи містять чіткі нормативні *основи* для запровадження відновного правосуддя. До них належать:

1) необхідність впроваджувати у національне кримінальне судочинство заходи впливу щодо злочинця, які не пов'язані з позбавленням волі²¹⁹;

2) потреба сприяти розвитку процесу непритягнення неповнолітніх до кримінальної відповідальності, залучаючи до цього служби у справах захисту дітей²²⁰;

3) актуальність проведення досліджень щодо ефективності застосування систем посередництва та примирення у кримінальних справах²²¹;

4) важливість застосування норм, що б передбачали відшкодування шкоди потерпілим та водночас визнавали потреби правопорушника, які стосуються його соціального устрою²²²;

5) доцільність спрощення кримінального судочинства, зокрема шляхом впровадження заходів для примирення сторін або дружнього врегулювання спору як до, так і після порушення провадження у справі²²³;

²¹⁸ Рекомендація Комітета міністрів державам-членам относительно положения потерпевшего в рамках уголовного права и уголовного процесса/№ R (85) 11 від 28 червня 1985р./ Сборник международно-правовых документов. "Права человека". Минск: Белфранс, 1999 г. – 35–38.

²¹⁹ Рекомендація Ради Європи "Про Європейські правила щодо загальних санкцій та заходів" № R (92) 16 від 19 жовтня 1992р./ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_047.

²²⁰ Рекомендація Ради Європи "Про соціальний вплив на злочинність неповнолітніх" № R(87)20 від 17 вересня 1987р./[Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=9867987>.

²²¹

²²² Рекомендація Ради Європи "Про Європейські правила щодо загальних санкцій та заходів" № R (92) 16 від 19 жовтня 1992р./ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_047.

²²³ Рекомендація Совета Европы № R (81) 7 від 14 мая 1981 года "Относительно путей облегчения доступа к правосудию" // Российская юстиция. – 1997.- № 6.- С. 4.

б) необхідність вдосконалення системи кримінального судочинства, в тому числі за допомогою застосування посередництва у кримінальному провадженні²²⁴;

7) потреба розширювати адекватні альтернативи офіційному кримінальному судочинству, серед яких є медіація, відновне правосуддя²²⁵.

Одним із найважливіших міжнародно-правових актів у сфері відновного правосуддя, зокрема медіації, є Рекомендація. Вона стала основою для реформування національного кримінального процесу щодо відновного правосуддя багатьох європейських країн. Її прийняття було підґрунтям для впровадження відновного правосуддя у країнах Центральної та Східної Європи.

Дана Рекомендація визначає особливості правового регулювання однієї з найпоширеніших форм відновного правосуддя – медіації. Її норми можна вважати основою для впровадження відновного правосуддя у кримінальний процес. Вони визначають стандарти, рамкові аспекти, які мають бути враховані національними законодавцями різних країн-учасниць Ради Європи при реформуванні кримінального судочинства з врахуванням відновного підходу.

Рекомендація закріплює поняття медіації, визначає її основні принципи та правову основу, місце у кримінальному процесі, особливості проведення цієї процедури.

Відповідно до цього джерела відновного правосуддя, медіація у кримінальних справах – це гнучкий, всеохоплюючий, орієнтований на пошук рішення процес, який є додатковим або альтернативним способом вирішення кримінальних справ у системі традиційного судочинства, і спрямований на: врахування інтересів і залучення зацікавлених осіб до процесу; визнання законних інтересів потерпілого, які виникли внаслідок злочину; діалог потерпілого з правопорушником з метою відшкодування моральних та матеріальних збитків; розвиток почуття відповідальності у правопорушника

²²⁴ Рекомендація Ради Європи "Про управління системою кримінального правосуддя" № (95)12 від 11 березня 1995р./[Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_130.

²²⁵ Рекомендація Комітету міністрів Ради Європи "Про нові способи боротьби із злочинністю неповнолітніх і роль правосуддя у справах щодо неповнолітніх" № R(2003)20 від 24 вересня 2003 р. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.commonground.org.ua/dld/RJU_bulletin/RJU.Vol.3.pdf.

та надання йому можливості для виправлення; підвищення ролі окремої особистості та громади у попередженні злочинів та конфліктів²²⁶.

Поняття медіації, що закріплене в аналізованій Рекомендації, визначає її мету, завдання медіації, місце у кримінальному провадженні.

Рекомендація передбачає, що медіація є процесом, який спрямований на пошук рішення, тобто вирішення певної ситуації, конфлікту. Оскільки мова йде про медіацію у кримінальних справах, то відповідно пошук такого рішення пов'язаний із розв'язанням конфлікту, що зумовлений вчиненням злочину. Отже, медіація спрямована на вирішення кримінально-правового конфлікту. Відповідно мету медіації можна трактувати як вирішення кримінально-правового конфлікту.

Мета медіації досягається за допомогою реалізації певних завдань. Вбачається, що до цих завдань належать:

- 1) врахування інтересів і залучення зацікавлених осіб до процесу;
- 2) визнання законних інтересів потерпілого, які виникли внаслідок злочину;
- 3) діалог потерпілого з правопорушником з метою відшкодування моральних та матеріальних збитків;
- 4) розвиток почуття відповідальності у правопорушника та надання йому можливості для виправлення;
- 5) підвищення ролі окремої особистості та громади у попередженні злочинів та конфліктів.

Таким чином, Рада Європи розглядає медіацію як:

- 1) доповнення до кримінального судочинства;
- 2) альтернативу традиційному судовому розгляду. Наявність такого подвійного підходу зумовлена багатогранністю, особливостями кримінального провадження різних європейських країн та полегшує можливість імплементації відновного підходу в оптимальний спосіб.²²⁷

Рекомендація містить вказівку на необхідність країн-членів Ради Європи при розвитку системи медіації у кримінальних справах врахувати принципи, зазначені у додатку до цієї Рекомендації. Медіація, як форма відновного правосуддя, базується на загальних принципах, які були проаналізовані вище. Одночасно Рекомендація виділяє і спеціальні принципи, які стосуються цієї форми. До них, зокрема, належать:

²²⁶ Рекомендація Ради Європи "Про медіацію у кримінальних справах" № R(99)19 від 15 вересня 1999р./Відновне правосуддя в Україні: Спецвипуск. – 2005. – С. 53–56.

²²⁷ Рекомендація Ради Європи "Про медіацію у кримінальних справах" № R(99)19 від 15 вересня 1999р./Відновне правосуддя в Україні: Спецвипуск. – 2005. – С. 53–56.

1) доступність. Цей принцип можна розглядати як сукупність таких процесуальних аспектів: право особи знати про можливість участі у медіації та обов'язок суб'єкта владних повноважень кримінального провадження (слідчий, прокурор, суд) проінформувати про таку можливість потерпілого і правопорушника та право для учасників кримінально-правового конфлікту взяти участь у такій відновній процедурі. Звичайно, можна говорити, що доступність медіації має співвідноситися з певними фінансовими критеріями (наприклад, безоплатність для її учасників). Проте вони не носять процесуальний характер, а тому є менш цікавими для даного дослідження;

2) незалежність медіації як процедури та її автономність в рамках кримінального провадження.²²⁸ Даний принцип передбачає функціонування медіації на власних засадах, наявність внутрішньої структури. Це в значній мірі відрізняється від засад, що властиві кримінальному провадженню, яке ґрунтується на оцінці вини, визначення кримінального діяння відповідно до кримінального закону і призначення покарання або його виправдання. Для медіації ж будуть необхідні умови, які сприятимуть відкритому і необмеженому спілкуванню, вираженню емоцій, активному пошуку практичних рішень, що б відповідали справжнім потребам потерпілого і реальній можливості правопорушника здійснити "відшкодування".

Такого роду незалежність, передбачена в Рекомендації, може бути охарактеризована як "обумовлена незалежність" в межах кримінального правосуддя²²⁹. За таких умов держава зберігає контроль над реакцією на кримінально-правовий конфлікт, який тимчасово перебуває під впливом засад та внутрішніх норм медіації. Коли медіація закінчиться, то кримінальна справа повертається в традиційне русло, визначене кримінальним процесуальним законодавством. У такому випадку медіація зберігає так звану обумовлену незалежність та є автономною у межах кримінального провадження.

Окрім принципів медіації, Рекомендація закріплює необхідні процесуальні умови її проведення, які необхідно закріпити на нормативному рівні. Вони фактично дублюють наведені міжнародно-правові акти і передбачають:

²²⁸ Рекомендація Ради Європи "Про медіацію у кримінальних справах" № R(99)19 від 15 вересня 1999р./Відновне правосуддя в Україні: Спецвипуск. – 2005. – С. 53–56.

²²⁹ Aertsen I., Mackay R., Pelican C., Willemsens J., Wright M. *Rebuilding Community Connections – Mediation and Restorative Justice in Europe*/I. Aertsen, R. Mackay, J. Willemsens, et al.//Strasbourg: Council of Europe Publishing.–2004.– 123p.

1) необхідність правового регулювання передачі кримінальних справ на медіацію та врегулювання її впливу на подальший хід кримінального провадження;

2) закріплення права органів кримінальної юстиції на прийняття рішення щодо передачі справи на медіацію та встановлення їх правових наслідків;

3) врегулювання обов'язковості врахування результатів проведеної медіації органами, які наділені компетенцією приймати рішення у кримінальному провадженні. У разі недосягнення примирення, згоди під час медіації або у випадку невиконання досягнутих домовленостей, провадження в кримінальній справі здійснюється у традиційний спосіб;

4) необхідність інформування сторін про їх права, характер процесу медіації та про можливі наслідки прийнятого рішення;

5) визнання деяких обставини справи обома сторонами як підґрунтя для процесу медіації. Проте участь у медіації не можна розглядати як показник визнання вини.²³⁰

Новими умовами, в порівнянні з актами ООН, є:

1) необхідність встановлення строків проведення медіації. Наявність строку, яким обмежується медіація, – одна з важливих умов її впорядкування у межах кримінального провадження, тому має знайти своє відображення в КПК України.

2) завершення медіації (у разі примирення) підписанням відповідного договору сторонами, де закріплюються обумовлені ними права та обов'язки. Укладення договору між потерпілим та підозрюваним (обвинуваченим, підсудним), що стосується залагодження шкоди, може розглядатися як спосіб визначення порядку виконання деліктного зобов'язання²³¹.

Договір про примирення має отримати правовий статус, на основі якого можливо приймати відповідні процесуальні рішення у кримінальній справі. Оскільки договір про примирення матиме певний вплив на прийняття рішень органами та посадовими особами, в провадженні яких перебуває кримінальна справа. Тобто відповідні правовідносини повинні також регулюватися КК України.

²³⁰ Рекомендація Ради Європи "Про медіацію у кримінальних справах" № R(99)19 від 15 вересня 1999р./Відновне правосуддя в Україні: Спецвипуск. – 2005. – С. 53–56.

²³¹ Рубинштейн Е. А. Примирительное соглашение и гарантии исполнения обязательств по заглаживанию вреда при прекращении уголовных дел в связи с примирением сторон/ Е.А. Рубинштейн// Вестник научных трудов. Серия "Право". – 2004. – №. 1(6). - С. 109-117.

3) моніторинг медіації, тобто перевірка виконання договору за результати відновної процедури. Дану функцію може бути покладено на посадову особу або орган, в провадженні якого перебуває кримінальна справа (до вступу вироку в законну силу) або на кримінально-виконавчу інспекцію (після вступу вироку в законну силу).

Також Рекомендація містить норму, що безпосередньо актуалізує дане дослідження. Зокрема, аналізований правовий акт містить вказівку державам-членам Ради Європи сприяти проведенню досліджень медіації у кримінальних справах.²³²

Отже, правові акти Ради Європи є суттєвим підґрунтям для впровадження та регламентації відновного правосуддя і в основному доповнюють міжнародно-правові акти у цій сфері.

Правове регулювання європейського співтовариства відновного правосуддя знайшло свій розвиток у національних законодавствах багатьох країн світу. Існування двох правових систем – загальної (англосаксонської) та континентальної (романогерманської) визначило особливості впровадження відновного правосуддя в окремих країнах. Для України буде важливим як досвід країн, в яких відновне правосуддя застосовується тривалий час, так і тих, в яких відносно недавно воно було впроваджено. До останніх належить Польща і Словенія. З врахуванням наведених особливостей для поглибленого аналізу функціонування відновного правосуддя були обрані Англія і Німеччина, як найяскравіші представники однієї і другої правових систем, а з другого – Польща і Словенія, як країни, де відновне правосуддя було впроваджено у кримінальне процесуальне законодавство порівняно нещодавно. Відповідно досвід вказаних країн буде цінним для імплементації в українське законодавство відновного підходу.

Ініціатива впровадження відновного правосуддя в Європі зародилась саме у Великобританії, зокрема в Англії. М. Райт зазначає, що відновне правосуддя було запозичене англійцями наприкінці 70-х - на початку 80-х років у Сполучених Штатів Америки та Канаді.²³³ Незважаючи на тридцятирічну історію відновного правосуддя у цій країні, воно не було закріплено на нормативному рівні, а існувало у формі поширеного прецеденту з регіональними особливостями. Першими законами, що регламентували відновне правосуддя у всій Англії, стали Акт "Про злочини і безпорядки"

²³² Рекомендація Ради Європи "Про медіацію у кримінальних справах" № R(99)19 від 15 вересня 1999р./Відновне правосуддя в Україні: Спецвипуск. – 2005. – С. 53–56.

²³³ Wright M. Victims, mediation and criminal justice/ M. Wright// The criminal law review. – 1995. – № 3. – P. 189.

1998 р.²³⁴ та Акт "Про правосуддя у справах неповнолітніх та свідчення у карних справах" 1999 р.²³⁵

Правовою основою застосування відновного правосуддя в Німеччині є КК²³⁶ із змінами від 13 листопада 1998 р. і КПК²³⁷ із змінами від 20 грудня 1999 р. а також Закон "Про ювенальну юстицію" у редакції 1990 р.²³⁸

Процес зародження відновного правосуддя у Польщі, в сучасному його розумінні і формах, розпочався з 1994 р. на основі досвіду Німеччини. Провідну роль його у запровадженні і розвитку відіграв Польський центр медіації та особисто його президент Я. Валюк. Інститут медіації у Польщі на законодавчому рівні було закріплено 6 червня 1997 р. з прийняттям нових КК і КПК, а також відображено у Законі "Про судочинство у справах щодо неповнолітніх" у редакції від 15 вересня 2000 р.²³⁹ 10 січня 2003 р. було реформовано норми КПК Польщі, а інститут медіації знайшов своє закріплення у розділі "Загальні положення".²⁴⁰

У Словенії відновне правосуддя ґрунтується на нормах КПК у редакції 1999 р.²⁴¹

Як бачимо, основи відновного правосуддя закріплені у Кримінальних процесуальних кодексах зазначених країн, за винятком Англії. Окрім основних процесуальних законів, відновне правосуддя регулюється спеціалізованими актами, що приймаються у окремих графствах в Англії та землях у Німеччині, а також підзаконним актами у Польщі (розпорядженнями

²³⁴ Ness Van D. Restorative Justice. [In: B. Galway and J. Hudson (eds.)]/ D. Van Ness// Criminal Justice, Restitution, and Reconciliation. Monsey, NY: Criminal Law Forum. – 1993. –4(2). – P. 251-276.

²³⁵ Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999.// Office of Public Sector Information. / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.uk-legislation.hmsso.gov.uk/acts/acts1999/ukpga_19990023_en_1.

²³⁶ Уголовный кодекс ФРГ [пер. с нем. и предисл. А.В. Серебренникова]. – М.: Зерцало-М, 2001. – 200 с.

²³⁷ Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной Республики Германии. [перевод с немецкого Б.А.Филимонов]–М.: Манускрипт, 1994.–204 с.

²³⁸ Victim-Offender Mediation in Europe. Making Restorative Justice Work. – Leuven: Leuven University Press, 2000. – 350 p.

²³⁹ Закон Польщі "Про судочинство у справах щодо неповнолітніх" в редакції від 15 вересня 2000р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.commonground.org.ua/ukr/lib_law.shtml.

²⁴⁰ Кримінальний кодекс Польщі. Кримінально-процесуальний кодекс Польщі (витяги)/ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.commonground.org.ua/dld/Vytiagy%20z%20KK%20ta%20KPK%20Polshi.zip>

²⁴¹ Кримінально-процесуальний кодекс Словенії/ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.legislationline.org/ru/documents/section/criminal-codes>.

Міністра юстиції "Про порядок проведення процедури медіації у справах щодо неповнолітніх" від 18 травня 2001 р.²⁴², "Про порядок проведення процедури медіації у кримінальних справах" від 13 червня 2003 р.²⁴³) і Словенії (Правила щодо врегулювання кримінальних справ, затверджені Міністерством праці, у справах сім'ї та суспільства 14 липня 1999 р.²⁴⁴, Інструкція Генерального прокурора "Про основні умови і обставини для передачі справи для врегулювання"²⁴⁵).

Основною формою відновного правосуддя в Англії, Німеччині і Польщі є медіація. У словенському законодавстві використовується термін "врегулювання", але по суті це теж медіація.

У переважній більшості випадків медіація є складовим елементом, доповненням кримінального провадження вказаних країн, але у виняткових випадках може бути його альтернативою. Зокрема, в Польщі у справах приватного обвинувачення медіація може замінити "примирне судове засідання" (§ 2 статті 489 КПК Польщі).

Характерною рисою англійської медіації є те, що вона може бути застосована на будь-якій стадії кримінального провадження. Як зазначає А. Лубенський, в Англії відсутній юридичний акт про порушення кримінальної справи чи його аналог,²⁴⁶ а рішення щодо продовження кримінального провадження приймається при наявності так званого "публічного інтересу" на кожній його стадії. Допускається проведення медіації навіть після винесення вироку, як спосіб профілактики повторного вчинення злочинів. У зв'язку з цим англійськими дослідниками була

²⁴² Розпорядження Міністра юстиції Польщі "Про порядок проведення процедури медіації у справах щодо неповнолітніх" від 18 травня 2001р./ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.commonground.org.ua/dld/pl_rozp_180501_ukr.zip.

²⁴³ Розпорядження Міністра юстиції Польщі "Про порядок проведення процедури медіації у кримінальних справах" від 13 червня 2003 р./ Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.commonground.org.ua/dld/med_spr_karn_ukr.zip.

²⁴⁴ Правила щодо врегулювання кримінальних справ. Затверджені Міністерством праці, у справах сім'ї та суспільства Словенії 14 липня 1999р.: [пер. Українського Центру Порозуміння]. – Офіційний вісник Республіки Словенія, №53/99.

²⁴⁵ Інструкція "Про основні умови і обставини для передачі справи для врегулювання". Затверджена Генеральним прокурором Словенії; [пер. Українського Центру Порозуміння]/ Офіційний вісник Республіки Словенія, №45/99.

²⁴⁶ Лубенский А.И. Предварительное расследование по законодательству капиталистических государств/ А.И. Лубенский. – М.:Юрид. лит., 1977. – 37 С.

висловлена думка, що у такому випадку медіація розглядається, швидше, як кримінологічна програма, ніж інститут кримінального провадження.²⁴⁷

Німецький кримінальний процес допускає застосування медіації на будь-якій стадії до початку "наради судів" для винесення вироку.²⁴⁸ Більше того, прокуратура та суд зобов'язані на кожній стадії перевіряти можливість досягнення примирення між обвинуваченим і потерпілим.

У Польщі проведення медіації можливе під час досудового слідства або на початковому етапі судового розгляду кримінальної справи. У кримінальних справах щодо неповнолітніх суддя має право на будь-якому етапі судового розгляду, за згодою потерпілого та підсудного, прийняти рішення про призначення медіації.

Словенське законодавство передбачає застосування медіації, в основному, на досудовому слідстві, а також між попереднім судовим розглядом та початком розгляду кримінальної справи судом по суті.

Прийняття рішення про призначення медіації у зазначених країнах є правом, а не обов'язком суб'єктів владних повноважень кримінального провадження і належить до компетенції поліції (Англія, Польща), прокуратури (Німеччина, Польща, Словенія) і суду (Англія, Німеччина, Польща, Словенія). У той же час сторони кримінально-правового конфлікту мають бути поінформовані про право на участь у медіації.

У кожній із вказаних країн орган чи посадова особа, що направляє справу на медіацію, може приймати процесуальні рішення, що впливають на хід кримінального провадження.

В Англії не існує нормативно закріпленої системи критеріїв, відповідно до яких призначається медіація. Формально вона може застосовуватися у всіх категоріях кримінальних справ. Як зазначає М. Райт, на практиці однак існує п'ять критеріїв, на основі яких може бути прийнято рішення про проведення медіації. До них належить:

- 1) вид і тяжкість злочину;
- 2) наявність публічного інтересу у кримінальному переслідуванні;
- 3) достатня доказова база для визнання особи винною, якщо справа буде розглядатися судом;
- 4) визнання обвинуваченим (підсудним) усіх обставин справи, а у деяких випадках, власної вини;

²⁴⁷ Launay G., Murray P. Victim/offender groups/ G. Launay, P. Murray// Mediation and criminal justice. Victims, offenders and community / [Ed. M. Wright, B. Galaway]. – London, 1989. – P. 153.

²⁴⁸ Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право/А. Жалинский, А.Рерихт. – М.: Спартак, 2001. – С. 741.

5) потреба потерпілого у медіації.²⁴⁹

Німецьке законодавство не містить обмежень для проведення медіації залежно від тяжкості злочину. Частина 1 §46а КПК Німеччини передбачає, що відшкодування шкоди, завданої злочином, може бути здійснено, зокрема, шляхом медіації. Дана норма застосовується до всіх злочинів, окрім тих, де неможливо встановити особу потерпілого.²⁵⁰

У Польщі раніше існувало правило, вироблене практикою, що медіація може бути проведена у кримінальних справах, якщо санкція статті передбачає покарання у вигляді позбавлення волі на строк до п'яти років.²⁵¹ Проте після реформи кримінального процесу у 2003 році такі обмеження були зняті. За загальним правилом, медіація у Польщі може призначатися у випадку наявності фізичних осіб – потерпілого та обвинуваченого (підсудного). Варто зауважити, що вона не застосовується щодо осіб, які мають судимість, перебувають у місцях позбавлення волі, а також у випадку рецидиву злочинів.

При прийнятті рішення про призначення медіації у Словенії прокурор має врахувати такі фактори як характер, обставини злочину, особу, яка його вчинила, наявність судимості, мотиви злочину, а також можливе покарання (стаття 161А КПК Словенії). На медіацію направляються кримінальні справи, де застосування санкції не є обов'язковими або санкція передбачає накладення штрафу або позбавлення волі на строк до трьох років. Не допускається її проведення у таких випадках:

- 1) коли злочин вчинено щодо держави або посадової особи у зв'язку з її професійною діяльністю;
- 2) при неможливості визначити конкретну особу, яка є потерпілою внаслідок вчинення злочину;
- 3) при наявності одного обвинуваченого та декількох потерпілих;
- 4) коли об'єктом злочину є відносини у сфері економіки, безпеки громадського транспорту.

Також для того, щоб направити справу на медіацію, прокурор повинен в кожному окремому випадку оцінити, чи дозволяє це зробити публічний або

²⁴⁹ Wright M. Victims, mediation and criminal justice/ M. Wright// The criminal law review. – 1995. – № 3. – P. 185-192.

²⁵⁰ Маєрс Д. Международный обзор программ восстановительного правосудия: [специальное издание для участников конференции "Формирование украинской модели восстановительного правосудия", К., 2004. – 102с.

²⁵¹ Відднер Е. Процедура посередництва (арбітражне провадження) в польському кримінальному процесі – в практичній діяльності Білостоцької апеляційної прокуратури/ Е. Відднер // Відновне правосуддя в Україні. Щоквартальний бюлетень. – 2008. – №4. – С. 54-59.

приватний інтерес обвинуваченого та потерпілого. Характерно, що словенське законодавство містить тлумачення понять "причини публічного інтересу" та "причини приватного інтересу". Публічний інтерес може бути зумовлений такими факторами як:

1) спосіб, тяжкість вчинення злочину (незначна шкода, можливість відшкодування шкоди за взаємною згодою сторін), час, який пройшов після вчинення злочину, наявність умислу, розкаяння, вчинення злочину в минулому, соціальні умови життя обвинуваченого;

2) якщо санкція за вчинений злочин передбачає мінімальне покарання;

3) юний або похилий вік обвинуваченого. Приватний інтерес залежить від таких критеріїв:

1) наявність провини потерпілого;

2) нанесення обвинуваченому шкоди внаслідок вчинення ним злочину;

3) поганий стан здоров'я учасників кримінально-правового конфлікту та наявність родинних, професійних, сусідських відносин між ними;

4) особливості відносин між потерпілим та обвинуваченим як до, так і після вчинення злочину.²⁵²

Також на призначення медіації впливає те, яким чином правоохоронним органам стало відомо про злочин (явка з повинно або затримання після переховування обвинуваченого).

Наявність звинувачень у вчиненні злочину в минулому або наявність судимості обвинуваченого не є обов'язковою перешкодою для його участі у медіації. Існує застереження щодо передачі кримінальних справ на медіацію, якщо у вчиненні злочину брали участь двоє та більше осіб або злочин ретельно готувався.

Прийняття рішення про проведення медіації має певний вплив на подальший хід кримінального провадження. В Англії судова медіація тісно пов'язана з такою процесуальною особливістю як можливість відкладення судом проголошення остаточного вироку і призначення покарання після того, як особу визнано винною.²⁵³ Оскільки між цими двома подіями, як правило, є досить значний часовий проміжок, то у цей період кримінальна справа може бути направлена на медіацію, в першу чергу, з метою відшкодування шкоди, завданої злочинцем, а провадження призупиняється. У даному випадку судова медіація є не тільки способом розв'язання кримінально-правового конфлікту,

²⁵² Кримінально-процесуальний кодекс Словенії/ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.legislationline.org/ru/documents/section/criminal-codes>.

²⁵³ Головка Л.В. Альтернативы уголовному преследованию как форма процессуальной дифференциации (современные тенденции развития): дисс. ... д.ю.н: 12.00.09/Л.В. Головка. – М., 2003. – С. 112.

а, в деякій мірі, компенсує відсутність інституту цивільного позову в англійському кримінальному провадженні.

Німецьке кримінальне процесуальне законодавство (§ 46а КПК) допускає припинення провадження у справі на основі "міркувань доцільності" у зв'язку з прагненням обвинуваченого відновити стан до злочину через процедуру примирення, медіації. Проте, як зазначають А.Жалинский і А.Рерихт, рішення про припинення кримінального провадження не є кінцевим, і прокуратура у будь-який момент може відновити його.²⁵⁴

§153а КПК Німеччини передбачає, що у випадку вчинення злочинів невеликої та середньої тяжкості може бути повністю припинено кримінальне провадження, якщо обвинувачений виконав покладені на нього обов'язки щодо відшкодування шкоди, завданої злочином.²⁵⁵

Відповідно до статті 23а КПК Польщі, термін, протягом якого триває медіація, не зараховується в час попереднього слідства. Фактично у цей час розслідування кримінальної справи призупиняється. Стаття 66 КК Польщі передбачає умовне припинення кримінального провадження, якщо підсудний примирився з потерпілим, виправив шкоду або вони узгодили спосіб її виправлення та у випадку, коли підсудному загрожує покарання у виді позбавлення волі на строк не більше 5 років.²⁵⁶

Згідно статті 162 КПК Словенії, прокурор, за згодою потерпілого, може тимчасово призупинити кримінальне провадження, якщо санкція за вчинений злочин передбачає штраф або позбавлення волі на строк до трьох років. Для призупинення провадження обвинувачений має здійснити одну або декілька дій. Зокрема, він зобов'язаний відшкодувати потерпілому шкоду, що завдана злочином; здійснити внесок у фонд компенсації особам, що потерпіли від злочинів; виконувати громадські роботи; здійснювати аліментно-компенсаційні виплати з утримання, якщо злочин стосується триваючого розладу здоров'я потерпілого.²⁵⁷

²⁵⁴ Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право/А. Жалинский, А.Рерихт. – М.: Спартак, 2001. – 767 с.

²⁵⁵ Маєрс Д. Международный обзор программ восстановительного правосудия: [специальное издание для участников конференции "Формирование украинской модели восстановительного правосудия", К., 2004.–102 с.

²⁵⁶ Кримінальний кодекс Польщі. Кримінально-процесуальний кодекс Польщі (витяги)/ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.commonground.org.ua/dld/Vytiagy%20z%20KK%20ta%20KPK%20Polshi.zip>.

²⁵⁷ Кримінально-процесуальний кодекс Словенії/ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.legislationline.org/ru/documents/section/criminal-codes>

Важливим аспектом регулювання медіації є встановлення строків на її проведення.

Англійське законодавство не містить строку, протягом якого може бути проведена медіація. Для позначення часових рамок використовується термін "розумний строк".²⁵⁸ Німецький законодавець також не встановив часових обмежень для проведення цієї процедури. Винятком можуть бути положення §229 КПК Німеччини, який забороняє переривати судовий розгляд більше ніж на 30 днів.²⁵⁹ Відповідно проведення медіації на цій стадії кримінального провадження не може перевищувати вказаний строк.

Відповідно до § 2 статті 23а КПК Польщі медіація не повинна тривати довше, ніж один місяць.²⁶⁰ Однак згідно до § 9 Розпорядження Міністра юстиції Польщі "Про порядок проведення процедури медіації у справах щодо неповнолітніх"²⁶¹ в постанові про направлення справи на медіацію сімейний суд встановлює термін, протягом якого він повинен отримати звіт про хід і її результати. Він не повинен перевищувати 6 тижнів. У виняткових випадках, коли існує значна вірогідність укладення договору, суд може продовжити цей термін, але не більше ніж на 14 днів. Тобто термін проведення медіації у випадку вчинення злочину неповнолітніми може складати, за певних обставин, два місяці.

Словенське законодавство передбачає, що після одержання обвинувального акту медіатор повинен негайно, але не пізніше ніж 15 днів, розпочати процедуру врегулювання. Він зобов'язаний "швидко, без будь-якої невинуватної затримки" її провести. Якщо протягом одного місяця після першої зустрічі сторони не досягають згоди, процедура врегулювання

²⁵⁸ Launay G., Murray P. Victim/offender groups/ G. Launay, P. Murray// Mediation and criminal justice. Victims, offenders and community / [Ed. M. Wright, B. Galaway]. – London, 1989. – 220 p.

²⁵⁹ Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право/А. Жалинский, А.Рерихт. – М.: Спартак, 2001. – С. 246.

²⁶⁰ Кримінальний кодекс Польщі. Кримінально-процесуальний кодекс Польщі (витяги)/ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.commonground.org.ua/dld/Vytiagy%20z%20KK%20ta%20KPK%20Polshi.zip>.

²⁶¹ Розпорядження Міністра юстиції Польщі "Про порядок проведення процедури медіації у справах щодо неповнолітніх" від 18 травня 2001р./ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.commonground.org.ua/dld/pl_rozp_180501_ukr.zip.

вважається як така, що не відбулась.²⁶² З врахуванням практики²⁶³, можна стверджувати, що від отримання медіатором справи до спільної зустрічі учасників кримінально-правового конфлікту може пройти один-два тижні. За таких обставин тривалість медіації становитиме до двох місяців.

Укладення договору про примирення учасниками кримінально-правового конфлікту, відшкодування шкоди, завданої злочинцем, тобто успішне завершення медіації має певні правові наслідки. Зокрема, в Англії у такому випадку за рішенням поліції кримінальне провадження може бути закрито, а до обвинуваченого застосовано так зване "попередження"²⁶⁴. Також успішна медіація може розглядатися судом як позитивна посткримінальна поведінка і враховуватися при призначенні покарання. У випадку вчинення злочинів невеликої тяжкості, договір про примирення може замінити вирок.

Відповідно до статті 10 німецького закону "Про ювенальну юстицію" медіація може бути призначена судом як виховний захід поряд з покаранням або, у випадку нетяжких злочинів, замінити його. У такому випадку відшкодування шкоди та вибачення перед потерпілим з боку підсудного є обов'язковим, незалежно від його офіційного визнання вини.

Відповідно до частини 1 § 49 КК Німеччини суд, у випадку вчинення злочину, за який передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк до одного року або штраф в розмірі 360 денних ставок, може звільнити підсудного від покарання, якщо він повністю або у значній мірі відшкодує шкоду, завдану своїми діяннями, чи має серйозний намір їх відшкодувати, а потерпілий прийняв таке відшкодування чи готовий його прийняти.

У Німеччині успішна медіація та її позитивні наслідки розглядаються як пом'якшуюча обставина у випадку вчинення тяжкого злочину.²⁶⁵

Статті 53, 56, 60, 66 КК Польщі [92] передбачали, що позитивні результати участі у медіації можуть бути підставою для пом'якшення покарання або відстрочки його застосування. Також Закон "Про судочинство у справах щодо неповнолітніх" [68] вказував, що результати медіації мають

²⁶² Інструкція "Про основні умови і обставини для передачі справи для врегулювання". Затверджена Генеральним прокурором Словенії; [пер. Українського Центру Порозуміння]/ Офіційний вісник Республіки Словенія, №45/99.

²⁶³ Микитин Ю.І. Медіація – засіб профілактики злочинності серед неповнолітніх/ Ю.І. Микитин. – Івано-Франківськ., 2006. – С. 16.

²⁶⁴ Землянська В.В. Аналіз практики судів з впровадження процедури медіації в Англії, Бельгії та Німеччині (медіатор) [Електронний ресурс]/ В.В.Землянська – Режим доступу: http://www.commonground.org.ua/dld/doc/Zemlyanska_mediator_view.pdf.

²⁶⁵ Маєрс Д. Международный обзор программ восстановительного правосудия: [специальное издание для участников конференции "Формирование украинской модели восстановительного правосудия", К., 2004.–102 с.

враховуватися при винесенні вироку. Однак після реформування у 2003 р. КК та КПК Польщі дані положення були вилучені. Як зазначає Д. Яніцька, формально чинне законодавство цього тепер не передбачає. Чіткі правові наслідки успішної медіації передбачені у справах приватного обвинувачення – це закриття кримінальної справи. Однак суб'єкт владних повноважень у кримінальному процесі самостійно здійснює оцінку медіації і може прийняти рішення про:

- 1) закриття кримінальної справи;
- 2) припинення провадження у справі із застосуванням умовного звільнення від покарання;
- 3) закріплення у вироку суду умов, встановлених між сторонами під час медіації;
- 4) прийняття обвинувального вироку без проведення повноцінного судового розгляду за так званою скороченою процедурою за поданням обвинуваченого і за погодженням з прокурором.²⁶⁶

Статті 161А, 162, 444-1 КПК Словенії передбачають, що у випадку успішної процедури "врегулювання" та виконання усіх зобов'язань, досягнутих під час неї, за умови, що санкція за вчинений злочин передбачає покарання у виді штрафу або позбавлення волі на строк до трьох років, обвинувачений (підсудний) може бути звільнений від кримінальної відповідальності.

Відповідно до статті 77-2 КПК Словенії неповнолітній обвинувачений у віці від 14 до 18 років звільняється від кримінальної відповідальності, якщо він помирився з потерпілим, відшкодував завдану ним шкоду виконанням певної роботи або у грошовій формі.²⁶⁷

Досвід правового регулювання відновного правосуддя в Англії, Німеччині, Польщі та Словенії є цінним для України. Окремі його аспекти можуть знайти своє відображення у нормах КК України та КПК України.

Висновки:

1. Основи відновного правосуддя закладені у міжнародно-правових актах, зокрема Ради Європи та Європейського союзу. Їх можна класифікувати на дві основні групи: а) правові акти, які містять загальні норми щодо відновного правосуддя; б) правові акти, які містять спеціальні норми щодо відновного правосуддя.

²⁶⁶ Яніцька Д. Що таке медіація в Польщі?/ Д. Яніцька// Розвиток медіації в Україні. Польсько-українська співпраця: [збірник статей. наук. редактор І.А. Войтюк] – К.: "Арт-Бюро", 2004. – С. 107.

²⁶⁷ Кримінально-процесуальний кодекс Словенії / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.legislationline.org/ru/documents/section/criminal-codes>

2. Європейські правові акти які містять загальні норми щодо відновного правосуддя закріплюють рекомендацію або обов'язок для держав впроваджувати його у національне законодавство, зокрема у кримінальне провадження. Європейські правові акти, які містять спеціальні норми щодо відновного правосуддя, зокрема такої його форми як медіація, визначають:

- 1) умови його застосування;
- 2) процесуально-правовий статус учасників та договору про примирення;
- 3) вплив на хід кримінального провадження.

3. Досвід правого регулювання відновного правосуддя в Англії, Німеччині, Польщі, Словенії свідчить, що у цих країнах:

- 1) відновне правосуддя є складовою частиною кримінального провадження;
- 2) правові основи його застосування передбачені кримінальним процесуальним законом і деталізовані іншими законодавчими або підзаконними актами;
- 3) найпоширенішою формою відновного правосуддя є медіація, яка може застосуватися практично на всіх стадіях кримінального провадження, як правило, до видалення суду у нарадчу кімнату для постановлення вироку;
- 4) приймати рішення щодо проведення медіації мають право поліція, прокуратура, суд з врахуванням обставин справи та ряду критеріїв, а сторони кримінально-правового конфлікту (потерпілий, підозрюваний (обвинувачений, підсудний) мають бути проінформовані про можливість участі у цій процедурі;
- 5) призначення медіації може мати певний вплив на хід кримінального провадження (зупинення або призупинення досудового слідства чи судового розгляду);
- 6) тривалість медіації становить від одного до двох місяців;
- 7) як правило, проведення медіації не обмежується ступенем тяжкості злочину, але залежно від цього критерію може мати різні правові наслідки.

Адаптація законодавства про судоустрій і статус суддів до європейських стандартів здійснення правосуддя

Семків Віта Василівна

*кандидат юридичних наук,
викладач кафедри судочинства*

Одразу після здобуття незалежності Україна взяла курс на європейську інтеграцію, заявивши в 1992 році про свій намір стати членом Ради Європи, підписавши та ратифікувавши в 1994 році Угоду про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами (яка, до слова, запровадила у вітчизняну правничу термінологію поняття «адаптація» ст. 77)²⁶⁸, та набувши у 1995 році членство в Раді Європі Україна. Цими кроками Україна підтвердила свій демократичний вибір, спрямованість на захист прав людини та зміцнення демократичних інститутів державі, визнання принципу верховенства права та прийняла на себе зобов'язання щодо адаптації національного законодавства до законодавства Європейського Союзу.

Одним із визначальних кроків на цьому шляху було підписання угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом 2014 року, яка, серед іншого, зобов'язує Україну реформувати сферу юстиції на шляху до забезпечення ефективного та якісного судочинства²⁶⁹. Так, судочинство є однією із ключових галузей державної діяльності, яку представляють суди – державні органи, виключною компетенцією яких є здійснення правосуддя в Україні. Зрозумілим є той факт, що адаптація національного законодавства про судоустрій і статус суддів до міжнародними стандартів у цій сфері є комплексним процесом, який повинен охоплювати не лише імплементацію у національне законодавство декларативних положень міжнародних нормативно-правових актів щодо функціонування демократичної незалежної

²⁶⁸ Угода про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами від 14 червня 1994 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/998_012.

²⁶⁹ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : Міжнародний документ від 27 червня 2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://comeuroint.rada.gov.ua/komevoint/doccatalog/document?id=56219>.

справедливої судової влади в Україні, а й розв'язання цілого комплексу актуальних проблем здійснення правосуддя, серед яких такі як:

- формування ефективної законодавчої бази, спрямованої на закріплення належних організаційних основ національної судової системи;
- встановлення відповідного порядку формування та функціонування інституту самоорганізації судової влади та оптимізація статусу суддівського самоврядування в Україні,
- забезпечення належного кваліфікаційного рівня судді, належного порядку зайняття посади судді, порядку застосування до суддів дисциплінарної відповідальності,
- закріплення порядку належного матеріального та соціального забезпечення суддів, належного судового адміністрування тощо.

Ці та інші елементи є важливими інструментами для забезпечення життєздатності ефективної судової системи та забезпечення громадянам можливість реалізації їх права на судовий захист.

Якщо аналізувати процес становлення та вдосконалення судової системи України можна зробити висновок, що починаючи з 1996 року, а саме з прийняття Конституції України²⁷⁰, в якій було закладено основи судової системи країни, і дотепер судова влада перебуває в умовах «перманентної реформи», що зумовлює часте оновлення законодавства, численні концептуальні, правові та організаційні зміни, декларуючи необхідність приведення сфери судочинства у відповідність із міжнародними, європейськими стандартами. Такий тривалий «пошук» оптимального правового регулювання сфери судочинства суперечить принципу правової визначеності, адже не видається можливим говорити про передбачуваність права, незмінюваність правових принципів та стабільність законодавства про судоустрій і статус суддів за таких обставин.

Так, в 2001 році була проведена так звана «мала судова реформа», згодом розпочався процес формування чотириланкової судової системи на принципах спеціалізації судів, який було законодавчо закріплено в липні 2010 року прийняттям Закону України «Про судоустрій і статус суддів»²⁷¹. Вказаним законом вносилися істотні зміни в судову систему України, зокрема було передбачено введення системи вищих спеціалізованих судів по всім галузям юрисдикції: створення Вищого спеціалізованого суду з розгляду

²⁷⁰ Конституція України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

²⁷¹ Закон України «Про судоустрій і статус суддів» від 07 липня 2010 р. № 2453-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/2453-17>.

цивільних та кримінальних справ, який разом з Вищим адміністративним судом України та Вищим господарським судом України працював як суд касаційної інстанції. Реформою було ліквідовано військові суди – тепер справи, що мали б розглядатися гарнізонними військовими судами розглядаються судами загальної юрисдикції першої інстанції, а справи, що мали б розглядатися у апеляційних військових судах розглядаються у апеляційних судах загальної юрисдикції. Також реформою різко обмежено компетенцію Верховного суду — він може переглядати рішення Вищих спеціалізованих судів тільки за наявності визначених законом обставин.

Негативні сторони реформи 2010 року були викриті Європейським судом з прав людини у справі «Олександр Волков проти України» 2013 року. ЄСПЛ викрив у цій справі серйозні системні проблеми судової системи України, які потребують вирішення²⁷². Дана справа є унікальною через те, що ЄСПЛ вперше дав прямі вказівки конкретній країні на системні прогалини в її законодавстві, зокрема щодо процедур призначення суддів, просування на посаді і звільнення, надмірної політизації української судової системи, залежності її від інших гілок влади²⁷³. ЄСПЛ приймаючи рішення про відновлення порушених прав шляхом нового розгляду справи на національному рівні, висловився про неможливість такого в найближчому майбутньому в Україні. Таким чином, ЄСПЛ фактично висловив недовіру правовій системі України²⁷⁴. ЄСПЛ констатував, що ця справа викриває серйозні системні проблеми функціонування судової системи України, а саме:

- відсутність реального поділу державної влади на законодавчу, виконавчу та судову, що спричиняє політичну та іншу залежність судів і суддів;
- політизованість механізму формування суддівського корпусу, яка виявляється в істотному політичному впливі на нього та «ручному» керуванні ним;

²⁷² Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Олександр Волков проти України» (Заява № 21722/11) від 09 січня 2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/974_947.

²⁷³ Захист судді — це захист громадян / Racurs.ua, 23.02.2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ua.racurs.ua/760-zahyst-suddi-ce-zahyst-gromadyan>.

²⁷⁴ Микола Мельник «Олександр Волков проти України»: Доленосне рішення та неквапливе виконання / Дзеркало тижня, 30 серпня 2013. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://gazeta.dt.ua/LAW/oleksandr-volkov-proti-ukrayini-dolenosne-rishennya-ta-nekvaplive-vikonannya-_html.

- домінування суб'єктивних критеріїв у процедурі притягнення суддів до відповідальності за порушення присяги;
- правова невизначеність у питанні звільнення суддів з посади за порушення присяги.
- непередбачуваність і вибірковість застосування заходів відповідальності суддів тощо;

У поєднанні з іншими вище зазначеними обставинами, це створює в суддівському середовищі атмосферу страху і призводить до тотальної залежності суддів²⁷⁵.

Загалом, однією з основних причин руйнування судової влади є невдало реалізована у 2010 році судова реформа: прийняття Закону України «Про судоустрій і статус суддів» негативно вплинуло на органи суддівського самоврядування – вони стали повністю залежними від політичної влади²⁷⁶. 2014-2015 роки стали визначальними в частині підготовки до нових реформаційних процесів у сфері судочинства, оновлення законодавства, спрямованого на відновлення довіри до судової влади в Україні, системних змін в законодавстві про судоустрій, які мали на меті реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів задля практичної реалізації принципів верховенства права і забезпечення кожного права на справедливий судовий розгляд справ незалежним та неупередженим судом²⁷⁷.

Велика судова реформа, що складається з Закону про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)²⁷⁸, та нового Закону «Про судоустрій і статус суддів», була розпочата Верховною Радою 2 червня 2016 року²⁷⁹. В результаті реформи чотирирівнева судова система перетворена на трирівневу (місцеві/окружні суди — апеляційні суди — новий Верховний Суд, у складі якого діють Велика Палата, Касаційний адміністративний суд, Касаційний господарський суд, Касаційний кримінальний суд, Касаційний цивільний

²⁷⁵ Справа «Олександр Волков проти України» (Заява № 21722/11) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_947.

²⁷⁶ Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014-2017 роки: Верховна Рада України; Закон від 14.10.2014 № 1699-VII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1699-18>.

²⁷⁷ Про Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020»: Указ Президента України № 5/2015 від 12 січня 2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/5/2015>.

²⁷⁸ Конституція України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

²⁷⁹ Про судоустрій і статус суддів: Верховна Рада України; Закон від № 4734 від 30.05.2016 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>.

суд). ВГСУ, ВАСУ, ВСС ліквідуються, але спеціалізація судочинства залишається. Всіх суддів призначаються на конкурсній основі, враховуючи нові кваліфікаційні вимоги до суддів ВСУ. Передбачається створення Вищого антикорупційного суду та Вищого суду з питань інтелектуальної власності та Вищої ради правосуддя замість ВРЮ. Обмежується суддівська недоторканість. Істотно підвищується суддівська винагорода. Розширюється дисциплінарна відповідальність суддів, кваліфікаційне оцінювання. Передбачено зміну порядку призначення, переведення суддів, введення інституту конституційної скарги громадянина до Конституційного Суду²⁸⁰.

Слушною є позиція Л. М. Москвич, яка зауважує, що суть судової реформи полягає у забезпеченні ефективності судової системи, для чого необхідно вирішити ряд проблем: 1) організаційну проблему; 3) належне фінансове забезпечення; 4) процесуальні (процедурні) проблеми судочинства. А метою судової реформи має бути забезпечення оперативності розгляду справ, доступність та якість правосуддя²⁸¹.

Аналізуючи останні реформаційні зміни системи судоустрою, які мали місце в Україні на предмет їх відповідності європейським принципам у сфері судочинства варто звернути увагу на ряд принципів, які є конститутивними елементами існування судових систем більшості країн, в тому числі і України. Саме тому пропонуємо детальніше зупинитися на аналізі принципів інстанційності, спеціалізації та територіальності як трьох якісних показників, в рамках реалізації яких в межах конкретної судової системи можна говорити про ефективність правосуддя та існування «працюючої» судової системи, яка відповідає міжнародним стандартам.

Принцип інстанційності. Національна система судів в частині її ланковості та інстанційності завжди викликала чималі дискусії. Так, донедавна на національному рівні функціонувала чотирирівнева та фактично чотириінстанційна судова система: перша інстанція, апеляція, касація, перегляд судових рішень ВСУ (повторна касація). Принцип інстанційності був відображеним в системі судоустрою таким чином, що судом першої інстанції є місцевий суд, водночас, у випадках, передбачених процесуальним законом, апеляційний суд розглядає справи відповідної судової юрисдикції як суд першої інстанції, а відповідний вищий спеціалізований суд у випадках,

²⁸⁰ Судова реформа. Яким буде нове правосуддя в Україні / 2 червня 2016 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://espresso.tv/article/2016/06/02/sudova_reforma_pochatok.

²⁸¹ Москвич Л. М. До питання про проблеми судової реформи / Л. М. Москвич // Вісник Академії правових наук України. – Харків, 2009. – № 4. – С. 171–179.

передбачених процесуальним законом, розглядає справи відповідної судової спеціалізації як суд першої або апеляційної інстанції.

З цього приводу І. В. Назаров вказував на те, що поняття «суд першої інстанції», «суд другої інстанції», «суд третьої інстанції» визначають не суд як структурну складову судової системи, а як склад суду або судовий орган, що розглядає конкретну справу у певний час²⁸². Варто зазначити, що на даний момент ця ситуація залишається невирішеною, адже за новим Законом суди одного рівня продовжують одночасно виступати судами декількох інстанцій, що є проблемним питанням організації судоустрою України. На думку деяких дослідників такий підхід певною мірою «розмиває» принципи інстанційності правосуддя і ступінчастості судової системи і порушує рівність правових можливостей з оскарження рішень, прийнятих судами другого і третього рівнів, винесених ними за результатами розгляду справи по суті²⁸³.

Кожен має право на перегляд первинного рішення суду. Так, у Рекомендації № R94(12) Комітету міністрів Ради Європи «Щодо незалежності, дієвості та ролі суддів», від 13 жовтня 1994 р. поряд з нормами, які стосуються статусу суддів, вказується, що рішення суддів не повинні переглядатися інакше, як через визначену законом процедуру апеляцій²⁸⁴. Саме тому існування як мінімум двох судових інстанцій у судовій системі є більш ніж виправданим. Положеннями Хартії Європейського Союзу про основні права від 07 грудня 2000 р. закріплено право на ефективне оскарження (ч. 1 ст. 47 Хартії) реалізація такого права неможлива без використання принципів ступінчастості та інстанційності побудови судової системи, а його забезпечення вимагає закріплення відповідних законодавчих положень, зокрема, щодо наближення судів до населення²⁸⁵.

Варто окремо акцентувати увагу на особливості правового статусу Верховного суду України. Як правило, на вищій судовий орган кожної країни

²⁸² Назаров І. В. Значення принципу інстанційності для організації судової системи України та європейських країн / І. В. Назаров // Юридична Україна. – 2009. – № 5. – С. 121–125.

²⁸³ Саленко О. В. Гармонізація законодавства України про судоустрій і статус із міжнародними стандартами : дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.10

«Судоустрій, прокуратура та адвокатура» / Саленко О. В. – К., 2015. – 228 с.

²⁸⁴ Рекомендація № R(94)12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо незалежності, ефективності та ролі суддів : ухвалена Комітетом міністрів Ради Європи 13 жовтня 1994 р. // Міжнародні стандарти у сфері судочинства. – К. : Істина, 2010. – С. 14–17.

²⁸⁵ Хартія Європейського Союзу про основні права від 07 грудня 2000 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_524

покладається два основних завдання, а саме: розгляд справ за останньою інстанцією з винесенням судових рішень, які оскарженню в рамках національної судової системи не підлягають, і забезпечення єдності судової практики. Закріплення на законодавчому рівні правового статусу ВСУ, як суду, розташованого на четвертому рівні національної судової системи, та такого, що має право переглядати рішення вищих спеціалізованих судів, а також, поряд із повноваженнями вищих спеціалізованих судів, забезпечувати однакове застосування норм права судами різних спеціалізацій, певною мірою обтяжувало судову систему України, та не відповідало принципу розумності строків судового розгляду, закріпленого, між іншим, і Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод і практикою ЄСПЛ. Саме тому спрощення судової системи шляхом ліквідації ланки Вищих спеціалізованих судів є безумовно позитивним кроком і має на меті наступне:

- сприяти спрощенню інстанційності національної судової системи;
- унеможливити дублювання функцій окремих судових інстанцій;
- сприяти винесенню справедливого судового рішення у кожній справі, розглянутій у суді (шляхом гарантування права на оскарження судового рішення за наявності сумніву в його законності або обґрунтованості);
- забезпечити особі можливість захистити свої права у суді у розумні строки та без зайвих витрат, що відповідає міжнародним стандартам;
- закріпити за ВСУ статус найвищого суду;
- скасувати четверту судову інстанцію та спростити структуру судової системи²⁸⁶.

Європейські експерти визначали національну судову систему як непотрібно громіздку та надто складну, що було зумовлено існуванням вищих спеціалізованих судів та ВСУ одночасно, адже надто складна судова система містить у собі ризик затягування провадження, а відповідно до ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод кожна держава зобов'язана організувати свою судову систему в такий спосіб, щоб суди могли розглядати справи впродовж розумного строку²⁸⁷. Отож, інститут повторної касації не виправданий у контексті конституційних положень щодо забезпечення

²⁸⁶ Саленко О. В. Гармонізація законодавства України про судоустрій і статус із міжнародними стандартами : дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.10

«Судоустрій, прокуратура та адвокатура» / Саленко О. В. – К., 2015. – 228 с.

²⁸⁷ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод Рада Європи; Конвенція, Міжнародний документ від 04.11.1950 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004

державою гарантій апеляційного і касаційного оскарження судового рішення. І, окрім іншого, повторна касація суперечить практиці ЄСПЛ щодо дотримання принципу розумності строків судового розгляду та прямо суперечить позиції Конституційного Суду України, викладеній у його рішенні від 11 березня 2010 р. № 8-рп/2010 у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення термінів «найвищий судовий орган», «вищий судовий орган», «касаційне оскарження», які містяться у ст. 125 та 129 Конституції України²⁸⁸.

Якщо продовжувати аналізувати реформаційні зміни у сфері судоустрою на предмет їх відповідності до міжнародних стандартів, то варто детальніше зупинитися на принципі доступності правосуддя, активний посыл до якого був продиктований ратифікацією Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Практика ЄСПЛ є, власне, тим лакмусовим папірцем, який виявляє всі недоліки в реалізації даного принципу в Україні. Опіраючись на міжнародні стандарти доступності до правосуддя, на національному рівні встановлені та гарантовані державою механізми реалізації права особи на справедливий, неупереджений та своєчасний судовий розгляд справи з метою захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Даний принцип закріплений в положенні Хартії Європейського Союзу про основні права від 07 грудня 2000 р., що знову ж таки підкреслює його фундаментальність в побудові якісного правосуддя в Україні. Саме тому, враховуючи євроінтеграційні прагнення України, ефективно впровадження на практиці існуючих законодавчих положень щодо реалізації принципу доступності до правосуддя, а також вдосконалення цього процесу, як в межах законодавчих положень, так і в межах правореалізаційної політики є необхідною умовою для України.

В цілому видається правильним говорити, що побудова національної судової системи з урахуванням принципів ланковості та інстанційності має в кінцевому підсумку привести до того, що суд має бути доступним і ефективним для людей, а це означає, що має бути розширена мережа судів першої інстанції, але не в аспекті інстанційності, а в аспекті ланковості. За висновками міжнародних експертних організацій, це об'єктивний та необхідний аспект, враховуючи загальну для більшості країн проблему перевантаження судів. Безумовно позитивним є реформування судової

²⁸⁸ Рішення Конституційного Суду України від 11 березня 2010 р. № 8-рп/2010[Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v008p710-10>

системи в частині функціонування одночасно вищих спеціалізованих судів та ВСУ як судів касаційної інстанції, бо надмірна кількість судових інстанцій не дає гарантій правової визначеності та ставить під сумнів факт остаточності вирішення справи судом, так як кожна з інстанцій відкриває нові можливості для оскарження судового рішення.

Принцип спеціалізації. Якщо говорити про категорію «доступність правосуддя», як якісну характеристику судової системи держави, то варто проаналізувати принцип спеціалізації, як обов'язкову умову підвищення якості судової діяльності.

Так, Н. В. Сібільова під спеціалізацією розуміє наділення повноваженнями розглядати і вирішувати судові справи, що впливають з певного виду правовідносин, конкретний суд як елемент цієї системи. Окрім того, до наведеного слід віднести процес визначення конкретного судді, який спеціалізується на розгляді судових справ, що впливає з певного виду правовідносин (так звана внутрішня спеціалізація)²⁸⁹.

В. І. Шишкін у результаті вивчення досвіду зарубіжних країн виокремлює два види спеціалізації – галузеву та суб'єктну. Галузева спеціалізація реалізується через утворення окремих, а інколи й ієрархічно вибудованих, судових установ. Суб'єктна спеціалізація реалізується через організацію всередині судових установ певних підрозділів (колегій, палат, дивізіонів), в яких розглядаються справи, де виокремлено правовідносини з участю спеціального суб'єкта, наприклад, неповнолітніх, військовослужбовців, водокористувачів, орендарів, подружжя та інші²⁹⁰. Такої ж позиції притримується більшість вітчизняних науковців.

Міжнародний досвід показує нам, що спеціалізація може вводитися різними способами, залежно від внутрішнього законодавства, а саме, можуть бути запроваджені спеціалізовані суди, як окремі органи, які можуть бути поза загальною організацією судової системи, так і спеціалізовані суди або палати, які є частиною загальної судової системи. Найбільш поширений вид спеціалізації це створення спеціалізованих палат або відділів. Практика європейських країн показує, що спеціалізація судової діяльності може виявлятися як у формі відокремлених судових органів з рівною або меншою кількістю рівнів, так і у формі спеціалізованих суддів при загальних судах, які мають відповідну підготовку тощо.

²⁸⁹ Сібільова Н. В. Порядок організації та діяльності судової влади [Електронний ресурс] / Н. В. Сибільова. – Режим доступу : <http://www.judges.org.ua.seminar2-2.htm>.

²⁹⁰ Шишкін В. І. Судові системи країн світу : [навч. посібник] : у 3 кн. / Шишкін В. І. – К. : Юрінком Інтер, 2001. – Кн. 2. – 2001. – 336 с.

Якщо аналізувати національну судову систему в рамках реалізації принципу спеціалізації, то на національному рівні суди спеціалізуються на розгляді цивільних, кримінальних, господарських, адміністративних справ, а також справ про адміністративні правопорушення. Крім того, передбачене створення судових палат з розгляду окремих категорій справ у встановлених законом судах. В цілому видається, що існуюча система судів в рамках реалізації принципу спеціалізації не суперечить міжнародним стандартам у сфері судочинства.

Так, О. М. Авер'янова зауважує що диференціація є одним із показників розвитку. Чим більша кількість внутрішнього розмаїття містить система, тим на більш високому рівні розвитку вона знаходиться відносно власних стадій розвитку²⁹¹. Слід зазначити, що полісистемність як спосіб організації судової влади є однією зі світових тенденцій розвитку сучасних судових систем²⁹².

На думку прихильників існування спеціалізованих судів утворення останніх обумовлюється специфікою предмета правого регулювання; наявністю процесуальних особливостей справи та необхідністю спеціально підготовлених фахівців у певній сфері²⁹³. В. В. Сердюк відзначає, що спеціалізовані суди можуть створюватися у випадках, коли це викликано специфікою судових справ залежно від характеру правовідносин та особливостей правового статусу суб'єктів судочинства²⁹⁴.

В цьому сенсі варто розуміти, що неможливим є виокремлення чіткого переліку спеціалізованих судів, які б однаковою мірою були б актуальні для різних правових традицій, адже прийняття нового законодавства (міжнародного чи національного), зміна існуючих правовідносин чи поява нових, еволюція правової доктрини зумовлюють актуалізацію спеціалізації судів та суддів в різних період та в різних формах. В цілому можна зійтися на думці лише стосовно того, що спеціалізовані суди є традиційним явищем для багатьох країн.

²⁹¹ Колодій А. М. Використання розроблених у СНД модельних законів як засіб вдосконалення законодавства України / А. М. Колодій // Проблеми гармонізації законодавства України з міжнародним правом : матеріали Наук.-практ. конф. / гол. ред. В. Ф. Опришко. – К. : Ін-т законодавства Верховної Ради України, 1998. – С. 284–286.

²⁹² Судебные системы западных государств / [Урьяс Ю. П., Туманов В. А., Егоров С. А. и др.]. – М. : Наука, 1991. – 240 с.

²⁹³ Шихита И. Теория и практика правовой судебной реформы / И. Шихита // Российская юстиция. – 1997. – № 10. – С. 5.

²⁹⁴ Сердюк В. В. Юрисдикція судів України за спеціалізацією : [монографія] / Сердюк В. В. – К. : Прецедент, 2005. – 192 с.

Водночас, якщо говорити конкретно про національні правові реалії в контексті спеціалізації, вартими уваги є положення Висновку (2012) № 15 Консультативної Ради Європейських суддів (КРЕС) стосовно спеціалізації суддів, прийнятого на 13-ому пленарному засіданні КРЕС (Париж, 05–06 листопада 2012 р.), яким закріплено загальні положення, якими повинні керуватися країни при запровадженні системи судової спеціалізації з метою забезпечення її ефективності, доступності та прозорості. Так, КРЕС звертає увагу на наступне:

- ✓ створення спеціалізованих палат або судів не повинно негативно впливати на коло повноважень загального судді та має забезпечувати однакові гарантії та якість правосуддя в усіх справах;

- ✓ спеціалізація не може бути перепорою для забезпечення вимог стосовно якості судового рішення;

- ✓ у спеціалізованих судах мають застосовуватися загальні процесуальні норми (особливі процесуальні норми допустимі у разі, коли вони задовольняють одну з потреб, яка призвела до створення спеціалізованого суду, наприклад, процеси, пов'язані із сімейним правом, де допит дітей є предметом особливого регулювання);

- ✓ не повинно бути переваг щодо розгляду справ спеціалізованими судами;

- ✓ спеціалізація виправдана у разі, якщо вона сприяє адмініструванню судочинства та є сприятливою для гарантування якості процесу і судових рішень²⁹⁵.

Спеціалізація повинна бути мобільною та гнучкою, судді повинні мати можливість змінювати суд спеціалізацію впродовж суддівської кар'єри, переходити зі спеціалізованого до загального суду і навпаки. Така гнучкість та мобільність не повинна загрожувати принципу незмінюваності та незалежності суддів. При впровадженні спеціалізації суддів слід забезпечити принцип рівного статусу для загальних та спеціалізованих суддів, який, з-поміж іншого, повинен поширюватися на суддівську винагороду, право бути членами суддівських організацій, право на підготовку та підвищення кваліфікації в межах обраної спеціалізації²⁹⁶.

²⁹⁵ Висновок № 15 (2012) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо спеціалізації суддів : прийнятий на 13-ому пленарному засіданні КРЕС (Париж, 05–06 листопада 2012 р.) // Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. – К. : USAID, 2015. – С. 156–166.

²⁹⁶ Саленко О. В. Гармонізація законодавства України про судоустрій і статус із міжнародними стандартами : дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.10

Іншими словами спеціалізація (як внутрішня, так і зовнішня) є науково обґрунтованою, законодавчо обумовленою вимогою часу, яка відповідає викликам сьогодення та покликана забезпечити більш ефективно і професійне здійснення захисту прав, свобод та охоронюваних законом інтересів людини і громадянина. Судова спеціалізація як принцип є тим визначальним положенням, забезпечення існування якого у сфері судочинства відображає ступінь відповідності судових систем міжнародним стандартам, адже «практика створення спеціалізованих судів є одним із засобів підвищення ефективності судової системи, її розвантаження і забезпечення адекватного судового адміністрування»²⁹⁷.

В той же час варто зауважити, що велика кількість спеціалізованих судів не завжди свідчить про належний стан судочинства у державі та розвиток суспільства в цілому. Надмірно перевантажена система спеціалізованих судів зазвичай провокує існування невизначеності у питаннях визначення підвідомчості.

Аналізуючи національне законодавство, яке закріплює принципи спеціалізації судової системи слід відзначити, що перелік апеляційних та касаційних судів в межах їх спеціалізації відповідає практиці європейських країн та не порушує загальновизнані міжнародні стандарти побудови судової системи. Спеціалізація апеляційних і вищих судів унеможлиблює диспропорцію судової системи та забезпечує рівний підхід в межах інстанційності щодо розгляду справ відповідної юрисдикції. Проте є позиція стосовно необхідності введення додаткових штатних одиниць суддів з розгляду сімейних спорів, трудових, суддів з розгляду справ за участю неповнолітніх при судах з розгляду цивільних, кримінальних справ й справ по адміністративних правопорушеннях, що не потребує значних коштів, але може покращити ефективність правосуддя²⁹⁸. Окрім того, дискусійною є позиція законодавця щодо наділення місцевих загальних судів повноваженнями розглядати поряд із цивільними та кримінальними справами адміністративні справи, адже для цього існують місцеві адміністративні суди із відповідними повноваженнями. Саме тому є рекомендація систему місцевих адміністративних судів привести у відповідність до системи загальних місцевих судів.

«Судоустрій, прокуратура та адвокатура» / Саленко О. В. – К., 2015. – 228 с.

²⁹⁷ Doing Business in 2004: Understanding Regulation. – Word Bank, 2004. – P. 51–53.

²⁹⁸ Назаров І. В. Судові системи країн Європейського Союзу та України: порівняльно-правовий аналіз : дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.10 / Назаров Іван Володимирович. – Харків, 2011. – 470 с.

У аспекті реалізації принципу спеціалізації відповідно до міжнародних стандартів слід завжди опиратися на необхідність збереження тих міжнародних традицій, які є в групі ризику при невдалому закріпленні даного принципу національним законодавством. Йдеться про передбачуваність судової практики та стабільність правової визначеності, що є складовими елементами принципу верховенства права. Таку ситуацію ми могли спостерігати раніше, адже окрім спеціалізації судів загальної юрисдикції на розгляді цивільних, кримінальних, господарських, адміністративних справ, а також справ про адміністративні правопорушення (фактично існувало три автономних підсистеми судів – загальні, адміністративні, господарські), існували ще вищі спеціалізовані суди в межах названих спеціалізацій, до повноважень яких було віднесено надання рекомендаційних роз'яснень з питань застосування законодавства, що можуть ґрунтуватися на принципово різних концепціях право розуміння і, ймовірно, порушувати принцип верховенства права.

Європейські експерти у цьому контексті вбачали за необхідне консолідувати діяльність вищих спеціалізованих судів, в частині забезпечення однакового застосування правових принципів і норм, при розгляді справ відповідної юрисдикції із діяльністю ВСУ, який повинен залишатися основним гарантом єдності застосування судової практики всіма судами²⁹⁹. Така ситуація неодноразово спостерігалася, адже не рідко роз'яснення законодавчих норм, надані вищими спеціалізованими судами суперечили актам ВСУ, тим самим порушуючи принцип верховенства права, правової визначеності та передбачуваності закону. Саме тому, ліквідація даної судової ланки була в цілому ефективним засобом усунення даних проблем.

Підсумовуючи питання зовнішньої спеціалізації варто погодитися із думкою, що спеціалізовані суди утворюються залежно від наявних у суспільстві потреб і можливостей державного фінансування на різних етапах побудови й розвитку судової системи³⁰⁰. Протягом останніх років активно обговорювалося питання стосовно скасування господарських судів, водночас відповідно до останніх змін вони продовжують існувати. Окрім того, висловлюються думки, що існуюча в Україні система в частині поділу

²⁹⁹ Спільний висновок Європейської комісії «За демократію через право» (Венеціанської комісії) щодо законопроекту «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій та статус суддів в Україні» та інших законодавчих актів України» 18 жовтня 2011 р. CDL-AD(2011)033 // Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. – К. : USAID, 2015. – С. 659–667.

³⁰⁰ Стефанюк В. С. Судова система України та судова реформа / Стефанюк В. С. – К. : Юрінком Інтер, 2001. – 174 с.

спеціалізації по розгляду адміністративних справ і справ про адміністративні правопорушення є неактуальною. Рекомендується запровадити на національному рівні поділ судів на чотири спеціалізації: цивільну, господарську, кримінальну та адміністративну (п. 21)³⁰¹, (п. 23 та 24)³⁰².

Торкаючись питання внутрішньої спеціалізації в контексті міжнародних норм «спеціалізованим суддею» є суддя, який працює з обмеженою сферою права (наприклад, кримінальне право, сімейне право, економічне та фінансове право, право інтелектуальної власності, конкурентне право тощо), або розглядає справи, які стосуються окремих ситуацій, що виникають в особливих сферах (п. 5)³⁰³.

Внутрішня спеціалізація судів, що передбачає спеціалізацію суддів, є безумовно позитивним фактом для забезпечення ефективності судової системи України, оскільки такий вид спеціалізації покликаний забезпечити якісний та швидкий розгляд справ компетентними судьями. Так, європейські експерти серед переваг спеціалізації суддів виділяють такі:

- якість судових рішень, прийнятих спеціалізованим суддею;
- єдність судових рішень;
- спеціалізований суддя, який володіє знаннями, не пов'язаними лише із юриспруденцією, може сприяти мультидисциплінарному підходу до вирішення питання;

³⁰¹ Спільний висновок Європейської комісії «За демократію через право» (Венеціанської комісії) щодо законопроекту «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій та статус суддів в Україні» та інших законодавчих актів України» 18 жовтня 2011 р. CDL-AD(2011)033 // Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. – К. : USAID, 2015. – С. 659–667.

³⁰² Висновок № 801/2015 Європейська Комісія «За демократію через право» (Венеціанська Комісія) – Спільний висновок Венеціанської Комісії й Директорату з прав людини (ДПЛ) Генерального Директорату з прав людини та верховенства права Ради Європи (ГД-І) щодо Закону України «Про судоустрій і статус суддів» і внесення змін до Закону України «Про вищу раду юстиції» прийнятий Венеціанською Комісією на її 102-ому Пленарному засіданні (м. Венеція, 20– 21 березня 2015 р.) CDL-AD(2015)007 // Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. – К. : USAID, 2015. – С. 693–707.

³⁰³ Висновок № 15 (2012) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо спеціалізації суддів : прийнятий на 13-ому пленарному засіданні КРЄС (Париж, 05–06 листопада 2012 р.) // Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. – К. : USAID, 2015. – С. 156–166.

- компетентність спеціалізованого судді сприятиме покращенню ефективності та оперативності розгляду справ, беручи до уваги постійно зростаючу кількість справ (п. 8–13)³⁰⁴.

Слушною є думка Л. М. Москвич, яка вважає, що впровадження легальної спеціалізації суддів (окрім впровадженої вже на національному рівні ювенальної юстиції) як обов'язкової засади внутрішньої організації судів України, можливе сьогодні лише в певних межах. Це пов'язано з наступними обставинами:

- 1) значна частка від загальної кількості місцевих судів має у штаті по 3–4 судді. За таких умов досить важко запровадити їх спеціалізацію.

- 2) введення суцільної спеціалізації суддів вимагає концептуально іншого підходу до системи підготовки кандидатів на посаду судді та підвищення кваліфікації суддів.

- 3) сам розглядуваний процес вимагає розширення штатної чисельності суддів, що, у свою чергу, спонукає покращенню матеріально-технічного та організаційно-правового забезпечення судів³⁰⁵.

В той же час так само як і зовнішня спеціалізація внутрішня спеціалізація може бути фактором деформування судової системи при невдалій правовій регламентації даного принципу. Тому впроваджуючи спеціалізацію на національному рівні, слід враховувати той факт, що в процесі правозастосування може мати місце відокремлення спеціалізованих суддів від основного суддівського корпусу. Окрім того, надто детальна спеціалізація може спровокувати порушення цілісності та єдності права та процесу, що в кінцевому підсумку може призвести до нівелювання принципу правової єдності. Це також може позначитися на єдності суддівського корпусу, адже судді мають відповідати вимогам незалежності та неупередженості, передбачених ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Спеціалізовані судді та суди повинні існувати у разі необхідності через складність чи особливість закону, мають залишатися частиною єдиної судової системи або ж єдиного судового органу відповідно³⁰⁶. Саме тому варто

³⁰⁴ Висновок № 15 (2012) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо спеціалізації суддів : прийнятий на 13-ому пленарному засіданні КРЄС (Париж, 05–06 листопада 2012 р.) // Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. – К. : USAID, 2015. – С. 156–166.

³⁰⁵ Москвич Л. М. Ефективність судової системи: концептуальний аналіз : [монографія] / Москвич Л. М. – Харків : Вид-во «ФІНН», 2011. – 384 с.

³⁰⁶ Висновок № 15 (2012) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо спеціалізації суддів : прийнятий на 13-ому пленарному

завжди пам'ятати, що визначальним є адекватне розуміння єдності судової юрисдикції, яка допускає можливість існування її видового поділу.

Принцип територіальності. Принцип територіальності є одним із ключових принципів функціонування судової системи України. Так, під територіальністю розуміється побудова судової системи згідно з адміністративно-територіальним поділом України, що закріплений у ст. 133 Конституції України³⁰⁷. Принцип територіальності нерозривно пов'язується із категорією доступності правосуддя.

Відповідно до чинного законодавства України про судоустрій і статус суддів місцевими загальними судами є окружні суди, які утворюються в одному або декількох районах чи районах у містах, або у місті, або у районі (районах) і місті (містах). Місцевими господарськими є окружні господарські суди. Місцевими адміністративними судами є окружні адміністративні суди та інші суди, визначені процесуальним законом. Апеляційними судами з розгляду цивільних і кримінальних справ, а також справ про адміністративні правопорушення є апеляційні суди, які утворюються в апеляційних округах. Апеляційними судами з розгляду господарських справ, апеляційними судами з розгляду адміністративних справ є відповідно апеляційні господарські суди та апеляційні адміністративні суди, які утворюються у відповідних апеляційних округах. Зміни, які мали місце відповідно до великої судової реформи ще більше зробили акцент на тому, щоб не так розмістити суд відповідно до адміністративно-територіального устрою, передбаченого ст. 133 Конституції України, а більше акцентувати увагу на існуванні відповідних судових округів, як територіальних одиниць, в межах яких функціонує конкретний судовий орган.

В цілому, зміни в частині відходу від адміністративно-територіального устрою в частині забезпечення принципу територіальності побудови судової системи можуть бути кваліфіковані як позитивні, адже, як слушно зазначає О. Д. Градовський, що правосуддя має знаходитись, так би мовити, «біля дверей» кожного громадянина³⁰⁸, а тому при вирішенні питання щодо необхідності утворення того чи іншого суду на конкретній території, при вирішенні питання стосовно кількості судів на цій території, яка була б достатньою для

засіданні КРЄС (Париж, 05–06 листопада 2012 р.) // Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. – К. : USAID, 2015. – С. 156–166.

³⁰⁷ Сібільова Н. В. Становлення судової влади / Н. В. Сібільова // Становлення судової влади : матеріали Міжнар. наук.-практ. семінару (м. Київ, 11–12 травня 2000 р.). – К. : КНУ ім. Тараса Шевченка, 2000. – С. 17–29.

³⁰⁸ Градовский А. Д. Собрание сочинений : в 9 т. / Градовский А. Д. – СПб. : Тип. М. М. Стасюлевича, 1899. – Т. 2. – С. 19.

конкретної адміністративно-територіальної одиниці, варто, перш за все, враховувати не так адміністративно-територіальний устрій країни, як саме її населеність, тобто конкретну кількість населення, на яку буде поширювати юрисдикцію даний судовий орган. Окрім того варто не ігнорувати такі фактори як транспортні комунікації, зв'язок даної території із іншими населеними пунктами, завантаженість судів відповідної території тощо. Враховуючи дані фактори вважаємо, що дані зміни, запропоновані законодавцем в частині переходу на судові округи в рамках реалізації принципу територіальності є досить виправданим, адже такий підхід має на меті збалансувати розгалуженість судових органів та унеможливити їх надмірну концентрацію на певній території.

Аналізуючи принцип територіальності як критерій забезпечення доступності правосуддя варто торкнутися питання порядку утворення, реорганізації та ліквідації судів, адже дані інститути також в якісь мірі впливають на структуру та дієвість судової системи України. Так, відповідно до чинного законодавства суд утворюється та ліквідується законом, проект якого вносить до ВРУ Президент України після консультацій з Вищою Радою Правосуддя. Підставами для утворення чи ліквідації суду є зміна визначеної цим Законом системи судоустрою, необхідність забезпечення доступності правосуддя, оптимізації видатків державного бюджету або зміна адміністративно-територіального устрою. Утворення суду може відбуватися шляхом створення нового суду або реорганізації (злиття, поділу) судів. Кількість суддів у суді визначає Державна судова адміністрація України за погодженням з Вищою радою правосуддя з урахуванням судового навантаження та в межах видатків, визначених у Державному бюджеті України на утримання судів та оплату праці суддів.

Варто зазначити, що подані вище положення Закону в рамках останніх реформаційних процесів зазнали змін. Так, раніше Законом було передбачено, що суди загальної юрисдикції утворюються, у тому числі шляхом реорганізації, та ліквідовуються Президентом України на підставі пропозиції Державної судової адміністрації України (ДСА України). У цьому контексті європейські експерти висловлювали думки стосовно необхідності реформувати порядок утворення та ліквідації судів, а саме участь Президента України у цих процесах. Вважалося, що повноваження, надані Президенту (щодо ліквідації судів), виглядають ширшими за ті, що надані Президенту Конституцією України, відповідно до якої Президент утворює суди за процедурою, визначеною законом. Звідси виникало питання про відповідність ст. Закону п. 23 ст. 106 Конституції України. Участь Президента у процесі утворення та ліквідації судів, навіть за умови вирішальної ролі у цьому

процесі пропозиції ДСА України, була в цілому дискусійною. У зв'язку з цим були висловлені пропозиції щодо позбавлення Президента України права утворювати, реорганізовувати та ліквідовувати суди, що необхідно зробити, в першу чергу, шляхом внесення конституційних змін. Як бачимо на даний момент відповідні зміни до Конституції України внесені і Президент України позбавлений даного повноваження на конституційному рівні.

Зміна існуючого підходу до питань ліквідації, реорганізації та утворення судів і віднесення цього питання на розсуд законодавця повністю відповідає вимогам європейського підходу до організації судової влади. Це питання є предметом законодавства, адже ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод містить положення, відповідно до якого суд відповідатиме вимогам цієї Конвенції, якщо він «встановлений законом». Саме тому, мережа судів, їх утворення, реорганізація та ліквідація мають відбуватися на рівні закону (п. 15)³⁰⁹.

Вважається, що визначальну участь у процесі утворення, ліквідації та реорганізації судових органів мала б бути відведена найбільш компетентному в цьому питанні органу, яким є Вища Рада Правосуддя. Зрозуміло, що і ВРУ може приймати такі рішення, оскільки дані питання піднімають ряд важливих питань, пов'язаних із бюджетом, однак все ж найбільш вагому роль має бути відведено Вищій Раді Правосуддя.

Європейські експерти закликають надати Вищій Раді Правосуддя право ініціювати розробку та зміну мережі судів (п. 129 (25))³¹⁰. Отже, враховуючи наведене та намагаючись удосконалити процедуру утворення та ліквідації судів, видається, що чинний Закон в більшій мірі врахував такі два важливі аспекти:

- органом, уповноваженим формувати політику щодо утворення, ліквідації та зміни системи судів, має бути той орган, який є найбільш компетентним з цих питань та який повинен мати ключову роль у цьому процесі. Таким органом є Вища Рада Правосуддя;

³⁰⁹ Висновок Європейської комісії «За демократію через право» (Венеціанської комісії) щодо законопроекту «Про внесення змін до Конституції України щодо посилення гарантій незалежності суддів» від 15 червня 2013 р. (CDL-AD(2013)014) // Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. – К. : USAID, 2015. – С. 668–678.

³¹⁰ Спільний висновок Європейської комісії за демократію через право та Дирекції з технічного співробітництва Генеральної Дирекції з прав людини та правових питань Ради Європи щодо Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 18 жовтня 2010 р. № CDL-AD(2010)026 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/285DC84A1EFF78FAC22577C20051A2AA?opendocument>.

- суди створюються, реорганізуються та ліквідуються шляхом законодавчої процедури. Таких процес повинен бути політично нейтральним та повинен відповідати рекомендаціям міжнародних експертів.

Підсумовуючи питання принципів організації діяльності судової системи в Україні варто зазначити, що на міжнародну рівні діє розгалужена система міжнародних нормативно-правових актів, які закріплюють стандарти та критерії судочинства та функціонування судової системи. В цілому поданий нами аналіз основних організаційних засад побудови національної судової системи, показує, що на даний момент все менше є відчутною відсутність єдиного підходу щодо побудови та розміщення складових елементів системи судів, а саме ланковості та інстанційності, спеціалізації судової діяльності тощо.

Ефективно організована система судів є однією з гарантій справедливого правосуддя в будь-якій державі, а тому питання судової реформи у цьому контексті завжди були та залишаються актуальними. Особливий внесок у становлення інституту судової системи забезпечила концепція Ш.-Л. Монтеस्क'є, яка закріпила три основні принципи організації й діяльності суду в демократичному суспільстві: 1) народне начало; 2) незалежність; 3) професіоналізм³¹¹. Ці принципи стали основою для формування стандартів у сфері правосуддя для багатьох держав світу.

Враховуючи сучасний стан розвитку нашої держави на етапі інтеграції у загальносвітову правову спільноту, виникає необхідність об'єктивного аналізу організаційних основ національної судової системи на предмет їх відповідності міжнародним стандартам з метою її вдосконалення та пристосування до нових потреб. Гармонізація положень національного законодавства про засади побудови національної системи судів із міжнародними стандартами може проводитися різними шляхами, зокрема, через перерозподіл юрисдикцій між різними ланками системи судів, проведення їх внутрішньої та зовнішньої реорганізації, утворення нових судів, ліквідацію, реорганізацію існуючих.

Дотримання європейських стандартів у сфері судочинства передбачає реалізацію ряду основних вимог, а саме:

- забезпечення поваги до суду,
- незалежності суддів,
- зрозумілої і чіткої системи заняття суддівських посад;

³¹¹ Монтеस्क'є Ш. О духе закона / Ш. Монтеस्क'є // Монтеस्क'є Ш. Избранные произведения / [под ред. М. П. Баскина]. – М. : Гос. изд-во полит. лит., 1955. – 799 с.

- створення досконалої інфраструктури, що забезпечує потреби судової влади;
- доступності правосуддя, чіткості у процесуальному розгляді справ на основі принципів верховенства права і законності³¹².

У цьому аспекті «європейські стандарти щодо судової влади – це не тільки якийсь єдиний еталон, за яким ми маємо будувати (чи реформувати) нашу власну судову систему, скільки певні цінності, на які потрібно орієнтуватися при її реформуванні. Вони сформовані європейською цивілізацією протягом її багатовікової історії і поступово, завдяки закріпленню у ряді міжнародно-правових документів стали надбанням усього людства»³¹³.

Одним із джерел втілення міжнародних стандартів є практика міжнародних юрисдикційних органів і, зокрема, Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ), яка за своєю природою носить уточнюючий, пояснювальний, коментуючий та тлумачний характер. Відповідно до п. 1 ст. 46 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, ст. 2 та 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р., рішення ЄСПЛ є обов'язковими для виконання українською державою, а суди застосовують практику ЄСПЛ як джерело права³¹⁴, що накладає обов'язок на законодавця та правозастосовувача враховувати практику ЄСПЛ у своїй діяльності. Рішення ЄСПЛ є не лише обов'язковими для сторін у справі (держав – учасниць конвенції, фізичних та юридичних осіб), а і виступають правовими стандартами при встановленні відповідності національного законодавства до європейських стандартів. Практика ЄСПЛ є своєрідним орієнтиром на шляху до вдосконалення національного законодавства та коригування правозастосовної практики. ЄСПЛ неодноразово висловлював стурбованість щодо різних і часто суперечливих підходів до застосування й тлумачення внутрішнього законодавства національними судовими органами. Зокрема, наголошувалось, що положення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод мають застосовуватися у світлі принципу верховенства права, одним з елементів якого є правова визначеність.

³¹² Ківалов С. В. Українська юстиція на шляху до Європейських стандартів / С. В. Ківалов // Вісник Верховного Суду України. – 2006. – № 6. – С. 12–16.

³¹³ Влада в Україні : шляхи до ефективності / [ред. рада: О. Д. Святоцький (голова), В. Б. Авер'янов, Ю. П. Битяк, А. П. Закалюк, М. І. Козюбра та ін.]. – К. : Ін Юре, 2010. – 688 с.

³¹⁴ Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>.

Передбачуваність судової практики в межах застосування норм закону – центральна характеристика права³¹⁵.

Важливим для гармонізації національного законодавства про судоустрій і статус суддів із міжнародними стандартами в межах застосування практики ЄСПЛ має закріпленій на національному рівні підхід щодо необхідності перевірки чинних законів і підзаконних актів на їх відповідність Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практиці ЄСПЛ. Окрім того, національним законодавством передбачено здійснення юридичної експертизи законопроектів та проектів підзаконних нормативних актів на предмет їх відповідності Конвенції, водночас, поза увагою є практика ЄСПЛ. Вважається, що запровадження юридичної експертизи законопроектів та проектів підзаконних нормативно-правових актів на предмет їх відповідності практиці ЄСПЛ сприятиме належній взаємодії правотворчої і правореалізаційної політики в Україні та підсилить процеси гармонізації національного законодавства про судоустрій і статус суддів із міжнародними стандартами. При цьому важливо встановити чітку, прозору, систематичну процедуру проведення таких перевірок та експертиз, термінів їх проведення тощо, шляхом прийняття відповідного законодавчого положення про здійснення перевірки чинних законів та підзаконних актів, а також здійснення юридичної експертизи законопроектів та проектів підзаконних нормативних актів на предмет їх відповідності практиці ЄСПЛ, що безумовно стане позитивним фактором і забезпечить прогресивність та динамічність процесу досягнення національним законодавством про судоустрій і статус суддів відповідності міжнародним стандартам.

Для України рішення ЄСПЛ є обов'язковими до виконання, що контролюється Комітетом міністрів Ради Європи³¹⁶. Ухилення держави від виконання рішень ЄСПЛ або їх виконання не в повній мірі загрожує прийняттям політичних заходів по відношенню до держави, аж до виключення з членства в РЄ. У практиці нашої держави існують досить

³¹⁵ Рішення Європейського суду з прав людини «Брумерська проти Румунії» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=307>. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Салов проти України» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980_428. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Совтрансавто-Холдинг проти України» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/980_043.

³¹⁶ Правила Комітету Міністрів Ради Європи щодо застосування пункту 2 статті 46 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., схвалені на 218736 нараді заступників міністрів 10 січня 2001 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.old.minjust.gov.ua/7591#_ftn2.

резонансні випадки сприйняття та реагування національних судових установ на рішення ЄСПЛ. Так, у справі «Бочан проти України (№ 2)» від 05 лютого 2015 р. (Заява № 22251/08) (Case of Bochan v. Ukraine (No. 2)) заявниця подала скаргу до ЄСПЛ на результат та несправедливість судового провадження у її справі національними судами та на тривалість цивільного провадження, що не відповідає вимозі «розумного строку». ЄСПЛ 03 травня 2007 р. виніс рішення у цій справі та постановив, що право заявниці на справедливий розгляд справи незалежним і безстороннім судом було порушене, а скарга на тривалість судового провадження, що не відповідає вимозі «розумного строку» була визнана явно необґрунтованою. Посилаючись на вказане рішення ЄСПЛ, заявниця подала скаргу до Верховного Суду України (ВСУ) про перегляд рішень у її справі та просила скасувати рішення національних судів у її справі і прийняти нове рішення, яким задовольнити її вимоги у повному обсязі. Розглянувши скаргу, ВСУ відмовив у її задоволенні, обґрунтовуючи, що ЄСПЛ встановив, що рішення національних судів у справі заявниці були законними та обґрунтованими, а присуджене їй відшкодування встановлене за порушення національними судами гарантії щодо «розумного строку». З огляду на це, заявниця знову подала скаргу до ВСУ, у якій доводила, що ухвала ВСУ ґрунтується на неправильному тлумаченні рішення ЄСПЛ від 03 травня 2007 р. та просила повторно розглянути справу по суті з урахуванням висновків ЄСПЛ, проте скаргу було відхилено. Не погоджуючись із цим, заявниця повторно звернулась до ЄСПЛ та оскаржила несправедливий спосіб, у який ВСУ розглянув її скаргу, не взявши до уваги висновки ЄСПЛ, наведені у рішенні від 03 травня 2007 р. У свою чергу ЄСПЛ у рішенні від 05 лютого 2015 р. зазначив, що ВСУ у своїй ухвалі грубо викривив висновки рішення ЄСПЛ від 03 травня 2007 р. та встановив порушення права заявниці на справедливий розгляд справи незалежним і безстороннім судом у значенні п. 1 ст. 6 Конвенції.

Беручи до уваги європейський курс держави, видається, що висновки ЄСПЛ разом із загально визнаними міжнародними нормативно-правовими актами, резолюціями авторитетних міжнародних інституцій повинні становити основу реформаційних процесів в розвитку судової системи України. Зазначений вище випадок є кричущим на фоні євроінтеграційних прагнень нашої держави, тому потребує належного реагування з боку держави, зокрема, шляхом врахування рекомендацій міжнародних інституцій (рішень та висновків ЄСПЛ) у правотворчій та правореалізаційній політиці нашої держави з метою гармонізації законодавства України про судоустрій і статус суддів із міжнародними стандартами.

На думку Ж. П. Маргено, Європейська конвенція про захист прав і основоположних свобод 1950 року залишилась би загальним каталогом гуманітарних побажань, якщо б ЄСПЛ не вдалося утвердити свій авторитет. Потрібно було декілька десятиріч діяльності ЄСПЛ і багато сотень його рішень, щоб Європейська конвенція про захист прав і основоположних свобод 1950 року продовжувала діяти у сучасних умовах і набула конкретного ефективного змісту³¹⁷.

Окрім практики ЄСПЛ важливою платформою закріплення європейських стандартів є також прецедентна практика Суду ЄС. На сьогодні залишається відкритим питання про місце прецедентних рішень Суду ЄС у системі джерел права ЄС, адже однаковою мірою мають місце дві протилежні точки зору: про належність (позитивне ставлення) та про неналежність (нігілістичне ставлення) прецедентних рішень Суду ЄС до системи джерел права ЄС. Вартою уваги є позиція науковців, що судова практика Суду ЄС є своєрідним доповненням до діючих джерел права, на основі яких вони приймаються і знаходяться на одному з ними ієрархічному рівні³¹⁸. Прецедент Суду ЄС, створивши цілий ряд правових доктрин та принципів, виконує інтегруючу функцію – через нього формується і розвивається право ЄС.

Враховуючи викладене вище можна зробити висновок, що принципи, які є фундаментом прецедентної практики міжнародних судових установ, можна і варто вважати міжнародними стандартами. Класичне розуміння правової природи рішень міжнародних судів лише як допоміжних засобів для встановлення правових норм, що склалося в науці з огляду на Статут Міжнародного Суду ООН від 26 червня 1945 р., повинно бути переглянутим через важливість діяльності міжнародних судових установ для міжнародного права у зв'язку із розвитком та ускладненням міжнародних правовідносин, одним із головних напрямів якого є захист прав людини³¹⁹.

У майбутньому європейська інтеграція України повинна передбачати сприйняття та застосування на рівні реформаційних змін системи судоустрою прецедентної практики Суду ЄС, а також вдосконалення практики реалізації та

³¹⁷ Збірка договорів Ради Європи (Українська версія) / [за ред. Є. М. Вишневського]. – К. : Парламентське вид-во, 2000. – 654 с.

³¹⁸ Луць Л. А. Перспективи становлення судового прецеденту як джерела права України / Л. А. Луць // Інформаційний бюлетень : Вісник Центру суддівських студій. – 2006. – № 6. – С. 9–15.

³¹⁹ Анакіна Т. М. Судовий прецедент у праві Європейського Союзу : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.11 «Міжнародне право» / Т. М. Анакіна. – Харків, 2008. – 21 с.

виконання рішень ЄСПЛ з метою становлення України як правової держави з високим рівнем захисту у ній прав та свобод людини і громадянина та формування якісно іншого розуміння та застосування права.

Про дискреційні повноваження у судовій практиці адміністративних судів України та Європейського суду з прав людини

Яремак Зоряна Василівна

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри судочинства*

Взаємовідносини людини і держави в умовах побудови демократичних інститутів всередині держави зазнають постійних трансформацій та за умов глобалізації суспільних процесів вимагають максимального наближення і сумісності цих процесів на міжнародному рівні. Як наголошується у наукових дослідженнях, сучасні суспільно-політичні явища, розвиток інформаційних технологій, глобалізаційні процеси та темпи їх розвитку сьогодні ставлять усе нові й нові виклики перед органами публічної влади. Доволі часто невідкладного розв'язання потребують проблеми, що виходять за межі формальних повноважень органів державної влади чи органів місцевого самоврядування. До того ж необхідні нові і нестандартні підходи до опрацювання таких проблем, а головне – оперативне прийняття рішення на основі наданого конституційно-правового статусу органу влади і в межах його повноважень. Це має логічним наслідком поступове розширення компетенції органів влади, а також ширший спектр ситуацій, де органи державної влади наділені свободою розсуду щодо застосування норм права. В. Авер'янов запропонував загальне визначення поняття «дискреційна влада» як «спосіб реалізації публічної влади, за яким відповідний суб'єкт влади (орган чи посадова особа) застосовує надані йому в межах закону повноваження на власний розсуд, без необхідності узгодження у будь-якій формі своїх дій з іншими суб'єктами»³²⁰. За такого досить широкого підходу В. М. Венгер висловлює думку, що за цих умов, адміністративні органи повинні бути наділені досить значними повноваженнями розсуду щодо застосування норм права, і, власне, розуміння адміністративної дискреції базується на необхідності носія владних повноважень мати можливість ефективного і належного правозастосування в кожній конкретній ситуації³²¹.

³²⁰ Авер'янов В. Б. Дискреційна влада / В. Б. Авер'янов // Юридична енциклопедія : у 6 т. – Т. 2. – К. : Українська енциклопедія, 1999. – С. 195–196.

³²¹ Венгер В. М. Межі адміністративної дискреції: проблеми визначення / В. М. Венгер // Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки. - 2016. - Т. 181. - С. 38-43.

Надання широкого кола дискреційних повноважень органам публічної влади зумовлює необхідність вироблення ефективних правових механізмів захисту особи у відносинах із державними органами та дієвого механізму відповідальності держави перед особою. На Копенгагенській нараді Конференції щодо людського виміру 1990 р. держави-учасниці ОБСЄ прийняли на себе зобов'язання забезпечувати ефективні засоби правового захисту особи від адміністративних рішень: «Кожна особа повинна бути наділена ефективними засобами правового захисту від адміністративних рішень з тим, щоб гарантувалась повага до основних прав та забезпечувалось неможливість нанесення шкоди правовій системі»³²². Окрім цього, держави проголосили, що «адміністративні рішення, спрямовані проти будь-якої особи, повинні бути повністю обґрунтованими і повинні, як правило, містити вказівку на можливі звичайні засоби правового захисту»³²³.

Важливість дослідження проблем взаємовідносин людини і держави для суб'єктів права в останні роки набуло неабиякої ваги, що не в останню чергу пов'язано з тим, що все важче стає отримати реальний захист прав і свобод, порушених в процесі здійснення повноважень суб'єктами владних повноважень. Ефективним захистом у цьому випадку є система адміністративного судочинства, яка дозволяє громадянам оскаржувати у судовому порядку адміністративні акти і рішення та застосовувати заходи відповідальності до державних органів за порушення законодавства та посягання на права людини. Проблематика захисту прав фізичних та юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин поки що не отримала у необхідній мірі комплексного, ґрунтовного опрацювання у вітчизняній юридичній науці, особливо з урахуванням, по-перше, змін, які відбулися останнім часом у системі судоустрою, повноваженнях вищих судових інстанцій, а, по-друге, складності встановлення меж повноважень адміністративних судів при захисті порушених у сфері публічно-правових відносин суб'єктивних прав фізичних та юридичних осіб. Адже, як правильно підкреслює О. В. Константий, приймаючи рішення в справах про їх відновлення, охорону, судді з огляду на конституційний принцип поділу державної влади не можуть втручатися у сферу виняткових повноважень (прерогатив) органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх

³²² Документ Копенгагенської наради Конференції щодо людського виміру ОБСЄ від 29.06.1990 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_082/page.

³²³ Там же.

посадових і службових осіб³²⁴. Вирішальним з урахуванням дії зазначеного конституційного принципу, зауважив німецький науковець К. Райтемайер, є питання про те, наскільки повноважні адміністративні суди на основі невизначеної правової умови переглянути адміністративне рішення і в разі необхідності навіть замінити його власним, тобто здійснити не лише контрольну, а й правотворчу діяльність. Ця проблема, як і проблема допустимості судового контролю доцільності управління, будучи глобально доктринальною, дотепер є однією з найскладніших тем сучасного адміністративного правознавства³²⁵.

Питання дослідження дискреційних повноважень суду, необхідності визначення законності, обсягу, способів і меж застосування свободи оцінювання представниками судових органів, виходячи із відповідності таких повноважень суду принципу верховенства права активно обговорюється в межах процесуальної науки, а також багатою є практика Європейського суду з прав людини щодо з'ясування суті цих повноважень, визначення меж з прив'язкою до національного законодавства України. Однак, як справедливо зазначається у наукових дослідженнях, «існуючі в юридичній науці загальнотеоретичні та інші галузеві (цивільно-правові, кримінально-правові) за спрямуванням дослідження проблеми правозастосувального і судового розсуду не забезпечують визначення таких науково-обґрунтованих закономірностей реалізації судами розсуду, що повністю враховували б особливості провадження в публічно-правових спорах, а також відповідали теоретичним і практичним потребам сьогодення у сфері судового адміністративно-процесуального права»³²⁶.

Таким чином, розглядаючи проблематику дискреційних повноважень в контексті адміністративного судочинства, на нашу думку, доцільно виокремити три основні напрями їх дослідження:

³²⁴ Константий О. В. До питання про повноваження адміністративних судів при перевірці рішень, дій, бездіяльності органів державної влади, місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб / О. В. Константий // Вісник Верховного Суду України. – 2015. – № 4 (176). – С. 35 – 40.

³²⁵ Райтемайер Кристиан. Полномочия административных судов Германии в вопросах контроля за содержанием наполнением неопределенных правовых понятий, условий и использованием усмотрения администрации // Grundstrukturen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und der Ukraine / Thomas Mann (Hg.). — Universitätsverlag Göttingen, 2011. — С. 190.

³²⁶ Сеньків О. І. Судовий розсуд в адміністративному судочинстві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Сеньків Остап Ігорович ; Нац. ун-т держ. податк. служби України. – Ірпінь, 2012. – С. 3.

- по-перше, дискреційні повноваження суб'єкта владних повноважень, які перевіряються судом адміністративної юрисдикції;
- по-друге, межі втручання в реалізацію цих повноважень адміністративного суду, оскільки останній не може підмінити інший орган державної влади та перебирати на себе повноваження щодо вирішення питань, які законодавством віднесені до компетенції цього органу державної влади;
- по-третє, дискреційні повноваження суду (судовий розсуд) при прийнятті законного та обґрунтованого рішення в адміністративній справі.

Усі сфери функціонування органів публічної влади в сучасних умовах мають бути предметом досить жорсткого нормативно-правового регулювання, із чітким дотримання принципу законності. Конституція України в ч. 2 ст. 19, встановлюючи вихідне начало спеціально-дозвільного принципу, визначає, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України³²⁷. У той же час нормативно передбачити всі можливі випадки вчинення управлінських дій практично неможливо, а відтак об'єктивною необхідністю є залишення певних дій «на розсуд» адміністрації, коли закон, з однієї сторони, уповноважує особу або орган на вчинення дії, але, з другої, уповноважує особу або орган на утримання від вчинення дії з попередньо передбаченими умовами, надаючи самій особі самотійно (на власний розсуд) вибрати один з кількох варіантів рішення у межах та у спосіб, визначених законом. Такого роду повноваження органів управління дістали назву «дискреційних», або ж «вільного» чи «адміністративного» розсуду. Під *дискреційним повноваженням суб'єкта владних повноважень* відповідно до змісту Рекомендації № R (80) 2 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам «Стосовно реалізації адміністративними органами влади дискреційних повноважень» від 11.0.1980 року³²⁸ слід розуміти *повноваження, яке адміністративний орган, приймаючий рішення, може здійснювати з певною свободою розсуду – тобто, коли такий орган може обирати з кількох юридично допустимих рішень те, яке він вважає найкращим за даних обставин*. Даючи тлумачення цій міжнародній нормі, М. Б. Рісний визначає основні принципи реалізації дискреційних повноважень: адміністративний орган влади, приймаючи конкретне рішення, має прагнути

³²⁷ Конституція України / Верховна Рада України. – Офіц. вид. – К. : Парлам. вид-во, 2014. – 103 с.

³²⁸ Рекомендація № R (80) 2 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам стосовно реалізації адміністративними органами влади дискреційних повноважень від 11.03.1980 року.

досягнення мети, задля якої його наділено відповідними повноваженнями; дотримуватися принципу об'єктивності й безсторонності, враховуючи лише ті фактори, які мають відношення до цієї конкретної справи; дотримуватися принципу рівності перед законом, не допускати несправедливої дискримінації; забезпечувати належну рівновагу (пропорційність) між метою рішення та його негативними наслідками для прав, свобод чи інтересів осіб; приймати рішення в межах розумного строку з урахуванням характеру справи; послідовно та узгоджено застосовувати загальні адміністративні приписи, водночас враховуючи конкретні обставини кожної справи ³²⁹.

В. М. Венгер, досліджуючи питання адміністративної дискреції, наголошує, що першочерговим завданням є напрацювання та імплементації правових механізмів обмеження дискреції суб'єктів владних повноважень, адже питання обмеження свавілля держави щодо реалізації та гарантування прав людини є ключовим елементом принципу верховенства права ³³⁰. Аналогічну думку висловлює В. Темченко: «...якщо розсуд у правовій сфері, дарований виконавчій владі, втілювався б у необмежені повноваження, то це суперечило б принципу верховенства права. Отже, закон у всіх випадках повинен указувати межі свободи роз суду» ³³¹.

Реалізація органами державної влади своїх повноважень, межі й умови їх здійснення вимагають детального аналізу на предмет дотримання ними принципу верховенства права, який не слід ототожнювати із принципом законності. Конституційний суд України у своєму рішенні № 15-рп/2014 від 02.11.2004 р. визначає принцип верховенства права, наголошуючи на тому, що «...верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті, передусім, ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним із проявів верховенства права є те, що не обмежується лише законодавством, як однією із його форм, а включає і інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані

³²⁹ Рісний М. Б. Правозастосувальний розсуд у юридичній практиці (загальнотеоретичне дослідження) : монографія / М. Б. Рісний ; НДІ держ. буд-ва та місц. самоврядування АПН України. – Львів : Край, 2007. – 191 с.

³³⁰ Венгер В. М. Обмеження дискреційних повноважень як складова принципу верховенства права / В. М. Венгер // Наукові записки. Юридичні науки. – Т. 144 – 145. – 2013. – С. 49 – 54; Венгер В. М. Межі адміністративної дискреції: проблеми визначення / В. М. Венгер // Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки. - 2016. - Т. 181. - С. 38-43.

³³¹ Темченко В. І. Верховенство права у практиці Євросуду та Конституційного Суду України / В. І. Темченко // Наукові записки НаУКМА. – К., 2007. – Т. 64. Юридичні науки. – С. 15–20.

суспільством і зумовлені історично досягнутим рівнем культури суспільства. Всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України.

Таке розуміння права не дає можливості ототожнювати його із законом, який іноді може бути і несправедливим, у тому числі і обмежувати свободу та рівність особи. Справедливість – одна із основних засад права є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права. Зазвичай справедливість розглядають як властивість права, виражену, зокрема, у рівному юридичному масштабі поведінки й у пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню.

У сфері реалізації права справедливість проявляється, зокрема, у рівності всіх перед законом, відповідності злочину і покарання, цілях законодавця і засобах, що обираються для їх досягнення»³³². Виходячи з такого тлумачення змісту принципу верховенства права К. Фурман робить висновок, що верховенство права означає панування права у суспільстві і в жодному випадку не зводиться до верховенства закону³³³.

Відтак, практика реалізації суб'єктами владних повноважень функцій державного управління, і, в першу чергу, ті з них, які мають дискреційний характер, вимагає максимального втілення та застосування саме принципу верховенства права. При цьому щодо розуміння суті аналізованого принципу в нагоді стануть норми міжнародного права, міжнародні стандарти Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та прецедентна практика Європейського суду з прав людини.

Власне, Європейський суд з прав людини у справі «Волохи проти України» (Заява № 23543/02) при застосуванні одного з елементів верховенства права – принципу законності досить чітко наголосив, що «надання правової дискреції органам виконавчої влади у вигляді необмежених повноважень було б несумісним з принципом верховенства права. Отже, закон має з достатньою чіткістю визначати межі такої дискреції, наданої компетентним органам, і порядок її здійснення, з урахуванням

³³² Рішення Конституційного суду України № 15-рп/2014 від 02.11.2004 р. у справі за конституційним поданням Верховного суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст. 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) // Конституційний суд України: Рішення. Висновки. 2004 / відпов. ред. канд. юрид. наук П. Б. Євграфов. – К : Юрінком Інтер, 2005.

³³³ Фурман К. Верховенство права у адміністративному судочинстві України / Катерина Фурман // Юридична Україна. – 2014. – № 4. – С. 21 – 23.

законної мети даного заходу, щоб забезпечити особі належний захист від свавільного втручання» (абзац третій, пункт 49)³³⁴. Суд серед іншого визначив, що принцип законності не має сприйматись виключно як недопущення порушення закону чи іншого нормативно-правового акта. Принцип законності в розумінні Суду має означати також, що рішення органів публічної влади базуються на законодавчих підставах та їхній зміст відповідає суті законодавчого регулювання. Також слід зазначити, що законодавче регулювання не є і не може бути всеохоплюючим за своїми формою та змістом. Наявність певної міри розсуду є допустимим та належним, проте межа такого розсуду повинна бути мінімально-достатньою, зокрема й для уникнення порушення законодавчих приписів та корумпованості, що на перший погляд не є безпосередньо пов'язаною з теоретико-правовою характеристикою адміністративної дискреції.

М. І. Смокович, досліджуючи теоретичні засади правового регулювання розгляду адміністративними судами виборчих спорів та аналізуючи практику Європейського суду з прав людини констатує, що виборче законодавство має бути чітким, безстороннім, зрозумілим і не надавати відповідним органам широких дискреційних повноважень – вони мають з достатньою чіткістю обмежуватися положеннями національного законодавства³³⁵.

Прецедентне рішення, що стосується виборчих справ, Європейський суд з прав людини прийняв у справі «Подкользіна проти Латвії», в якому відзначив, що «хоча в абстрактному сенсі держави справді користуються широкою свободою самостійного оцінювання при визначенні критеріїв обрання кандидата, принцип забезпечення ефективності прав вимагає, щоб висновок про незадоволення кандидатом таких критеріїв відповідав низці умов, призначених виключати ухвалення свавільних рішень. Зокрема, такий висновок має ухвалювати орган, який може забезпечувати мінімальні гарантії своєї безсторонності. Дискреційні повноваження такого органу також не повинні бути необмежено широкими; вони мають з достатньою чіткістю обмежуватися положеннями національного закону. Нарешті, порядок оголошення кандидата таким, що не відповідає відповідним критеріям, має забезпечувати ухвалення справедливого та об'єктивного рішення і запобігання зловживанням владою з боку відповідного органу (справа

³³⁴ Справа Європейського суду з прав людини «Волохи проти України» (Заява № 23543/02) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_138.

³³⁵ Смокович М. І. Правове регулювання розгляду виборчих спорів: теоретичний і практичний аспекти : монографія / М. І. Смокович. — К. : Юрінком Інтер, 2014. — С. 174.

«Подкользіна проти Латвії»)»³³⁶. У справі «Ковач проти України» Суд висловив сумнів «стосовно того, що практику не зарахування всіх голосів, поданих на виборчій дільниці, на якій мали місце порушення, яким би не був обсяг таких порушень та їхні наслідки для результатів виборів у цьому виборчому окрузі, можна взагалі вважати такою, що слугує легітимній меті для цілей статті 3 Першого протоколу» (п. 52 рішення). У підсумку Суд визнав скасування результатів голосування на чотирьох дільницях свавільним і непропорційним щодо будь-якої легітимної мети, оскільки статті 70 та 72 Закону про вибори народних депутатів України в редакції 2001 року встановлювали як підставу такого рішення невизначене поняття «інші обставини», що залишало виборчим комісіям надмірну дискрецію при прийнятті відповідних рішень³³⁷.

Водночас, М. І. Смокович, беручи до уваги зміст ч. 7 ст. 113 закону України «Про вибори народних депутатів»³³⁸ (відповідно до якої у разі визнання судом рішення відповідної виборчої комісії протиправним, зокрема з питання визнання голосування на виборчій дільниці недійсним, установлення підсумків голосування, результатів виборів депутатів, рішення з цього питання ухвалює виборча комісія, рішення якої було визнано протиправним, або виборча комісія вищого рівня на підставі рішення суду; при цьому якщо рішення не було визнано недійсним з формальних підстав, виборча комісія не може ухвалити рішення, яке по суті повторює рішення, визнане судом протиправним), розкриває компетенцію адміністративних судів щодо розгляду виборчих спорів:

- по-перше, суд може визнати протиправним будь-яке рішення виборчої комісії;

- по-друге, суд може визнати протиправною діяльність виборчої комісії щодо визнання голосування на виборчій дільниці недійсним;

- по-третє, суд може визнати протиправною діяльність комісії з питань встановлення підсумків голосування;

³³⁶ Огляд практики Європейського суду з прав людини. Норми і стандарти Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод / за сприяння та фінансової підтримки Ради Європи. – Міністерство юстиції України, 2002. – С. 59–60.

³³⁷ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Ковач проти України» (Заява № 39424/02) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_452.

³³⁸ Про вибори народних депутатів України : закон України від 17.11.2011 № 4061-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4061-17/paran1467#n1467>

- по-четверте, суд може визнати протиправною діяльність виборчої комісії з питань установлення результатів виборів депутатів.

Разом із тим, автор робить висновок, що цією ж нормою суди позбавлено компетенції на обрання способу судового захисту, спрямованого на відновлення порушеного права: «У буквальному розумінні зазначеної норми суд лише констатує факт порушення. Виправленням порушення і приведенням відносин у правове русло займається виборча комісія. Вважаємо, що є парадоксальним правове явище, за яким якщо рішення не було визнано недійсним з формальних підстав, виборча комісія не може прийняти рішення, яке, по суті, повторює рішення, визнане судом протиправним. Таким чином, виборчі комісії, які мають діяти відповідно до законодавства, наділяються дискреційними повноваженнями, зокрема визначають, чи з формальних підстав їх рішення визнано недійсним і, якщо так, то можуть прийняти таке ж саме рішення. Вважаємо, що таким правовим урегулюванням нівелюється судовий захист виборчих прав громадян України та спотворюється компетенція суду стосовно обрання способу відновлення порушеного права»³³⁹.

Таким чином, досліджуючи питання дискреційності повноважень органів публічної влади, перш за все, потрібно визначати межі реалізації ними дискреції. Таким бар'єром у взаємовідносинах особи і суб'єкта владних повноважень служить принцип верховенства права, ключовим елементом якого є дотримання прав та свобод людини. Через аналіз національного законодавства та правозастосовної практики з урахуванням правових позицій Європейського суду з прав людини робимо висновок про необхідність удосконалення норм національного законодавства: «неякісний» закон зумовлює наділення суб'єкта владних повноважень широкою свободою у прийнятті управлінського рішення. З іншого боку, постає проблема меж втручання адміністративного суду в реалізації органами публічної влади своїх дискреційних повноважень, що і буде предметом нашої подальшої наукової розвідки.

Витоки проблеми меж компетенції адміністративних судів при перегляді рішень, дій адміністрації містяться в самій системі управлінської діяльності, з якої історично почала розвиватися адміністративна юстиція, адже захищаючи суб'єктивні публічні права та інтереси, адміністративні суди змушені втручатися у діяльність суб'єктів владних повноважень. Однак принцип розподілу влади заперечує надання адміністративному суду

³³⁹ Смокович М. І. Правове регулювання розгляду виборчих спорів: теоретичний і практичний аспекти : монографія / М. І. Смокович. — К. : Юрінком Інтер, 2014. — С. 450 – 451.

адміністративно-дискреційних повноважень. У зв'язку з цим, суди не можуть втручатися у виняткові прерогативи виконавчої влади, підмінювати своїми рішеннями волевиявлення, акти, діяльність суб'єктів владних повноважень. Між тим, саме адміністративні суди в демократичних умовах, як слушно зауважує Отто Лухтерхандт, виконують функцію гаранта принципів правової держави. За допомогою своєї практики вони посилюють правове становище окремого громадянина у відносинах з адміністративними органами. Вони примушують їх у тій мірі, в якій ці суди виконують довгостроково і дієво функцію захисту прав, до того, щоб адміністративні органи коректно вели себе у відносинах з громадянами, і в окремому випадку – серйозно враховували відповідні його інтереси. Тим самим, адміністративні суди, принаймні, побічно роблять свій вклад у те, щоб поступово відбувався ріст культури управління в країні, щоб поліпшувалося відношення адміністративних органів до громадян ³⁴⁰.

У теоретико-правових напрацюваннях у галузі адміністративного процесу зазначається, що адміністративні суди вирішують питання відповідальності в публічному управлінні, забезпечуючи реалізацію конституційного права громадян брати участь у цьому управлінні, в тому числі й шляхом його контролю ³⁴¹. За вчинення правопорушень в управлінні державні службовці мають нести юридичну відповідальність, а держава має, забезпечуючи права, свободи і законні інтереси громадян, установити належні для цього організаційно-правові механізми, зокрема й можливість судового захисту від адміністрації ³⁴². У своєму дисертаційному дослідженні О. В. Константи́й наголошує, що публічна влада покликана лише обслуговувати потреби громадянського суспільства, а не панувати безроздільно над ним. Тому конституційне право на судовий захист, будучи фундаментальним, не може обмежуватися потребами формального утвердження принципу поділу державної влади в усіх сферах правовідносин. А отже, й повноваження

³⁴⁰ Лухтерхандт О. Административная юрисдикция – ключевой институт демократического правового государства / Вопросы теории и практики применения административной юстиции в европейских странах и странах центральной Азии [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.zakon.kz/4575560-voprosy-teorii-i-praktiki-primenenija.html>.

³⁴¹ Константи́й О. В. Захист суб'єктивних прав, свобод та законних інтересів в публічно-правовій сфері адміністративними судами: до питання меж та способів / О. В. Константи́й // Адміністративне право і процес / Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2014. – № 3(9). – С. 163–171.

³⁴² Стариков Ю.Н. Административная юстиция: проблемы теории. Монография. — Воронеж, 2013. — С. 48.

адміністративних судів не можуть у зв'язку з цим носити декларативний характер³⁴³.

Отже, адміністративні суди повинні мати повноваження оцінювати правомірність будь-яких адміністративних актів (як рішень, так і дій й бездіяльності суб'єктів владних повноважень, що реалізують управлінські функції). Саме на цьому прямо наголошується в документах Ради Європи. До таких актів належать Резолюція Ради Європи (77) 31 Про захист особи стосовно актів адміністративних органів влади³⁴⁴, Рекомендація № R (80) 2 Комітету Міністрів Ради Європи Державам-членам стосовно реалізації адміністративними органами влади дискреційних повноважень³⁴⁵, Рекомендація № R (91) 1 Комітету Міністрів Ради Європи Державам-членам стосовно адміністративних санкцій³⁴⁶, Рекомендація Rec (2003) 16 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо виконання рішень адміністративних і судових органів у галузі адміністративного права³⁴⁷, Рекомендація Rec (2004) 6 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам щодо вдосконалення національних засобів правового захисту³⁴⁸. По суті, документи спрямовані на визначення засобів подолання можливих негативних наслідків від неналежного здійснення адміністративними органами влади повноважень щодо правового регулювання різних сфер суспільного життя. Так, в Рекомендації Комітету міністрів Ради Європи № R (2004) 20 щодо судового перегляду адміністративних актів чітко прописано, що суди повинні мати можливість здійснювати контроль будь-якого

³⁴³ Константий О. В. Захист прав фізичних та юридичних осіб в адміністративному судочинстві: проблеми теорії і практики : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.07 / О. В. Константий; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. – Харків, 2015. – С. 236.

³⁴⁴ Резолюція № (77) 31 Про захист особи стосовно актів адміністративних органів влади, прийнята Комітетом Міністрів Ради Європи 28 вересня 1977 р.

³⁴⁵ Рекомендація № R (80) 2 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам стосовно реалізації адміністративними органами влади дискреційних повноважень від 11 березня 1980 року.

³⁴⁶ Рекомендація № R (91) 1 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам стосовно адміністративних санкцій від 13 лютого 1991 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://pravo.org.ua/files/zarub_zakon/Rec_1991.pdf.

³⁴⁷ Рекомендація Rec (2003) 16 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо виконання рішень адміністративних і судових органів у галузі адміністративного права від 9 вересня 2003 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_692.

³⁴⁸ Рекомендація Rec (2004) 6 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам щодо вдосконалення національних засобів правового захисту від 12 травня 2004 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_718.

порушення закону, в тому числі недотримання органом влади процедурних норм та зловживання повноваженнями (принцип 1 Рекомендації).

Із цього випливає необхідність дослідження правової природи контрольних повноважень судових органів стосовно діяльності органів публічної влади. Погоджуємось із позицією вченого В. М. Гаращука, який ґрунтовно доводить, що контроль адміністративних судів за рішеннями, діями, бездіяльністю публічної адміністрації є «зовнішнім» (з боку іншої підсистеми органів державної влади), і у зв'язку з цим, на відміну від контролю в системі органів виконавчої влади, за принципом поділу влади, він не може передбачати прийняття за його результатами рішень замість відповідного адміністративного органу (як при «відомчому») ³⁴⁹. Саме тому, В. М. Старілов підкреслює, що у цьому випадку судовий контроль є лише контролем правомірності, а не адміністративної доцільності, оскільки для судів країн континентальної системи права, до яких належить й Україна, притаманним є виконання функції застосування закону до спірних правовідносин, а не створення правила поведінки, правової норми (як в англосаксонській системі права) ³⁵⁰. У переважній більшості континентальних країн Європи контроль правомірності управління з боку органів адміністративної юстиції зводиться до перевірки логічності і відповідності засадам права владних управлінських рішень. У зв'язку з цим, за адміністративними судами закріплюється лише мінімум контрольних повноважень, такі як: розслідування обставин справи, перевірка дотримання з боку адміністративного органу меж його компетенції, а також процесуальних норм і приписів, які стосуються форм управління ³⁵¹.

З огляду на критерії, які зазначені у ч. 3 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України), у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень адміністративні суди, крім перевірки дотримання законності (п. 1), перевіряють, чи прийняті (вчинені) вони: з використанням повноваження з метою, з якою це

³⁴⁹ Гаращук В. М. Теоретико-правові проблеми контролю та нагляду у державному управлінні [Текст]: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.07 / В. М. Гаращук; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Харків, 2003. – С. 13 – 14.

³⁵⁰ Старілов Ю. Н. Административная юстиция: проблемы теории [Текст]: Монография / Ю. Н. Старілов. – Воронеж: ВГУ, 2013. – С. 137.

³⁵¹ Райтемайер К. Полномочия административных судов Германии в вопросах контроля за содержанием наполнением неопределенных правовых понятий, условий и использованием усмотрения администрацией [Текст] / К. Райтемайер // Grundstrukturen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und der Ukraine/ Thomas Mann (Hg.). – Universitätsverlag Gottingen, 2011. – С. 189 – 190.

повноваження надано (п. 2); обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення (вчинення дії) (п. 3); безсторонньо (неупереджено) (п. 4); добросовісно (п. 5); розсудливо (п. 6); з дотриманням принципу рівності перед законом, запобігаючи всім формам дискримінації (п. 7); пропорційно, зокрема з дотриманням необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і цілями, на досягнення яких спрямоване це рішення (дія) (п. 8); з урахуванням права особи на участь у процесі прийняття рішення (п. 9); своєчасно, тобто протягом розумного строку (п. 10) ³⁵². За змістом цих положень, О. В. Константий робить висновок, що національні адміністративні суди не вправі перевіряти доцільність прийняття суб'єктами влади рішень, вчинення дій, бездіяльності, коли це відбувається в межах їхніх повноважень та у спосіб, визначені Конституцією і законами, тобто втручатися у сферу адміністративного розсуду (дискреції органів виконавчої влади, місцевого самоврядування, їх посадових осіб). Вони можуть лише оцінювати обставини *ultra vires* (дотримання адміністрацією в таких випадках суто вимог повноважності), а також обґрунтованості, безсторонності, розсудливості, принципу рівності приватних осіб перед законом, пропорційності, своєчасності, забезпечення права особи на участь у прийнятті рішення ³⁵³.

На сьогодні серед юристів-практиків зустрічаються критичні зауваження стосовно того, що сучасні адміністративні суди не виконують функцій здійснення правосуддя через відповідне посилання суду на дискреційність повноважень відповідача – суб'єкта владних повноважень, що унеможлиблює в тій чи іншій категорії справ зобов'язати відповідача прийняти окреме рішення, вчинити дії або безпосередньо стягнути кошти з державного бюджету ³⁵⁴. Однак суд не повинен самоусуватися у прийнятті

³⁵² Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 № 2747-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>.

³⁵³ Константий О. В. Захист прав фізичних та юридичних осіб в адміністративному судочинстві: проблеми теорії і практики : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.07 / О. В. Константий; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. – Харків, 2015. – С. 238.

³⁵⁴ Мартиновський О. Нова практика Верховного Суду України може створити ризики для ведення фермерського господарства / Олександр Мартиновський [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://sud.ua/ru/news/blog/98311-nova-praktika-verhovnogo-sydy-ukrains-mozhe-stvoriti-riziki-dlya-vedennya-fermerskogo-gospodarstva>; Морозов Є. О. Дискреційні повноваження влади, як підстава для «законної відмови» / Є. О. Морозов [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://alibi.dp.ua/356-diskretsijni-povnovazhennya-vladi-yak-pidstava-dlya-zakonnoji-vidmovi-2>; Леськов П. Верховенство права чи дискреційні повноваження чиновника / Петро Леськов [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://blog.liga.net/user/pleskov/article/17013.aspx>.

рішення по справі та забезпечення належного захисту порушених, невизнаних чи оспорюваних прав та законних інтересів у сфері публічно-правових відносин. Знову ж таки, беручи до уваги практику Європейського суду з прав людини, судові органи, не ставлячи своїм завданням підмінити компетентні національні органи, перевіряють, чи відповідають рішення національних державних органів, які їх винесли з використанням свого дискреційного права на предмет їх законності (правомірності, легітимності) ³⁵⁵.

Варто зазначити, що адміністративні суди забезпечені належним правовим механізмом впливу на діяльність органів державної влади. Адміністративне судочинство, на відміну від інших видів судових спеціалізацій, наділене особливим «набором інструментів», які визначають його *переваги у сфері захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб у публічно-правових відносинах від порушень з боку суб'єктів владних повноважень*. Відповідно до рішення Конституційного Суду України у справі за поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень Закону України від 18.02.2010 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвідомчості справ, пов'язаних із соціальними виплатами» від 09.09.2010 року №19-рп/2010 ³⁵⁶ такими перевагами є: принцип офіційності, який полягає в активній позиції суду щодо з'ясування всіх обставин у справі (ч. 4, 5 ст. 11, ч. 2 ст. 69, ч. 5 ст. 71 КАС України); обов'язок щодо доказування правомірності свого рішення, дії чи бездіяльності покладається на суб'єкта владних повноважень, якщо він як відповідач заперечує адміністративний позов (ч. 2 ст. 71 КАС України); наявність альтернативної територіальної підсудності у справах з приводу оскарження правових актів індивідуальної дії, а також дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень, які стосуються інтересів конкретної особи вирішуються адміністративними судами за вибором позивача, крім випадків, встановлених цим кодексом (ч. 2 ст. 19 КАС України); адміністративне судочинство допускає вихід за межі позовних вимог, якщо це необхідно для захисту прав людини, а також об'єднання в одне

³⁵⁵ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Об'єднання «Ферайн геген Тьєрфабрікен» проти Швейцарії» (Заява № 24699/94) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980_022.

³⁵⁶ Рішення Конституційного Суду України у справі за поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень Закону України від 18.02.2010 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвідомчості справ, пов'язаних із соціальними виплатами» від 09.09.2010 року №19-рп/2010 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v019p710-10>.

провадження кількох заявлених позивачем вимог, які за іншими законами належить розглядати порядку різного судочинства (ч. 2 ст. 11, ч. 2 ст. 21 КАС України); фізична особа як позивач до суб'єкта владних повноважень має переваги щодо компенсації судових витрат, а на прохання позивача службовцем апарату адміністративного суду може бути надана допомога в оформленні позовної заяви (ч. 1, 5 ст. 94, ч. 3 ст. 105 КАС України).

Найбільш ефективним засобом є дія принципу офіційності, наявність якого обумовлено специфікою відносин, з яких виникає правовий спір, та завданням адміністративного судочинства, покликаного забезпечувати ефективний захист «слабкої» (невладної) сторони публічно-правового спору, і за своїм змістом може проявлятися як обмеження принципу класичної змагальності сторін та диспозитивності. Для забезпечення реалізації цього принципу суд повинен дотримуватися активної позиції, чого немає ані в цивільному, ані в господарському процесі. При розгляді справи адміністративної юрисдикції на суд через принцип офіційності покладається обов'язок вжити всіх передбачених законом заходів, необхідних для з'ясування обставин у справі. Так, згідно з ч. 2 ст. 2 КАСУ суд може вийти за межі позовних вимог в разі, якщо це необхідно для повного захисту прав, свобод та інтересів сторін чи третіх осіб. Інакше кажучи, суд не зв'язаний підставою адміністративного позову. Якщо під час розгляду справи будуть встановлені обставини, які доводять порушення суб'єктом владних повноважень прав позивача, за захистом яких він звернувся до суду, суд, застосувавши принцип офіційності, зобов'язаний надати такий захист незалежно від правильності обґрунтування позивачем своїх вимог. Ця позиція підтверджується також у Постанові Пленуму Вищого адміністративного суду України від 6 березня 2008 року № 2³⁵⁷, в якій зазначається, що під час розгляду спорів щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень суди незалежно від підстав, наведених у позовній заяві, повинні перевіряти їх відповідність усім, зазначеним у ч. 3 ст. 2 КАС України, вимогам.

Позитивною є практика Вищого адміністративного суду України щодо покладення обов'язку доказування правомірності свого рішення, дії чи бездіяльності на суб'єкта владних повноважень, якщо він як відповідач заперечує адміністративний позов (ч. 2 ст. 71 КАС України). Так, Вищий адміністративний суд України в категорії податкових спорів вказує саме на

³⁵⁷ 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 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0002760-08>.

обов'язок податкового органу довести правомірність прийнятого ним рішення щодо донарахування санкцій: «Суд акцентує увагу на тому, що відповідно до частини 2 статті 71 КАС України в адміністративних справах про протиправність рішень, дій чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень обов'язок щодо доказування правомірності свого рішення, дії чи бездіяльності покладається на відповідача, якщо він заперечує проти адміністративного позову». Саме такий висновок ВАСУ навів у наступних судових рішеннях: ухвала ВАСУ від 28.02.2017 по справі №826/1734/16, постанова ВАСУ від 28.02.2017 по справі №826/16849/13-а, ухвала ВАСУ від 14.03.2017 по справі №805/1446/15-а, від 07.03.2017 по справі №810/3829/15, від 07.03.2017 по справі 813/768/15 тощо ³⁵⁸. Такий підхід узгоджується з практикою Європейського Суду з прав людини. Так, у пункті 110 рішення від 23 липня 2002 року у справі «Компанія «Вестберга таксі Актіеболаг» та Вуліч проти Швеції» визначив, що «...адміністративні суди, які розглядають скарги заявників стосовно рішень податкового управління, мають повну юрисдикцію у цих справах та повноваження скасувати оскаржені рішення. Справи мають бути розглянуті на підставі поданих доказів, а довести наявність підстав, передбачених відповідними законами, для призначення податкових штрафів має саме податкове управління» ³⁵⁹.

І останнє, на що варто звернути увагу в межах досліджуваної проблематики, це судовий розсуд при прийнятті рішення по адміністративній справі. Дослідженням судової дискреції (розсуду) займалися як вітчизняні, так і зарубіжні науковці у різних галузях процесуальної науки. Учені-правники далекі від однозначного ставлення до феномену судової дискреції: від заперечення існування цього інституту і до обґрунтування його як об'єктивно зумовленої владно-правової закономірності механізму правового регулювання ³⁶⁰. М. Б. Гарієвська у своєму дисертаційному дослідженні пропонує розмежовувати категорії «дискреційні повноваження», «судовий розсуд» та «внутрішнє переконання», за яким дискреційними повноваженнями суду виступають визначені нормами процесуального права

³⁵⁸ Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/>

³⁵⁹ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Компанія «Вестберга таксі Актіеболаг» та Вуліч проти Швеції» (Заява № 36985/97) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://taxlink.ua/ua/court/sprava-janoshevich-proti-shvecii-i-kompanija-vestberga-taksi-aktiebolag-ta-vylich-proti-shvecii/>

³⁶⁰ Сеньків О. І. Пліуралізм наукових поглядів на проблематику юридичної природи судового розсуду в адміністративному судочинстві / О. І. Сеньків // Держава і право. Юрид. і політ. науки. – 2008. – № 42. – С. 322 – 323.

правомочності суду під час розгляду цивільної справи, розсуд припускає самостійність та варіативність процесуальних дій суду цивільної юрисдикції, а внутрішнє переконання виступає передумовою реалізації повноважень суду на підставі розсуду ³⁶¹. О. Панасюк, вивчаючи проблематику дискреційних повноважень суду в кримінальному судочинстві, підкреслює, що можливість суду у виборі певної моделі поведінки при реалізації дискреційних повноважень є не стільки правом (а тим паче — свободою розсуду), скільки обов'язком правозастосовного органу, оскільки: 1) для державно-владного органу в силу спеціально-дозвільного типу правового регулювання будь-яке право є обов'язком діяти у конкретній ситуації, для суду — прийняти єдино правильне рішення за певних умов, обставин, за наявності певної сукупності доказів у справі; 2) обрання іншого варіанта поведінки за тих же умов (фактичних обставин) ставить під сумнів законність такого вибору і відповідно законність прийнятого рішення...; 3) неприпустимість останньої тези обумовлюється вимогою закону щодо законності й обґрунтованості вироку суду ³⁶².

Спеціальні дослідження в галузі адміністративного судочинства визначають особливості судового розсуду в адміністративному судочинстві, під яким розуміється передбачене законодавством право суду, яке реалізується з дотриманням встановленої процесуальної форми здійснення правосуддя в адміністративних справах, надає йому можливість під час прийняття судового рішення (вчинення процесуальної дії) вибрати з декількох варіантів рішення (дії), встановлених законом, чи визначених на його основі судом (повністю або частково за змістом та/чи обсягом), найбільш оптимальний в правових і фактичних умовах розгляду та вирішення конкретної справи, з метою забезпечення верховенства права, справедливості та ефективного поновлення порушених прав та інтересів учасників процесу ³⁶³.

В. М. Венгер аналізуючи питання обмеження дискреційних повноважень як елементу принципу верховенства права, звертає увагу на

³⁶¹ Гарієвська М. Б. Дискреційні повноваження суду при розгляді цивільних справ у суді першої інстанції: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Мирослава Богданівна Гарієвська. – Харків, 2016. – С. 7 – 8.

³⁶² Панасюк О. Дискреційні повноваження суду в кримінальному судочинстві України: теоретичні аспекти / Оксана Панасюк // Вісник Академії правових наук України. - 2011. - № 4. - С. 248-258.

³⁶³ Сеньків О. І. Судовий розсуд в адміністративному судочинстві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Сеньків Остап Ігорович ; Нац. ун-т держ. податк. служби України. - Ірпінь, 2012. - 20 с. – С. 16.

особливу складність обмеження дискреції в діяльності судової гілки влади та обґрунтовує це тим, що сама концепція верховенства права передбачає суд як найдієвіший інструмент її застосування, адже тільки суд може вийти за межі формального права та визначити доцільне та належне регулювання в кожній конкретній ситуації ³⁶⁴. Як бачимо, це вимагає надання суду можливості розсуду на момент ухвалення рішень, тобто дискреційних повноважень: «Тут ідеться, – продовжує вчений, – про особливий вид розсуду, який абсолютно недоречно порівнювати з дискреційними повноваженнями виконавчої чи законодавчої гілок влади. Необхідність судового розсуду зумовлена як діяльністю виконавчої, так і законодавчої гілок влади. Справа в тому, що виконавча влада, застосовуючи повноваження, в будь-якому випадку повинна бути об'єктом ретроспективного судового контролю. Якщо ухвалене в рамках закону рішення органу виконавчої влади породило правову проблему, то це може вирішуватися судом на основі того ж закону. Розв'язання проблеми вимагатиме від суду виходу за рамки як мінімум конкретного закону або ж за межі нормативного регулювання. І це логічно. Таким чином, позбавлення суду можливості розсуду унеможливить вирішення справи по суті» ³⁶⁵. Саме тому суд повинен надіятися певними можливостями розсуду, вираженими та логічними, «необхідними в демократичному суспільстві», як зазначає Європейський суд з прав людини.

На думку Г. П. Мельника, судову дискрецію (розсуд) можна визначити як «зумовлене відносною невизначеністю права певним чином обмежене повноваження суду обирати такий варіант вирішення конкретної справи, який є максимально доцільним та справедливим у відповідній ситуації» ³⁶⁶. З іншого боку, слід мати на увазі, що повний суддівський розсуд, як неодноразово наголошував М. І. Козюбра, загрожує перетворенням верховенства права на верховенство суддів ³⁶⁷. Звісно, й тут потрібні правові рамки, які унеможливили б зловживання суддів наданим розсудом. Правильною видається позиція Г. П. Мельник, яка вважає, що «...на основі дискреційних повноважень суддя може відступити від суто нормативно-

³⁶⁴ Венгер В. М. Обмеження дискреційних повноважень як складова принципу верховенства права / В. М. Венгер // Наукові записки. Юридичні науки. – Т. 144 – 145. – 2013. – С. 49 – 54.

³⁶⁵ Венгер В. М. Вказана праця. – С. 52.

³⁶⁶ Мельник Г. П. Судовий розсуд (дискреція) як явище правової системи / Г. П. Мельник // Наукові записки НаУКМА. – К., 2009. – Т. 90. Юридичні науки. – С. 44 – 47.

³⁶⁷ Козюбра М. І. Верховенство права і Україна / М. І. Козюбра // Право України. – 2012. – № 1 – 2. – С. 30 – 62.

правового регулювання і вирішити справу на основі принципів права. Отже, судовий розсуд забезпечує дієвість принципу верховенства права»³⁶⁸.

Одним із основних засобів обмеження дискреційних повноважень суду, а отже, і забезпечення законності їх реалізації, є дотримання судом умови щодо реалізації розсуду лише за наявності відповідних підстав. Під підставами розсуду пропонується розуміти об'єктивно існуючі елементи правової системи, які безпосередньо зумовлюють можливість вибору одного з юридично дозволених варіантів правозастосовного рішення³⁶⁹. Як слушно зауважує М. Б. Рісний, усі підстави розсуду так чи інакше пов'язані з правовою нормою або з фактом її відсутності, тому є правовими за своєю природою. Існування «неправових» підстав розсуду виключається³⁷⁰. Провівши узагальнення запропонованих у науковій літературі підстав, вважаємо за доцільне виокремити такі основні підстави відповідно до особливостей адміністративного судочинства: 1) необхідність застосувати аналогію закону чи права при розгляді та вирішенні справи; 2) необхідність застосовувати альтернативні, ситуаційні або факультативні норми права (найчастіше, це коли в законі використовуються слова «може», «має право» або надано можливість зробити вибір між декількома альтернативними варіантами тощо); 3) випадки, коли суд стикається із законодавчими колізіями, суперечностями; 4) наявність оціночних понять, які надають суб'єктам застосування норм права певну свободу в тлумаченні норми (до прикладу, ст. 2 КАС України, зміст якої проаналізовано вище).

М. Коваль та О. Сеньків, аналізуючи механізм реалізації судового розсуду в адміністративному судочинстві роблять акцент на тому, що при окресленні кола правових підстав судової дискреції слід виходити насамперед з її змісту, яким традиційно вважають вибір між виключно законними альтернативами рішень. Зокрема, як у випадку правової колізії, так і в разі наявності прогалини у праві суд не може ухилитися від вирішення справи, і в нього є в наявності декілька тотожних чи подібних за предметом регулювання, чинних та доволі часто однакових за юридичною силою правових норм (конституційних принципів, загальних засад права), на основі яких слід розглянути справу. Тобто, по суті, у наведених двох випадках суд все таки здійснює вибір між дійсно законними альтернативами, а пріоритетним (оптимальним) з них буде та правова норма (принцип, засада), що

³⁶⁸ Мельник Г. П. Вказана праця. – С. 44 – 47.

³⁶⁹ Рісний М. Б. Правозастосувальний розсуд: до характеристики підстав / М. Б. Рісний // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2003. – № 4 (35). – С. 36.

³⁷⁰ Рісний М. Б. Правозастосувальний розсуд (загальнотеоретичні аспекти) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / М. Б. Рісний. – Л., 2006. – С. 82, 84.

узгоджуватиметься з тими юридичним засобами, які в даному випадку будуть конкретизувати та деталізувати зміст і обсяг судового розсуду ³⁷¹.

Стосовно альтернативних, факультативних, ситуативних, з оціночними поняттями норм права, то в даному випадку суд наділяється більш ширшими повноваженнями, так як їх зміст законодавчо чітко не визначений. Так, проаналізуємо положення п. 4 ч. 2 ст. 156 КАС України, відповідно до якого суд вправі зупинити провадження у справі до терміну, визначеного ним, у разі наявності інших підстав (не передбачених законом), за обґрунтованим клопотанням сторони чи третьої особи. Тобто для вирішення клопотання про зупинення на підставі п. 4 ч. 2 ст. 156 КАС України необхідно встановити наявність цих «інших причин», їх вплив на своєчасність та всебічність судового розгляду справи та, як наслідок, обґрунтованість клопотання. Прикладом застосування вказаної норми може слугувати ухвала Івано-Франківського окружного адміністративного суду від 11 липня 2017 р. у справі № 809/814/17 за позовом ОСОБА_3 до Головного інспектора будівельного нагляду управління державної архітектурно-будівельної інспекції в Івано-Франківській області ОСОБА_4 про визнання протиправними дій стосовно порядку проведення перевірки і внесення в акт перевірки дотримання вимог законодавства у сфері містобудівної діяльності, будівельних норм, державних стандартів і правил від 27.03.2017 року недостовірних відомостей про особу, яка здійснила реконструкцію, та скасування припису від 27.03.2017 року. У судовому засіданні представник позивача заявив клопотання про зупинення провадження у даній адміністративній справі на підставі п. 3 ч. 1 ст. 156 КАС України до набрання законної сили судовим рішенням в адміністративній справі №809/589/17 за позовом ОСОБА_3 до Головного інспектора будівельного нагляду управління державної архітектурно-будівельної інспекції в Івано-Франківській області ОСОБА_4 про визнання протиправною та скасування постанови №2-1009-02-43/2017 від 07.04.2017 року, подавши при цьому відповідну письмову заяву. Івано-Франківський окружний адміністративний суд перевіряючи, що в адміністративній справі №809/589/17 встановлено обставини, які підлягають повторному встановленню у адміністративній справі №809/814/17, визнав за доцільне зупинити провадження у даній адміністративній справі згідно п. 4 ч. 2 ст. 156 КАС України до набрання законної сили постановою Івано-Франківського окружного адміністративного суду від 12.06.2017 року у справі

³⁷¹ Коваль М., Сеньків О. Механізм реалізації судового розсуду в адміністративному судочинстві / М. Коваль, О. Сеньків // Підприємництво, госп.-во і право : Науково-практичний господарсько-правовий журнал. - 2010/2. - № 7. - С. 64-68.

№809/589/17³⁷². У даному випадку розсуд суду ґрунтувався на цілому комплексі властивостей відносно визначеної за змістом норми: він вправі був зупинити провадження за наявності клопотання відповідного учасника процесу (ситуативна норма) за умови обґрунтованості клопотання і зазначеної в ньому підстави з урахуванням загальних вимог щодо розумності строку розгляду справи, а відтак, і зупинення провадження по справі (оціночні поняття).

Найбільш визначальними при цьому є дискреційні повноваження адміністративного суду при вирішенні справи по суті та при обранні способу захисту порушено права. Повноваження адміністративного суду при вирішенні справи по суті в Україні закріплені в ст. 162 КАС України. У частині другій цієї статті передбачено, що він може прийняти постанову про: 1) визнання протиправними рішення суб'єкта владних повноважень чи окремих його положень, дій чи бездіяльності і про скасування або визнання нечинним рішення чи окремих його положень, про поворот їх виконання із зазначенням способу здійснення цього; 2) зобов'язання відповідача вчинити певні дії; 3) зобов'язання відповідача утриматися від учинення певних дій; 4) стягнення з відповідача коштів; 5) тимчасову заборону (зупинення) окремих видів або всієї діяльності об'єднання громадян; 6) примусовий розпуск (ліквідацію) об'єднання громадян; 7) примусове видворення іноземця чи особи без громадянства за межі України; 8) визнання наявності чи відсутності компетенції (повноважень) суб'єкта владних повноважень. Крім того при цьому законодавець уповноважив адміністративний суд застосовувати й інші засоби правового захисту, приймати інші постанови, коли це необхідно для гарантування дотримання і захисту прав, свобод, інтересів громадянина, юридичних осіб у сфері публічно правових відносин від їх порушень з боку суб'єктів владних повноважень (абз. 10 ч. 2 ст. 162 КАС України).

Таким чином, цією статтею законодавець визначив можливі варіанти судової дискреції при прийнятті рішень адміністративними судами та визначив межі таких дискреційних повноважень суду – дотримання принципу верховенства права, відповідно до якого зокрема людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави (ст. 8 КАС України).

Водночас практика адміністративних судів щодо визначення дискреційності повноважень державних органів, а як наслідок і можливість

³⁷² Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/67744480>.

обрання судом способу захисту порушеного права є неоднозначною. Можна навести приклади, що пов'язані із зобов'язанням державних реєстраторів Державної реєстраційної служби Міністерства юстиції України зареєструвати відповідне нерухоме майно. В задоволенні таких вимог суди відмовлять, навіть після того, як рішення державного реєстратора про відмову в державній реєстрації визнається незаконним і скасовується. Мотивуючи рішення, адміністративні суди посилаються на Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2 стосовно здійснення адміністративними органами влади дискреційних повноважень, прийнятої Комітетом Міністрів 11.03.1980, про яку вже було сказано. Аналізуючи, зокрема, закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень»³⁷³ адміністративні суди приходять до висновку, що державна реєстрація є дискреційним повноваженням державного реєстратора, оскільки її вчиненню передують етапи перевірки поданих документів та отримання відповідей на запити від інших повноважних органів. Так, у постанові Верховного Суду України від 11.11.2015 р. у справі за позовом ПАТ до Держреєстратора та ДРС, у якому просило: визнати протиправним та скасувати рішення Держреєстратора про відмову у державній реєстрації права власності від 3 липня 2013 року № 3623261 та зобов'язати ДРС вчинити дії щодо реєстрації права власності. Колегія суддів Судової палати в адміністративних справах Верховного Суду України підтримав позицію суду касаційної інстанції, який зобов'язав Держреєстратора повторно розглянути заяву ПАТ про державну реєстрацію права власності на нерухоме майно. Своє рішення суд обґрунтував тим, що аналіз нор закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» дає підстави вважати, що орган державної реєстрації прав має виключну компетенцію в питаннях встановлення відповідності заявлених прав і поданих документів вимогам законодавства та відсутності суперечностей між заявленими та вже зареєстрованими правами. До виключної компетенції цього органу належить і прийняття рішень про державну реєстрацію прав та їх обтяжень чи відмову у реєстрації за наявності до того передбачених законом підстав, а тому суд не вправі втручатися у діяльність органу державної реєстрації прав, зобов'язуючи його приймати такі рішення³⁷⁴.

³⁷³ Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень: закон України від 01.07.2004 р. № 1952-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1952-15>.

³⁷⁴ Постанова Верховного суду України від 11.11.2015 р. // Офіційний сайт Вищого адміністративного суду України. База правових позицій [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.vasu.gov.ua/db/>.

Повноваження суду при вирішенні адміністративної справи визначені статтею 162 КАС України, відповідно до п. 2 ч. 1 якої у разі задоволення адміністративного позову суд може ухвалити постанову про зобов'язання відповідача вчинити певні дії. Однак суд вважає, що він може зобов'язати суб'єкта владних повноважень вчинити такі дії лише у випадку коли закон встановлює повноваження в імперативній формі, тобто коли його діяльність чітко визначена законом. У випадку, коли ж суб'єкт наділений дискреційними повноваженнями, то суд може лише вказати на виявлені порушення, допущені при прийнятті оскаржуваного рішення (дій), з урахуванням встановлених судом обставин. Позовна вимога щодо зобов'язання відповідача прийняти конкретно визначені рішення є формою втручання в дискреційні повноваження та виходить за межі завдань адміністративного судочинства, а тому в її задоволенні слід відмовити. Однак обираючи такий спосіб захисту порушеного права, слід зважати й на його ефективність з точки зору ст. 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод³⁷⁵, відповідно до якої кожен, чий права та свободи, визнані в цій Конвенції, було порушено, має право на ефективний засіб юридичного захисту в національному органі, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, які здійснювали свої офіційні повноваження. Стаття 13 вимагає, щоб норми національного правового засобу стосувалися сутності «небезпідставної заяви» за Конвенцією та надавали відповідне відшкодування. Зміст зобов'язань за статтею 13 також залежить від характеру скарги заявника за Конвенцією. Тим не менше, засіб захисту, що вимагається згаданою статтею повинен бути «ефективним» як у законі, так і на практиці, зокрема, у тому сенсі, щоб його використання не було ускладнене діями або неоглядом органів влади відповідної держави (п. 75 рішення Європейського суду з прав людини у справі «Афанасьєв проти України» від 5 квітня 2005 року (заява № 38722/02))³⁷⁶.

Суть цієї статті зводиться до вимоги надати заявникові такі міри правового захисту на національному рівні, що дозволили б компетентному державному органу розглядати по суті скарги на порушення положень Конвенції й надавати відповідний судовий захист, хоча держави - учасники

³⁷⁵ Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції: закон України від 17.07.1997 № 475/97-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/475/97-%D0%B2%D1%80>.

³⁷⁶ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Афанасьєв проти України» від 5 квітня 2005 року (заява № 38722/02) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980_239.

Конвенції мають деяку свободу розсуду щодо того, яким чином вони забезпечують при цьому виконання своїх зобов'язань. Крім того, Суд указав на те, що за деяких обставин вимоги статті 13 Конвенції можуть забезпечуватися всією сукупністю засобів, що передбачаються національним правом. Отже, «ефективний засіб правого захисту» у розумінні статті 13 Конвенції повинен забезпечити поновлення порушеного права і одержання особою бажаного результату; винесення рішень, які не призводять безпосередньо до змін в обсязі прав та забезпечення їх примусової реалізації, не відповідає розглядуваній міжнародній нормі³⁷⁷.

Таким чином, практично значущим є формування доктринальної теоретичної основи для подальшого реформування, з урахуванням європейських принципів, вітчизняного механізму судового захисту прав фізичних та юридичних осіб у відносинах з публічною адміністрацією, діяльності адміністративних судів. Подальше адекватне наукове розкриття закономірностей механізму реалізації судового розсуду в юридично-прикладному аспекті з бажаним його закріпленням у, бодай, рекомендаційно-інституційних правових актах України сприятиме легітимному застосуванню цього явища суддями, зменшенню кількості суддівських помилок, допущених при реалізації судової дискреції, та, в цілому, допомагатиме державотворенню в Україні в частині утвердження справедливого суду відповідно до європейських стандартів³⁷⁸. На даний час можна констатувати той факт, що практика національних судів щодо розгляду конкретних справ, пов'язаних з помилками у реалізації дискреційних повноважень, базується на «букві закону». Водночас належна результативність процесуальної діяльності адміністративних судів, а відтак і реальний захист порушеного суб'єктивного права у публічно-правових відносинах, у значній мірі залежать від «якісної» реалізації наданого їм розсуду, що допомагає судам розвивати право у світлі принципу верховенства права, на застосуванні не лише «букви», але й «духу» закону.

³⁷⁷ Морозов Є. О. Дискреційні повноваження влади, як підстава для «законної відмови» / Є. О. Морозов [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://alibi.dp.ua/356-diskretsijni-povnovazhennya-vladi-yak-pidstava-dlya-zakonnoji-vidmovi-2>.

³⁷⁸ Коваль М., Сеньків О. Механізм реалізації судового розсуду в адміністративному судочинстві / М. Коваль, О. Сеньків // Підприємництво, госп.-во і право : Науково-практичний господарсько-правовий журнал. - 2010/2. - № 7. - С. 64-68.

ЗМІСТ

ПЕРЕДМОВА	4
Галянтич Микола Костянтинович	
ПРОБЛЕМИ АДАПТАЦІЇ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ В ЖИТЛОВІЙ СФЕРІ ДО НОРМ КРАЇН ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ	6
Ганкевич Ольга Михайлівна	
ВИКОНАННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ ЯК ШЛЯХ ДО РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУД: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ	21
Ковалишин Олександр Романович	
ВПЛИВ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ НА РЕФОРМУВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОГО СУДОЧИНСТВА В УКРАЇНІ.....	45
Кузьмич Олег Ярославович	
ДОТРИМАННЯ ЦИВІЛЬНОЇ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ФОРМИ В СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ.....	60
Кульчак Леся Степанівна	
ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА НА СВОБОДУ ТА ОСОБИСТУ НЕДОТОРКАНИСТЬ З ВРАХУВАННЯМ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ	79
Логвінова Марія Володимирівна	
ДІЯЛЬНІСТЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ В СФЕРІ ЗАХИСТУ СІМЕЙНИХ ПРАВ ТА ОХОРОНЮВАНИХ ЗАКОНОМ ІНТЕРЕСІВ У КОНТЕКСТІ ПРАВАЗАСТОСОВЧОЇ ПРАКТИКИ УКРАЇНИ	98
Махінчук Віталій Миколайович	
ПОРЯДОК ВСТАНОВЛЕННЯ КІНЦЕВОГО БЕНЕФІЦІАРНОГО ВЛАСНИКА	140
Микитин Юрій Іванович	
ВІДНОВНЕ ПРАВОСУДДЯ У ПРАВОВИХ АКТАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СПІВТОВАРИСТВА І ДОСВІД ЙОГО ВПРОВАДЖЕННЯ В ОКРЕМИХ КРАЇНАХ ЄВРОПИ.....	150

СЕМКІВ ВІТА ВАСИЛІВНА

**АДАПТАЦІЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО СУДОУСТРІЙ І СТАТУС СУДДІВ ДО
ЄВРОПЕЙСЬКИХ СТАНДАРТИВ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВОСУДДЯ..... 169**

ЯРЕМАК ЗОРЯНА ВАСИЛІВНА.....193

**ПРО ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ У СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ АДМІНІСТРАТИВНИХ
СУДІВ УКРАЇНИ ТА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ 193**

Для нотаток

Наукове видання

**ПРАВОВІ ПОЗИЦІЇ
ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ
ЛЮДИНИ У ПРАВОЗАСТОСОВНІЙ
ПРАКТИЦІ УКРАЇНИ**

**Збірник наукових праць
викладачів кафедри судочинства**

Підписано до друку 24.10.2017. Формат 60x84/16. Папір офсет. Гарнітура “Times New Roman”. Ум. друк. арк. 17,5. Тираж 150 пр. Зам. № 8.

Видавець

ISBN