



Вісник

Верховного Суду України



**До питання про докази
у кримінальному судочинстві**

**У Європейському суді
з прав людини**

**Чи є арбітражний керуючий
суб'єктом злочину,
передбаченого ст. 221
Кримінального кодексу
України?**

**Щодо повноважень адвоката
в цивільному процесі**

11(111)'2009



Вісник № 11(111)'2009

Верховного Суду України

ОФІЦІЙНЕ НАУКОВО-ПРАКТИЧНЕ ВИДАННЯ
ВИХОДИТЬ ДВАНДЦЯТЬ РАЗІВ НА РІК

Засноване 22 липня 1994 р.

Свідоцтво про державну реєстрацію серія КВ № 7710 від 12 серпня 2003 р.

Засновник — Верховний Суд України

Відповідно до постанови Президії ВАК України від 14 жовтня 2009 р. № 3-05/4 наукові статті, опубліковані у журналі, на підставі висновку експертної ради з юридичних наук, окремо у кожному конкретному випадку за поданням спеціалізованої вченої ради, зараховуються як фахові в галузі юридичних наук

ГОЛОВА РЕДАКЦІЙНОЇ КОЛЕГІЇ:

Пилипчук П.П. — Перший заступник

Голови Верховного Суду України, голова Ради суддів України

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

Барбара В.П. — голова Судової палати у господарських справах Верховного Суду України;

Бейцун І.В. — начальник управління вивчення та узагальнення судової практики Верховного Суду України, кандидат юридичних наук;

Бень А.Б. — начальник управління забезпечення видавничої діяльності Верховного Суду України;

Волков О.Ф. — голова Військової судової колегії Верховного Суду України;

Городовенко В.В. — голова Апеляційного суду Запорізької області, кандидат юридичних наук;

Губар Л.О. — начальник відділу міжнародного співробітництва Верховного Суду України;

Закалюк А.П. — доктор юридичних наук, професор, академік АПрНУ;

Кіреєва Н.О. — кандидат юридичних наук, доцент;

Когут С.П. — (відповідальний секретар);

Короткевич М.Є. — голова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України, кандидат юридичних наук;

Кузнєцова Н.С. — доктор юридичних наук, професор, академік АПрНУ;

Мельник М.І. — керівник служби Голови Верховного Суду України, доктор юридичних наук, професор;

Мищенко С.М. — суддя Верховного Суду України;

Ромовська З.В. — доктор юридичних наук, професор;

Романюк Я.М. — суддя Верховного Суду України, секретар Вищої кваліфікаційної комісії суддів України;

Селіванов А.О. — доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент АПрНУ;

Сенін Ю.Л. — суддя Верховного Суду України, секретар Пленуму Верховного Суду України;

Сердюк В.В. — начальник управління забезпечення Судової палати у господарських справах, кандидат юридичних наук, доцент;

Сірий М.І. — кандидат юридичних наук;

Терлецький О.О. — заступник голови Судової палати в адміністративних справах Верховного Суду України;

Хавронюк М.І. — заступник керівника апарату—начальник правового управління Верховного Суду України, доктор юридичних наук;

Шакун В.І. — доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент АПрНУ;

Шумило М.Є. — доктор юридичних наук, професор;

Ярема А.Г. — заступник Голови Верховного Суду України (заступник голови редакційної колегії)

© Верховний Суд України, 1996—2009

2 Новини. Події. Факти *News. Events. Facts*



3 У Раді суддів України *At the Council of Judges of Ukraine*



6 Судова практика *Judicial Practice*

6 Рішення у цивільних справах
Decisions in civil cases

10 Рішення в адміністративних справах
Decisions in administrative cases

12 Рішення у господарських справах
Decisions in commercial cases

16 Рішення у кримінальних справах
Decisions in criminal cases

19 У Європейському суді з прав людини *At the European Court of Human Rights*

19 Справа «Ісмаїлов проти Росії»
Рішення від 6 листопада 2008 р.
Case of "Ismayilov v. Russia"
Judgment of 6 November 2008

Судова практика
і проблеми вдосконалення законодавства
*Judicial Practice and Issues
of Evolvement of Legislation*



- 24 Шевченко Т.В., Бортновська З.П., Солоткий С.А.**
До питання про докази
у кримінальному судочинстві
Shevchenko T.V., Bortnovska Z.P., Solotkyi S.A.
On the issue of evidence in criminal proceedings

Точка зору
Opinion

- 39 Грек Б.М.** Чи є арбітражний керуючий
суб'єктом злочину, передбаченого ст. 221
Кримінального кодексу України?
Grek B.M. Whether the arbitral administrator
is a crime committer under Art. 221
of the Criminal Code of Ukraine?



- 45 Сафулько С.Ф., Зейкан Я.П.**
Щодо повноважень адвоката в цивільному процесі
Safulko S.F., Zeikan Y.P.
On the authority of advocate
in the civil proceedings

Міжнародні зв'язки
International Co-operation

Редакція не завжди поділяє думку авторів статей. За точність наведених у статтях даних, посилань на нормативні акти й інші джерела відповідають автори

Передрук опублікованих у журналі матеріалів здійснюється за письмовим дозволом голови редакційної колегії з обов'язковим посиланням на джерело

З деякими матеріалами журналу можна ознайомитися на web-сайті Верховного Суду України

<http://www.scourt.gov.ua>

Адреса редакції:

01024 Київ 24, вул. П. Орлика, 4^а,
кімн. 121, 231

Телефони:

голова редакційної колегії (44) 253–3502,
відповідальний секретар (44) 253–1683,
редактори (44) 253–7081, 253–1683,
група технічного забезпечення
(44) 253–0687

E-mail: editor@scourt.gov.ua

Редактори:

**А.В. Гончарук, С.П. Когут,
П.О. Мусієнко, Р.В. Парубець**

Комп'ютерний набір:

І.П. Балан

Верстка:

С.І. Самкова, В.М. Горобченко

Репрографія:

В.М. Горобченко

Фото:

П.О. Мусієнко

Переклад англійською:

О.В. Гунько

Видавець:

ТОВ «Видавництво «Істина»

04073 Київ 73, вул. Сирецька, 38.

Телефони: (44) 468–3131, 468–0999, 468–5973.

E-mail: istina_book@ukr.net

Віддруковано:

ТОВ Друкарня «Літера»

03038 Київ 38, вул. Нововокзальна, 41.

Телефон (факс): (44) 502–6808

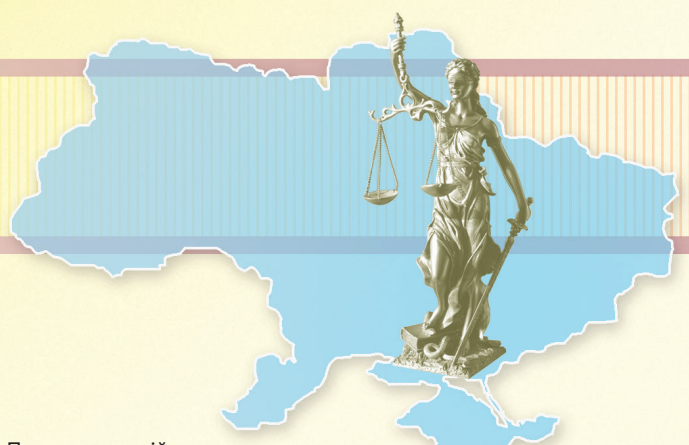
Підписано до друку 17.11.2009

Формат 60×90/8. Друк офсетний.

Обл.-вид. арк. 6,62. Умовн. друк. арк. 5,58.

Зам. 283.

Наклад 4500 прим. Ціна договірна



Пленум Верховного Суду України надав нові роз'яснення



6 листопада 2009 р. під головуванням Голови Верховного Суду України В. Онопенка відбулося чергове засідання Пленуму Верховного Суду України, на якому було прийнято постанову «Про судову практику у справах про злочини проти власності». Необхідність її прийняття викликана тим, що під час розгляду зазначеної категорії справ суди припускаються помилок при кваліфікації дій винних осіб, розрізненні одних злочинів від інших, вирішенні питань про наявність або відсутність кваліфікуючих ознак та призначенні кримінальних покарань.

Крім того, виникають труднощі при визначенні таких понять, як «проникнення у житло, інше приміщення чи сховище при вчиненні злочинів проти власності», «стадія закінчення злочину» тощо. Мають місце непоодинокі випадки неправильного визначення розміру матеріальних збитків, завданих злочинцем, тощо.

Попередня постанова Пленуму, в якій містилися роз'яснення із зазначених питань, була прийнята у 1992 р.

Пленум Верховного Суду України також прийняв постанову «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними».

Необхідність надання роз'яснень у цій сфері зумовлена передусім тим, що у судів виникають труднощі при застосуванні нового Цивільного кодексу України, який містить низку новел щодо інституту правочину. Наявність колізій із галузевими нормативними актами, які теж регламентують недійсність правочинів, відсутність напрацьованої судової практики, а також той факт, що роз'яснення із зазначених питань були надані у відповідній постанові Пленуму Верховного Суду України ще в 1978 р., призводять до неоднакового тлумачення

та застосування судами законодавства, виникнення помилок при розгляді справ цієї категорії.

Вирішується актуальна на сьогодні проблема розрізнення та визначення можливості застосування реституції та ввідиції як способів витребування власником майна, переданого за недійсним правочинним, судам роз'яснено як правильно визначати момент вчинення правочину тощо.

У першому читанні Пленум розглянув проекти постанов про судові рішення (рішення суду) та про практику застосування судами законодавства у справах про протидію торгівлі людьми або здійснення іншої незаконної угоди щодо людини.

Пленум також вніс доповнення до постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 р. № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання».



Суди, ЗМІ та громадські організації: пошук шляхів співпраці

У жовтні в Апеляційному суді Луганської області відбувся черговий круглий стіл, присвячений проблематиці взаємодії судів, ЗМІ та громадських організацій. Традиційно щоквартально проводили в суді подібні заходи, які відбуваються за участю громадської організації «Луганська обласна фундація «Реґіон і громада», а також за підтримки проекту USAID «Україна: верховенство права», була започаткована у грудні 2008 р.

Учасники заходів — представники судового корпусу, ЗМІ та правозахисних організацій — обговорили проблеми, що виникають у діяльності Апеляційного суду та місцевих судів області, зокрема щодо доступу громадян до суду, етичних норм поведінки суддів та працівників апарату судів, а також питання довіри громадськості до діяльності судів.

«Суспільство постійно вимагає об'єктивної та достовірної інформації. ЗМІ повинні надавати таку інформацію, при тому, що суд свою діяльність організовує так, щоб кожен громадянин мав уявлення про те, як саме проходять судові процеси... Суспільство має бути поінформоване про проблеми, з якими стикається судова сис-



тема в Україні, потрібна ефективна співпраця між судами, ЗМІ та громадськістю, щоб уникнути тих конфліктних ситуацій, які виникають у судах сьогодні. Ми повинні не тільки судити, а й роз'яснювати людям, що таке право», — таку думку висловив під час круглого столу голова Апеляційного суду Луганської області А. Візір.

Інколи трапляються непорозуміння, коли журналісти намагаються потрапити на судові засідання, і це призводить до нарікань на суддів. Такі ситуації виникають через юридичну неграмотність представ-

ників ЗМІ, адже у чинному законодавстві чітко визначені умови висвітлення судового процесу і правила застосування аудіо- та відеопристроїв у залі судового засідання. У судах багатьох країн працюють прес-секретарі, які під час та після судового засідання спілкуються з представниками ЗМІ й визначають ті напрями, які бажано і необхідно висвітлити, і при цьому не зачіпаються інтереси інших осіб. Як прокоментував цю ситуацію А. Візір, на сьогодні неможливо і, мабуть, немає потреби в кожному суді вводити посаду спеціаліста зі зв'язків з громадськістю. Натомість Апеляційний суд Луганської області запропонував у кожному суді області обрати одного суддю, якого буде уповноважено спілкуватися зі ЗМІ та відповідати на питання, які їх турбують.

Круглі столи проводилися й в інших містах Луганської області, що дало змогу представникам місцевих ЗМІ, які не змогли бути присутніми на заходах в обласному центрі, взяти участь у вирішенні наболілих питань, визначенні перших кроків для подальшої співпраці.



РІШЕННЯ № 81

2 жовтня 2009 р.

м. Київ

Заслухавши та обговоривши інформацію заступника голови Державної судової адміністрації України Капустинського В.А. та Голови Вищого адміністративного суду України Пасенюка О.М. щодо стану запровадження в адміністративних судах автоматизованої системи документообігу, відповідно до статей 103, 116, ч. 4 ст. 111 Закону України «Про судоустрій України» Рада суддів України **вирішила**:

1. Інформацію заступника голови Державної судової адміністрації України Капустинського В.А. та Голови Вищого адміністративного суду України Пасенюка О.М. узяти до відома.
2. Доручити голові Ради суддів України створити робочу групу з метою підготовки пропозицій щодо вирі-

шення проблем запровадження автоматизованої системи документообігу в адміністративних судах у зв'язку з прийняттям Закону України від 5 червня 2009 р. № 1475-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження автоматизованої системи документообігу в адміністративних судах».

3. Затвердити звернення Ради суддів України до Президента України, Прем'єр-міністра України та Голови Верховної Ради України щодо стану запровадження в адміністративних судах автоматизованої системи документообігу з урахуванням внесених змін та пропозицій, висловлених на засіданні Ради суддів України.

ЗВЕРНЕННЯ Ради суддів України

до Президента України, Голови Верховної Ради України, Прем'єр-міністра України

Щодо стану запровадження в адміністративних судах автоматизованої системи документообігу

На черговому засіданні Ради суддів України, яке відбулося 2 жовтня 2009 р., розглянуто питання реалізації окремих положень Закону України від 5 червня 2009 р. № 1475-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження автоматизованої системи документообігу в адміністративних судах» (далі — Закон).

Підтримуючи необхідність запровадження автоматизованої системи документообігу в судах, вважаємо, що реалізація окремих положень Закону може призвести до дезорганізації роботи як загальних, так і адміністративних судів.

Так, окремі положення Закону не узгоджуються з низкою положень Закону України «Про судоустрій України».

По-перше, відповідно до статей 29 та 42 Закону України «Про судоустрій України» на заступника голови відповідного суду як голову судової палати покладено формування складу колегії суддів для розгляду судових справ.

Однак, Законом Кодекс адміністративного судочинства України (далі — КАСУ) доповнено ст. 15¹, якою передбачається визначення колегії суддів для розгляду конкретної справи автоматизованою системою документообігу суду, що не узгоджується із Законом України «Про судоустрій України».

У частині окружних та апеляційних адміністративних судів України на сьогодні уже використовується програмний продукт «Автоматизована система «Діловодство». Зазначена Програма частково адаптована

для забезпечення процесів документообігу в адміністративних судах і дає змогу на мінімальному рівні об'єднати інформаційний простір користувачів. Проте Програма створена до прийняття Закону, а Положення, що визначатиме алгоритм роботи Програми, ще перебуває на стадії розробки. Слід зазначити, що система автоматичного розподілу судових справ є лише складовою автоматизованої системи документообігу суду. Відтак, запровадження автоматичного розподілу судових справ між суддями можливо лише за умови належної роботи автоматизованої системи всього документообігу суду.

Частиною 1 ст. 15¹ КАСУ передбачено, що автоматизована система документообігу суду забезпечує об'єктивний та неупереджений розподіл справ між суддями з дотриманням принципів черговості та однакової кількості справ для кожного судді. Частиною 3 цієї ж статті Закону встановлено, що визначення судді або колегиї суддів для розгляду конкретної справи здійснюється за принципом вірогідності.

Таким чином, Закон передбачає одночасне застосування принципів, які не можуть бути поєднані за визначенням.

Буквальне виконання вимог ст. 15¹ КАСУ може призвести до дезорганізації роботи апеляційних та касаційних судів. Зокрема, для розгляду лише однієї конкретної справи у Вищому адміністративному суді України, де працюють більше 50 суддів, може бути утворено більш ніж 2 500 варіантів колегиї. З огляду на те, що всі справи у цьому суді в касаційному порядку розглядаються колегіально, а щороку на розгляд надходить більше 20 000 справ, то очевидно є фізична неспроможність суддів забезпечити розгляд справ колегіями, визначеними за правилами зазначеної статті.

Установивши порядок розподілу справ в адміністративних судах, Закон не передбачає аналогічних правил для загальних судів, що потребуватиме одночасного застосування судами різних правил документообігу.

По-друге, у ст. 15¹ КАСУ визначаються принципи, за якими здійснюватиметься автоматичний розподіл судових справ між суддями. Спеціалізація суддів серед цих принципів відсутня. Це фактично позбавляє сенсу статті 25 та 38 Закону України «Про судоустрій України», положення яких передбачають утворення судових палат з розгляду окремих категорій справ в апеляційних адміністративних судах та у Вищому адміністративному суді України за встановленою і визначеною спеціалізацією в межах відповідної спеціальної судової юрисдикції. Зрештою у цій частині норми ст. 15¹ КАСУ не узгоджуються і з конституційними принципами побудови судів загальної юрисдикції, одним з яких є спеціалізація.

Питання розподілу справ в адміністративних судах регулюються КАСУ. Відповідно до ст. 3 КАСУ адміністративний суд — суд загальної юрисдикції, до компетенції якого цим Кодексом віднесено розгляд і вирішення адміністративних справ. Це — місцеві загальні суди; окружні адміністративні суди; апеляційні адміністративні суди; Вищий адміністративний суд України; Верховний Суд України. Таке поняття адміністративного суду характерне лише для КАСУ і воно відрізняється від поняття адміністративного суду, що використане у Законі України «Про судоустрій України». А, відтак, виконання заходів щодо запровадження автоматичного розподілу судових справ системою документообігу в місцевих загальних судах вимагатиме суттєвого збільшення фінансування та часу на його доробку, підготовку та запровадження. Щодо Вищого адміністративного суду чи Верховного Суду України, то такі дії взагалі виходять за межі повноважень ДСА.

По-третє, згідно з Прикінцевими положеннями Закону на Державну судову адміністрацію України покладається завдання до 1 січня 2010 р. (дата набуття чинності Закону) забезпечити адміністративні суди матеріально-технічними ресурсами, програмними засобами для запровадження та функціонування системи автоматичного розподілу судових справ між суддями та підготувати Положення про автоматизовану систему документообігу в адміністративних судах (далі — Положення), при цьому зазначені заходи не забезпечені необхідними фінансовими ресурсами.

Незважаючи на розпочату роботу щодо розробки базової структури Положення, окремі його пункти необхідно не тільки чітко визначити, унормувати, а й провести тестову апробацію з урахуванням усіх обставин процесуальної практики роботи суду. Положення повинно чітко визначати дії посадових осіб суду з метою недопущення двозначностей, які неминуче призведуть до блокування роботи суду.

Для належного виконання Закону необхідно провести: дооснащення адміністративних судів програмно-апаратними комплексами та системами фіксування судового процесу; широкомасштабне навчання користувачів; встановлення системи безперебійного живлення, резервних серверів для виключення втрати інформації при виходу з ладу головного сервера, виконати інші технічні та організаційні заходи.

Для забезпечення виконання вимог Закону підготовчі заходи необхідно провести виключно ще у 2009 р. (Закон набирає чинності з 1 січня 2010 р.). Проте кошти на цю мету в сумі 40 млн грн. передбачено проектом Закону про Державний бюджет лише на наступний рік.

Враховуючи складну економічну ситуацію, частково питання фінансування можна було б вирішити за рахунок надходження до спеціального фонду Державного бюджету коштів за інформаційно-технічне забезпечення судових процесів в адміністративних справах. Однак, враховуючи вимоги ст. 4 та ч. 4 ст. 23 Бюджетного кодексу України, а також відсутність такої норми в КАСУ, реалізувати зазначене можна лише шляхом внесення відповідних змін до законодавства.

Законом також встановлено кримінальну відповідальність за незаконне втручання в роботу автоматизованої системи документообігу суду, в тому числі за несвоєчасне внесення відомостей до автоматизованої системи. Зрозуміло, що за обставин, які наведені вище, своєчасне внесення відомостей до системи в багатьох випадках може бути неможливим.

Таким чином, з 1 січня 2010 р. здійснення правосуддя судами, до компетенції яких віднесено розгляд адміністративних справ, може бути суттєво ускладнене або взагалі унеможливлене.

Виходячи з наведеного, з метою запобігання кризи у правосудді, Рада суддів України уповноважила мене звернутися до Вас, шановний Вікторе Андрійовичу, а також до Голови Верховної Ради України і Прем'єр-міністра України з проханням вжити передбачених законом заходів, спрямованих на приведення положень Закону у відповідність до Конституції України та узгодження його положень з іншими законами України, сприяння у забезпеченні судів необхідним фінансуванням потреб, що випливають із Закону, відтермінування строку набуття чинності Законом щонайменше на один рік.

Сподіваємося на Вашу підтримку.

З повагою

Голова Ради суддів України

П.П. Пилипчук

РІШЕННЯ № 82

2 жовтня 2009 р.

м. Київ

Заслухавши та обговоривши інформацію судді Верховного Суду України Грицьва М.І. та заступника голови Ради суддів України Гуменюка В.І. щодо проблемних питань застосування нового законодавства про корупційні діяння, відповідно до статей 103, 116, ч. 4 ст. 111 Закону України «Про судоустрій України» Рада суддів України **вирішила**:

1. Інформацію узяти до відома.
2. Доручити голові Ради суддів України створити робочу групу з метою підготовки пропозицій щодо

вирішення проблемних питань судової влади, пов'язаних із застосуванням нового законодавства про корупційні діяння.

3. Звернутися до Президента України, Прем'єр-міністра України та Голови Верховної Ради України з інформацією про критичне становище, яке може виникнути з правосуддям з 1 січня 2010 р. у зв'язку з прийняттям нового законодавства про корупційні діяння.

РІШЕННЯ № 83

2 жовтня 2009 р.

м. Київ

Заслухавши інформацію ректора Академії суддів України Войтюк І.А. та заступника голови Ради суддів України Гуменюка В.І. щодо погодження Статуту Академії суддів України у новій редакції відповідно до ч. 1 ст. 103, ч. 5 ст. 116 Закону України «Про судоустрій України», Рада суддів України **вирішила**:

1. Інформацію узяти до відома.
2. Погодити Статут Академії суддів України у новій редакції.

РІШЕННЯ № 90

2 жовтня 2009 р.

м. Київ

Заслухавши інформацію заступника голови Державної судової адміністрації України Булки О.А. щодо порядку призначення та виплати щомісячного грошового утримання працюючим суддям у зв'язку з прийняттям Закону України «Про Державний бюджет України на 2008 рік та про внесення змін до деяких законодавчих актів України» (в частині призначення і виплати щомісячного довічного грошового утримання суддям у відставці органами Пенсійного фонду за рахунок коштів державного бюджету), постанов Кабінету

Міністрів України від 16 січня 2008 р. № 19 та від 11 червня 2008 р. № 545 «Про внесення змін до постанови Кабінету Міністрів України від 3 вересня 2005 р. № 865», відповідно до ч. 5 ст. 116 Закону України «Про судоустрій України» Рада суддів України **вирішила**:

1. Інформацію узяти до відома.
2. Погодити проект Положення про призначення і виплату щомісячного грошового утримання працюючим суддям.

РІШЕННЯ № 91

2 жовтня 2009 р.

м. Київ

Заслухавши та обговоривши інформацію заступника голови Державної судової адміністрації України Лоцихіна О.М. про стан формування проекту кошторису та бюджетних запитів на 2010 р. відповідно до ч. 4 ст. 111, ч. 5 ст. 116 Закону України «Про судоустрій України», Положення про Раду суддів України, затвердженого V з'їздом суддів України 24 жовтня 2002 р., Рада суддів України **вирішила**:

1. Інформацію про стан формування проекту кошторису та бюджетних запитів на 2010 р. узяти до відома.
2. Доручити голові Ради суддів України звернутися до Президента України, Верховної Ради України, Кабінету

Міністрів України з інформацією про загрозу зупинення відправлення правосуддя в судах у зв'язку з відсутністю належного фінансування.

3. Звернутися до Кабінету Міністрів України з проханням дати доручення Міністерству фінансів України внести зміни до наказу Міністерства фінансів України від 27 грудня 2001 р. № 604 «Про бюджетну класифікацію та її запровадження» та доповнити перелік кодів окремим КЕКВ «Заробітна плата суддів», а також передбачити в Законі України «Про Державний бюджет України на 2010 рік» окрему бюджетну програму «Забезпечення органів суддівського самоврядування та кваліфікаційних комісій суддів».



РІШЕННЯ У ЦИВІЛЬНИХ СПРАВАХ

За змістом ч. 3 ст. 235 КЗпП України у разі визнання звільнення таким, що не узгоджується із чинним законодавством, суд на прохання працівника, який у зв'язку з допущеними щодо нього порушеннями законодавства про працю не бажає продовжувати трудові відносини з відповідачем, може визнати звільнення незаконним і, не поновлюючи працівника на роботі, змінити дату звільнення та формулювання його причини з посиланням на відповідну статтю (пункт) закону.

Згідно з ч. 2 ст. 235 цього ж Кодексу при винесенні рішення про поновлення на роботі орган, який розглядає трудовий спір, одночасно приймає рішення про виплату працівникові середнього заробітку за час вимушеного прогулу.

Незважаючи на те, що позивач не бажає продовжувати трудові відносини з відповідачем, за ч. 3 ст. 235 зазначеного Кодексу він має право на стягнення середнього заробітку за час вимушеного прогулу. Та обставина, що через декілька днів він (позивач) працевлаштувався, не може бути підставою для відмови в позові про стягнення заробітної плати за час вимушеного прогулу.

Водночас суд, визначаючи розмір середнього заробітку за час вимушеного прогулу, повинен враховувати роз'яснення, викладені в п. 32 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами трудових спорів», про те, що при присудженні оплати за час вимушеного прогулу зараховується заробіток за місцем нової роботи, який працівник мав у цей час

УХВАЛА

колегії суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України

від 15 квітня 2009 р.

(в и т я г)

У вересні 2007 р. Л. звернувся до суду із позовом до спеціалізованої дитячо-юнацької спортивної школи олімпійського резерву з греко-римської боротьби м. Тернополя (далі — спортшкола), третя особа — управління освіти та науки Тернопільської міської ради (далі — Управління), про визнання незаконним і скасування наказу про звільнення, зміну формулювання причин звільнення, стягнення заробітної плати за час вимушеного прогулу та моральної шкоди, пославшись на те, що він з 1 вересня 2003 р. працював у цій школі на посаді інструктора-методиста. 27 серпня 2007 р. його ознайомили з наказом про звільнення з роботи із зазначеного числа на підставі п. 1 ст. 40 КЗпП та видали трудову книжку. Своє звільнення Л. вважав незаконним, тому що не був про нього попереджений, йому не запропонували іншу посаду та не надали переважне право на залишення на роботі. Оскільки скорочення чисельності або штату працівників не було, а звільнення викликано непри-

язними стосунками з керівництвом спортшколи, після уточнень позовних вимог позивач просив визнати незаконним і скасувати наказ про його звільнення, змінити формулювання причин звільнення та вважати його звільненим за ст. 38 КЗпП (за власним бажанням), стягнути заробітну плату за час вимушеного прогулу та моральну шкоду в розмірі 2 тис. грн.

Тернопільський міськрайонний суд рішенням від 16 квітня 2008 р. позов задовольнив частково: визнав незаконним звільнення Л. та постановив стягнути зі спортшколи на його користь середню заробітну плату за час вимушеного прогулу в розмірі 11 тис. 864 грн, 1 тис. грн моральної шкоди та судові витрати. У задоволенні решти вимог відмовлено.

Апеляційний суд Тернопільської області рішенням від 19 червня 2008 р. скасував рішення суду першої інстанції в частині відмови в задоволенні позовних вимог Л. та ухвалив у цій час-

тині нове, яким вирішено вважати Л. звільненим з посади на підставі ст. 38 КЗпП та зобов'язано відповідача внести зміни в запис про звільнення до трудової книжки позивача. У решті рішення суду першої інстанції залишено без змін.

Спортшкола звернулася до Верховного Суду України із касаційною скаргою, в якій просила скасувати зазначені рішення, пославшись на неправильне застосування судами норм матеріального та порушення норм процесуального права, і передати справу на новий розгляд до суду першої інстанції.

Заслухавши доповідача, обговоривши наведені у скарзі доводи та перевіrivши матеріали справи, колегія суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України дійшла висновку, що касаційна скарга підлягає задоволенню частково з таких підстав.

За змістом ч. 3 ст. 235 КЗпП у разі визнання звільнення таким, що не узгоджується із чинним законодавством, суд на прохання працівника, який у зв'язку з допущеними щодо нього порушеннями законодавства про працю не бажає продовжувати трудові відносини з відповідачем, може визнати звільнення незаконним і, не поновлюючи працівника на роботі, змінити дату звільнення та формулювання його причини з посиланням на відповідну статтю (пункт) закону.

Суд установив, що Л. працював у спортшколі на різних посадах з 1970 р. Згідно з наказом від 1 вересня 2003 р. його переведено на посаду інструктора-методиста. Управління наказом від 30 травня 2007 р., а спортшкола наказом від 31 травня цього ж року посаду інструктора-методиста, яку обіймав Л., з 1 серпня 2007 р. скоротили. Ознайомившись з наказом школи, Л. відмовився його підписати, про що того ж дня було складено акт. Наказом від 27 серпня 2007 р. його звільнили із займаної посади за п. 1 ст. 40 КЗпП із зазначеного числа. При звільненні Л. будь-якої іншої посади у спортшколі йому не запропонували, хоча станом на 1 червня 2007 р. були наявні чотири вакантні посади тренерів-викладачів.

Л. продовжувати трудові відносини з відповідачем не побажав.

Відповідно до листа Управління з 1 вересня 2007 р. Л. працює на посаді методиста дитячо-юнацької спортивної школи № 3.

Задовольняючи позов у частині визнання наказу про звільнення незаконним, суд першої інстанції, з яким погодився й апеляційний суд, правильно виходив із того, що звільнення Л. проведено незаконно, оскільки в дійсності у відповідача не відбулося змін в організації виробництва та праці, зокрема скорочення чисельності або штату працівників. Крім того, Л. не запропонували іншу вакантну посаду. У зв'язку з тим, що права

Л. у сфері трудових відносин було порушено, його вимога про відшкодування моральної шкоди підлягає задоволенню.

За ч. 3 ст. 303 ЦПК апеляційний суд не обмежений наведеними в апеляційній скарзі доводами, якщо під час розгляду справи буде встановлено неправильне застосування норм матеріального права.

Задовольняючи позов Л. у частині зміни формулювання причини звільнення з п. 1 ст. 40 на ст. 38 КЗпП, апеляційний суд правильно виходив із положень ч. 3 ст. 235 цього Кодексу, які помилково не застосував суд першої інстанції, відмовивши в позові у цій частині.

Згідно з ч. 2 ст. 235 КЗпП при винесенні рішення про поновлення на роботі орган, який розглядає трудовий спір, одночасно приймає рішення про виплату працівникові середнього заробітку за час вимушеного прогулу.

Незважаючи на те, що Л. не бажає продовжувати трудові відносини з відповідачем, за ч. 3 ст. 235 зазначеного Кодексу він має право на стягнення середнього заробітку за час вимушеного прогулу. Та обставина, що через декілька днів Л. працевлаштувався, не може бути підставою для відмови в позові про стягнення заробітної плати за час вимушеного прогулу.

Водночас суд першої інстанції визначив розмір середнього заробітку за час вимушеного прогулу, не врахувавши роз'яснення, викладені в п. 32 постанови Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 1992 р. № 9 «Про практику розгляду судами трудових спорів», про те, що при присудженні оплати за час вимушеного прогулу зараховується заробіток за місцем нової роботи, який працівник мав у цей час.

Апеляційний суд на допущене судом першої інстанції порушення уваги не звернув.

Оскільки судові рішення в частині вимог про стягнення середнього заробітку за час вимушеного прогулу постановлено з порушенням норм матеріального права, а допущені при цьому порушення процесуального права призвели до неправильного вирішення справи, вони підлягають скасуванню, а справа в цій частині — передачі на новий судовий розгляд.

Керуючись статтями 336, 338 ЦПК, колегія суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України касаційну скаргу спортшколи задовольнила частково: рішення Тернопільського міськрайонного суду від 16 квітня 2008 р. та Апеляційного суду Тернопільської області від 19 червня 2008 р. в частині стягнення середнього заробітку за час вимушеного прогулу скасувала, а справу в цій частині передала на новий розгляд до суду першої інстанції.

У решті — судові рішення залишено без змін.

Колективні трудові спори, на відміну від індивідуальних, — це спори непозовного провадження між найманими працівниками, трудовим колективом (профспілкою) і власником чи уповноваженим ним органом із питань: встановлення нових або зміни існуючих соціально-економічних умов праці та виробничого побуту; укладення чи зміни колективного договору, угоди; виконання колективного договору, угоди або окремих їх положень; невиконання вимог законодавства про працю.

Оскільки при виникненні трудових конфліктів порушення прав немає, а йдеться про зіткнення інтересів сторін трудових правовідносин, то в такому разі застосовується примирно-третейський порядок їх вирішення, правовий механізм якого визначено Законом України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)».

Безпосереднє вирішення в судовому порядку колективних трудових спорів законодавством не передбачено, крім випадків, зазначених у статтях 23, 25 цього ж Закону та ч. 5 ст. 20, частинах 2, 4 ст. 42 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності»

УХВАЛА

колегії суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України

від 7 травня 2009 р.

(в и т я з)

У березні 2008 р. Незалежна первинна профорганізація відкритого акціонерного товариства «Запоріжтрансформатор» (далі — профорганізація ВАТ, ВАТ відповідно) звернулася до суду із позовом до генерального директора ВАТ К., третя особа — Ленінська районна державна адміністрація м. Запоріжжя, про визнання колективного договору недійсним та зобов'язання його переукласти, в якому просила визнати недійсним прийнятий ВАТ колективний договір на 2008—2009 рр., визнати її стороною перегляду та прийняття колективного договору, зобов'язати відповідача переукласти спірний договір із дотриманням законодавчих і галузевих норм.

Ленінський районний суд м. Запоріжжя рішенням від 13 червня 2008 р. в задоволенні позову профорганізації ВАТ відмовив.

Апеляційний суд Запорізької області ухвалою від 18 вересня 2008 р. зазначене рішення суду першої інстанції скасував, а провадження у справі закритий.

У касаційній скарзі профорганізація ВАТ просила скасувати ухвалу суду апеляційної інстанції й ухвалити нове судові рішення, пославшись на невідповідність висновків суду обставинам справи, неправильне застосування норм матеріального та порушення норм процесуального права; застосування закону, який не поширюється на ці правовідносини; незастосування закону, який підлягав застосуванню.

Заслухавши доповідача, перевіrivши матеріали справи, колегія суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України дійшла висновку, що підстав для скасування ухвали апеляційного суду немає.

Постановляючи ухвалу, апеляційний суд виходив із того, що рішення суду першої інстан-

ції підлягає скасуванню, а провадження у справі — закриттю з підстав, передбачених п. 1 ч. 1 ст. 205 ЦПК.

Згідно з ч. 2 ст. 55 Конституції України кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб.

Водночас відповідно до ч. 5 цієї ж статті Основного Закону кожен має право захищати свої права та свободи від порушень і протиправних посягань будь-якими не забороненими законом засобами.

У ч. 1 ст. 15 ЦПК визначено, що 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 проводиться за правилами іншого судочинства.

Заст. 2 Закону від 3 березня 1998 р. № 137/98-ВР «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» (далі — Закон № 137/98-ВР) колективний трудовий спір (конфлікт) — це розбіжності, що виникли між сторонами соціально-трудова відносин, щодо: встановлення нових або зміни існуючих соціально-економічних умов праці та виробничого побуту; укладення чи зміни колективного договору, угоди; виконання колективного договору, угоди або окремих їх положень; невиконання вимог законодавства про працю.

Цим Законом окремо встановлено особливу процедуру розгляду розбіжностей, що виникли між сторонами соціально-трудова (колективних)

відносин. У зазначеному законодавчому акті передбачені примирно-третейська процедура та система організаційних структур із належною компетенцією щодо узгодження інтересів конфлікуючих сторін. Зокрема, у ст. 7 Закону № 137/98-ВР передбачено, що розгляд колективного трудового спору (конфлікту) з питань укладення чи зміни колективного договору, угоди здійснюється примирною комісією, а в разі неприйняття рішення у строки, установлені ст. 9 цього Закону, — трудовим арбітражем.

Можливість же розгляду колективних трудових спорів у судовому порядку у ЦПК та Законі № 137/98-ВР не передбачена, крім визначених законом випадків. Останніми є:

розгляд заяви власника або уповноваженого ним органу (представника) про визнання страйку незаконним (ст. 23 Закону № 137/98-ВР);

розгляд заяви Національної служби посередництва і примирення про вирішення колективного трудового спору (конфлікту) у випадках, передбачених ст. 24 цього Закону і коли сторонами не враховано рекомендації зазначеної служби щодо вирішення колективного трудового спору (конфлікту) (ст. 25 Закону № 137/98-ВР);

оскарження профспілками неправомірних дій або бездіяльності посадових осіб, винних у порушенні умов колективного договору чи угоди (ч. 5 ст. 20 Закону від 15 вересня 1999 р. № 1045-XIV «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності»; далі — Закон № 1045-XIV);

невиконання роботодавцем обов'язку щодо створення умов діяльності профспілок, регламентованих колективним договором (частини 2, 4 ст. 42 Закону № 1045-XIV).

Отже, колективні трудові спори, на відміну від індивідуальних, — це спори непозовного провадження між найманими працівниками, трудовим колективом (профспілкою) і власником чи уповноваженим ним органом із питань: встановлення нових або зміни існуючих соціально-економічних умов праці та виробничого побуту; укладення чи зміни колективного договору, угоди; виконання колективного договору або окремих їх положень; невиконання вимог законодавства про працю.

Оскільки при вирішенні трудових конфліктів порушення прав немає, а йдеться про зіткнення інтересів сторін трудових правовідносин, то в такому разі застосовується примирно-третейський порядок їх вирішення, правовий механізм якого визначено Законом № 137/98-ВР.

Безпосереднє вирішення в судовому порядку колективних трудових спорів законодавством не передбачено, крім випадків, зазначених у статтях 23, 25 цього ж Закону та ч. 5 ст. 20, частинах 2, 4 ст. 42 Закону № 1045-XIV.

Як убачається з матеріалів справи, профорганізація ВАТ звернулася до суду з позовом, в якому просила визнати недійсним прийнятий ВАТ колективний договір на 2008—2009 рр., визнати її стороною перегляду та прийняття колективного договору, зобов'язати відповідача переукласти спірний договір із дотриманням законодавчих і галузевих норм.

З огляду на викладене та матеріали справи суд дійшов висновку, що конфлікт, який виник між однією з профспілкових організацій, діючих на підприємстві, — профорганізацією ВАТ і ВАТ щодо невчинення останнім дій, спрямованих на переукладення колективного договору, є, враховуючи визначення, що міститься у ст. 2 Закону № 137/98-ВР, колективним трудовим спором; суб'єктів звернення за вирішенням такого колективного трудового спору зазначено у ст. 7 цього Закону.

Згідно із ч. 1 ст. 310 ЦПК рішення суду підлягає скасуванню в апеляційному порядку із закриттям провадження у справі або залишенням заяви без розгляду з підстав, визначених, зокрема, у ст. 205 цього Кодексу.

Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 205 ЦПК суд своєю ухвалою закриває провадження у справі, якщо вона не підлягає розгляду в порядку цивільного судочинства.

Таким чином, висновок апеляційного суду про те, що в законодавстві України не передбачено можливості розгляду такого спору в судовому порядку, є законним і обґрунтованим, й свою ухвалу цей суд прийняв з додержанням вимог закону.

Наведені у касаційній скарзі доводи не дають підстав для висновку, що апеляційний суд допустив порушення або неправильне застосування норм процесуального права, яке призвело до неправильного вирішення справи.

За таких обставин колегія суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України, керуючись статтями 332, 336 ЦПК, касаційну скаргу профорганізації ВАТ відхилила, ухвалу Апеляційного суду Запорізької області від 18 вересня 2008 р. залишила без змін.

РІШЕННЯ В АДМІНІСТРАТИВНИХ СПРАВАХ *

Відповідно до ч. 2 ст. 31 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб–підприємців» державний реєстратор у строк, що не перевищує двох робочих днів з дати надходження судового рішення щодо скасування державної реєстрації змін до установчих документів юридичної особи, вносить до Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб–підприємців запис щодо скасування державної реєстрації змін до установчих документів юридичної особи, якщо інше не встановлено судовим рішенням, та в той же день повідомляє органи статистики, державної податкової служби, Пенсійного фонду України, фондів соціального страхування про внесення такого запису.

Правильним є висновок суду про необхідність на підставі судового рішення, яким визнано недійсним рішення загальних зборів підприємства, зобов'язати місцеву державну адміністрацію внести до зазначеного реєстру запис щодо скасування державної реєстрації змін до статуту цього підприємства та повідомити про внесення запису названі органи

ПОСТАНОВА

Іменем України

15 вересня 2009 р. колегія суддів Судової палати в адміністративних справах Верховного Суду України, розглянувши в порядку письмового провадження за скаргою відкритого акціонерного товариства «Північно-Східна будівельна компанія» (далі — Компанія) справу за його позовом до відкритого акціонерного товариства «Київметробуд» (далі — ВАТ), державної комісії з цінних паперів та фондового ринку України (далі — Комісія), територіального управління Комісії у м. Києві (далі — Управління), товариства з обмеженою відповідальністю «Реєстр-Інформ», Шевченківської районної у м. Києві державної адміністрації (далі — РДА) про зобов'язання вчинити дії, **в с т а н о в и л а**:

У травні 2006 р. Компанія звернулася до суду із зазначеним позовом, який згодом доповнила новими вимогами про визнання протиправними дій РДА щодо: проведення державної реєстрації змін до статуту ВАТ; внесення до Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб–підприємців (далі — Реєстр), створеного згідно із Законом від 15 травня 2003 р. № 755-IV «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб–підприємців» (далі — Закон № 755-IV), запису про скасування державної реєстрації змін до статуту ВАТ; утримання надалі від вчинення будь-яких дій, спрямованих на проведення реєстрації змін до статуту ВАТ, пов'язаних зі збільшенням розміру статутного фонду зазначеного товариства до 1 млн 778 тис. 902 грн; а також зобов'язання Комісії та Управління утриматися від будь-яких дій щодо реєстрації випуску акцій ВАТ на загальну суму 1 млн 334 тис. 176 грн 50 коп.

Господарський суд м. Києва постановою від 27 квітня 2007 р. в задоволенні позову відмовив.

Київський апеляційний адміністративний суд постановою від 5 грудня 2007 р. рішення суду першої інстанції скасував, а позов задовольнив.

Вищий адміністративний суд України ухвалою від 18 березня 2009 р. рішення суду апеляційної інстанції скасував, а рішення суду першої інстанції залишив у силі.

У скарзі до Верховного Суду України Компанія порушила питання про перегляд за винятковими обставинами та скасування ухвали касаційного суду, пославшись на неоднакове застосування судами касаційної інстанції одних і тих самих норм права, а саме: статей 8, 31 Закону № 755-IV і ст. 72 КАС.

Перевіривши за матеріалами справи наведені у скарзі доводи, колегія суддів Судової палати в адміністративних справах Верховного Суду України дійшла висновку про наявність підстав для часткового задоволення скарги.

Відмовляючи в задоволенні позовних вимог у частині скасування державної реєстрації змін до статуту ВАТ, здійсненої 10 серпня та 19 грудня 2005 р., суд першої інстанції, з яким погодився Вищий адміністративний суд України, виходив з безпідставності та недоведеності позовних вимог. Проте із зазначеним висновком погодитися не можна з огляду на таке.

Відповідно до ст. 31 Закону № 755-IV у разі постановлення судового рішення щодо скасування рішення засновників (учасників) юридичної особи або уповноваженого ними органу про внесення змін до установчих документів юридичної особи чи про визнання повністю або частково недійсними змін до установчих документів юридичної особи суд у день

* Публікується повний текст судових рішень з незначною редакційною правкою.

набрання законної сили судовим рішенням надсилає його державному реєстратору для внесення запису про судові рішення щодо скасування державної реєстрації змін до установчих документів юридичної особи. Дата надходження відповідного судового рішення вноситься до журналу обліку реєстраційних дій. Державний реєстратор у строк, що не перевищує двох робочих днів з дати надходження судового рішення щодо скасування державної реєстрації змін до установчих документів юридичної особи, вносить до Реєстру запис щодо скасування державної реєстрації змін до установчих документів юридичної особи, якщо інше не встановлено судовим рішенням, та в той же день повідомляє органи статистики, державної податкової служби, Пенсійного фонду України, фондів соціального страхування про внесення такого запису.

У ч. 1 ст. 72 КАС визначено, що обставини, встановлені судовим рішенням в адміністративній, цивільній або господарській справі, що набрало законної сили, не доказуються при розгляді інших справ, у яких беруть участь ті самі особи або особа, щодо якої встановлено ці обставини.

Суди попередніх інстанцій установили, що постановою Київського апеляційного господарського суду від 4 жовтня 2006 р. визнано недійсними рішення загальних зборів акціонерів ВАТ, оформлені протоколами від 7 серпня 2005 р. № 1 та від 17 грудня 2005 р. № 1, на підставі яких було здійснено оспорювану реєстрацію.

За таких обставин ухвала Вищого адміністративного суду України в частині скасування рішення суду апеляційної інстанції щодо задоволення вимоги про зобов'язання РДА внести до Реєстру запис про скасування державної реєстрації змін до статуту ВАТ, проведеної 10 серпня та 19 грудня 2005 р., підлягає скасуванню, а постанова суду апеляційної інстанції в цій частині — залишенню в силі.

Щодо позовної вимоги про зобов'язання РДА внести запис про скасування зазначеної державної реєстрації від 5 жовтня 2006 р., то суд першої інстанції, з висновком якого погодився Вищий адміністративний суд України, обґрунтовано визнав її безпідставною, оскільки Компанія не надала суду доказів того, що рішення загальних зборів від 25 червня 2006 р., на підставі яких було здійснено оспорювану реєстрацію, визнані недійсними в судовому порядку.

Правильним є висновок касаційного суду в частині скасування рішення суду апеляційної інстанції про задоволення вимог з приводу визнання протиправними дій РДА під час проведення державної реєстрації змін до статуту ВАТ, які відбулися 10 серпня, 19 грудня 2005 р. та 5 жовтня 2006 р. При цьому зазначений суд виходив із того, що згідно з вимогами ч. 3 ст. 8 Закону № 755-IV відповідальність за відповідність уста-

новчих документів законодавству несуть засновники (учасники) юридичної особи.

За ст. 30 Закону № 755-IV державний реєстратор відмовляє у проведенні державної реєстрації змін до установчих документів юридичної особи за наявності підстав, установлених ч. 1 ст. 27 цього Закону, в якій зазначено, що підставою для відмови є, зокрема, невідповідність установчих документів вимогам ч. 3 ст. 8 Закону № 755-IV, згідно з якою такі документи (установчий акт, статут або засновницький договір, положення) юридичної особи повинні містити відомості, передбачені законом.

Таким чином, Вищий адміністративний суд України дійшов обґрунтованого висновку про те, що державний реєстратор несе відповідальність за повноту відомостей в установчих документах, а засновники юридичної особи — за відповідність цих відомостей законодавству.

Крім того, стосовно позовних вимог про зобов'язання РДА утриматися надалі від вчинення будь-яких дій, спрямованих на проведення державної реєстрації змін до статуту, а також зобов'язання Комісії та Управління не вчиняти будь-які дії щодо реєстрації випуску акцій ВАТ на загальні суми 1 млн 334 тис. 176 грн 50 коп. та 1 млн 778 тис. 902 грн (рішення правління ВАТ від 12 серпня 2005 р. та від 2 лютого 2006 р. відповідно), то висновок суду касаційної інстанції про відсутність у матеріалах справи доказів наявності у відповідачів наміру або можливості вчинити такі дії є правомірним, оскільки рішення загальних зборів акціонерів ВАТ, на підставі яких може бути здійснено таку державну реєстрацію, визнані в судовому порядку недійсними.

На підставі наведеного та керуючись статтями 241—243 КАС, колегія суддів Судової палати в адміністративних справах Верховного Суду України **постановила:**

Скаргу Компанії задовольнити частково.

Ухвалу Вищого адміністративного суду України від 18 березня 2009 р. в частині скасування постанови Київського апеляційного адміністративного суду від 5 грудня 2007 р. про зобов'язання РДА внести до Реєстру запис щодо скасування державної реєстрації змін до статуту ВАТ, проведеної 10 серпня і 19 грудня 2005 р., та повідомлення про внесення таких записів органів статистики, державної податкової служби, Пенсійного фонду України, фондів соціального страхування скасувати, а постанову Київського апеляційного адміністративного суду від 5 грудня 2007 р. в цій частині залишити без змін, в іншій частині ухвалу Вищого адміністративного суду України від 18 березня 2009 р. залишити без змін.

Постанова є остаточною і не може бути оскаржена, крім випадку, встановленого п. 2 ч. 1 ст. 237 КАС.

РІШЕННЯ У ГОСПОДАРСЬКИХ СПРАВАХ

У ч. 2 ст. 5 Закону України «Про приватизацію державного майна» передбачено, що приватизації не підлягають об'єкти, які мають загальнодержавне значення. До таких об'єктів належать, зокрема, об'єкти інженерної інфраструктури та благоустрою міст, включаючи мережі, споруди, устаткування, які пов'язані з постачанням споживачам газу. Таким чином, газопроводи не підлягають приватизації, оскільки мають загальнодержавне значення

ПОСТАНОВА

Судової палати у господарських справах Верховного Суду України
від 10 лютого 2009 р.
(в и т я г)

У вересні 2007 р. Валківський міжрайонний прокурор подав позов до Господарського суду Харківської області в інтересах держави в особі Минківської сільської ради Валківського району цієї ж області (далі — Сільрада) до відкритого акціонерного товариства «Харківгаз» (далі — ВАТ) про повернення устаткування. Позовні вимоги мотивовані тим, що в ч. 2 ст. 5 Закону від 4 березня 1992 р. № 2163-ХІІ «Про приватизацію державного майна» (далі — Закон № 2163-ХІІ) передбачено, що приватизації не підлягають об'єкти, які мають загальнодержавне значення. До таких об'єктів належать, зокрема, об'єкти інженерної інфраструктури та благоустрою міст, включаючи мережі, споруди, устаткування, які пов'язані з постачанням споживачам газу.

У листопаді 2007 р. ВАТ подало зустрічний позов до Сільради про визнання протиправним та скасування її рішення від 26 червня 2007 р. «Про скасування рішення <...> Минківської сільської ради від 30 березня 2004 р. «Про передачу у власність ВАТ «Харківгаз» газопроводу низького тиску в с. Минківка Валківського району Харківської області» і про визнання за ВАТ права власності на газопровід низького тиску та станцію катодного захисту.

Господарський суд Харківської області рішенням від 24 грудня 2007 р. у задоволенні позову прокурора відмовив, а зустрічний позов повністю задовольнив.

Рішення мотивовано тим, що Сільрада безпідставно скасувала власне рішення і зробила це не в судовому порядку. Право власності на розподільчі газопроводи правомірно перейшло до ВАТ.

Харківський апеляційний господарський суд постановою від 22 квітня 2008 р. зазначене судові рішення скасував, а позов прокурора задовольнив: зобов'язав ВАТ повернути газопроводи низького тиску до комунальної власності Сільради. У задоволенні зустрічного позову відмовлено.

Постанова обґрунтована тим, що газопроводи не підлягають приватизації, оскільки мають загальнодержавне значення.

Вищий господарський суд України постановою від 2 вересня 2008 р. цю постанову Харківського апеляційного господарського суду скасував, а рішення Господарського суду Харківської області від 24 грудня 2007 р. залишив без змін.

На обґрунтування свого рішення суд зазначив таке. Сільрада безпідставно скасувала власне рішення, оскільки в п. 10 ст. 59 Закону від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР «Про місцеве самоврядування в Україні» (далі — Закон № 280/97-ВР) встановлено, що акти органів та посадових осіб місцевого самоврядування з мотивів їхньої невідповідності Конституції або законам України визнаються незаконними в судовому порядку. Суд не встановив незаконність набуття ВАТ права власності на розподільчі газопроводи.

Генеральний прокурор України у касаційному поданні порушив питання про скасування постанови Вищого господарського суду України від 2 вересня 2008 р. та залишення в силі постанови Харківського апеляційного господарського суду від 22 квітня 2008 р.

Верховний Суд України ухвалою від 15 січня 2009 р. за поданням прокурора порушив провадження з перегляду в касаційному порядку цієї постанови Вищого господарського суду. Посилання зроблені на порушення і неправильне застосування Вищим господарським судом норм матеріального права, невідповідність оскарженої постанови положенням Конституції та виявлення різного застосування цим судом одного й того ж положення закону в аналогічних справах.

Заслухавши суддю-доповідача, представників ВАТ і Генеральної прокуратури України та перевіривши матеріали справи, Судова палата у господарських справах Верховного Суду України дійшла висновку, що касаційне подання підлягає задоволенню з таких підстав.

Як установили суди, Валківська міжрайонна прокуратура Харківської області провела перевірку, в результаті якої встановлено, що згідно з рішенням Сільради від 30 березня 2004 р. Нововодолазькій

філії ВАТ безкоштовно передано у власність газопроводи низького тиску та споруди на них.

26 квітня 2007 р. Валківський міжрайонний прокурор вніс протест на зазначене рішення Сільради у зв'язку з його незаконністю.

Сільрада рішенням від 26 червня 2007 р. протест прокурора задовольнила: своє рішення від 30 березня 2004 р. скасувала.

У зв'язку з неповерненням до комунальної власності територіальної громади с. Минківка переданого ВАТ згідно з рішенням Сільради від 30 березня 2004 р. майна прокурор подав до Господарського суду Харківської області позов про його повернення.

Вищий господарський суд України, скасовуючи постанову Харківського апеляційного господарського суду від 22 квітня 2008 р. та залишаючи без змін рішення Господарського суду Харківської області від 24 грудня 2007 р., яким у задоволенні позову відмовлено, а зустрічний позов задоволено, вказав, що Сільрада безпідставно скасувала власне рішення, оскільки в п. 10 ст. 59 Закону № 280/97-ВР встановлено, що акти органів та посадових осіб місцевого самоврядування з мотивів їхньої невідповідності Конституції або законам України визнаються незаконними в судовому порядку. Суд не встановив незаконність набуття ВАТ права власності на розподільчі газопроводи.

Проте такі висновки є безпідставними у зв'язку з тим, що Сільрада не визнала незаконним, а скасувала своє рішення від 30 березня 2004 р., діючи в межах наданих законом повноважень.

Крім того, у ст. 20 Закону від 5 листопада 1991 р. № 1789-ХІІ «Про прокуратуру» передбачено, що при здійсненні прокурорського нагляду за додержанням і застосуванням законів прокурор має право, зокрема, вимагати для перевірки рішення, розпорядження, інструкції, накази та інші акти і документи. При виявленні порушень закону прокурор або його заступник у межах своєї компетенції мають право вносити подання або протест на рішення місцевих Рад залежно від характеру порушень.

Відповідно до ст. 21 цього ж Закону протест на акт, що суперечить закону, приноситься прокурором, його заступником до органу, який його видав, або до вищестоящего органу. У протесті прокурор ставить питання про скасування акта або приведення його у відповідність з законом. Протест прокурора зупиняє дію опротестованого акта і підлягає обов'язковому розгляду відповідним органом або посадовою особою у десятиденний строк після його надходження. Про наслідки розгляду протесту в цей же строк повідомляється прокурору. У разі відхилення протесту або ухилення від його розгляду прокурор може звернутися з заявою до суду про визнання акта незаконним.

За ст. 31 Закону від 7 лютого 1991 р. № 697-ХІІ «Про власність», чинного на час прийняття рішення про передачу майна, до державної власності в Україні належать загальнодержавна (республіканська) власність і власність адміністративно-територіальних одиниць (комунальна власність).

Згідно зі ст. 1 Закону № 2163-ХІІ відчуження майна, що перебуває у державній власності, на користь фізичних та юридичних осіб є приватизацією державного майна.

Відповідно до статей 15, 16 Закону № 2163-ХІІ приватизація державного майна здійснюється шляхом продажу об'єктів приватизації на аукціоні, за конкурсом.

У ч. 2 ст. 5 цього Закону передбачено, що приватизації не підлягають об'єкти, які мають загальнодержавне значення. До таких об'єктів належать, зокрема, об'єкти інженерної інфраструктури та благоустрою міст, включаючи мережі, споруди, устаткування, які пов'язані з постачанням споживачам газу.

Таким чином, Сільрада, задовольнивши протест Валківського міжрайонного прокурора та скасувавши своє рішення від 30 березня 2004 р., діяла в межах чинного на той час законодавства. Відповідно, спірне майно, яке належить територіальній громаді с. Минківка Валківського району Харківської області, перебуває у володінні ВАТ без достатніх правових підстав.

У зв'язку з цим Харківський апеляційний господарський суд обґрунтовано скасував рішення суду першої інстанції, задовольнив позов прокурора і відмовив ВАТ у задоволенні зустрічного позову.

За таких обставин постановою Вищого господарського суду України від 2 вересня 2008 р. підлягає скасуванню, а постановою Харківського апеляційного господарського суду від 22 квітня 2008 р. як законна та обґрунтована — залишеною в силі.

Верховний Суд України на підставі положень статей 6, 8 Конституції не визнав за необхідне направити справу на новий розгляд до суду першої інстанції, оскільки це суперечило б положенням ст. 125 Основного Закону і статей 2, 39 Закону від 7 лютого 2002 р. № 3018-ІІІ «Про судову систему України» в частині визначення статусу Верховного Суду України та його завдання забезпечити законність у здійсненні правосуддя і викликало б конституційно недопустиму необхідність скасування законного рішення суду апеляційної інстанції. У зв'язку з цим наведений у ст. 111¹⁸ ГПК перелік наслідків розгляду касаційної скарги на постанову Вищого господарського суду України не вважається правовою перешкодою для прийняття зазначеного рішення.

Враховуючи викладене і керуючись статтями 111¹⁷—111²¹ ГПК, Судова палата у господарських справах Верховного Суду України касаційне подання Генерального прокурора України

задовольнила: постанову Вищого господарського суду України від 2 вересня 2008 р. скасувала, а постанову Харківського апеляційного господарського суду від 22 квітня 2008 р. залишила в силі.

Відповідно до ст. 66 ГПК України господарський суд за заявою сторони, прокурора чи його заступника, який подав позов, або зі своєї ініціативи має право вжити заходів до забезпечення позову.

Вирішуючи питання про забезпечення позову, господарський суд має оцінити обґрунтованість доводів заявника щодо необхідності вжиття відповідних заходів. При цьому суд повинен врахувати наявність зв'язку між конкретним заходом до забезпечення позову і змістом позовних вимог та обставинами, на яких вони ґрунтуються, доказами, що наведені на їх підтвердження, й положеннями законодавства, якими позивач обґрунтовує свої права, подаючи позов

ПОСТАНОВА

*Судової палати у господарських справах Верховного Суду України
від 20 січня 2009 р.
(в и т я г)*

У серпні 2007 р. товариство з обмеженою відповідальністю «Петрус-Інвестбуд» (далі — ТОВ) звернулося до господарського суду з позовом до регіонального відділення Фонду державного майна України у Київській області (далі — відділення ФДМУ), відкритого акціонерного товариства «Заліське» (далі — ВАТ) про:

визнання недійсним інформаційного повідомлення про проведення конкурсу з продажу пакета простих іменних акцій ВАТ у кількості 10 млн 122 тис. 32 шт., що становить 71,379 % статутного фонду ВАТ (далі — пакет акцій ВАТ), опубліковане 11 липня 2007 р. у додатку до «Державного інформаційного бюлетеня про приватизацію» — «Відомостях приватизації» № 26 (467);

визнання недійсним протоколу засідання конкурсної комісії з продажу пакета акцій ВАТ з використанням відкритості пропонування ціни за принципом аукціону.

Крім того, позивач просив суд:

зобов'язати ВАТ надати ТОВ можливість ознайомитися з ВАТ як об'єктом приватизації та надати докладну інформацію щодо його діяльності;

зобов'язати відділення ФДМУ провести новий конкурс з продажу пакета акцій ВАТ;

виребувати у ВАТ оригінал та належним чином засвідчену копію протоколу засідання конкурсної комісії з продажу пакета акцій ВАТ.

На обґрунтування заявлених позовних вимог позивач вказав, що опублікована інформація не є об'єктивною і не містить жодних застережень потенційним учасникам конкурсу щодо можливої ліквідації ВАТ. Водночас ТОВ вказало, що не має можливості ознайомитися з об'єктом приватизації, у зв'язку з чим воно не може подати

конкурсні пропозиції та підтвердні документи до органу приватизації, щоб узяти участь у спірному конкурсі.

Суди розглядали справу неодноразово.

Господарський суд Київської області ухвалою від 4 квітня 2008 р. заяву ТОВ про забезпечення позову задовольнив: заборонив відділенню ФДМУ, у тому числі його посадовим особам, вчиняти будь-які дії, спрямовані на проведення конкурсу з продажу пакета акцій ВАТ з використанням відкритості пропонування ціни за принципом аукціону, зокрема, приймати конкурсні пропозиції, здійснювати експертизу відомостей, які містяться в підтвердних документах, за підсумками експертизи складати та затверджувати протокол з переліком учасників, які допущені до подання конкурсних пропозицій ціни, передавати конкурсній комісії перелік учасників, які допущені до подання конкурсних пропозицій ціни, реєструвати конкурсні пропозиції учасників конкурсу, оголошувати зміст конкурсних пропозицій учасників конкурсу, проводити конкурс у вигляді торгів «з голосу», вести та затверджувати протокол конкурсу, оголошувати та затверджувати результати конкурсу, укладати за результатами конкурсу договір купівлі-продажу.

Київський міжобласний апеляційний господарський суд постановою від 23 червня 2008 р. зазначену ухвалу господарського суду першої інстанції скасував.

Вищий господарський суд України постановою від 14 жовтня 2008 р. скасував цю постанову Київського міжобласного апеляційного господарського суду, а ухвалу Господарського суду Київської області від 4 квітня 2008 р. залишив без змін.

У касаційній скарзі відділення ФДМУ просило скасувати зазначену постанову Вищого господарського суду України з мотивів виявлення неоднакового застосування цим судом одного й того ж положення закону в аналогічних справах, неправильного застосування норм матеріального і процесуального права.

Верховний Суд України ухвалою від 25 грудня 2008 р. порушив касаційне провадження з перегляду постанови Вищого господарського суду України від 14 жовтня 2008 р.

Заслухавши суддю-доповідача, пояснення представника відповідача, дослідивши наведені у касаційній скарзі доводи, Судова палата у господарських справах Верховного Суду України визнала, що скарга підлягає задоволенню з таких підстав.

Скасовуючи постанову суду апеляційної інстанції, Вищий господарський суд України погодився з висновком господарського суду першої інстанції про те, що невжиття заходів до забезпечення позову може утруднити чи зробити неможливим виконання рішення господарського суду.

Проте із цим висновком погодитися не можна з таких підстав.

Предметом позову у справі, що розглядається, є вимоги про визнання недійсними інформаційного повідомлення про проведення конкурсу з продажу пакета акцій ВАТ та протоколу засідання конкурсної комісії з продажу цього пакета акцій, надання позивачу докладної інформації щодо діяльності товариства і, зокрема, вимога зобов'язати відділення ФДМУ провести новий конкурс з продажу пакета акцій ВАТ.

Господарський суд Київської області ухвалою від 4 квітня 2008 р. про забезпечення позову фактично заборонив відділенню ФДМУ проводити новий конкурс з продажу пакета акцій ВАТ.

У ст. 66 ГПК передбачено, що господарський суд за заявою сторони, прокурора чи його заступника, який подав позов, або зі своєї ініціативи має право вжити заходів до забезпечення позову. Забезпечення позову допускається на будь-якій стадії провадження у справі, якщо невжиття таких заходів може утруднити чи зробити неможливим виконання рішення господарського суду.

Отже, вирішуючи питання про забезпечення позову, господарський суд має оцінити обґрунтованість доводів заявника щодо необхідності вжиття відповідних заходів. При цьому суд повинен врахувати наявність зв'язку між конкретним заходом до забезпечення позову і змістом позовних вимог та обставинами, на яких вони ґрунтуються, доказами, які наведені на їх підтвердження, й положеннями законодавства, якими позивач обґрунтовує свої права, подаючи позов.

Апеляційний господарський суд, встановивши відсутність обґрунтування того, яким чином невжиття застосованих судом заходів до забезпечення позову може утруднити чи зробити неможливим виконання в подальшому рішення господарського суду, дійшов правильних висновків, що ухвала про забезпечення позову виходить за межі змісту позовних вимог, а вжиті заходи не пов'язані із суб'єктивними правами позивача на предмет спору і не відповідають законодавству, на підставі якого подано позов.

Вищий господарський суд України всупереч вимогам ст. 111¹⁰ ГПК безпідставно скасував постанову апеляційного суду, яка прийнята з дотриманням норм матеріального і процесуального права.

Крім того, касаційний суд, скасовуючи постанову суду апеляційної інстанції та залишаючи в силі ухвалу місцевого господарського суду від 4 квітня 2008 р. про забезпечення позову, не врахував, що господарський суд при першому розгляді справи вже виносив аналогічну ухвалу, яку Вищий господарський суд України постановою від 31 січня 2008 р. обґрунтовано скасував.

Враховуючи викладене, постанову Вищого господарського суду України від 14 жовтня 2008 р. не можна визнати законною й обґрунтованою, у зв'язку з чим вона підлягає скасуванню, а постанову Київського міжобласного апеляційного господарського суду від 23 червня 2008 р. — залишенню в силі.

Верховний Суд України на підставі положень статей 6, 8 Конституції України не визнав за необхідне направляти заяву про забезпечення позову на новий розгляд до суду першої інстанції, оскільки це суперечило б положенням ст. 125 Основного Закону і статей 2, 39 Закону від 7 лютого 2002 р. № 3018-III «Про судоустрій України» в частині визначення статусу Верховного Суду України та його завдання забезпечити законність у здійсненні правосуддя і викликало б конституційно недопустиму необхідність скасування законного рішення суду апеляційної інстанції. У зв'язку з цим наведений у ст. 111¹⁸ ГПК перелік наслідків розгляду касаційної скарги на постанову Вищого господарського суду України не вважається правовою перешкодою для прийняття Верховним Судом України зазначеного рішення.

Керуючись статтями 111¹⁷—111¹⁹ ГПК, Судова палата у господарських справах Верховного Суду України касаційну скаргу відділення ФДМУ задовольнила: постанову Вищого господарського суду України від 14 жовтня 2008 р. скасувала, а постанову Київського міжобласного апеляційного господарського суду від 23 червня 2008 р. залишила в силі.

РІШЕННЯ У КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВАХ

Відповідно до положень ст. 66 Конвенції про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22 січня 1993 р., ратифікованої Законом України від 10 листопада 1994 р. № 240/94-ВР «Про ратифікацію Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах», видана особа не може бути притягнута до кримінальної відповідальності або бути покарана за злочин, вчинений до її видання, за який її не було видано

УХВАЛА

стільного засідання колегії суддів Судової палати у кримінальних справах
Верховного Суду України і Військової судової колегії
від 31 липня 2009 р.
(в и т я г)

Ялтинський міський суд АР Крим вироком від 9 липня 2008 р. засудив Р. за ч. 3 ст. 15, ч. 2 ст. 186 КК на чотири роки шість місяців позбавлення волі, а за сукупністю вироків на підставі ст. 71 КК остаточно визначив строк покарання — п'ять років позбавлення волі.

Апеляційний суд АР Крим ухвалою від 2 вересня 2008 р. вирок щодо Р. змінив — за ч. 3 ст. 15, ч. 2 ст. 186 КК пом'якшив йому покарання до чотирьох років позбавлення волі, а на підставі ст. 71 КК остаточно призначив покарання — п'ять років позбавлення волі.

У касаційному порядку судові рішення щодо Р. не переглядалися.

За вироком суду Р. визнано винним у тому, що він 9 вересня 2005 р. приблизно 21 годині 45 хвилин, перебуваючи у стані алкогольного сп'яніння, із застосуванням насильства, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілої, намагався вирвати із рук сумку, в якій було майно на загальну суму 2 тис. 304 грн. Проте довести злочин до кінця не зміг з причин, які не залежали від його волі, оскільки був затриманий П.

У клопотанні про перегляд судових рішень з підстав, передбачених ч. 1 п. 2 ст. 400⁴ КПК, заступник прокурора АР Крим порушив питання про неправильне застосування кримінального закону при призначенні покарання Р. за сукупністю вироків на підставі ст. 71 КК.

Поданням п'яти суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України клопотання заступника прокурора АР Крим підтримано. На думку суддів, судові рішення щодо Р. підлягають зміні з виключенням із них призначення покарання за сукупністю вироків на підставі ст. 71 КК.

Заслухавши доповідь судді Верховного Суду України, думку прокурора, який підтримав клопотання та подання, судді Судової палати у кримінальних справах та Військової судової колегії дійшли висновку, що клопотання підлягає задоволенню з таких підстав.

Відповідно до вимог ст. 9 Конституції чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана

Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України, що застосовується в порядку, передбаченому Законом від 29 червня 2004 р. № 1906-IV «Про міжнародні договори України».

У ст. 66 Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах (далі — Конвенція), ратифікованої Верховною Радою України згідно із Законом від 10 листопада 1994 р. № 240/94-ВР «Про ратифікацію Конвенції про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах» передбачено, що без згоди запитованої договірної сторони видану особу не можна притягати до кримінальної відповідальності або покарання за здійснення до її видачі злочину, за який вона не була видана.

Як убачається з матеріалів справи, 3 листопада 2005 р. суд першої інстанції оголосив Р. у розшук. Його було затримано на території Російської Федерації 21 листопада 2007 р.

Відповідно до клопотання Міністерства юстиції України, Генеральним прокурором Російської Федерації прийнято рішення про видачу Р. для його притягнення до кримінальної відповідальності за замах на грабіж — злочин, передбачений ч. 3 ст. 15, ч. 2 ст. 186 КК.

Незважаючи на це, Ялтинський міський суд АР Крим на підставі ст. 71 КК приєднав до покарання, призначеного Р. за замах на грабіж, частково невідбуте покарання за попереднім вироком від 12 лютого 2004 р., на що згоди запитованої сторони не було. Тобто суд порушив вимоги Конвенції та вийшов за межі домовленості між Російською Федерацією й Україною.

Враховуючи зазначене, Верховний Суд України вирок Ялтинського міського суду АР Крим від 9 липня 2008 р. та ухвалу Апеляційного суду АР Крим від 2 вересня 2008 р. щодо Р. змінив і виключив із цих судових рішень призначення Р. покарання на підставі ст. 71 КК.

Постановлено вважати Р. засудженим за ч. 3 ст. 15, ч. 2 ст. 186 КК на строк чотири роки позбавлення волі.

**Вирок суду скасовано через порушення вимог ст. 65 КК України при призначенні за-
судженим кримінального покарання**

УХВАЛА

*колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України
від 3 вересня 2009 р.**(в и т я з)*

Калуський міськрайонний суд Івано-Франківської області вироком від 19 грудня 2008 р. засудив: Г. за ч. 2 ст. 186 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк чотири роки; за ч. 2 ст. 289 КК із застосуванням ст. 69 КК — до покарання у виді позбавлення волі на строк чотири роки шість місяців без конфіскації майна; на підставі ст. 70 КК остаточне покарання призначено у виді позбавлення волі на строк чотири роки шість місяців без конфіскації майна; М. за ч. 2 ст. 186 КК — до покарання у виді позбавлення волі на строк чотири роки; за ч. 2 ст. 289 КК із застосуванням ст. 69 КК — до покарання у виді позбавлення волі на строк чотири роки без конфіскації майна; на підставі ст. 70 КК остаточне покарання призначено у виді позбавлення волі на строк чотири роки без конфіскації майна.

За вироком суду їх визнано винними і засуджено за незаконне заволодіння транспортним засобом та відкрите викрадення чужого майна за попередньою змовою групою осіб, поєднане з насильством, що не є небезпечним для життя та здоров'я потерпілого, за таких обставин.

11 серпня 2008 р. приблизно о першій годині Г. та М., попередньо домовившись між собою про незаконне заволодіння транспортним засобом, рухаючись в автомобілі таксі, яким керував водій А., застосували до нього насильство, що не є небезпечним для життя та здоров'я потерпілого, накинувши йому на голову поліетиленовий пакет та обмотавши липкою стрічкою, після чого незаконно заволоділи автомобілем вартістю 19 тис. 579 грн, який належав Х.

Пізніше Г. та М. відкрито викрали мобільний телефон у потерпілого Л., мобільний телефон, який належав А. та його гроші в сумі 23 грн, які були в кишені, і 300 грн, що були в автомобілі.

Апеляційний суд Івано-Франківської області ухвалою від 12 березня 2009 р. зазначений вирок змінив, призначив М. покарання за ч. 2 ст. 289 КК із застосуванням ст. 69 КК у виді позбавлення волі строком на три роки без конфіскації майна. На підставі ст. 70 КК за сукупністю злочинів, передбачених ч. 2 ст. 186, ч. 2 ст. 289 КК, шляхом поглинення менш суворого покарання більш суворим остаточне покарання визначено у виді позбавлення волі на строк чотири роки без конфіскації майна. Прийнято рішення про виключення з вступної частини вироку посилання на те, що М. був при-

тягнутий до кримінальної відповідальності за ч. 1 ст. 309 КК. У решті вирок залишено без змін.

У касаційному поданні прокурор просив судові рішення щодо Г. та М. скасувати, а кримінальну справу щодо них направити на новий судовий розгляд, посилаючись на неправильне застосування кримінального закону, істотне порушення кримінально-процесуального закону і невідповідність призначеного судом покарання ступеню тяжкості вчиненого злочину та даним про особу засуджених унаслідок м'якості.

Перевіривши матеріали справи та доводи, наведені у касаційному поданні, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України дійшла висновку, що воно підлягає задоволенню з огляду на таке.

Висновок про доведеність винуватості Г. та М. у вчиненні злочинів, передбачених ч. 2 ст. 186, ч. 2 ст. 289 КК, суд зробив на підставі доказів, досліджених у судовому засіданні, що по суті в касаційному поданні не оспоровався.

Водночас колегія суддів погодилася з доводами касаційного подання щодо м'якості призначеного покарання засудженим.

Відповідно до вимог ст. 65 КК та п. 3 постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 р. № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання» суд при призначенні покарання повинен врахувати ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного та обставини, що обтяжують і пом'якшують покарання. Визначаючи ступінь суспільної небезпечності вчиненого злочину, суд повинен виходити із сукупності всіх обставин справи, зокрема форми вини, мотиву і цілі, способу, обстановки і стадії вчинення злочину, тяжкості наслідків, що настали, тощо.

Призначаючи Г. та М. покарання нижче від найнижчої межі, встановленої в санкції статті закону, за яким їх визнано винуватими, суд першої інстанції не повною мірою врахував конкретні обставини справи, дані про особу Г. та М. і призначив їм покарання, яке, на думку колегії суддів, не можна визнати справедливим унаслідок його м'якості.

Як убачається з матеріалів справи, суд першої інстанції при призначенні Г. та М. покарання на порушення вимог ст. 65 КК не врахував характеру та суспільної небезпеки вчинених ними злочинів і не звернув уваги на те, що вони вчинили злочини, які відповідно до ст. 12 КК є тяжкими.

Враховуючи наведене, колегія суддів Судової колегії у кримінальних справах Верховного Суду України визнала, що рішення суду про застосування ст. 69 КК при призначенні Г. та М. покарання не відповідає вимогам ст. 65 КК.

Апеляційний суд також не дав належної оцінки зазначеним обставинам справи та даним про осіб Г. та М.

Оскільки вирок Калуського міськрайонного суду від 19 грудня 2008 р. та ухвалу Апеляційно-

го суду Івано-Франківської області від 12 березня 2009 р. щодо Г. та М. відповідно до ст. 372 КПК визнано такими, що підлягають скасуванню у зв'язку з невідповідністю призначеного покарання тяжкості злочину та особі засуджених внаслідок його м'якості, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України зазначені судові рішення скасувала, а справу направила на новий судовий розгляд у той же суд в іншому складі суддів.

Відповідно до положень ст. 236⁸ КПК України, розглядаючи скаргу на постанову про порушення кримінальної справи, суд повинен перевіряти наявність приводів і підстав для винесення зазначеної постанови, законність джерел отримання даних, які стали підставою для її винесення, і не вправі розглядати й заздалегідь вирішувати ті питання, які суд вирішує при розгляді кримінальної справи по суті

УХВАЛА

*колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України
від 16 липня 2009 р.*

(в и т я г)

Широківський районний суд Дніпропетровської області постановою від 4 червня 2008 р. згідно з скаргою адвоката в інтересах Т. скасував постанову органу досудового слідства від 28 січня 2008 р. про порушення кримінальної справи щодо Т. за ознаками злочину, передбаченого ч. 1 ст. 364 КК, та відмовив у порушенні кримінальної справи.

Апеляційний суд Дніпропетровської області ухвалою від 5 серпня 2008 р. постанову місцевого суду залишив без змін.

У касаційному поданні прокурор послався на істотні порушення вимог кримінально-процесуального законодавства, які призвели до постановлення незаконних судових рішень. Він також вказав на те, що кримінальна справа щодо Т. порушена за наявності достатніх приводів і підстав. З урахуванням наведеного, прокурор порушив питання про скасування судових рішень та направлення матеріалів справи прокурору Широківського району Дніпропетровської області для проведення досудового слідства.

Перевіривши матеріали справи та обговоривши доводи, наведені в поданні, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України дійшла висновку, що воно підлягає задоволенню частково.

Відповідно до вимог ст. 236⁸ КПК, розглядаючи скаргу на постанову про порушення кримінальної справи, суд повинен перевіряти наявність приводів і підстав для винесення постанови, законність джерел отримання даних, які стали підставою для її винесен-

ня, і не вправі розглядати й заздалегідь вирішувати ті питання, які суд вирішує при розгляді справи по суті.

Згідно зі ст. 94 КПК підставами до порушення кримінальної справи є достатні дані, що вказують на наявність ознак злочину. На цій стадії кримінального процесу перевіряється лише наявність об'єктивних ознак, що характеризують подію злочину. Закон не вимагає від відповідних органів при вирішенні питання про порушення кримінальної справи надавати докази або вважати встановленими будь-які обставини.

Проте місцевий суд на порушення вимог закону замість перевірки приводів і підстав для порушення кримінальної справи вдався до аналізу та оцінки доказів, вказавши в постанові, що висновки про зловживання Т. своїм службовим становищем не підтверджуються матеріалами справи. Крім того, він зазначив, що кримінальна справа порушена на підставі припущень, а не доказів. Таким чином, суд заздалегідь вирішив ті питання, які вирішуються при розгляді справи по суті.

Апеляційний суд, перевіряючи законність та обґрунтованість постанови місцевого суду, зазначених порушень закону не усунув.

За таких обставин колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України постанову Широківського районного суду Дніпропетровської області від 4 червня 2008 р. за скаргою адвоката в інтересах Т. і ухвалу Апеляційного суду Дніпропетровської області від 5 серпня 2008 р. скасувала, а матеріали справи направила на новий судовий розгляд у той самий суд.



Справа «Ісмаїлов проти Росії»

Рішення від 6 листопада 2008 р.

Справа про конфіскацію майна

(в и т я г) *

Порушення ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод

У справі «Ісмаїлов проти Росії» Європейський суд з прав людини (далі — Суд) після обговорення в нарадчій кімнаті 16 жовтня 2008 р. проголошує таке рішення:

<...>

ФАКТИ

I. Обставини справи

5. Заявник, Оділ Юнус Ісмаїлов, 1937 р.н., проживає у м. Москві.

6. 17 листопада 2002 р. заявник прибув у м. Москву з м. Баку. При собі він мав 21 тис. 348 доларів США, отриманих від продажу квартири в м. Баку. Проте в митній декларації він зазначив, що перевозить 48 доларів США, тоді як згідно із законодавством Російської Федерації (далі — РФ) митному декларуванню підлягають гроші в сумі понад 10 тис. доларів США. Митні працівники виявили решту грошей у його багажі. Заявнику було висунуто обвинувачення за ознаками контрабанди — злочину, передбаченого ч. 1 ст. 188 Кримінального кодексу РФ (далі — КК РФ). Виявлені гроші було визнано речовими доказами в кримінальній справі та приєднано до матеріалів справи.

7. 8 травня 2003 р. Головінський районний суд м. Москви визнав заявника винним у вчиненні інкримінованого йому злочину та засудив його на шість місяців позбавлення волі умовно з іспитовим строком шість місяців. Щодо грошей цей суд постановив таке: «Речові докази: гроші в сумі 21 тис. 348 доларів США, що зберігаються в центральній касі митниці аеропорту Шереметьєво, передати в доход держави».

8. В апеляції на цей вирок заявник заперечував свою вину та заявив, що звернення вилучених у нього грошей в дохід держави не відповідало чинному законодавству РФ, оскільки у ст. 188 КК РФ не передбачено додаткового покарання у виді конфіскації.

9. 29 травня 2003 р. Московський міський суд залишив вирок без зміни. Стосовно вилучених грошей він зазначив, що суд першої інстанції не прийняв рішення про їх конфіскацію як вид кримінального покарання, а лише вирішив питання про речові докази.

10. Заявник звертався зі скаргами до різних органів, стверджуючи, що перебуває у скрутному матеріальному становищі, тому й вирішив продати квартиру в м. Баку, яку успадкував від матері. Пославшись на заповіт та договір купівлі-продажу квартири, він вимагав повернути йому гроші, отримані законним шляхом з гуманітарних підстав.

11. 8 вересня 2003 р. Уповноважений з прав людини РФ (далі — Уповноважений) надіслав листа в.о. прокурора м. Москви з проханням внести протест у порядку нагляду на вирок щодо заявника в частині вирішення питання про речові докази. 18 вересня 2003 р. заступник прокурора м. Москви у відповіді Уповноваженому зазначив, що підстав для звернення з протестом немає, оскільки питання про речові докази було вирішено відповідно до п. 7 постанови Пленуму Верховного Суду СРСР від 3 лютого 1978 р. (№ 2 «Про судову практику у справах про контрабанду» (далі — постанова Пленуму від 3 лютого 1978 р. № 2 — *Ред.*)).

12. 22 жовтня 2003 р. Уповноважений звернувся з проханням ініціювати перегляд вироку в порядку нагляду до Генерального прокурора РФ. У листі він зазначив, що всупереч вимогам Кримінально-процесуального кодексу РФ (далі — КПК РФ) у жодному процесуальному документі не вказано, до якої категорії речових доказів належать гроші, вилучені у заявника. Ця помилка призвела до неправильного вирішення питання про речові докази. Ці гроші не були ні знаряддям злочину (у справах про контрабанду таким знаряддям може бути лише місце схову), ні доходом від злочинної діяльності. Відповідно, в ситуації із заявником не можна було застосовувати ні п. 1, ні п. 4 ч. 3 ст. 81 КПК РФ, а гроші підлягають поверненню законному власнику згідно з п. 6 ч. 3 цієї статті. В іншому випадку рішення про звернення коштів у дохід держави фактично буде повторним покаранням за один і той самий злочин. Крім того, Уповноважений стверджував, що підстав для засто-

* Переклад витягу з рішення підготувала помічник Першого заступника Голови Верховного Суду України **З.П. БОРТНОВСЬКА**; повний текст рішення розміщено на сайті Європейського суду з прав людини (www.echr.coe.int).

сування постанови від 3 лютого 1978 р. № 2 не було, оскільки у п. 7 цієї постанови міститься чітке посилення на чинний закон, а новий КК РФ не передбачає застосування конфіскації у справах про контрабанду.

13.9 грудня 2003 р. заступник Генерального прокурора РФ повідомив, що президія Верховного Суду РФ вже приймала рішення про те, що предмет контрабанди необхідно розглядати як знаряддя злочину і конфіскувати як такий (він послався на рішення у справі за обвинуваченням Петренка, яке цитується у п. 23).

14. Уповноважений звернувся з цього питання до Конституційного Суду РФ з конституційною скаргою в інтересах заявника та ще однієї особи.

15. 8 липня 2004 р. Конституційний Суд РФ у відкритті конституційного провадження відмовив (ухвала № 251-О), зазначивши, що юридична можливість конфіскувати предмети, визнані речовими доказами у кримінальній справі, у тому числі знаряддя злочину, предмети, цінності та інші речі, набуті злочинним шляхом, відповідає міжнародним зобов'язанням РФ згідно з Конвенцією Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності та Конвенцією про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом. Таким чином, згідно зі ст. 81 КПК РФ свавільне втручання в майнові права чи порушення конституційних прав скаргників є недопустимим. Конституційний Суд РФ зазначив:

«Визначення статусу предметів, незаконно введених на митну територію РФ, у межах кримінальної справи та вирішення питання, чи відповідають вони критеріям речових доказів, що підлягають конфіскації, належить до компетенції суду загальної юрисдикції, який розглядає кримінальну справу. Законність та вмотивованість судового рішення щодо конфіскації речових доказів повинен переглядати суд вищої інстанції в процесуальному порядку. Конституційний Суд РФ не уповноважений здійснювати такий перегляд...».

16. 24 березня 2005 р. Конституційний Суд РФ відмовив у задоволенні клопотання Уповноваженого про роз'яснення рішення від 8 липня 2004 р.

II. Відповідне міжнародне та національне право і практика

17. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності, яка стосується транснаціональних злочинів, злочинів, учинених організованими кримінальними угрупованнями, відмивання доходів, отриманих злочинним шляхом, корупції, перешкоджання правосуддю, ратифікована РФ 26 травня 2004 р. У відповідних статтях цієї Конвенції зазначено:

«Ст. 7. Заходи щодо боротьби з відмиванням коштів.

<...>

2. Держави-учасниці розглядають питання про застосування практично можливих заходів щодо виявлення переміщення готівкових коштів і відповідних оборотних інструментів через їхні кордони і щодо контролю за таким переміщенням за умови дотримання гарантій, спрямованих на забезпечення належного використання інформації, і не створюючи будь-яких перешкод переміщенню законного капіталу. Такі заходи можуть включати вимогу про те, щоб фізичні особи і комерційні організації повідомляли про транскордонні переведення значних обсягів готівкових коштів і передачі відповідних оборотних інструментів.

<...>

Ст. 12. Конфіскація та арешт.

1. Держави-учасниці вживають, у максимальному ступені, можливому в межах їхніх внутрішніх правових систем, таких заходів, які можуть знадобитися для забезпечення можливості конфіскації:

a) доходів від злочинів, що охоплюються цією Конвенцією, або майна, вартість якого відповідає вартості таких доходів;

b) майна, устаткування або інших засобів, які використовувалися або призначалися для використання при вчиненні злочинів, що охоплюються цією Конвенцією».

18. У КК РФ передбачено, що контрабанда, тобто переміщення товарів чи інших предметів у великих розмірах через митний кордон РФ з приховуванням від митного контролю або в поєднанні з недекларуванням чи неправильним декларуванням таких товарів, карається позбавленням волі на строк до п'яти років (ч. 1 ст. 188 КК РФ).

19. У Федеральному законі від 9 жовтня 1992 р. № 3615-І «Про валютне регулювання і валютний контроль» (чинний на момент події) передбачалося, що резиденти та нерезиденти РФ мали право перекладувати, ввозити та присилати іноземну валюту в РФ без обмежень за умови дотримання митних правил (ч. 3 ст. 6 та ч. 1 ст. 8 цього Закону).

20. У КПК РФ зазначено:

«Ст. 81. Речові докази.

1. Речовими доказами є будь-які предмети:

1) які були знаряддями злочину або зберегли на собі сліди злочину;

2) на які було спрямовано злочинні дії;

3) інші предмети та документи, які можуть служити засобами для виявлення злочину і встановлення обставин, які мають значення для кримінальної справи.

<...>

3. При постановленні вироку ... має бути вирішено питання про речові докази. При цьому:

1) знаряддя злочину, які належать обвинуваченому, підлягають конфіскації, або передаються у відповідні установи, або знищуються;

2) речі, вилучені з обігу, передаються відповідним установам або знищуються;

3) речі, які не мають ніякої цінності та не витребувані стороною, знищуються...;

4) гроші, цінності та інші речі, набуті злочинним шляхом, передаються в доход держави за рішенням суду;

5) документи ... залишаються в матеріалах кримінальної справи...;

6) інші предмети передаються законним володільцям або, якщо особу володільця не може бути встановлено, переходять у власність держави».

Подібні положення було закріплено в ст. 86 КПК РСФСР (вони процитовані в п. 20 рішення від 9 червня 2005 р. № 68443/01 у справі «Бакланов проти Росії»).

21. У постанові Пленуму Верховного Суду СРСР від 3 лютого 1978 р. № 2 «Про судову практику у справах про контрабанду» зазначено:

«7. Згідно з чинним законодавством предмети контрабанди як речові докази підлягають конфіскації в доход держави. Також підлягають конфіскації транспортні та інші засоби як знаряддя злочину, якщо їх було спеціально обладнано для приховування товарів або інших цінностей при переміщенні їх через державний кордон СРСР...».

22. У постанові Пленуму Верховного Суду СРСР від 16 серпня 1984 р. № 19 «Про конфіскацію знарядь злочину, визнаних речовими доказами у кримінальній справі» зазначено:

«У зв'язку з питанням про можливість застосування п. 1 ст. 86 КПК РСФСР та відповідних статей КПК інших союзних республік при вчиненні злочинів з необережності, яке виникає в судовій практиці, Пленум Верховного Суду СРСР постановляє:

Роз'яснити, що предмети, які належать засудженому і визнані речовими доказами, може бути конфісковано на підставі п. 1 ст. 86 КПК РСФСР та відповідних статей КПК інших союзних республік лише у випадку умисного використання їх самим засудженим або його співучасниками як знарядь злочину для досягнення злочинного результату».

23. Ухвалою Президії Верховного Суду РФ у справі за обвинуваченням Петренка (ухвала від 10 червня 1998 р., № 446р98пр) задоволено протест прокурора на вирок, яким Петренка засуджено за контрабанду іноземної валюти, однак гроші повернуто засудженому на тій підставі, що в ст. 188 КК РФ не передбачено конфіскацію як вид кримінального покарання. Президія зазначила таке:

«Конфіскацію майна як вид кримінального покарання потрібно відрізнити від конфіскації предметів контрабанди, які визнано речовими доказами. Суд повинен ці питання вирішити у вирок окремо...

У розумінні ч. 1 ст. 86 КПК РСФСР та ст. 83 КПК РФ знаряддям злочину є будь-який предмет, який було використано для вчинення суспільно небез-

печних діянь, незалежно від основного призначення предмета. Відповідно, поняття «знаряддя злочину» охоплює предмет злочину.

Обов'язковою ознакою злочину, передбаченого ст. 188 КК РФ, є предмет контрабанди, який було незаконно переміщено через митний кордон... Суд визнав Петренка винним у замаху на контрабанду, зазначивши, що американські долари були предметом контрабанди. Відповідно, він повинен був вирішити питання про речові докази згідно з ч. 1 ст. 86 КПК, тобто відповідно до правил, які застосовуються до знарядь злочину, однак не зробив цього».

ПРАВО

І. Стверджуване порушення ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод

24. Посилаючись на ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція), заявник заявив, що органи влади незаконно конфіскували в нього гроші, які він отримав від продажу успадкованої квартири. У ст. 1 Першого протоколу до Конвенції передбачено таке:

«Кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права.

Проте попередні положення жодним чином не обмежують право держави вводити в дію такі закони, які вона вважає за необхідне, щоб здійснювати контроль за користуванням майном відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів».

<...>

В. Суть

1. Доводи сторін

26. Заявник стверджував, по-перше, що конфіскація не була законною, оскільки у ст. 188 КК РФ не передбачено такого виду покарання за контрабанду, і згідно зі ст. 81 КПК РФ органи влади мали право конфіскувати лише гроші, отримані незаконним шляхом, тоді як вилучені в нього гроші були законним доходом від продажу успадкованої квартири. Заявник вказував на те, що він не мав судимостей і його не підозрювали в діяльності кримінального характеру, тому посилання на Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності у справі стосовно нього було недоцільним. Крім того, він стверджував, що конфіскація грошей становила для нього непропорційний тягар, насамперед тому, що його вже покарали, засудивши до позбавлення волі з відстроченням виконання вироку.

27. Уряд стверджував, що ввезені заявником гроші були знаряддям злочину та речовими дока-

зами у кримінальній справі. Їх було конфісковано відповідно до п. 1 ч. 3 ст. 81 КПК РФ та з урахуванням практики Верховного Суду РФ у справі щодо Петренка. Це рішення відповідало закріпленим у міжнародному праві принципам, зокрема у ст. 12 Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності, в якій передбачено «можливість конфіскації доходів від злочинів, майна, устаткування або інших засобів, які використовувалися або призначалися для використання при вчиненні злочинів». Проведення конфіскації мало законні підстави, а заявник міг її передбачити.

2. Оцінка Суду

(а) Правило, яке підлягає застосуванню

28. Стаття 1 Першого протоколу до Конвенції, містить три окремі норми: перша норма, яку закріплено в першому реченні першого пункту і яка має загальний характер, викладає принцип мирного володіння власністю; друга норма у другому реченні того ж пункту поширюється на випадки позбавлення права власності й передбачає для цього певні умови; третя норма, яку закріплено у другому пункті, допускає, що договірні сторони мають право, зокрема, контролювати використання власності відповідно до загального інтересу. Однак ці норми не є окремими, тобто не пов'язаними одна з одною. Друга і третя норми стосуються окремих випадків втручання у право на мирне володіння власністю, тому повинні тлумачитися за загальним принципом, закріпленим у першій нормі (див. п. 134 рішення від 22 червня 2004 р. № 31443/96 у справі «Броньовські проти Польщі» [ВП]).

29. «Майно», яке є предметом розгляду в цій справі, — це гроші (долари США), конфісковані в заявника згідно з судовим рішенням. Сторони у справі погодились із тим, що конфіскація була втручанням у право заявника на мирне володіння своїм майном і що ст. 1 Першого протоколу до Конвенції підлягає застосуванню. Потрібно лише встановити, який пункт цієї статті, перший чи другий, поширюється на відповідний захід.

30. Як і в інших справах, Суд зазначає, що конфіскація майна, хоч і пов'язана з позбавленням права власності, є все ж заходом з контролю за використанням власності, який передбачено п. 2 ст. 1 Першого протоколу до Конвенції (див. ухвали щодо неприйнятності: від 4 вересня 2001 р. № 52439/99 у справі «Ріела та інші проти Італії»; від 5 липня 2001 р. № 52024/99 у справі «Аркурі та інші проти Італії»; від 26 червня 2001 р. № 28078/95 у справі «С.М. проти Франції»; також див. п. 34 рішення від 5 травня 1995 р. № 18465/91 у справі «Ейр Канада проти Великобританії»; п. 34 рішення від 24 жовтня 1986 р. № 9118/80 у справі «AGOSI проти Великобританії»). Відповідно, Суд вважає, що такий самий підхід необхідно застосувати у справі, яка розглядається.

(б) Відповідність ст. 1 Першого протоколу до Конвенції

31. Суд наголошує таке. Перша та найважливіша вимога ст. 1 Першого протоколу до Конвенції передбачає, що будь-яке втручання органу влади у мирне володіння майном повинно бути «законним»: у п. 2 встановлено, що держави мають право контролювати використання майна шляхом введення «законів». Крім того, принцип верховенства права — одна з підвалин демократичного суспільства — закріплений в усіх статтях Конвенції. Питання, чи було досягнуто справедливого балансу між загальними інтересами суспільства та вимогами захисту основоположних прав особи лише тоді стає значимим, якщо встановлено, що під час відповідного втручання було дотримано принципу «законності» і воно не було свавільним (див.: п. 39 рішення від 9 червня 2005 р. № 68443/01 у справі «Бакланов проти Росії»; п. 33 рішення від 24 березня 2005 р. № 58254/00 у справі «Фрізен проти Росії»).

32. Гроші, виявлені у заявника, було визнано речовими доказами у кримінальній справі щодо нього відповідно до ч. 1 ст. 81 КПК РФ. Згідно з ч. 3 цієї статті, постановляючи вирок, суд повинен був вирішити питання про речові докази. На підставі ч. 1 ст. 81 КПК РФ він установив, що гроші були знаряддям злочину і підлягали конфіскації. Хоча заявник наполягає, що в ст. 81 КПК РФ передбачалась можливість конфіскації лише доходів, отриманих злочинним шляхом, у цій нормі не було застережень щодо законних чи незаконних джерел походження знарядь злочину. Що стосується кваліфікації незадекларованої валюти як знаряддя чи предмета контрабанди, Суд зазначає, що принаймні з часу проголошення ухвали Верховного Суду РФ у справі за обвинуваченням Петренка (див. п. 23) тлумачення поняття «знаряддя злочину» як такого, що також охоплює поняття «предмет злочину», було закріплено в праві Росії. Відповідно, Суд вважає, що підстави для конфіскації у національному законодавстві передбачалися і її застосування було достатньо прогнозованим.

33. Щодо загальних інтересів суспільства, для досягнення яких і мало місце втручання в право на мирне володіння майном, Суд зауважує, що держави мають законний інтерес, а також обов'язок на підставі різних міжнародних договорів, таких як Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності, вживати заходи з метою виявлення та відстеження руху коштів через їхні кордони, оскільки значні суми можуть використовуватися під час відмивання грошей, торгівлі наркотиками, фінансуванні тероризму чи організованої злочинності, ухилення від сплати податків чи вчинення інших тяжких фінансових злочинів. Загальна вимога щодо декларування товарів, що переміщуються через митний кордон, яка поширюється на кожну особу, котра перетинає

державний кордон, запобігає неконтрольованому ввезенню готівки в державу чи її вивезенню з неї, тому конфіскація у випадку недекларування готівки під час проходження митного контролю є частиною регуляторного механізму, який відповідає загальним інтересам суспільства.

34. Суд повинен проаналізувати, чи дотримали органи влади розумний баланс між заходами, вжитими для забезпечення загальних інтересів суспільства, та потребою захищати право заявника на мирне володіння своїм майном, тобто, чи не стали вжиті заходи особистим та надмірним тягарем для заявника.

35. Злочин, у вчиненні якого заявника було визнано винним, полягав у переміщенні через митний кордон РФ незадекларованих коштів у сумі 21 тис. 300 доларів США. Ввезення іноземної валюти на територію РФ не було незаконним діянням згідно з чинним законодавством. Ввезення іноземної валюти як таке було законним; крім того, сума, яку можна було законно переказати, а в цій справі — фізично перемістити через митний кордон, не була обмежена (див. п. 19). Ця обставина відрізняє розглядувану справу від справ, у яких конфіскацію було застосовано або до товарів, імпорт яких заборонявся (див.: зазначене рішення у справі «AGOSI проти Великобританії» щодо заборони імпорту золотих монет; рішення від 30 червня 2005 р. № 45036/98 у справі «Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi проти Ірландії» [ВП], щодо арешту літака, який підпадав під дію міжнародних санкцій), або до транспортних засобів, використаних для перевезення заборонених речовин чи торгівлі людьми (див.: зазначене рішення у справі «Ейр Канада проти Великобританії»; зазначену ухвалу в справі «С.М. проти Франції»; ухвалу щодо неприйнятності від 10 квітня 2003 р. № 38602/02 у справі «Ілдірім проти Італії»).

36. Крім того, органи влади не заперечували того, що джерело походження грошей заявника було законним. Він мав документи, такі як заповіт та договір купівлі-продажу, які підтверджували, що гроші він отримав від продажу успадкованої від матері квартири в м. Баку. З огляду на це Суд розмежовує розглядувану справу та справи, в яких конфіскували доходи, отримані від злочинів (див. пункти 9—18 рішення від 5 липня 2001 р. № 41087/98 у справі «Філіпс проти Великобританії»), майно, стосовно якого припускали, що воно було придбане незаконно (див. зазначені ухвали у справах «Ріела проти Італії» та «Аркурі проти Італії» та п. 29 рішення від 22 лютого 1994 р. № 12954/87 у справі «Раймондо проти Італії»), або майна, яке могло бути використане в незаконній діяльності (див. ухвалу щодо неприйнятності від 27 червня 2002 р. № 41661/98 у справі «Батлер проти Великобританії»).

37. Суд також зазначає, що заявник раніше не притягнувся до кримінальної відповідальності, і в інциденті, який мав місце у розглядуваній справі, його не підозрювали та не обвинувачували у вчиненні будь-яких злочинів. Немає підстав стверджувати, що застосовуючи конфіскацію, органи влади мали намір перешкодити його подальшій незаконній діяльності: відмиванню грошей, торгівлі наркотиками, фінансуванню тероризму чи ухиленні від сплати податків. Гроші, які він перевозив, були отримані законним шляхом, ввезення такої суми на територію РФ дозволялося за умови її митного декларування. Це означає, що йому можна поставити за провинку лише те, що він не дотримав передбаченого порядку митного декларування грошей, які ввозив.

38. Суд вважає, що для того, щоб втручання вважалось пропорційним, воно має відповідати тяжкості правопорушення, зокрема недотриманню вимоги щодо внесення відомостей до митної декларації, а не тяжкості будь-якого правопорушення, яке можна припустити (наприклад, відмивання грошей або ухилення від сплати податків), але яке насправді не було доведено. Сума, конфіскована у заявника, була для нього значною, оскільки це були всі гроші, отримані від продажу квартири його матері в м. Баку. Шкода, яку заявник потенційно міг завдати органам влади, була б незначною: він не ухилився від сплати мита та інших зборів і не завдав державі іншої шкоди. Якби ввезені гроші він не задекларував, органи влади РФ лише не отримали б інформацію про те, що ці кошти опинилися на території цієї країни. Таким чином, метою конфіскації було не відшкодування майнової шкоди, завданої державі, оскільки вона не зазнала ніяких збитків внаслідок невнесення заявником відомостей до митної декларації, а його покарати (порівн. п. 47 рішення від 24 лютого 1994 р. № 12547/86 у справі «Бенденун проти Франції»). Однак у цій справі заявник вже зазнав покарання за контрабанду у виді позбавлення волі з відстроченням виконання вироку та іспитовим строком. Уряд не переконав Суд, що основне покарання було недостатнім для досягнення його мети.

Уряд РФ не переконав Суд та навіть не послався на те, що основне покарання не було достатнім для досягнення бажаної мети: перешкодити вчиненню нових злочинів, покарати за порушення вимог щодо декларування та запобігти їх порушенню. За цих обставин застосування конфіскації як додаткового покарання, за оцінкою Суду, було непропорційним, оскільки становило «особистий та надмірний тягар» для заявника.

39. Отже, в цій справі було порушено ст. 1 Першого протоколу до Конвенції.

<...>

Судова практика і проблеми вдосконалення законодавства



Т.В. Шевченко,
суддя Верховного
Суду України



З.П. Бортновська,
помічник Першого
заступника Голови
Верховного Суду України



С.А. Солоткий,
науковий консультант
управління забезпечення
діяльності Судової палати
у кримінальних справах
Верховного Суду України

До питання про докази у кримінальному судочинстві¹

У ст. 129 Конституції України серед основних засад судочинства закріплено, зокрема, такі, як рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом, забезпечення доведеності вини, змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів і в доведенні перед судом їх переконливості, забезпечення обвинуваченому права на захист.

Водночас у ч. 2 ст. 3 Конституції головним обов'язком держави проголошено утвердження та забезпечення прав і свобод людини, а отже, правоохоронні органи та суд при встановленні істини під час розслідування і розгляду кримінальної справи зобов'язано дотримувати гарантій прав та свобод людини і громадянина, закріплених у Конституції та в інших законах України.

Згідно зі ст. 9 Конституції чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. За ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (далі — Конвенція), ратифікованої Верховною Радою України Законом від 17 липня 1997 р. № 475/97-ВР, при визначенні кримінального обвинувачення кожному гарантовано право на справедливий розгляд справи щодо нього незалежним і безстороннім судом, створеним відповідно до закону, та застосування презумпції невинуватості. Аналогічні гарантії містить і Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 р., ратифікований Указом Президії Верховної Ради Української РСР від 19 жовтня 1973 р. № 2148-VIII.

Зазначені конституційні положення та положення чинних міжнародних договорів враховані та розвинені в кримінально-процесуальному законодавстві України. Так, згідно з ч. 2 ст. 22 Кримінально-процесуального кодексу України (далі — КПК) суд, прокурор, слідчий і особа, яка проводить дізнання, не вправі перекладати обов'язок доказування на обвинуваченого. А відповідно до ст. 323 цього Кодексу суд може обґрунтовувати свій вирок лише тими доказами, які були розглянуті ним у судовому засіданні.

Разом з тим основною проблемою в законодавчому врегулюванні доказування в Україні є те, що чинний КПК взагалі не містить визначення

¹ При підготовці статті використані матеріали узагальнень судової практики, а також постановлені Верховним Судом України процесуальні рішення, які стосуються порушень у статті питань. Водночас автори висловлюють власну точку зору, яка не завжди може збігатися з офіційною позицією Верховного Суду України.

S u m m a r y

Reveals a number of complicated issues arising in the process of assessment of evidence under administration of justice in criminal proceedings. The authors analyze the relevant national legislation as well as the ECHR's judgments relating to tenancy and admissibility of evidence in criminal proceedings.

поняття «доказування» чи правил оцінювання доказів. Зокрема, у зазначеному Кодексі не закріплено сформульоване теорією кримінального процесу правило про те, що кожен доказ підлягає оцінюванню з точки зору належності, достовірності та допустимості, а всі докази в їх сукупності — достатності для вирішення кримінальної справи. Водночас у ч. 3 ст. 62 Конституції закріплено основний принцип допустимості доказів, який полягає у тому, що обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом.

Саме відсутність у законодавстві чітких правил доказування негативно позначається на якості досудового слідства, а також призводить до виникнення великої кількості питань, які в судовій практиці вирішуються по-різному.

Основною проблемою у законодавчому врегулюванні доказування в Україні є те, що чинний КПК взагалі не містить визначення поняття «доказування» чи правил оцінювання доказів

У зв'язку з цим слід зауважити, що в ході розгляду кримінальних справ у судах, як правило, не виникає проблем, пов'язаних з оцінюванням доказів з точки зору їх належності, достовірності та достатності. Ці питання вирішуються відповідно до обставин кожної конкретної справи.

Разом з тим у судовій практиці щодо допустимості доказів виникає багато питань, головні з яких пов'язані з незабезпеченням права на захист, порушенням вимоги про те, що доказ повинен бути отриманий лише належним суб'єктом, з належного джерела і з дотриманням процедури, передбаченої законом.

У зв'язку із закріпленими у ст. 62 Конституції положеннями про те, що обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях, через відсутність належного врегулювання в кримінально-процесуальному законі постали питання: які докази можна вважати такими, що одержані незаконним шляхом, і чи всі порушення закону (навіть формальні) зумовлюють визнання доказу недопустимим.

Спроба врегулювати ці питання була зроблена в постанові Пленуму Верховного Суду України від 1 листопада 1996 р. № 9 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя», у п. 19 якої зазначено, що докази повинні визнаватися такими, що одержані незаконним шляхом, наприклад, тоді, коли їх збирання й закріплення здійснено або з порушенням гарантованих Конституцією прав людини і громадянина, встановленого кримінально-процесуальним законодавством порядку, або не уповноваженою на це особою чи органом, або за допомогою дій, не передбачених процесуальними нормами.

У п. 20 вказаної постанови Пленум Верховного Суду України звернув увагу на те, що відповідно до вимог ст. 63 Конституції особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом, і якщо під час проведення дізнання чи досудового слідства підозрюваному, обвинуваченому, його дружині чи близькому родичу цього не було роз'яснено, показання зазначених осіб повинні визнаватися судом одержаними з порушенням закону, що має наслідком недопустимість їх використання як засобів доказування.

Крім того, деякі питання щодо оцінювання доказів були висвітлені також і в інших постановках Пленуму Верховного Суду України. Зокрема, у п. 14 постанови Пленуму Верховного Суду України від 27 грудня 1985 р. № 11 «Про додержання судами України процесуального законодавства, яке регламентує судовий розгляд кримінальних справ» зазначено, що оголошення показань свідка, який до суду не викликався, є недопустимим. Суд не вправі у вирокі посилатись на ці показання як на доказ у справі, оскільки вони не досліджувались у судовому засіданні.

У п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 1997 р. № 7 «Про посилення судового захисту прав та свобод людини і громадянина» ще раз наголошено на тому, що згідно з ч. 3 ст. 62 Конституції обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом. У зв'язку з цим судам при розгляді кожної справи необхідно перевіряти, чи були докази, якими органи попереднього слідства обґрунтовують висновки про винність особи у вчиненні злочину, одержані відповідно до норм КПК. Якщо буде встановлено, що ті чи інші докази були одержані незаконним шляхом, суди повинні визнавати їх недопустимими і не враховувати при обґрунтуванні обвинувачення у вирокі.

Відсутність у законодавстві чітких правил доказування негативно позначається на якості досудового слідства, а також призводить до виникнення великої кількості питань, які в судовій практиці вирішуються по-різному

Проте без внесення відповідних змін до кримінально-процесуального закону неможливо жодними роз'ясненнями вирішити всі питання, що виникають у кримінальному судочинстві у зв'язку з доказуванням.

У теорії кримінального процесу допустимість доказів означає, що:

1) фактичні дані як докази повинні бути отримані уповноваженим на це суб'єктом (особою, у провадженні якої перебуває кримінальна справа,

особою, яка здійснює перевірку заяви і повідомлення про злочин, або яка виконує доручення слідчого, а також органами оперативно-розшукової юрисдикції при виявленні злочинів);

2) фактичні дані мають бути отримані з відомого, не забороненого законом джерела, яке можна перевірити;

3) фактичні дані повинні бути отримані в установленому законом порядку з дотриманням процесуальної форми, яка гарантує захист прав і законних інтересів громадян;

4) фактичні дані і сам процес їх отримання повинні бути належним чином закріплені та засвідчені;

5) зібрані докази та інші матеріали кримінальної справи в цілому дозволяють здійснити аналіз і перевірку достовірності і законності отримання фактичних даних ².

Докази, одержані з грубим порушенням норм КПК, що регулюють процес доказування, конституційних та інших прав громадян, а тим більше — у результаті злочинного нехтування нормами, які визначають умови і порядок збирання та перевірки доказів та їхніх джерел, завжди викликають сумнів щодо їх достовірності

Докази, одержані з грубим порушенням норм КПК, що регулюють процес доказування, конституційних та інших прав громадян, а тим більше — у результаті злочинного нехтування нормами, які визначають умови і порядок збирання та перевірки доказів та їхніх джерел, завжди викликають сумнів щодо їх достовірності. Тому встановлені законом способи збирання і фіксації доказів гарантують достовірність відомостей про фактичні обставини справи. Відомості, одержані внаслідок слідчих і судових дій, можуть бути доказами лише за умови неухильного додержання процесуального закону. Такі відомості можуть стати доказами після належного оформлення їх відповідно до процесуальних вимог ³.

Зазначимо, що положення ст. 62 Конституції про неприпустимість обґрунтування обвинувачення доказами, одержаними незаконним шляхом, є занадто загальними. Ні в Конституції, ні у кримінально-процесуальному законі не вказано, які докази вважаються такими, що одержані незаконним шляхом. Це призводить до труднощів у розумінні зазначених положень, зумовлює різні, діаметрально протилежні підходи до вирішення питань, пов'язаних із оцінюванням доказів з точки зору належності суб'єкта їх отримання,

що, у свою чергу, може призвести до порушення принципу законності під час збирання доказової бази.

Щодо деяких питань про використання доказів з огляду на належність суб'єкта їх отримання, то згідно з ч. 1 ст. 66 КПК особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор і суд можуть збирати докази лише у справах, що перебувають у їх провадженні. Вони також вправі доручити підрозділам, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, провести оперативно-розшукові заходи чи використати засоби для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі, що перебуває у їхньому провадженні.

Саме тому, виходячи із названих положень закону, вважаємо правильною позицію, за якою доказ повинен бути отриманий лише належним суб'єктом, тобто особою, повноважною у цій справі проводити ту процесуальну дію, у ході якої отримано відповідний доказ.

Докази визнаються такими, що були отримані неналежним суб'єктом при проведенні дізнання, у таких випадках:

1) при проведенні органом дізнання слідчих дій, які він не уповноважений проводити у справах, в яких обов'язковим є досудове слідство. Це — всі справи, за винятком справ про злочини, котрі зазначені у ч. 1 ст. 27 і ст. 425 КПК, в яких досудове слідство все ж може проводитися за рішенням прокурора чи суду і у випадках, коли злочин вчинено неповнолітнім чи особою, яка через свої фізичні або психічні вади не може сама здійснювати своє право на захист;

2) при проведенні органом дізнання слідчих дій після закінчення строків, встановлених статтями 108 та 426 КПК;

3) при проведенні органом дізнання слідчих дій та оперативно-розшукових заходів після передачі кримінальної справи слідчому без доручення останнього. Виняток становить ситуація, коли у справі про тяжкий злочин, що передана слідчому, не встановлено особу, яка його вчинила. У цьому випадку орган дізнання продовжує виконувати оперативно-розшукові дії та повідомляє слідчого про їх наслідки.

Докази визнаються такими, що були отримані неналежним суб'єктом при проведенні слідчих дій слідчим, у таких випадках:

1) коли слідчий не прийняв справу до свого провадження і не виніс відповідну постанову про це (ст. 113 КПК), за винятком огляду місця події;

2) коли слідчий не включений у групу слідчих. Якщо розслідування справи доручається декільком

² Див.: Тертышник В.М., Слинко С.В. Теория доказательств: Учебное издание. — Х, 1998. — С. 9—10.

³ Див.: Маляренко В.Т. Конституційні засади кримінального судочинства. — К, 1999. — С. 79.

слідчим, про це зазначається в постанові про порушення справи або виноситься окрема постанова⁴;

3) коли слідчий порушив вимоги закону про підслідність (ст. 112 КПК);

4) при проведенні слідчим слідчих дій після закінчення строків досудового слідства (ст. 120 КПК) або без відновлення досудового слідства у зупиненій кримінальній справі (ст. 210 КПК).

Суд повинен визнавати недопустимими докази, отримані після закінчення строків слідства, і вирішувати справу на основі доказів, отриманих у межах строків досудового слідства або зібраних під час судового слідства

Докази визнаються такими, що були отримані неналежним суб'єктом, при проведенні слідчих дій особою, яка підлягає відводу (статті 58, 60 КПК).

Деякі судді дотримуються позиції, що окремі порушення кримінально-процесуального закону (зокрема вимоги про продовження строків розслідування справи) не є достатніми підставами для визнання отриманих доказів недопустимими за умови, що було забезпечено право підозрюваного (обвинуваченого) на захист.

З наведеним, на нашу думку, погодитися не можна. Вважаємо, що в таких випадках суд повинен визнавати недопустимими докази, отримані після закінчення строків слідства, і вирішувати справу на основі доказів, отриманих у межах строків досудового слідства або зібраних під час судового слідства. Суд також має можливість використати закріплені у ст. 315¹ КПК повноваження щодо надання судового доручення і, як наслідок, обґрунтовувати своє рішення виключно доказами, отриманими без порушення кримінально-процесуального закону.

Водночас на практиці може трапитися ситуація, коли саме дані, отримані поза процесуальними строками, є істотними для правильного вирішення справи. Який же статус мають такі дані у кримінальній справі? Вважаємо, що якщо можливість надання зазначеним фактичним даним сили доказів за допомогою певних дій в межах закону втрачена, то ці дані є недопустимими доказами у справі, а тому суд не має права брати їх до уваги. З іншого боку, розглядаючи питання про допустимість таких доказів, доцільно було б досліджувати й причини порушення слідчими органами строків досудового слідства і залежно від цього вирішувати, чи можна визнати названі докази належними й допустимими.

⁴ Постанову про створення слідчої групи виносить або прокурор (ст. 227 КПК), або начальник слідчого відділу (ст. 114¹ КПК). Проведення слідчих дій членами груп, створених іншими посадовими особами, призводить до визнання здобутих доказів недопустимими. Начальник слідчого відділу та прокурор мають право брати участь у провадженні досудового слідства без включення до складу слідчих груп і без прийняття справи до свого провадження (ст. 114¹ і 227 КПК).

З'ясовуючи, чи є належним суб'єкт збирання доказів, основним фактором потрібно вважати наявність у справі постанови про прийняття справи до провадження або доручення слідчого, у провадженні якого перебуває справа, щодо проведення тих чи інших слідчих дій. При цьому слід мати на увазі, що кримінально-процесуальний закон не вимагає письмової форми такого доручення.

Докази можуть бути отримані лише з джерел, перелічених у ч. 2 ст. 65 КПК: показань свідка, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого, висновку експерта, речових доказів, протоколів слідчих і судових дій, протоколів з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів, та інших документів. Лише на підставі експертного висновку встановлюються причини смерті, тяжкість і характер тілесних ушкоджень, визначається психічний стан підозрюваного або обвинуваченого, встановлюється статевая зрілість потерпілої та вік підозрюваного або обвинуваченого, якщо про це немає відповідних документів і неможливо їх одержати (ст. 76 КПК).

Причиною визнання доказу недопустимим вважають, зокрема, й отримання його з невстановленого джерела.

Не є показаннями свідка його пояснення, дані не під час допиту, а підозрюваного — його пояснення, дані під час затримання і викладені в протоколі затримання (ст. 106 КПК) або такі, що давалися органу дізнання не в ході допиту.

Дехто дотримується думки, що не можуть визнаватися доказами винності пояснення осіб, отримані як під час дослідчої перевірки в порядку ст. 97 КПК, так і після порушення кримінальної справи, як такі, що не відповідають вимогам статей 65, 84, 85 КПК.

До сьогодні ні в теорії кримінального процесу, ні в судовій практиці немає єдності щодо допустимості використання явки з повинною при доведенні винності обвинуваченого

До порушення кримінальної справи пояснення можуть бути отримані лише від осіб, які подали заяву чи скаргу, якщо необхідні якісь відомості, що доповнюють чи уточнюють скаргу. Водночас отримання пояснень осіб з приводу дій, щодо яких надійшла скарга, заява чи будь-яке інше повідомлення про злочин, може мати місце лише за умови роз'яснення гарантій, передбачених у ст. 63 Конституції. Разом з тим зазначені пояснення не можуть бути використані в доказуванні винності та на них не можна посилається у будь-яких рішеннях у справі, оскільки вони не встановлюються з джерел, передбачених у ч. 2 ст. 65 КПК.

До сьогодні ні в теорії кримінально-процесу, ні в судовій практиці немає єдності щодо допусти-

мості використання явки з повинною при доведенні винності обвинуваченого. Зокрема, у теорії кримінального процесу правове значення явки з повинною визначається таким чином, що вона відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 66 Кримінального кодексу України (далі — КК) є обставиною, яка пом'якшує покарання, або при окремих видах злочинів може бути підставою для звільнення від кримінальної відповідальності⁵. Разом з тим у правозастосовній практиці поширене використання явки з повинною як доказу, навіть якщо в подальшому обвинувачений від неї відмовився. Суди, які вважають за можливе використовувати явку з повинною, від якої відмовився обвинувачений, при доказуванні винності визнають її недопустимим доказом лише у випадку неналежного оформлення чи непідтвердження наведених у ній даних іншими доказами.

Відповідно до ст. 96 КПК явка з повинною — це особисте, добровільне письмове чи усне повідомлення заявником органу дізнання, дізнавачу, слідчому, прокурору, судді або суду про злочин, вчинений чи підготовлюваний ним, до порушення проти нього кримінальної справи. Воно може бути зафіксоване у власноруч написаній заяві про таку явку або занесене до протоколу, якщо робиться в усній формі. Явка з повинною є приводом до порушення кримінальної справи (ст. 94 КПК). У переліку доказів, що наведений у ч. 2 ст. 65 цього ж Кодексу, ні протокол явки з повинною, ні заява про неї не вказані, хоча часто він використовується у кримінальному судочинстві як доказ незалежно від того, відмовляється особа в подальшому при допиті як підозрювана або обвинувачена від такої явки чи ні.

Надання переваги поясненням, викладеним у заяві чи протоколі про явку з повинною, перед показаннями, даними під час допиту як підозрюваної (обвинуваченої), істотно порушує право на захист особи

Виходячи з того, що у статтях 73, 74 КПК передбачена можливість покладення в основу обвинувачення лише визнання підозрюваним або обвинуваченим своєї винності за умови підтвердження цього визнання сукупністю доказів, що є у справі, таке визнання винності має бути занесене у протокол допиту як підозрюваного або обвинуваченого (статті 107, 145 і 146 КПК) і не може встановлюватися з будь-якого іншого джерела, не передбаченого законом, зокрема із заяви або протоколу про явку з повинною. У зв'язку з цим вважаємо, що посилається у вирок на відомості, по-

відомлені особою у явці з повинною, якщо останні відрізняються від показань, даних під час допиту підозрюваного (обвинуваченого), які зафіксовані у відповідних протоколах допиту, немає підстав.

Факт відмови особи від власного зізнання, яке вона зробила під час допиту як підозрювана, обвинувачена або підсудна, ще не є причиною визнання незаконним джерела, у якому було зафіксоване це зізнання

Надання переваги поясненням, викладеним у заяві чи протоколі про явку з повинною, перед показаннями, даними під час допиту як підозрюваного (обвинуваченого), істотно порушує право на захист особи, оскільки перед прийняттям заяви про таку явку або перед внесенням останньої до протоколу її не повідомляють про права, гарантовані підозрюваному чи обвинуваченому у кримінальному процесі, насамперед про право не давати показання або мати побачення із захисником перед першим допитом (статті 43, 43¹ КПК). Якщо у подальшому під час допиту підозрюваний (обвинувачений) відмовляється від явки з повинною, яка була зроблена без роз'яснення йому всіх прав, що є складовими права на захист, підстав стверджувати про добровільність такої явки немає.

Разом з тим вважаємо, що сам по собі факт відмови підозрюваного, обвинуваченого або підсудного від власного зізнання, яке вони зробили під час допиту, ще не є причиною для визнання незаконним джерела, в якому було зафіксоване це зізнання. Для того, щоб вирішити питання про допустимість (або, навпаки, недопустимість) цього зізнання, треба перевірити, яким шляхом воно було отримане. Для цього слід з'ясувати: а) чи роз'яснили особі перед допитом її процесуальні права, особливо право на захист та право не свідчити проти самого себе, тобто чи були дотримані вимоги ч. 3 ст. 107 КПК; б) якщо підозрюваний (обвинувачений) допитувався за відсутності захисника, чи мала місце відмова від захисника і була вона добровільною або вимушеною; в) чи не було перед допитом або під час нього застосовано фізичне або психічне насильство до допитуваної особи, якщо особа посилається на такі дії правоохоронних органів; г) які причини відмови особи від своїх показань, даних під час досудового слідства, в судовому засіданні; ґ) чи підтверджується зізнання особи сукупністю інших доказів.

Зокрема, якщо підсудний відмовляється від показань, які він дав на досудовому слідстві як підозрюваний чи обвинувачений у присутності захисника, такі показання можна використовувати як доказ, якщо підозрюваний (обвинувачений), а також його захисники не робили зауважень щодо добровільності та законності отримання цих доказів у протоколі.

⁵ Див., напр.: Кримінально-процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. / За заг. ред. В.Т. Маляренка. — К., 2004. — С. 267; Тертишник В.М. Науково-практичний коментар до Кримінально-процесуального кодексу України. — К., 2003. — С. 413—414.

Повинні визнаватися недопустимими також докази, отримані із вимаганням показань від обвинуваченого та інших осіб, які беруть участь у справі, шляхом застосування насильства, погроз та інших незаконних дій. Для визнання таких доказів недопустимими застосування незаконних методів дізнання та слідства має бути доведеним під час судового слідства або у справі мають бути встановлені факти, які викликають сумніви щодо добровільності показань обвинуваченого та інших осіб. Наприклад, дані про виникнення у них тілесних ушкоджень у період часу, коли проводилися допити. Слід зазначити, що судам необхідно більш критично ставитись до результатів перевірок, здійснених прокуратурою за заявами про застосування незаконних методів слідства, і в разі поверхового проведення таких перевірок доручати їх повторне проведення або перевіряти ці заяви в судовому засіданні шляхом витребування та дослідження певних доказів.

Так, Верховний Суд України в окремій ухвалі від 24 липня 2008 р. у справі Т. звернув увагу Генерального прокурора України на таке: «З матеріалів справи вбачається, що на початку досудового слідства декілька інших осіб визнали себе винними у вчиненні цих злочинів і давали докладні показання про їх обставини. Незважаючи на те, що справу було порушено за ознаками складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 115 КК, двоє з названих осіб на той час були неповнолітніми, їхні перші допити як підозрюваних проводилися слідчим прокуратури без адвокатів, що є грубим порушенням КПК. На підставі цих доказів зазначені особи за рішенням суду утримувалися під вартою. В подальшому було отримано висновок судово-медичної імунологічної експертизи, згідно з яким виключалася можливість походження біологічних об'єктів, виявлених на одязі та тілі потерпілої, від названих осіб, і справу щодо них було закрито за відсутністю складу злочину. При повторних допитах вони відмовилися від раніше даних показань і пояснили, під впливом яких методів дізнання та слідства вимушені були обмовити себе. Однак постановою старшого помічника Знамянського міжрайонного прокурора було відмовлено у порушенні кримінальної справи щодо працівників міліції з посиланням на те, що тілесних ушкоджень у названих осіб не виявлено, а тому немає підстав вважати, що з боку цих працівників відбулося порушення закону. Крім того, зазначено, що, оскільки ці особи вперше зіткнулися з правоохоронними органами, внаслідок недостатнього життєвого досвіду вони дали завідомо неправдиві показання».

Практика розгляду Верховним Судом України кримінальних справ свідчить, що останнім часом трапляються непоодинокі випадки, коли невинуваті особи обмовляють себе у вчиненні тяжких і особливо тяжких злочинів, а належного розслі-

дування таких випадків з боку прокуратури задля з'ясування дійсних мотивів, які спонукали людей на вчинення таких дій, не відбувається. Це суперечить ст. 13 Конвенції, яка є частиною національного законодавства України, щодо права кожного, чії права і свободи, викладені в цій Конвенції, порушуються, на ефективний засіб юридичного захисту у відповідному національному органі, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, що діяли як офіційні особи.

Практика розгляду Верховним Судом України кримінальних справ свідчить, що останнім часом трапляються непоодинокі випадки, коли невинуваті особи обмовляють себе у вчиненні тяжких і особливо тяжких злочинів, а належного розслідування таких випадків з боку прокуратури задля з'ясування дійсних мотивів, які спонукали людей на вчинення таких дій, не відбувається

Нааявність у кримінальній справі інших доказів, що вказують на достовірність цих показань, не може бути підставою для віднесення доказів до допустимих, оскільки така можливість матиме наслідком зростання кількості випадків застосування незаконних методів ведення слідства.

У випадках, коли для вирішення певних питань при провадженні в справі потрібні наукові, технічні або інші спеціальні знання, відповідно до ст. 75 КПК призначається експертиза. При цьому згідно з п. 18 постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 1997 р. № 8 «Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах» акти чи інші документи, у тому числі відомчі, де зазначаються обставини, встановлені із застосуванням спеціальних знань (наприклад, про причини аварії, вартість ремонту, розмір нестачі матеріальних цінностей), не можуть розглядатись як висновок експерта та бути підставою для відмови в призначенні експертизи, навіть якщо вони одержані на запит суду, органу дізнання, слідчого або адвоката.

Крім того, висновок експертизи має доказове значення у справі тільки тоді, коли є мотивованим та науково обґрунтованим і містить посилання на матеріали, які використовувалися під час дослідження поставлених питань.

У правозастосовній практиці виникло питання, чи можна використовувати як докази експертні довідки у разі, якщо висновок експертизи, призначеної після порушення кримінальної справи, ґрунтується тільки на даних, що містяться у такій довідці з первинного дослідження, без повторного дослідження (наприклад, при неможливості його проведення в разі використання наркотичного засобу при первинному дослідженні).

На нашу думку, зазначені довідки допустимо використовувати в сукупності з висновками експертизи та іншими доказами у справі.

Досліджуючи висновок експерта як джерело доказів у кримінальній справі, слід також ураховувати, що зі змісту ст. 75 КПК випливає, що він має бути повним і чітко сформульованим, в іншому разі може бути призначена додаткова експертиза (ч. 5 цієї статті). Оскільки призначення додаткової експертизи є правом, а не обов'язком суду, воно може мати місце, наприклад, тоді, коли у висновку експертизи дані відповіді не на всі питання або немає обґрунтування неможливості дати відповідь на питання; висновок складено таким чином, що допускається його неоднозначне тлумачення тощо. Слід ураховувати також те, що висновок експерта — це лише одне із джерел доказів у кримінальній справі, а отже, й підлягає оцінюванню в сукупності з іншими доказами, що є у справі.

Допустимість речових доказів визначається не лише дотриманням порядку їх приєднання до справи (ст. 79 КПК), але й дотриманням порядку виявлення і виїмки зазначених доказів. Речовий доказ не має юридичної сили і не може бути покладений в основу обвинувачення, якщо відсутня постанова про його приєднання до справи чи протокол його огляду, якщо він отриманий в порядку, не передбаченому кримінально-процесуальним законом.

Щодо використання документів як джерела доказів, вважаємо, що як докази можуть бути використані документи, надані учасниками судового розгляду (дані, які характеризують особу потерпілого, обвинуваченого, підсудного тощо), за умови, що ці фактичні дані належним чином оформлені та засвідчені, а також якщо, у разі необхідності, можна здійснити перевірку достовірності та законності їх одержання.

Доказами винності можуть бути визнані також записи, здійснені потерпілими, свідками та іншими особами за допомогою технічних засобів

На нашу думку, доказами у справі можуть бути визнані також записи, здійснені потерпілими, свідками та іншими особами за допомогою технічних засобів. Такі записи можуть бути отримані шляхом їх виїмки у вказаних осіб, визнані речовими доказами, в разі необхідності піддані експертним дослідженням.

Повинні визнаватися недопустимими докази, отримані з показань, які ґрунтуються на чутках, думках, припущеннях або невказаних джерелах інформації.

Наприклад, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України ухвалою від 3 квітня 2003 р. залишила без змін виправдувальний вирок Апеляційного суду м. Севастополя щодо

К., який обвинувачувався у таємному викраденні індивідуального майна. Обвинувачення ґрунтувалося лише на факті зникнення барсетки, а також уїзнанні К. потерпілим і свідком Ж. як особи, після відвідання якою офісу юридичної фірми у ній було виявлено пропашу⁶.

Недопустимими є докази, отримані з показань, які ґрунтуються на чутках, думках, припущеннях або невказаних джерелах інформації

На практиці також виникають питання, чи можуть бути використані як докази, зокрема, дані протоколів огляду місця події з фотознімками до них, протоколів відтворення обстановки й обставин події з фотознімками до них та ін., якщо вони виконані з дотриманням норм КПК, але при їх оформленні були допущені порушення деяких вимог ст. 85 КПК (відсутність прізвища, адреси, підпису одного з учасників цих слідчих дій тощо), і їх об'єктивність не оскаржується учасниками судового процесу або ці неточності можна усунути шляхом допиту осіб, які брали участь у проведенні відповідної слідчої дії.

Вважаємо, що за умови усунення недоліків в оформленні протоколів слідчих дій шляхом допиту їх учасників (наприклад, допиту слідчого, підпис якого відсутній, про причини відсутності підпису чи наявності заперечень до протоколу) дані, що містяться у протоколах, можна визнавати допустимими доказами. Зазначені протоколи слідчих дій можуть використовуватися, якщо буде встановлено, що процедура проведення відповідної слідчої дії була дотримана, але з певних причин є недоліки у протоколі.

Наприклад, 23 серпня 2007 р., розглядаючи у касаційному порядку за касаційним поданням прокурора справу Г., засудженого вироком Микитівського районного суду м. Горлівки Донецької області від 28 грудня 2005 р., колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України в ухвалі звернула увагу на те, що суд у вирок зазначив, що дані протоколу відтворення обстановки й обставин події злочину є недопустимим доказом, оскільки за показаннями свідка Ф., який був понятим при проведенні цієї слідчої дії, він підписав його пізніше, ніж проводилася слідча дія. Проте, оскільки у ст. 194 КПК не визначено місця виготовлення протоколу такої слідчої дії, колегія суддів вказала на те, що, визнавши недопустимим доказом протокол відтворення обстановки й обставин події, суд не зазначив у вирок, вимоги якого закону були порушені при отриманні цього доказу.

⁶ Див.: Рішення Верховного Суду України. — Випуск 2. — 2004 р. — К., 2004. — С. 106—107.

Згідно зі ст. 113 КПК досудове слідство провадиться лише після порушення кримінальної справи. Тому докази, отримані без порушення кримінальної справи, або порушеної всупереч вимогам закону належною особою, слід визнавати недопустимими. Натомість у кожному конкретному випадку слід перевіряти, яким чином неправильне порушення кримінальної справи щодо конкретної особи вплинуло на законність досудового слідства та отримання доказів у цілому.

Доказ визнається недопустимим при недодержанні порядку проведення процесуальної дії, в результаті якої він отриманий

Так, розглядаючи в касаційному порядку справу щодо Б. та інших, Верховний Суд України в ухвалі від 9 жовтня 2008 р. зазначив: «Наведені у касаційних скаргах доводи щодо незаконності досудового слідства внаслідок незаконності порушення кримінальної справи стосовно Б. і Г. (щодо депутатів місцевої ради справу було порушено слідчим, а не прокурором всупереч вимогам ст. 31 Закону від 11 липня 2002 р. № 93-IV «Про статус депутатів місцевих рад» та ст. 12 Закону від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР «Про місцеве самоврядування в Україні») не можна визнати переконливими, оскільки спочатку — 25 березня 2006 р. — кримінальну справу було порушено за фактом заподіяння тяжких тілесних ушкоджень С., а 5 квітня 2006 р. кримінальну справу було порушено не тільки стосовно Б. і Г., але й щодо Р, а децю пізніше і щодо інших співучасників злочинів. Тому слідчі дії проводились в рамках законно порушених кримінальних справ».

Доказ визнається недопустимим при недодержанні порядку проведення процесуальної дії, в результаті якої він отриманий.

Зокрема, можна визнати правильною позицію судів про те, що недопустимими повинні визнаватися докази, отримані з порушенням процесуальних правил збирання, приєднання до кримінальної справи, фіксування процесуальних дій у відповідних документах, із порушенням заборон та обмежень, установлених щодо окремих категорій осіб, які не можуть бути допитані як свідки або мають право відмовитися давати свідчення, а також із порушенням процедури допиту неповнолітніх. Докази повинні визнаватися недопустимими також у тих випадках, коли фактичні дані отримані під час проведення слідчих дій з порушенням встановленого порядку, зокрема, при обшуку чи огляді приміщення без постанови судді (за винятком випадків, передбачених у ч. 6 ст. 177, частинах 5 і 6 ст. 190 КПК), без участі понятих, з участю одного понятого або коли як поняті були запрошені особи, що прямо або опосередковано є зацікавленими особами (наприклад, особи, що

відбувають адміністративне покарання, позаштатні працівники правоохоронних органів, стажисти, практиканти цих органів тощо). Повинні визнаватися недопустимими також докази, отримані без роз'яснення особам, які беруть участь у слідчій дії, наданих їм законом прав (ст. 53 КПК) або з уведенням їх в оману щодо характеру та обсягу останніх.

Доказ, отриманий у результаті слідчих дій, на проведення яких відповідно до чинного КПК потрібен дозвіл суду, без такого дозволу повинен визнаватися недопустимим. У цьому Кодексі передбачено проведення за рішенням суду: 1) огляду й обшуку житла чи іншого володіння особи (ч. 4 ст. 190, ч. 5 ст. 177); 2) примусової виїмки із житла чи іншого володіння особи; 3) накладення арешту на кореспонденцію і зняття інформації з каналів зв'язку (ч. 4 ст. 187); 4) огляду й виїмки кореспонденції та дослідження інформації, знятої з каналів зв'язку (ст. 187¹).

Крім того, згідно з ч. 5 ст. 97 КПК заява або повідомлення про злочин до порушення кримінальної справи можуть бути перевірені шляхом проведення оперативно-розшукової діяльності. Визначені у законодавчих актах України окремі оперативно-розшукові заходи проводяться з дозволу суду за погодженням з прокурором поданням керівника відповідного оперативного підрозділу або його заступника. Такими оперативно-розшуковими заходами є відповідно до ч. 2 ст. 8 Закону від 18 лютого 1992 р. № 2135-ХІІ «Про оперативно-розшукову діяльність»: 1) негласне проникнення до житла чи до іншого володіння особи; 2) зняття інформації з каналів зв'язку; 3) контроль за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією; 4) застосування інших технічних засобів одержання інформації.

Доказ, отриманий у результаті слідчих дій, на проведення яких відповідно до чинного КПК потрібен дозвіл суду, без такого дозволу повинен визнаватися недопустимим

Проводити огляд житла чи іншого володіння особи без постанови судді можна лише у випадках, передбачених частинами 5 і 6 ст. 190 КПК.

Виникають питання щодо можливості використання доказів, отриманих під час проведення певних слідчих дій за постановою судді (у випадках, передбачених законодавством), яка була винесена з окремими порушеннями процедури, передбаченої КПК (наприклад на підставі подання слідчого, не погодженого з прокурором). На нашу думку, докази, отримані в ході таких слідчих дій (обшуку, виїмки, зняття інформації з каналів зв'язку тощо), є допустимими, оскільки ці дії проводяться за некасованою постановою судді. Водночас слід ураху-

вати характер цих порушень: наприклад, якщо суддя виніс відповідну постанову за умов, коли йому на вивчення не була надана вся оперативно-розшукова справа; або ж постанова викладена таким чином, що може необґрунтовано зачепити відповідні конституційні права інших осіб: коли суд, наприклад, дає дозвіл на проведення примусової виїмки із житла чи іншого володіння особи, не вказуючи при цьому, які ж саме предмети чи документи підлягають виїмці, тощо. У таких випадках, залежно від того, чи могло таке порушення вплинути на прийняття судом відповідного рішення, має постати питання про допустимість доказів, отриманих у ході проведення відповідних слідчих дій.

Право відмовитися давати показання, закріплене у статтях 43 і 43¹ КПК, є ширшим за право відмовитися давати показання стосовно себе, своїх близьких родичів і членів сім'ї, гарантоване ст. 63 Конституції, оскільки включає право не давати показання щодо будь-яких осіб, дій чи подій

Неоднаковим є підхід судів до використання як доказів показань підсудного, які той дав на досудовому слідстві як свідок і від яких відмовився при допиті як підозрюваний (обвинувачений) або змінив їх.

На нашу думку⁷, показання, дані особою, яка фактично підозрюється у вчиненні злочину і яка допитувалася про обставини причетності її до цього злочину як свідок з попередженням про кримінальну відповідальність за відмову від давання показань (ст. 385 КК), а також — за завідомо неправдиве показання (ст. 384 КК), не мають доказової сили. Цей висновок впливає із суттєвих відмінностей у процесуальному становищі та порядку допиту свідка і підозрюваного (обвинуваченого). Передусім це виявляється у тому, що він (свідок) зобов'язаний давати показання під загрозою кримінальної відповідальності, у той час як підозрюваний (обвинувачений) не лише не зобов'язаний давати показання, але й має право відмовитися їх давати; він також має право на допомогу захисника і побачення з ним до першого допиту. Таким чином, допит фактично підозрюваної особи як свідка, а також використання показань, даних під час такого допиту, як доказу в суді істотно порушує право особи на захист.

У контексті забезпечення права на захист слід зазначити, що у кримінально-процесуальному законодавстві одна із суттєвих відмінностей у процесуальному становищі та порядку допиту свідка і підозрюваного (обвинуваченого) поля-

гала у тому, що свідок не міг скористатися юридичною допомогою захисника.

Разом з тим у Рішенні Конституційного Суду України від 30 вересня 2009 р. № 23-рп/2009, постановленому у справі про право на правову допомогу, визнано, що «...особа під час допиту її як свідка в органах дізнання, досудового слідства чи дачі пояснень у правовідносинах з цими та іншими державними органами має право на правову (юридичну) допомогу від обраної за власним бажанням особи в статусі адвоката, що не виключає можливості отримання такої допомоги від іншої особи, якщо законами України щодо цього не встановлено обмежень».

Неприпустимим є допит підозрюваного (обвинуваченого) без роз'яснення йому його процесуальних прав, передбачених статтями 43 і 43¹ КПК. При цьому слід враховувати, що право відмовитися давати показання, закріплене вказаними статтями КПК, є ширшим за право відмовитися давати показання стосовно себе, своїх близьких родичів і членів сім'ї, гарантоване ст. 63 Конституції, оскільки включає право не давати показання щодо будь-яких осіб, дій чи подій.

Не можна використовувати в доказуванні показання підозрюваних чи обвинувачених, які вони дали при порушенні їх права на захист. Зокрема, Апеляційний суд Черкаської області висловив позицію, що до недопустимих доказів належать показання підозрюваного або обвинуваченого, які були отримані з порушенням вимог статей 43, 43¹ КПК за наявності клопотання про забезпечення адвокатом, якщо підсудний відмовився від них у судовому засіданні.

Органи досудового розслідування за наявності ознак злочину, передбаченого ч. 2 ст. 115 КК, широко практикують порушення кримінальних справ не за ч. 2 ст. 115, а за ч. 2 ст. 121 або ч. 1 ст. 115 КК. Після цього слідчі приймають відмову підозрюваного, а потім обвинуваченого від захисника, проводять допити зазначених осіб, відтворення з ними обставини й обставин події злочину. При закінченні досудового слідства цим особам пред'являють обвинувачення за ч. 2 ст. 115 КК. У такій ситуації гостро постає питання щодо допустимості доказів, отриманих під час розслідування, якщо в судовому засіданні підсудний скаржиться на безпідставне незабезпечення йому обов'язкової участі захисника під час досудового слідства.

У цій ситуації, на нашу думку, немає підстав визнавати докази, отримані без участі захисника, недопустимими за умови належного оформлення відмови від нього підозрюваного (обвинуваченого), оскільки держава забезпечує реалізацію права особи на захист не лише у випадках, передбачених

⁷ Така позиція була неодноразово висловлена і в теорії кримінального процесу. Див., напр.: Р е п е ш к о П. И. Принципы уголовного процесса в стадии судебного разбирательства уголовного дела в суде первой инстанции Украины. — Николаев, 2001. — С. 213; С т е ц о в с к и й Ю. И., Л а р и н А. М. Конституционный принцип обеспечения обвиняемому права на защиту. — М., 1988. — С. 154

ст. 45 КПК, але й ч. 4 ст. 47 зазначеного Кодексу, яка гарантує призначення захисника, коли підозрюваний, обвинувачений, підсудний бажає запросити захисника, але за відсутності коштів чи з інших об'єктивних причин не може цього зробити. Докази можуть визнаватися недопустимими лише тоді, коли суд установить, що відмова від захисника не була добровільною.

Варто наголосити, що Європейський суд з прав людини (далі — Суд) у рішенні від 12 червня 2008 р. у справі «Яременко проти України» вказав, що «Суд вражений фактом, що в результаті процедури, до якої вдалися органи влади, заявник не отримав користі від необхідної умови/імператива щодо обов'язкової участі захисника та опинився у ситуації, в якій, за його твердженнями, його змушували відмовитися від права на юридичну допомогу. Можна нагадати, що заявник мав захисника під час розгляду зазначеної кримінальної справи й відмовився від права на захисника під час допиту з приводу іншого злочину. Такі обставини викликають серйозні підозри щодо існування прихованої мети при первинній класифікації злочину. Той факт, що заявник визнав себе винним за відсутності захисника та одразу ж відмовився від цього визнання у присутності захисника, свідчить про слабкість його позиції та про нагальну потребу в належній юридичній допомозі, від якої він відмовився 1 лютого 2001 р. з огляду на спосіб, у який слідчий Міністерства внутрішніх справ України використовував його дискреційні повноваження щодо кваліфікації розслідуваного злочину».

Водночас підходить до питання про те, чи була попередня кваліфікація злочину органами досудового слідства засобом розслідування справи без забезпечення права особи захищатися від обвинувачення, слід дуже обережно. Порушення права на захист може мати місце у тому випадку, коли за наявності очевидних підстав для порушення кримінальної справи за ознаками злочину, що передбачає обов'язкову участь захисника, її було порушено за законом, який передбачає відповідальність за менш тяжкий злочин, що завідомо негативно позначилося на праві обвинуваченого на захист. Отже, висновок про те, чи мало місце порушення права обвинуваченого на захист, слід робити з урахуванням конкретних обставин справи.

У справах, в яких участь захисника є обов'язковою і відмова від нього не допускається, відтворення обстановки й обставин події злочину з участю підозрюваного чи обвинуваченого часто проводиться без участі захисника з відміткою про згоду підозрюваного (обвинуваченого) на вчинення цієї слідчої дії без участі захисника. На відміну від ст. 143 КПК, в якій чітко вказано, що при допиті

підозрюваного (обвинуваченого) у випадках, перелічених у ч. 1 ст. 45 зазначеного Кодексу, присутність захисника є обов'язковою, у ст. 194 КПК цього не передбачено, однак, фактично, відтворення обстановки й обставин події проводиться з метою перевірки та уточнення результатів допиту, тобто ця слідча дія також є допитом за своєю суттю. У такій ситуації також виникає питання щодо допустимості як доказу даних протоколу відтворення обстановки й обставин події, проведеного без участі захисника у справах, де його участь є обов'язковою.

Пленум Верховного Суду України у п. 11 постанови від 24 жовтня 2003 р. № 8 «Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві» роз'яснив, що порушення вимог закону щодо участі захисника при проведенні слідчих дій може бути підставою для визнання недопустимими тих доказів, що були зібрані під час виконання таких дій. Це може мати місце, наприклад, у випадках, коли особа виявила бажання мати захисника при проведенні відтворення обстановки й обставин події, проте їй було у цьому відмовлено.

Разом з цим участь у справі захисника за наявності обставин, що виключають таку участь (ст. 61 КПК), має розглядатися як порушення закону, що тягне недопустимість отриманих з участю такої особи доказів.

Порушення вимог закону щодо участі захисника при проведенні слідчих дій може бути підставою для визнання недопустимими тих доказів, що були зібрані під час виконання таких дій. Це може мати місце, наприклад, у випадках, коли особа виявила бажання мати захисника при проведенні відтворення обстановки й обставин події, проте їй у цьому було відмовлено

Недопустимими є показання підозрюваного й обвинуваченого, отримані при порушенні закону про обов'язкову участь при допиті перекладача (ст. 128 КПК) і педагога (ст. 168 КПК).

Протокол допиту обвинуваченого повинен відповідати вимогам ст. 145 КПК. Вимога ч. 5 зазначеної статті щодо підпису протоколу допиту обвинуваченим (кожної сторінки, якщо протокол написаний на кількох сторінках) є обов'язковою і недотримання її тягне недопустимість використання у доказуванні показань, зафіксованих у ньому. Водночас у певних випадках відсутність підпису відповідної особи на одній із сторінок може бути викликана технічними причинами. У таких випадках слід з'ясувати причини відсутності підпису, зокрема шляхом допиту підсудного та особи, яка складала протокол.

Недотримання умов, максимально наближених до тих, в яких вчинена дія, що перевіряється, розцінюється як порушення вимог кримінально-процесуального закону, що регулює проведення

відтворення обстановки й обставин події, що тягне втрату доказового значення отриманих даних.

Так, Апеляційний суд Закарпатської області своєю ухвалою від 10 жовтня 2002 р. скасував вирок Мукачівського міського суду від 30 липня 2002 р., яким Т. був засуджений за ст. 15, ч. 2 ст. 185, ч. 2 ст. 309 і ч. 1 ст. 263 КК, та повернув справу на додаткове розслідування, зокрема через те, що протокол відтворення обстановки й обставин події містив лише повторення раніше даних показань. При цьому суд звернув увагу на той факт, що дізнавач, пропонуючи підозрюваному показати місце події, вказав йому адресу, за якою було вчинено злочин, двічі зазначив марку і колір автомобіля та на яких дверцятах було розбито скло. У протоколі не було зазначено, за якими ознаками підозрюваний впізнав місце події, адже на час вчинення злочину зовнішній вигляд подвір'я значно відрізнявся від його вигляду під час проведення відтворення (відповідно березень 2001 і червень 2002 р.), до того ж подія мала місце вночі і, за поясненням підозрюваного, було дуже темно.

У випадку призначення експертизи слідчий зобов'язаний ознайомити обвинуваченого або підозрюваного (якщо експертиза призначається до притягнення особи як обвинуваченого) з постановою про призначення експертизи і роз'яснити йому його права, встановлені ст. 197 КПК, про що скласти протокол з додержанням вимог ст. 85 цього Кодексу. Матеріали експертизи пред'являються обвинуваченому, про що слідчий складає протокол, у якому зазначає пояснення, зауваження та заперечення обвинуваченого і його клопотання.

Висновок експерта не може визнаватися недопустимим доказом, якщо не втрачена можливість відновити права обвинуваченого (підозрюваного), порушені при недотриманні слідчим вимог ч. 2 ст. 197 КПК. Якщо така можливість втрачена, а права обвинуваченого (підозрюваного), передбачені цією статтею зазначеного Кодексу, були порушені, висновок експерта повинен бути визнаний недопустимим доказом

Порушення слідчим вимог ч. 2 ст. 197 КПК (щодо ознайомлення слідчим обвинуваченого з постановою про призначення експертизи і роз'яснення йому його прав, встановлених ч. 1 цієї статті) не є, як правило, підставою для визнання висновку експерта недопустимим доказом. Зокрема, у випадку ознайомлення обвинуваченого з постановою про призначення експертизи після її проведення за ним зберігається право звертатися з клопотанням про призначення додаткової (для постановки перед експертом додаткових питань чи пред'явлення додаткових документів) або нової експертизи, заявити відвід експертові (при задоволенні якого висновок експертизи втрачає доказову силу). Таким чином, висновок експерта не може визнаватися недопустимим доказом, якщо не втрачена можливість відновити пра-

ва обвинуваченого (підозрюваного), порушені при недотриманні слідчим вимог ч. 2 ст. 197 КПК. Якщо така можливість втрачена, а права обвинуваченого (підозрюваного), передбачені цією статтею зазначеного Кодексу, були порушені, висновок експерта повинен бути визнаний недопустимим доказом.

Пленум Верховного Суду України у п. 6 постанови від 30 травня 1997 р. № 8 «Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах» зазначив, що обов'язковою умовою призначення експертизи є порушення кримінальної справи.

Правильною є практика судів, коли недопустимими визнаються докази, отримані в результаті слідчих дій з порушенням порядку їх проведення.

Так, Апеляційний суд Закарпатської області ухвалою від 8 січня 2003 р. у справі за апеляцією засудженого Г. на вирок Свалявського районного суду від 15 серпня 2002 р., яким Г. був засуджений за ст. 395, ч. 3 ст. 185 та ч. 1 ст. 309 КК, у частині його засудження за ч. 1 ст. 309 КК вирок скасував, а провадження закрити за недоведеністю його участі у вчиненні цього злочину, пославшись, зокрема, на те, що висновки суду про винність Г. в незаконному зберіганні без мети збуту наркотичних засобів не відповідають дослідженню в судовому засіданні доказам.

Із ксерокопії протоколу вилучення видно, що вилучена у засудженого речовина належним чином не упакувалась і не опечатувалась, тобто вилучена з порушенням вимог ст. 186 КПК. Щодо проведеного огляду Г. поняті в судовому засіданні не допитувались, незважаючи на те, що показання, які вони давали на досудовому слідстві, містять, як і показання Г. в цій частині, суттєві розбіжності.

Даних про те, що вилучена наркотична речовина упакувалась та опечатувалась, у протоколі її зважування від 15 березня 2002 р. також немає.

Оскільки фактичні дані, які стали підставою для засудження Г. за ч. 1 ст. 309 КК, на стадії досудового розслідування здобуті з грубим порушенням вимог кримінально-процесуального законодавства і виправити їх неможливо, вирок у цій частині було скасовано, а справа закрити з підстав, передбачених п. 2 ст. 213 КПК, тобто за недоведеністю його участі в учиненні зазначеного злочину.

Виникає питання щодо допустимості матеріалів оперативної закупівлі наркотичних засобів, проведеної на підставі Закону від 15 лютого 1995 р. № 62/95-ВР «Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживання ними», у випадку відмови органів слідства надати можливість суду допитати особу, яка була покупцем наркотичних засобів, з посиланням на міжвідомчу інструкцію про

порядок проведення оперативної закупівлі. При цьому ставлення до можливості допиту покупців, які брали участь у такій закупівлі, — різне. Так, дехто вважає, що допитувати особу, яка проводила закупівлю, потрібно з дотриманням заходів безпеки; інша позиція полягає у тому, що суд вправі допитати оперативних працівників, а допитувати особу, яка під вигаданим ім'ям робила оперативну закупівлю, — не слід.

Ми вважаємо, що особа, яка була покупцем під час оперативної закупівлі наркотичних засобів, повинна допитуватися з дотриманням заходів безпеки (ч. 6—9 ст. 303 КПК), оскільки це забезпечить право підсудного, гарантоване п. 3 ст. 6 Конвенції, зокрема йому буде надана можливість ставити запитання свідкові.

Верховний Суд України в ухвалі у справі Г. від 13 грудня 2007 р. зазначив таке: «З матеріалів справи убачається, що одним із основних свідків обвинувачення був П., який безпосередньо здійснював оперативну закупку наркотичних засобів у Г. На досудовому слідстві клопотання засудженого про проведення очної ставки із цим свідком було відхилено з посиланням на те, що стосовно вказаного свідка застосовано заходи безпеки. В судовому засіданні він також допитаний не був. Слід зазначити, що відмова у допиті свідка обвинувачення є порушенням права особи на справедливий судовий розгляд, передбаченого ст. 6 Конвенції, яка відповідно до ст. 9 Конституції є частиною національного законодавства. Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях неодноразово зазначав, що використання в суді показань свідків, попередньо допитаних в поліції, можливе, якщо при цьому дотримуються права сторони захисту, що передбачають забезпечення обвинуваченому можливості висловити свої заперечення стосовно показань свідка і допитати його під час дачі показань або на пізнішій стадії розгляду справи («Унтерпертінгер проти Австрії»). Таким чином, слід зазначити, що через відмову Г. у здійсненні права на допит свідка обвинувачення було істотно порушено право обвинуваченого на захист. Що стосується можливості допиту в суді свідка, щодо якого вжито заходи безпеки, то слід зазначити, що в матеріалах справи немає жодних даних про застосування таких заходів щодо П. відповідно до вимог статей 52¹—52³ КПК. Крім того, у ст. 303 цього Кодексу міститься докладне викладення процесуальних заходів, яких може вжити суд для допиту свідка із забезпеченням його безпеки, а в ч. 2 ст. 20 КПК передбачена можливість проведення у таких випадках закритого судового розгляду. Допит цієї особи також зумовлюється наявністю певних суперечностей і неузгодженостей між її показаннями на досудовому слідстві та показаннями осіб, які були задіяні у проведенні оперативних закупок як поняті».

У статтях 264 і 265 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі — КпАП) передбачено можливість особистого огляду, огляду речей, вилучення речей і документів, що є знаряддям або безпосереднім об'єктом правопорушення. Про такі огляд і вилучення складається протокол або про це робиться відповідний запис у протоколі про адміністративне правопорушення або про адміністративне затримання. Порядок, встановлений КпАП, відрізняється від порядку, зокрема, виїмки, передбаченого КПК. У зв'язку з цим виникає питання: чи можуть бути допустимими доказами протоколи особистого обшуку та вилучення речей, здійснені в порядку провадження у справі про адміністративне правопорушення, якщо після цього порушується кримінальна справа? Вважаємо, що такі протоколи є допустимими за умови, що відповідні працівники, які проводили передбачений законодавством про адміністративні правопорушення огляд, виїмку, діяли в межах повноважень, наданих їм чинним законодавством, а відповідні матеріали оформлені згідно з вимогами закону.

Протоколи особистого обшуку та вилучення речей є допустимими доказами за умови, що відповідні працівники, які проводили передбачений законодавством про адміністративні правопорушення огляд, виїмку, діяли в межах повноважень, наданих їм чинним законодавством, а відповідні матеріали оформлені згідно з вимогами закону

Одним із важливих аспектів процесу доказування у кримінальному судочинстві є подання доказів у кримінальній справі, яке має важливе значення для забезпечення судового розгляду кримінальної справи протягом розумного строку, а отже, і його оперативності. Про це свідчить і судова статистика. Тяганина при розгляді кримінальних справ здебільшого зумовлена тим, що судові засідання зриваються через неявку свідків, потерпілих та підсудних. При цьому постанови судів про привід таких осіб майже у половині випадків не виконуються. Так, за даними судової статистики станом на 1 січня 2007 р. суди відклали розгляд справ через неявку свідків та потерпілих у 6,2 тис. справ, що становило 50,9 % від тих, що відклалися через неявку учасників судового розгляду. Ще 3,7 тис. справ (30,3%) були відкладені через неявку підсудного. Упродовж 2006 р. у 40 тис. справ суди прийняли рішення про привід свідка чи потерпілого. З них у 16,8 тис. справ (42,1 %) ці рішення органами внутрішніх справ не виконано.

На нашу думку, потребує змін і концептуальний підхід у питаннях надання доказів. Відповідно до положень, наприклад, статей 290, 292 КПК, у разі неявки до суду потерпілих та свідків суд повинен вжити відповідних заходів для забезпечення їх присутнос-

ті в судовому засіданні. Тобто на суд покладається обов'язок забезпечити явку зазначених осіб. Проте фактично йдеться лише про те, що ці особи є носіями певної інформації, яка має доказове значення у кримінальній справі. Розглядаючи зазначені норми КПК у порівнянні з іншими, як-то ст. 66 КПК, в якій визначено, що докази подаються учасниками процесу, а також будь-якими громадянами, підприємствами, установами і організаціями, а також ст. 129 Конституції, в якій серед засад судочинства визначено й такі, як змагальність сторін та свободу в наданні ними суду своїх доказів, видно, що норми статей 290, 292 КПК та подібні суперечать нормам ст. 66 КПК та наведеним конституційним підвалинам судочинства. Слід урахувати, що показання свідка, потерпілих — це джерело доказів, що має однакове доказове значення разом з іншими доказами у справі.

Отже, на нашу думку, закон повинен орієнтувати на забезпечення принципу змагальності сторін. Тобто якщо прокурор, який підтримує державне обвинувачення, вважає, що ті чи інші фактичні обставини справи можуть бути підтверджені показаннями свідка, саме він — прокурор, а не суд повинен забезпечити явку цього свідка до суду, оскільки саме прокурор як сторона обвинувачення доводить ті чи інші обставини справи. Те ж саме стосується й свідків з боку захисту. Суд повинен, за наявності до того підстав, лише сприяти сторонам у поданні доказів.

Відповідно до ч. 1 ст. 9 Конституції чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Крім того, у ч. 2 ст. 19 Закону від 29 червня 2004 р. № 1906-IV «Про міжнародні договори України» зазначено, що якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору. Згідно зі ст. 17 Закону від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права.

Отже, Конвенція та відповідні протоколи до неї повинні застосовуватися судами при розгляді кримінальних справ, якщо вони встановлюють інші правила судочинства, ніж ті, що встановлені КПК. Суди також повинні вживати всіх заходів, щоб не порушувати права осіб, гарантовані Конвенцією, а також забезпечувати відновлення порушеного права.

З огляду на це при розгляді кримінальних справ судам важливо враховувати гарантії права на справедливий судовий розгляд та окремі принципи щодо дослідження та оцінки доказів, напрацьовані практикою Суду.

12 червня 2008 р. Суд виніс рішення у справі «Яременко проти України» (заява № 32092/02), в якому констатував порушення Україною прав заявника, гарантованих п. 1 ст. 6 Конвенції, у зв'язку із засудженням його за злочин виключно на підставі явки з повинною, отриманої після усунення від справи адвоката і від якої заявник згодом відмовився із посиланням на застосування незаконних методів слідства.

Конвенція не забороняє використання анонімної інформації на стадії розслідування кримінальної справи тоді, коли характер злочину цього потребує. Проте подальше використання цієї інформації судом для встановлення винності особи обмежує право на захист і, таким чином, порушує ст. 6 Конвенції

Необхідно зауважити, що за загальним правилом Суд не розглядає скарги на неправильне застосування норм національного законодавства судами держав чи помилки при встановленні фактичних обставин справи. Винятком з цього правила є лише ситуація, коли такі фактичні або юридичні помилки суду тягнуть порушення прав, гарантованих Конвенцією. У ст. 6 останньої немає правил допустимості доказів і, за висновками Суду, це питання є прерогативою національного права.

Водночас є велика кількість рішень Суду, в яких питання про використання в доказуванні доказів, отриманих «незаконно», аналізувалося як з точки зору права на справедливий судовий розгляд, так і дотримання інших статей Конвенції, зокрема 3 і 8. У практиці Суду є рішення, які стосуються використання анонімної інформації або свідчень, даних з порушенням права не свідчити проти себе, правил використання негласних працівників правоохоронних органів, матеріалів, отриманих за результатами негласних оперативно-розшукових заходів (таких, як зняття інформації з каналів зв'язку або контроль за кореспонденцією), тощо.

Так, Конвенція не забороняє використання анонімної інформації на стадії розслідування кримінальної справи тоді, коли характер злочину цього потребує. Проте подальше використання цієї інформації судом для встановлення винності особи обмежує право на захист, що є порушенням ст. 6 Конвенції (п. 44 рішення від 20 листопада 1989 р. у справі «Костовські проти Нідерландів», заява № 11454/85). Використання негласних оперативних працівників має бути обмеженим і забезпеченим гарантіями навіть у справах про боротьбу з торгівлею наркотиками.

У справі «Тейксейра де Кастро проти Португалії» (п. 36 рішення від 9 червня 1998 р., заява № 25829/94) Суд констатував порушення права на справедливий розгляд, оскільки заявник був засуджений за торгівлю наркотиками на

підставі матеріалів оперативної закупівлі наркотичних засобів, проведеної працівниками поліції з підбурюванням заявника знайти і продати їм наркотики. При цьому проти заявника не було раніше порушеної кримінальної справи і працівники поліції не мали попередньої інформації про злочинну діяльність заявника. Визнавши, що зростання організованої злочинності потребує застосування відповідних оперативних заходів, Суд все ж зазначив, що право на справедливий розгляд залишається на першому місці й не може бути принесене в жертву доцільності. Загальні вимоги справедливості, що містяться у ст. 6 Конвенції, застосовуються у провадженнях щодо всіх кримінальних справ: від найпростіших до найбільш складних, а суспільний інтерес не може виправдати використання доказів, здобутих шляхом підбурювання з боку поліції.

Так само у справі «Аллан проти Великобританії» (п. 52 рішення від 5 листопада 2002 р., заява № 48539/99) Суд визнав порушення права на справедливий судовий розгляд використання як доказів винності підсудного матеріалів прослуховування його розмов у камері з інформатором поліції. Оскільки заявник скористався своїм правом не давати показань під час досудового слідства, а інформатор мав вказівки від слідчих отримати від нього максимум інформації, Суд дійшов висновку, що спровокована інформатором розмова в камері була прихованою формою допиту, але без дотримання гарантованих законом прав обвинуваченого, і тому використання таким чином отриманої інформації в суді було порушенням ст. 6 Конвенції.

В іншому рішенні Суд зазначив, що використання матеріалів прослуховування добровільної розповіді підозрюваного про обставини вчиненого злочину без провокації чи примусу не призводить до порушення ст. 6 Конвенції, навіть якщо згодом він використовує своє право відмовитися давати показання (рішення від 12 травня 2000 р. у справі «Хан проти Великобританії», заява № 35394/97).

Використання показань, отриманих від інформаторів правоохоронних органів, негласних агентів і потерпілих від злочинів, може потребувати вжиття заходів, які б забезпечували безпеку таких осіб і перешкождали їх ідентифікації. У справі «Дорсон проти Нідерландів» (п. 70 рішення від 20 лютого 1996 р., заява № 20524/92) Суд заявив, що принципи справедливого суду також вимагають, щоб у відповідних випадках було дотримано балансу між інтересами захисту й інтересами свідків або потерпілих, викликаних для давання показань. Суд також вказав, що збереження анонімності свідків повинно компенсуватися наявністю процедур, які б забезпечували можливість оспорування досто-

вірності їх показань. У цій справі такі процедури застосовувались, оскільки показання свідків були отримані слідчим-суддею в присутності адвоката обвинуваченого, який мав можливість поставити їм будь-які запитання, за винятком тих, які стосувалися встановлення їх осіб. У зазначеній справі «Костовські проти Нідерландів» було встановлено, що мали місце погрози про помсту і свідкам загрожувала реальна небезпека. Показання були отримані слідчими, а потім представлені у формі показань, які ґрунтуються на чутках. Адвокат обвинуваченого не був присутнім при допиті, йому лише було надано дозвіл поставити запитання у письмовій формі одному зі свідків. Оскільки вирок був винесений переважно на основі показань анонімних свідків, Суд констатував порушення ст. 6 Конвенції.

Велика кількість рішень Суду присвячена праву не свідчити проти себе. Це положення не сформульоване в Конвенції у вигляді самостійного права. Однак Суд у своїх рішеннях розтлумачив право особи на справедливий суд, яке закріплене у п. 1 ст. 6 Конвенції, таким чином, що складовими поняття «справедливий розгляд справи» відповідно до ст. 6 Конвенції є право підозрюваного, обвинуваченого, підсудного не давати свідчення (зберігати мовчання) і право не свідчити проти себе. Їх метою є, зокрема, захист підозрюваного, обвинуваченого, підсудного від неналежного примусу з боку державних органів, що дасть змогу уникнути помилок під час здійснення правосуддя (п. 44 рішення від 25 лютого 1993 р. у справі «Функе проти Франції», заява № 10828/84).

Складовими поняття «справедливий розгляд справи» відповідно до ст. 6 Конвенції є право підозрюваного, обвинуваченого, підсудного не давати свідчення (зберігати мовчання) і право не свідчити проти себе

Право не свідчити проти себе, зокрема, передбачає, що сторона обвинувачення повинна доводити вину обвинуваченого без використання доказів, здобутих за допомогою примусу. У цьому значенні відповідне право тісно пов'язане з презумпцією невинуватості, передбаченою п. 2 ст. 6 Конвенції (п. 68 рішення від 29 листопада 1996 р. у справі «Сондерс проти Великобританії», заява № 19187/91). Право не свідчити проти себе пов'язане також з повагою до бажання обвинуваченого чи підсудного не давати свідчення. Однак воно не поширюється на використання у кримінальному провадженні матеріалу, який може бути отриманий від підозрюваного чи обвинуваченого шляхом використання владних повноважень, але який існує незалежно від волі останнього (зокрема, документів, отриманих відповідно до ордеру, зразків крові, сечі тощо).

Право не свідчити проти себе не може бути зведено лише до зізнання у вчиненні неправомір-

них дій чи свідчень прямо викривального характеру, оскільки свідчення, отримані під примусом, які зовні не виглядають викривальними, — такі, як висловлювання на своє виправдання чи просто інформація про фактичні обставини — можуть бути у подальшому використані у кримінальній справі на підтримку обвинувачення, наприклад, щоб протиставити їх іншим заявам обвинуваченого чи піддати сумніву свідчення, дані ним під час розгляду справи у суді, чи будь-яким іншим чином підірвати до нього довіру (§ 71 зазначеного рішення у справі «Сондерс проти Великобританії»).

Крім того, відповідно до практики Суду порушення ст. 6 Конвенції матиме місце і тоді, коли з відмови обвинуваченого або підсудного на будь-якій стадії провадження у кримінальній справі суд зробить висновки про його вину у вчиненні злочину (рішення від 6 червня 2000 р. у справі «Аверілл проти Великобританії», заява № 36408/97).

Так само буде порушено ст. 6 Конвенції, якщо для доказування винності підсудного будуть використовуватися його визнавальні показання, які він дав у ході іншого провадження (адміністративного, цивільного). Зокрема, у справах «Сондерс проти Великобританії» та «I.J.L., G.M.L. і A.K.P. проти Великобританії» (рішення від 19 вересня 2000 р., заяви №№ 29522/95, 30056/96 і 30574/96) Суд дійшов висновку про порушення права на справедливий судовий розгляд кримінальної справи проти заявників через використання проти них їх пояснень, даних інспекторам Міністерства торгівлі і промисловості Великобританії під час перевірки конкурентної боротьби двох компаній за право купівлі третьої та згодом переданих останніми правоохоронним органам для порушення кримінальної справи.

Ще одна група рішень Суду стосується процедури допиту свідків і використання показань, отриманих на досудовому слідстві.

Суд неодноразово наголошував, що всі докази, зазвичай, повинні бути досліджені в присутності підсудного з метою забезпечення змагальності сторін. Однак використання як доказів показань, отриманих на стадії досудового слідства, само по собі не суперечить пунктам 1 і 3 ст. 6 Конвенції за умови, якщо при цьому були забезпечені права захисту. Як правило, ці права вимагають, щоб підсудний мав адекватну і належну можливість оспорити показання свідків і допитати їх або в момент, коли свідок давав показання, або на пізнішій стадії провадження (п. 51 рішення від 23 квітня 1997 р. у справі «Ван Мехелен та інші проти Нідерландів», заяви №№ 21363/93, 21364/93, 21427/93 і 22056/93).

Суд також звернув увагу, що ст. 6 Конвенції не гарантує підсудному необмежене право на забезпечення доставки свідків у суд. Саме національні

суди компетентні вирішувати, чи є необхідним або бажаним заслухати свідка (п. 89 рішення від 7 липня 1989 р. у справі «Брікмон проти Бельгії», заява № 10857/84). Однак докази, отримані від свідка за умов, у яких права захисту не можуть бути забезпечені в обсязі, що вимагається Конвенцією, повинні досліджуватися з особливою ретельністю (п. 76 зазначеного рішення у справі «Дорсон проти Нідерландів»).

Крім того, Суд зауважував, що він не може абстрактно наполягати, що показання, дані свідком у суді та під присягою, повинні завжди переважати інші показання, дані тим самим свідком під час розслідування кримінальної справи, навіть якщо вони суперечать одні одним (п. 78 рішення у справі «Дорсон проти Нідерландів»).

Усі докази, зазвичай, повинні бути досліджені в присутності підсудного з метою забезпечення змагальності сторін, проте ст. 6 Конвенції не гарантує підсудному необмежене право на забезпечення доставки свідків у суд

У справі «Лука проти Італії» (рішення від 27 лютого 2001 р., заява № 33354/96) Суд визнав порушеними пункти 1 і 3 ст. 6 Конвенції, оскільки заявник був засуджений виключно на підставі свідчень, даних на досудовому слідстві співучасником злочину, який під час судового розгляду послався на своє право не давати показань, а захисник заявника не мав можливості його допитати в судовому засіданні.

Разом з цим засудження заявників на підставі даних під час досудового слідства показань свідка, який загинув до початку судового розгляду справи, не було визнаним таким, що порушило право на справедливий суд, оскільки показання вказаного свідка підтверджувалися іншими доказами у справі, що і проаналізував національний суд (п. 52 рішення від 7 серпня 1996 р. у справі «Ферантеллі і Сантанджело проти Італії», заява № 19874/92).

Складність і багатоаспектність процесу доказування у кримінальному судочинстві в контексті подальшого реформування кримінально-процесуального законодавства зумовлює необхідність більш ретельного підходу до такого реформування. Багато правових інститутів потребують концептуального переосмислення з урахуванням ролі суду у кримінальному судочинстві. Інші проблеми є наслідком недостатнього правового регулювання, що також негативно позначається на ефективності кримінального судочинства. Саме тому вивчення питань, пов'язаних із процесом доказування у кримінальному судочинстві, має важливе значення як для подальших наукових досліджень, так і для удосконалення відповідної правозастосовної практики.



Б.М. Грек,
суддя Вищого господарського
суду України,
кандидат юридичних наук,
заслужений юрист України

Summary
Studies issues of criminal liability of arbitral administrator as a crime committer for illegal actions in bankruptcy. Justifies an opinion that introduction of criminal liability of arbitral administrator for illegal actions in bankruptcy will strengthen his preventive influence in the sphere of regulation of relations associated with insolvency and bankruptcy. Formulates recommendations on improvement of legislation

Чи є арбітражний керуючий суб'єктом злочину, передбаченого ст. 221 Кримінального кодексу України?

Метою цієї статті є з'ясування особливостей кримінальної відповідальності за неправомірні дії при банкрутстві, зокрема такого суб'єкта, як арбітражний керуючий. У зв'язку з тим, що в Україні остаточно ще не вирішено питання відповідальності службових осіб господарюючих суб'єктів, воно залишається актуальним. Так, у ст. 221 Кримінального кодексу України (далі — КК) коло суб'єктів передбаченого в ній злочину сформульоване недостатньо чітко, що ускладнює застосування цієї норми на практиці. Та найактуальніше і досі питання — чи є арбітражний керуючий суб'єктом злочину, передбаченого ст. 221 КК?

Головна мета державного регулювання економіки — це реалізація конституційного положення про те, що держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів власності і господарювання та соціальну спрямованість економіки¹.

Для здійснення цих завдань органи державної влади та місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, який передбачено Конституцією України та законодавством України. Ці положення Конституції поширюються на всіх без винятку службових осіб, незалежно від того, виконують вони свої службові обов'язки в державних органах чи в органах місцевого самоврядування, або на окремих підприємствах, в установах та організаціях. Не має також значення службове положення особи — звання, ранг, чин, відомча приналежність органу, характер і сфера його діяльності, обсяг повноважень або форма власності, на підставі якої створені та функціонують підприємства, установи та організації. Як зазначає В.І. Тютюгін, виконання службовими особами своїх службових функцій у порядку, передбаченому законом та іншими нормативними актами, забезпечує нормальну діяльність державного і громадського апаратів, а також апарату управління підприємств, установ та організацій².

Конституція містить такі поняття, як «посадова» і «службова особа». Системний аналіз норм Конституції, зокрема статей 19, 40, 55 та 56, дає підстави зробити висновок, що за своєю сутністю поняття «посадова особа» і «службова особа» не ідентичні й у кожного з них свій зміст. Проте, відповідно до класичного підходу теорії права «службова особа» — по-

¹ Див.: Адміністративне право України: Підручник / За ред. Л.М. Кононенка, О.П. Литвина. — К., 2007. — С. 292.

² Див.: Тютюгін В.І. Лишение права занимать определенные должности как вид наказания. — Х., 1982. — С. 146.

няття узагальнююче, що охоплює такі поняття, як «посадова особа» і «службова особа».

На відміну від Конституції, у кримінальному законодавстві не виокремлено посадових осіб, а вжито родові поняття «службові особи». Ці особи належать до спеціального суб'єкта кримінально-правових відносин. Згідно з приміткою до ст. 364 КК до службових осіб віднесено чотири категорії осіб.

У законодавстві України немає офіційного визначення понять «представник влади», «організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські функції (обов'язки)». Воно наводиться доктринально в наукових працях³, а також роз'яснюється у постанові Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво».

Повноваження службової особи визначаються її компетенцією, встановленою у відповідних законах, положеннях, статутах та інших нормативних актах, які регламентують права і обов'язки особи, що обіймає ту чи іншу посаду або тимчасово чи за спеціальним повноваженням виконує обов'язки на цій посаді.

Особа визнається службовою не тільки тоді, коли вона виконує відповідні функції постійно, а й тоді, коли виконує їх тимчасово чи за спеціальним повноваженням за умови, що ці повноваження покладені на неї у встановленому законом порядку правомочним органом або службовою особою. Обіймання особою певної посади або доручення тимчасово виконувати службові обов'язки має бути оформлено відповідним (усним чи письмовим) рішенням — наказом, розпорядженням, постановою, протоколом, довіреністю тощо. Для визнання особи службовою не має значення, чи обіймає вона відповідну посаду за призначенням або внаслідок виборів, отримує за виконання службових обов'язків винагороду чи виконує їх на громадських засадах⁴.

Конкретні форми зловживання спеціальним суб'єктом службовим становищем дуже різні, оскільки воно може здійснюватись у різних сферах, у тому числі й у сфері банкрутства.

У ст. 221 КК передбачена відповідальність за незаконні дії у разі банкрутства, зокрема за умисне приховування майна або майнових обов'язків, відомостей про майно, передачу майна в інше володіння або його відчуження чи знищення, а також фальсифікацію, приховування або знищення документів, які відображають господарську чи фінансову діяльність, якщо ці дії вчинені громадянином-

засновником або громадянином-власником суб'єкта господарської діяльності, а також службовою особою суб'єкта господарської діяльності у разі банкрутства і завдали великої матеріальної шкоди.

Таким чином, суб'єктами цього злочину Закон визначає громадянина-засновника або громадянина-власника суб'єкта господарської діяльності, а також службову особу суб'єкта господарської діяльності.

Якщо питання щодо громадянина-засновника або громадянина-власника суб'єкта господарської діяльності як суб'єктів злочину, передбаченого ст. 221 КК, хоча б частково зрозуміле, то щодо службової особи суб'єкта господарської діяльності як суб'єкта цього злочину в науковій літературі й практиці вважається дискусійним.

Особа визнається службовою не тільки тоді, коли вона виконує відповідні функції постійно, а й тоді, коли виконує їх тимчасово чи за спеціальним повноваженням за умови, що ці повноваження покладені на неї у встановленому законом порядку правомочним органом або службовою особою

Одна з проблем полягає у необхідності відповідати на питання, чи є правові підстави вважати арбітражного керуючого службовою особою суб'єкта господарської діяльності, і чи може він у зв'язку з цим бути суб'єктом злочину, передбаченого ст. 221 КК?

Правильне їх вирішення має не тільки наукове, але й велике практичне значення, оскільки воно безпосередньо пов'язане з кваліфікацією вчинених злочинів у сфері банкрутства.

Усе розмаїття поглядів учених і працівників правоохоронних органів на цю проблему зводиться в основному до наступного. А.М. Ришелюк вважає, що розпорядник майна боржника, керуючий санацією і ліквідатор є особливими категоріями службових осіб суб'єкта господарської діяльності, які у справі про банкрутство можуть бути призначені за рішенням господарського суду для виконання адміністративно-господарських обов'язків, а отже, ці особи можуть бути суб'єктами зазначеного злочину⁵.

Подібної точки зору дотримується І.А. Клепицький, який зазначає, що Закон Великобританії від 1986 р. «Про неплатоспроможність» за зловживання, пов'язані з банкрутством, передбачає відповідальність як боржників та службових осіб компанії, так і осіб, яким доручено проведення оздоровчих заходів або ліквідації компанії⁶.

Дещо інша позиція щодо цього питання у О.О. Дудорова. На його думку, можливі зловжи-

³ Див.: Вознюк В. Посадова і службова особа: конституційно-правовий та кримінально-правовий аспекти // Вісник Конституційного Суду України. — 2005. — № 2. — С. 40.

⁴ Див.: Кримінальне право України. Особлива частина: Підруч. для студ. вищ. навч. закл. освіти / За ред. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. — К.; Х., 2002. — С. 392.

⁵ Див.: Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / За ред. М.О. Потебенька, В.І. Гончаренка. — К., 2001. — С. 588.

⁶ Див.: Клепицький І.А. Банкрутство як преступление в современном уголовном праве // Государство и право. — 1997. — № 11. — С. 58.

вання з боку таких учасників судових процедур банкрутства, як розпорядник майна, керуючий санацією і ліквідатор, не зважаючи на їхню організаційно-розпорядчу чи адміністративно-господарську діяльність, навряд чи охоплюються диспозицією аналізованої кримінально-правової норми⁷.

Суб'єктивний склад незаконних дій у разі банкрутства потребує певного розширення за рахунок окремої вказівки у ст. 221 КК на розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора та арбітражного керуючого, який зобов'язаний здійснювати заходи щодо захисту майна боржника і невиконання чи неналежне виконання яким своїх обов'язків може заподіяти значної шкоди боржнику і кредитору

Водночас, посилаючись на ч. 16 ст. 13 і ч. 2 ст. 12 Закону від 14 травня 1992 р. № 2343-ХІІ «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (далі — Закон № 2343-ХІІ), О.О. Дудоров робить висновок, що суб'єктивний склад незаконних дій у разі банкрутства потребує певного розширення за рахунок окремої вказівки у ст. 221 КК на розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора та арбітражного керуючого, який зобов'язаний здійснювати заходи щодо захисту майна боржника і невиконання чи неналежне виконання яким своїх обов'язків може заподіяти значної шкоди боржнику і кредитору⁸. Таку ж позицію підтримує Н.О. Гуророва, яка відносить призначених господарським судом у межах процедури банкрутства розпорядника майна, керуючого санацією та ліквідатора до осіб, котрі виконують адміністративно-господарські функції, не обіймаючи при цьому посаду на підприємствах, установах чи організаціях⁹.

Поділяють цю точку зору й інші українські дослідники. Так, О.Г. Фролова на підставі узагальнення проведеного дослідження зауважує про необхідність включення в диспозицію ст. 221 КК як суб'єкта злочину «службову особу суб'єкта господарської діяльності» — арбітражного керуючого (розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора)¹⁰. А Г.Є. Болдарь вважає, що арбітражний керуючий як особа, котра виконує важливу соціальну функцію та відповідно до рішення господарського суду наділена організаційно-розпорядчими й адміністративно-господарськими повноваженнями, повинен визнаватись службовою особою (за ознакою виконання відповідних обов'язків за спеціальним повноваженням) і нести визначену для таких осіб кримінальну відповідальність. У зв'язку з цим автор пропонує кримінально-правовий статус

арбітражного керуючого чітко закріпити в межах кримінального закону в цілому, а не окремо взятої норми (зокрема ст. 221 КК), тобто примітку 1 до ст. 364 КК після слів «виконують такі обов'язки за спеціальним повноваженням» доповнити словами: «у тому числі арбітражні керуючі (розпорядники майна, керуючі санацією та ліквідатори)». Проте на відміну від попереднього дослідника, Г.Є. Болдарь пропонує включити до диспозиції ст. 221 КК як суб'єкта цього злочину «службову особу», що, на нашу думку, з огляду на серйозні недоліки у практиці тлумачення і застосування цієї норми не є безспірним¹¹.

Не погоджуються з цим Г. Джумагельдієва і С. Чуча, які акцентують увагу на тому, що арбітражний керуючий не вступає у трудові відносини ні з підприємством-боржником, управління яким здійснює, ні з кредиторами, кошти яких є одним із джерел його винагороди, ні з Агентством з питань банкрутства, що контролює його діяльність, ні з господарським судом, за призначенням якого діє¹². Отже, на думку цих учених, арбітражний керуючий не обіймає в юридичній особі — суб'єкті господарювання — посаду, як цього вимагає диспозиція ст. 221 КК.

Для правильного розуміння правового статусу арбітражного керуючого значний інтерес можуть мати думки російських учених, які зіткнулися з такою проблемою.

Так, якщо в ч. 1 ст. 195 Кримінального кодексу Російської Федерації (далі — КК РФ) в редакції 1996 р. називались можливі суб'єкти відповідальності за неправомірні дії при банкрутстві (керівник чи власник організації, індивідуальний підприємець), то в новій редакції ч. 1 цієї статті взагалі відсутні будь-які вказівки на суб'єкт вчинення злочину, передбаченого цим кримінальним законом. На думку Б.В. Волженкіна, це дозволяє до кола суб'єктів неправомірних дій при банкрутстві за ч. 1 ст. 195 КК РФ включати, окрім індивідуального підприємця, таких осіб, як керівник організації, арбітражні управляючі при здійсненні процедури банкрутства, члени колективного виконавчого органу, інші особи, що здійснюють управлінські функції в організації¹³.

Подібної позиції дотримуються Ю.В. Трунцевський і О.Ш. Петросян, які вважають, що суб'єктом неправомірних дій при банкрутстві можуть

⁷ Див.: Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика. — К., 2003. — С. 641.

⁸ Див.: Дудоров О.О. Знач. праця. — С. 643.

⁹ Див.: Гуророва Н.О. Кримінально-правова охорона державних фінансів України. — Х., 2001. — С. 292—293.

¹⁰ Див.: Фролова О.Г. Злочини, пов'язані з банкрутством в Україні: кримінально-правова характеристика: Дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2006. — С. 179.

¹¹ Див.: Болдарь Г.Є. Незаконні дії в разі банкрутства: проблеми кримінально-правової кваліфікації та вдосконалення законодавства: Дис. ... канд. юрид. наук. — Луганськ, 2007. — С. 194.

¹² Див.: Джумагельдієва Г. Арбитражный управляющий как особый субъект хозяйственного права // Підприємництво, господарство і право. — 2001. — №8. — С. 18; Чуча С. Арбитражный управляющий и руководитель должника как субъекты трудовых отношений // Российская юстиция. — 2000. — № 12. — С. 20.

¹³ Див.: Волженкин Б.В. Преступления в сфере экономической деятельности по уголовному праву России. — СПб., 2007. — С. 387—388.

бути індивідуальні підприємці, а також всі арбітражні управляючі (тимчасові, адміністративні, зовнішні, конкурсні), керівник тимчасової адміністрації кредитної організації. При цьому вони уточнюють, що кількість суб'єктів неправомірних дій збільшиться не тільки внаслідок виключення ознак суб'єкта з диспозиції ч. 1 ст. 195 КК РФ, але і за рахунок збільшення кількості організацій, які можуть бути визнані неплатоспроможними¹⁴.

Наділення арбітражного керуючого широкими повноваженнями розпорядчого характеру передбачає наявність реальної можливості здійснення цими особами дій, направлених на неправомірне зменшення конкурсної маси боржника. І ця можливість часто реалізується на практиці

Думку про те, що арбітражний керуючий може виступати суб'єктом злочинів, передбачених статтями 195 і 196 КК РФ, поділяють й інші вчені.

З цього приводу І.Ю. Міхалев пише, що арбітражний керуючий (тимчасовий керуючий, зовнішній керуючий, конкурсний керуючий) не названий суб'єктом злочину, що розглядається. Разом з тим цьому учаснику відносин відведена важлива роль. Арбітражний керуючий є одним із обов'язкових учасників відносин, пов'язаних із фінансовою неспроможністю. Він присутній на всіх етапах розвитку названих відносин: як до визнання боржника неспроможним, так і після цього. Чинне законодавство Російської Федерації щодо фінансової неспроможності наділяє арбітражного керуючого надзвичайно широкими повноваженнями. З моменту відсторонення від посади керівника організації арбітражний керуючий наділяється повноваженнями керівника боржника, йому надається право вести справи, управляти справами боржника, в тому числі й право розпоряджатися майном. При цьому І.Ю. Міхалев робить такий висновок: наділення арбітражного керуючого широкими повноваженнями розпорядчого характеру передбачає наявність реальної можливості здійснення цією особою дій, направлених на неправомірне зменшення конкурсної маси боржника. І ця можливість часто реалізується на практиці. Він вважає, що обґрунтовано слід визнати пропозицію включити арбітражного керуючого до суб'єктів злочину, для чого необхідні відповідні законодавчі корективи¹⁵.

Із зазначеною точкою зору не погоджується Н.О. Лопашенко, яка вважає, що арбітражний керуючий не є керівником організації боржника. Він призначається арбітражним судом не для виконання функцій виконавчого органу, а для проведення

процедури банкрутства та виконання інших повноважень, установлених законом. Незважаючи на те, що окремі функції арбітражного керуючого відносяться до організаційно-розпорядчих, а більшість — до адміністративно-господарських, його не можна визнати типовим керівником комерційної чи іншої організації, що виконує управлінські функції. Призначення арбітражного керуючого принципово інше — здійснення процедури банкрутства¹⁶.

Незважаючи на деяку розбіжність, а іноді і на наявність протилежних точок зору стосовно того, чи є арбітражний керуючий службовою особою і чи може він бути суб'єктом злочину, передбаченого ст. 221 КК, багато українських та російських учених констатують, що значна кількість арбітражних керуючих допускає зловживання своїм службовим становищем при виконанні покладених на них функцій. Події останніх років показали, що процедури банкрутства перетворилися на своєрідний полігон для вторинного перерозподілу власності. Помітними фігурами в цьому є «прокредиторські» налаштовані арбітражні керуючі. Проведене дослідження свідчить, що останнім часом значного поширення на етапі санації набули такі зловживання арбітражних керуючих, як: реалізація майна боржника без згоди кредиторів; включення до ліквідаційної маси майна боржника, яке згідно із законодавством не підлягає реалізації; порушення встановленої законодавством черговості задоволення вимог кредиторів; продаж майна за заниженими цінами; відчуження більшої кількості майна ніж це потрібно для погашення боргів; проведення санації з перспективою її трансформації у ліквідацію; припинення санації за допомогою мирової угоди в інтересах лише великих кредиторів; замовний продаж майна боржника на торгах та ін. Були випадки, коли вони необґрунтовано відмовлялися включати в реєстр вимог кредиторів деякі із заявлених вимог, відчувували більшу частину майна, ніж це вимагається для погашення боргів, брали участь у розкраданні майна, що належить боржникам, за домовленістю з окремими кредиторами передавали останнім майно підприємства-боржника за заниженими цінами чи сфальсифікованою кредиторською заборгованістю, проводили санацію з перспективою її трансформації в ліквідацію, припиняли санацію за допомогою мирової угоди лише в інтересах великих кредиторів, змовлялися щодо продажу майна боржника на торгах, порушували черговість задоволення вимог кредиторів, неправильно проводили оцінку та реалізацію майна підприємств-банкрутів, укладали незаконні цивільно-правові угоди тощо.

¹⁴ Див.: Трунцевский Ю.В., Петросян О.Ш. Экономические и финансовые преступления: Учеб. пособие. — М., 2008. — С. 220.

¹⁵ Див.: Михалев И.Ю. Криминальное банкротство. — СПб., 2001. — С. 162.

¹⁶ Див.: Лопашенко Н.А. Неправомерные действия при банкротстве // Законность. — 1999. — № 4. — С. 13.

Нерідко недобросовісний кредитор підкупує арбітражного керуючого, домовляється, що той буде працювати всупереч інтересів боржника¹⁷.

Порівняльний аналіз положень примітки 1 до ст. 364 КК і факт відсутності іншого визначення службової особи у КК дає підстави зробити висновок, що цим поняттям охоплюються службові особи не тільки державних органів, а й недержавних підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності¹⁸.

Більшість дослідників поділяє думку, що арбітражний керуючий, розпорядник майна боржника, керуючий санацією і ліквідатор у процедурі банкрутства за рішенням господарського суду виконують адміністративно-господарські обов'язки, тобто є особливими категоріями службових осіб суб'єкта господарської діяльності, які виконують такі обов'язки за спеціальним повноваженням.

Повноваження керівних органів боржника можуть бути припинені, якщо ними не вживаються заходи щодо збереження майна, створюються перешкоди діям розпорядника майна чи допускаються інші порушення законодавства. В такому разі ухвалою господарського суду виконання обов'язків керівника боржника тимчасово покладається на розпорядника майна

За оцінками науковців і фахівців, арбітражний керуючий є ключовою фігурою під час провадження у справах про банкрутство, що забезпечує захист інтересів боржника, кредитора і держави. Саме від його професійності, чесності та неупередженості іноді залежить подальша доля багатотисячного колективу збанкрутілого підприємства.

Поняття «арбітражний керуючий», «розпорядник майна», «керуючий санацією» і «ліквідатор» розкриваються у ст. 1 Закону № 2343-ХІІ. Згідно зі ст. 3¹ цього Закону одна й та ж особа може виконувати функції арбітражного керуючого (розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора) на всіх стадіях провадження у справі про банкрутство. Зокрема, як розпорядник майна він має право: скликати збори і комітет кредиторів та брати в них участь з правом дорадчого голосу; залучати для забезпечення виконання своїх повноважень на договірних засадах інших осіб та спеціалізовані організації; запитувати і отримувати документи або їх копії від підприємств, установ, організацій, об'єднань; отримувати з державного реєстру застав інформацію про майно боржника, яке є предметом застави. Згідно з ч. 16 ст. 13 Закону № 2343-ХІІ повноваження керівних органів боржника можуть

бути припинені, якщо ними не вживаються заходи щодо збереження майна, створюються перешкоди діям розпорядника майна чи допускаються інші порушення законодавства. В такому разі ухвалою господарського суду виконання обов'язків керівника боржника тимчасово покладається на розпорядника майна.

На стадії санації керуючий санацією має право: продавати майно боржника недержавної форми власності з урахуванням обмежень, передбачених Законом № 2343-ХІІ; укласти від імені боржника мирову угоду та інші цивільно-правові договори; відмовлятися від виконання договорів боржника, а також подавати заяви про визнання договорів боржника недійсними; здійснювати інші повноваження, передбачені цим Законом. Із дня винесення ухвали господарського суду про санацію повноваження керівних органів боржника, крім випадків, передбачених законодавством,

припиняються, управління боржником починає здійснювати керуючий санацією. При цьому власнику й органу управління боржника забороняється обмежувати повноваження керуючого щодо розпорядження майном.

На стадії ліквідаційної процедури ліквідатор із дня свого призначення приймає до свого відання майно боржника, вживає заходи із забезпечення його збереження, виконує функції з управління та розпорядження майном банкрута, виконує повноваження керівника (органів управління) банкрута та здійснює інші повноваження. Те саме стосується арбітражного керуючого, який зобов'язаний здійснювати заходи щодо захисту майна боржника і невиконання чи неналежне виконання обов'язків якого здатне заподіяти значну шкоду боржнику і кредиторам¹⁹.

Тобто на всіх зазначених стадіях процедури банкрутства арбітражний керуючий (розпорядник майна, керуючий санацією, ліквідатор) виконує за спеціальним повноваженням, тимчасово, у строки, встановлені Законом № 2343-ХІІ, організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські функції.

Твердження деяких учених про те, що арбітражний керуючий не укладає з власником або засновником підприємства-боржника контракт, і тому не обіймає в юридичній особі (суб'єкті господарювання) посаду, як цього вимагає диспозиція ст. 221 КК, не може бути аргументом не вважати його службовою особою, оскільки він, відповідно до примітки 1 ст. 364 КК, діє за спеціальним повноваженням, наданим йому офіційним держав-

¹⁷ Див.: Грек Б.М. Банкрутство. Цивільний та кримінально-правовий аспекти. — К., 2006. — 303 с.

¹⁸ Див.: Скоря Л. Службова особа як суб'єкт протидії законній господарській діяльності (ст. 206 КК України) // Підприємство, господарство і право. — 2006. — № 7. — С. 43.

¹⁹ Див.: Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика. — К., 2003. — С. 643.

ним органом — господарським судом. Укладення трудового договору арбітражного керуючого з підприємством ні Закон № 2343-ХІІ, ні норми статей 221 або 364 КК не вимагають.

Стаття 221 КК не містить норми, яка б вимагала укладення арбітражним керуючим якогось договору зі збанкрутілим суб'єктом господарської діяльності. В це збанкрутіле підприємство він направляється державним органом влади — господарським судом — спеціально для виконання управлінських функцій замість керівництва, яке довело підприємство до банкрутства. Вважати, що за таких обставин арбітражний керуючий не діє від імені суб'єкта підприємницької діяльності, не можна. Він діє як службова особа суб'єкта господарської діяльності в специфічних умовах в інтересах цього суб'єкта і тому за дії, які можуть спричинити шкоду, має відповідати як службова особа суб'єкта господарської діяльності.

Викладене дає підстави зробити висновок, що арбітражний керуючий — це спеціально уповноважена службова особа, яка є суб'єктом індивідуальної підприємницької діяльності, має ліцензію, видану у встановленому законодавством порядку, вищу юридичну чи економічну освіту, спеціальні знання для тимчасового виконання організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, здійснює управління підприємством на підставі ухвали господарського суду, а отже — є суб'єктом злочину, передбаченого ст. 221 КК.

Результати проведеного дослідження свідчать, що правозастосовна діяльність щодо арбітражних керуючих відбувається через застосування до них замість спеціальної (ст. 221 КК) загальної норми, тобто ст. 364 КК.

Так, Білгород-Дністровською міжрайонною прокуратурою закінчено слідство та направлено до суду кримінальну справу, порушену за ч. 2 ст. 364 КК стосовно арбітражного керуючого Ш., який без згоди кредиторів реалізував цілісний майновий комплекс ЗАТ «Білгород-Дністровський м'ясокомбінат», чим завдав збитків на суму понад 1 млн грн.

Вивчення деяких кримінальних справ показало, що помилки у кваліфікації цих злочинів пов'язані, головним чином, з тим, що при кваліфікації не враховувалась обставина, згідно з якою, на відміну від ст. 364 КК, дії службових осіб суб'єктів господарської діяльності повинні кваліфікуватись за ст. 221 КК. Згідно з принципом конкуренції загальної та спеціальної норм перевага повинна надаватись спеціальній нормі,

тобто ст. 221 КК, яка містить притаманні тільки їй специфічні ознаки і охоплює вчинене найбільш повно.

У випадку, коли незаконні дії службових осіб суб'єкта господарської діяльності хоч і охоплюються диспозицією ст. 221 КК, однак вчинені до прийняття господарським судом ухвали про порушення справи про банкрутство або якщо така ухвала не вступила в законну силу, ці дії не підпадають під ознаки злочину, передбаченого ст. 221 КК, а повинні кваліфікуватись за ст. 364 або іншими статтями Особливої частини КК.

Арбітражний керуючий — це спеціально уповноважена службова особа, яка є суб'єктом індивідуальної підприємницької діяльності, має ліцензію, видану у встановленому законодавством порядку, вищу юридичну чи економічну освіту, спеціальні знання для тимчасового виконання організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, здійснює управління підприємством на підставі ухвали господарського суду, а отже — є суб'єктом злочину, передбаченого ст. 221 КК

Вивчення цієї категорії кримінальних справ дає підстави робити висновок про те, що:

1) злочини, суб'єктами яких є арбітражні керуючі, набули досить поширеного характеру. Вони складають 20 % (або 25 %) від загальної кількості вивчених кримінальних справ, порушених щодо службових осіб у сфері банкрутства;

2) в результаті законодавчої невизначеності правового статусу цих суб'єктів злочину у 18 випадках їх дії кваліфіковані за ст. 364 або ст. 365 КК і тільки у двох випадках за ст. 221 КК.

Враховуючи активність арбітражних керуючих у зменшенні активів підприємства-боржника та неоднозначне тлумачення аналізованих статей КК в теорії і практиці, вважаємо доцільним внесення змін у КК, що передбачають кримінальну відповідальність за використання арбітражними керуючими своїх повноважень усупереч завданням своєї діяльності і з метою отримання вигоди для себе чи третіх осіб. В якості невідкладних альтернативних заходів можуть виступити роз'яснення Пленуму Верховного Суду України стосовно деяких питань, що виникли в практиці застосування судами ст. 221 КК.

Включення розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора та арбітражного керуючого до кола суб'єктів злочину, на нашу думку, буде кроком, який не лише враховуватиме положення регулюючого законодавства, а й дозволить зробити кримінальний закон більш конкретним, посилити його загальнопревентивний вплив у сфері регулювання відносин, пов'язаних із неплатоспроможністю і банкрутством.



С.Ф. Сафулько,
адвокат,
заслужений юрист України

Щодо повноважень адвоката в цивільному процесі

У судовій практиці існує кілька проблем, пов'язаних з участю адвоката у цивільному процесі. Розглянемо деякі з них.

Окремі питання повноважень адвоката, який діє на підставі ордеру



Я.П. Зейкан,
адвокат

У ч. 2 ст. 59 Конституції України визначено, що для надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах діє адвокатура. Відповідно до ст. 12 Цивільного процесуального кодексу України (далі — ЦПК) 2004 р. особа, яка бере участь у справі, має право на правову допомогу адвокатів або інших фахівців у галузі права.

Отже, адвокат надає правову допомогу. Види такої допомоги визначені у ст. 5 Закону від 19 грудня 1992 р. № 2887-ХІІ «Про адвокатуру». Адвокати дають консультації та роз'яснення з юридичних питань, усні і письмові довідки щодо законодавства; складають заяви, скарги та інші документи правового характеру; посвідчують копії документів у справах, які вони ведуть; здійснюють представництво в суді, інших державних органах, перед громадянами та юридичними особами; подають юридичну допомогу підприємствам, установам, організаціям; здійснюють правове забезпечення підприємницької та зовнішньоекономічної діяльності громадян і юридичних осіб, виконують свої обов'язки відповідно до кримінально-процесуального законодавства у процесі дізнання та досудового слідства.

Особливістю правової допомоги адвоката в цивільному процесі є те, що вона не обмежується участю його як представника. Він, як правило, складає позовну заяву, розробляє правову позицію позивача збирає документи, зокрема шляхом запиту або ознайомлення з ними на місці, консультує свого клієнта, готує його до участі в суді, а також готує свідків до дачі пояснень тощо.

Повноваження адвоката як представника відповідно до ч. 2 ст. 40 ЦПК 2004 р. можуть бути підтверджені довіреністю, посвідченою нотаріально або посадовою особою організації, в якій довіритель працює, навчається, перебуває на службі, стаціонарному лікуванні.

Згідно із ч. 4 ст. 42 зазначеного вище Кодексу повноваження адвоката як представника можуть також посвідчуватись ордером, виданим відповідним адвокатським об'єднанням, або договором. Прислівник «також» свідчить про рівноцінність участі адвоката як представника на підставі довіреності, договору або ордеру.

У судових засіданнях в апеляційній інстанції інколи виникає сумнів щодо права адвоката, який діє на підставі ордеру, давати пояснення у справі. Висловлювалася думка, що адвокат на підставі ордеру виступає тільки в дебатах. Дійсно, за ст. 115 ЦПК 1963 р. для представництва інтересів у повному обсязі адвокату необхідно було мати довіреність, яка б передба-

S u m m a r y

The author considers complicated issues of the advocate's authority in civil proceedings as well as proposes changes to the proper laws

чала право передачі справи в третейський суд, повну або часткову відмову від позовних вимог, визнання позову, зміни предмета позову, укладення мирової угоди, передачі повноважень іншій особі (передоручення), оскарження рішення суду, подачі виконавчого листа до стягнення, одержання присудженого майна або грошей.

В окремих адвокатських об'єднаннях діє спрощений порядок видачі ордерів, коли адвокат на підставі усного або письмового договору сам випишує ордер на представництво особи, яка до нього звернулася. Ці питання потрібно врегулювати у Законі «Про адвокатуру» і, крім того, необхідно встановити єдиний порядок видачі ордерів

Але ст. 115 ЦПК 1963 р. вже не діє, і при вирішенні питання про повноваження адвоката потрібно керуватись ч. 1 ст. 44 ЦПК 2004 р., за якою представник, котрий має повноваження на ведення справи в суді (а також ордер — *Авт.*), може вчиняти від імені особи, яку представляє, усі процесуальні дії, що їх має право вчиняти ця особа. Сумніви щодо процесуального становища адвоката відпали у зв'язку із прийняттям постанови Пленуму Верховного Суду України від 12 червня 2009 р. № 2 «Про застосування норм цивільного процесуального законодавства при розгляді справ у суді першої інстанції». У п. 9 постанови роз'яснено, що повноваження представника сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, посвідчені документами, зазначеними в частинах 1—3 ст. 42 ЦПК 2004 р., а повноваження адвоката також і ордером, який видається відповідним адвокатським об'єднанням, або договором, дозволяють йому вчиняти від імені особи, яку він представляє, усі процесуальні дії, що їх має право вчиняти ця особа. Обмеження повноважень представника на вчинення певної процесуальної дії мають бути застережені не у виданому ордері, а в довіреності чи договорі. Вважаємо, що обмеження можуть бути застережені також і в усній заяві у судовому засіданні.

Таким чином, адвокат, який діє на підставі ордеру, користується всіма тими правами, якими користується в процесі довіритель, і, зокрема, може давати пояснення в суді, а не лише виступати в дебатах. Отже, він може бути допитаний як свідок у порядку, передбаченому статтями 57, 180—182, 184 ЦПК 2004 р., якщо заявляє, що факти, які мають значення для справи, йому відомі особисто і він дає згоду бути допитаний як свідок.

У зв'язку з такими змінами на практиці виникають проблеми теоретичного та практичного характеру. За ст. 31 ЦПК 2004 р. до процесуальних прав віднесено також і права, які вирішують долю

предмета спору: визнання позову, укладення мирової угоди, відмови від позову. Недобросовісний адвокат може скористатись можливістю, яку йому надає закон, і вирішити долю спору, не погодивши це питання з довіритель. Такі випадки у судовій практиці вже мали місце. У суду може виникнути сумнів щодо обсягу повноважень адвоката, який

важко перевірити, якщо в судовому засіданні не присутній довіритель. Вимоги добросовісності зобов'язують суддю не тільки перевіряти наявність повноважень у адвоката, але й пересвідчуватися, що адвокат не є обмеженим у своїх повноваженнях, особливо у випадках

визнання позову або укладення мирової угоди.

Якщо адвокат діє від імені клієнта на підставі довіреності, проблем не виникає. Підпис довірителя в цьому випадку засвідчує його волевиявлення на делегування певних прав, зокрема і на розпорядження предметом спору та вирішення подальшої долі справи: визнання позову, зміни предмета та підстав спору, відмови від позову, укладення мирової угоди. В ордері немає підпису особи, який би засвідчив факт волевиявлення. Таке волевиявлення лише презюмується.

Тому норма ст. 44 ЦПК 2004 р. про те, що повноваження на ведення справи в суді (зокрема і на підставі ордеру) дає представнику (адвокату) право на вчинення від імені особи, яку він представляє, усіх процесуальних дій, що їх може вчинити ця особа, потребує законодавчого уточнення.

Адвокатські об'єднання на свій розсуд визначають порядок видачі ордерів на підставі договору з довіритель. Сторонами у такому договорі є адвокатське об'єднання (або адвокат) і довіритель. У свою чергу, адвокатське об'єднання видає ордер відповідному адвокату, члену об'єднання. В окремих адвокатських об'єднаннях діє спрощений порядок видачі ордерів, коли адвокат на підставі усного або письмового договору сам випишує ордер на представництво особи, яка до нього звернулася. Ці питання потрібно врегулювати у Законі «Про адвокатуру» і, крім того, необхідно встановити єдиний порядок видачі ордеру.

Спірні питання щодо надання юридичної допомоги адвокатом, який працює в індивідуальному порядку

У судовій практиці виникають проблеми у зв'язку з участю в цивільному процесі адвокатів, які діють індивідуально. Відповідно до ч. 2 ст. 4 Закону «Про адвокатуру» адвокат має право займатись адвокатською діяльністю індивідуально, відкрити

своє адвокатське бюро, об'єднуватися з іншими адвокатами в колегії, адвокатські фірми, контори та інші адвокатські об'єднання, які діють відповідно до цього Закону та статутів адвокатських об'єднань. Але адвокат, який діє індивідуально, не може вступити в цивільний процес на підставі ордеру, оскільки ЦПК 2004 р. не передбачає для нього права видавати ордер. Таке право належить тільки адвокатським об'єднанням (п. 4 ст. 42 ЦПК 2004 р.).

Ордер, виданий представниками юридичних фірм, господарських товариств, які за правовим статусом не є адвокатськими об'єднаннями, не може бути визнаний належним документом для представництва у суді навіть у випадку, якщо особа має свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю

Ця проблема вимагає більш ґрунтовного дослідження та глибокого аналізу всіх можливих наслідків від тих змін, що запропоновані у ЦПК 2004 р. стосовно питань представництва в суді. Можливо, доцільно повернути усталену форму довіреності, практика застосування якої вже давно склалася і не викликала серйозних заперечень у практичних працівників та науковців. В Росії не стали змінювати усталеного порядку, що, на нашу думку, є правильним.

Доречно згадати, що у прийнятому після ЦПК 2004 р. Кодексі адміністративного судочинства України (далі — КАС) питання про повноваження представника вирішено так, як і, свого часу, в ЦПК 1963 р. Відповідно до ст. 59 КАС представник має право повністю або частково відмовитися від адміністративного позову, змінити адміністративний позов, досягнути примирення, оскаржити судові рішення, якщо право на вчинення кожної з цих дій спеціально обумовлене у виданій йому довіреності. Що стосується господарського процесу, то там участь адвоката в суді на підставі ордеру взагалі не передбачена. Таким чином, проблема, пов'язана з участю адвоката в суді на підставі ордеру, має міжгалузевий характер і потребує вирішення шляхом уніфікації законодавства.

Іноді на підставі ордеру в судовий процес вступають представники юридичних фірм, господарських товариств, які за правовим статусом не є адвокатськими об'єднаннями. Ордер, виданий такими підприємствами, не може бути визнаний належним документом для представництва у суді навіть у випадку, якщо особа має свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю. Але визнання таких ордерів належним документом представника у судах вирішується неоднозначно. Тому необхідно визначитись, що право на видачу ордеру мають тільки адвокатські об'єднання, а не господарські товариства.

Частина 3 ст. 44 ЦПК 2004 р. відсилає до статей 248—250 Цивільного кодексу України, які визначають підстави та порядок припинення представництва за довіреністю. В основному, це: закінчення строку, на який видана довіреність; скасування довіреності довірительом; відмова представника від дій, що були визначені довіреністю; припинення юридичної особи, яка видала довіреність; смерть особи, яка видала довіреність, тощо. Отже, питання повноважень за довіреністю регулюються як нормами процесуального права, так і нормами Цивільного кодексу України.

Про припинення представництва або обмеження повноважень представника за довіреністю має бути повідомлено суд шляхом подачі письмової заяви або усної заяви, зробленої в судовому засіданні.

Етична норма ч. 5 ст. 44 ЦПК 2004 р. має силу закону. Відповідно до неї у разі відмови представника від наданих йому повноважень представник не може бути у цій самій справі представником іншої сторони. Норми адвокатської етики забороняють адвокату бути представником протилежної сторони і у випадку, якщо довіритель, а не сам адвокат, відмовився від його послуг.

Проблема, пов'язана з компенсацією витрат, сплачених за юридичну допомогу адвоката

До питань представництва у суді дотичною є проблема, пов'язана із судовими витратами у справах за участю адвоката. Витратами на розгляд справи є витрати на інформаційно-технічне забезпечення, правову допомогу та інші витрати, наведені у ч. 3 ст. 79 ЦПК. Для сторін важливо належно підтвердити такі витрати. Так, витрати на інформаційно-технічне забезпечення підтверджуються оригіналом платіжного документа, за яким ця сума перерахована на відповідний рахунок. Витрати на правову допомогу підтверджуються квитанцією або іншим документом адвоката. Крім того, вони можуть підтверджуватися випискою з книги обліку адвокатської діяльності і договором з адвокатом чи іншою особою, яка надає правову допомогу, та документом про перерахування коштів тощо. Найбільш чітко позицію судів висловили судді Верховного Суду України М.І. Балюк та Д.Д. Луспник. На їхню думку, відповідно до ч. 1 ст. 56 ЦПК 2004 р. правову допомогу може надавати особа, яка є фахівцем у галузі права і за законом має право на надання правової допомоги. Процесуальний статус особи, яка надає допомогу, визначення, хто є фахівцем у галузі права законодавцем ще не встановлено. У ЦПК 2004 р. зазначено, що ці питання врегулю-

вуються спеціальним законом, який ще не прийнятий. **Нерідко трапляються випадки, коли між стороною та адвокатом укладена угода про надання юридичної допомоги, але адвокат бере участь у розгляді справи як представник на підставі нотаріально посвідченого доручення**, ордер на участь адвоката у справі та докази оплати юридичної допомоги при цьому в матеріалах справи відсутні. За таких обставин підстав для стягнення витрат за оплати допомоги адвоката в суду немає¹. Представник особи, яка бере участь у справі, за дорученням має процесуальний статус саме представника цієї особи, що передбачено статтями 26, 42 ЦПК 2004 р., і не може одночасно мати процесуальний статус особи, яка надає правову допомогу. Цей Кодекс не відносить до судових витрати за послуги представника в суді².

Вирішальним у цій ситуації є той факт, що відсутні докази оплати за юридичну допомогу, а не те — наявний чи відсутній ордер. Адже ордер видається на підтвердження того, що з довірителем укладено угоду про надання юридичної допомоги. Оскільки адвокат, який працює індивідуально, не може видати ордер, то він діє на підставі договору або довіреності. Але це жодним чином не змінює його статусу адвоката порівняно з адвокатом, який працює в адвокатському об'єднанні.

Зауважимо, що ст. 56 ЦПК 2004 р. практично не використовується в судовій практиці. У ній не визначено, що таке правова допомога, а той обсяг прав, який мають особи, що надають правову допомогу, повністю поглинається правами представника в суді. Однак, як свідчить чинна практика щодо компенсації витрат за юридичну допомогу адвоката, адвокати, які діють індивідуально, перебувають у нерівному становищі з іншими адвокатами. Страждають від цього довірителі, які, вигравши справу в суді, не можуть отримати компенсацію цих витрат, якщо вони сплачені адвокату, який діє індивідуально. Очевидно, що потрібно знайти інший спосіб усунення суперечності між судовою практикою та Законом «Про адвокатуру», у якому не встановлено різниці між адвокатом, що діє у складі об'єднання, та адвокатом, який працює індивідуально.

Для усунення колізії із Законом «Про адвокатуру» п. 4 ст. 42 ЦПК 2004 р. доцільно викласти в такій редакції:

«4. Повноваження адвоката як представника можуть також посвідчуватись ордером встановленого зразка».

¹ Див.: Балюк М.І., Луспенник Д.Д. Практика застосування Цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях). Коментарії, рекомендації, пропозиції. — Х., 2008. — С. 182.

² Див.: Там само. — С. 196.

У такому випадку була б усунута проблема, пов'язана з неоднаковим підходом до адвокатів, які працюють індивідуально, і останні мали би право самі виписувати ордер.

Покажовим є і те, що постановою Пленуму Верховного Суду України «Про застосування норм цивільного процесуального законодавства при розгляді справ у суді першої інстанції» існуюча судова практика щодо витрат на правову допомогу адвоката не підтверджена. У постанові її оминули, що дає підстави для висновку, що Верховний Суд України до цієї проблеми ще повернеться.

Як свідчить чинна практика компенсації витрат за юридичну допомогу адвоката, адвокати, які діють індивідуально, перебувають у нерівному становищі з іншими адвокатами

Для порівняння, у ст. 44 Господарського процесуального кодексу України до складу судових витрат віднесено оплату послуг адвоката, який у господарському процесі діє на підставі довіреності і є представником сторони. Разом з тим у згаданому Кодексі взагалі не передбачена участь адвоката в процесі на підставі ордера. І судова практика в цьому питанні займає чітку позицію — оплата послуг адвоката, який є представником сторони в господарському процесі, належить до судових витрат і підлягає компенсації³. Якщо розмір послуг адвоката є надмірно значним порівняно з ціною позову, то суди допускають зменшення такої суми з огляду на принципи розумності. Що стосується інших осіб (підприємців, які надають правову допомогу в господарському процесі і виступають як представники), то господарські суди відмовляють у включенні таких платежів до судових витрат.

Таким чином, можна зробити висновок, що адвокат у суді може брати участь як представник на підставі договору, усної заяви довірителя в судовому засіданні, довіреності, а також ордера. Проблеми, пов'язані з участю адвоката у суді на підставі ордера, мають міжгалузевий характер. Обсяг повноважень і зміст довіреності для участі в суді неоднаково вирішується в ЦПК 2004 р. та КАС, що недоцільно. Статус адвоката як особи, яка надає правову допомогу, визначений ст. 59 Конституції і не залежить від того, чи діє адвокат на підставі ордера або іншого документа. У зв'язку з цим необхідно внести корективи до ст. 42 ЦПК 2004 р. на законодавчому рівні.

³ Див. також п. 1 роз'яснення Вищого арбітражного суду України від 4 березня 1998 р. № 02-5/78 «Про деякі питання практики застосування розділу VI Господарського процесуального кодексу України» (зі змінами).

Міжнародні зв'язки



На початку листопада 2009 р. під час робочого візиту в Україну делегація представників Парламентської асамблеї Організації з безпеки й співробітництва в Європі (далі — ОБСЄ) побувала у Верховному Суді України.

Мета нинішнього приїзду в нашу державу представників Парламентської асамблеї ОБСЄ, поінформував її Президент Жоао Соареш, — з'ясувати ситуацію перед президентськими виборами в Україні й підготувати робочі пропозиції для місії експертів, яка працюватиме на виборах.

У цьому сенсі, зауважив заступник Голови Верховного Суду України Анатолій Ярема, зрозуміле виявлене Президентом Парламентської асамблеї ОБСЄ бажання зустрітися з представниками Верховного Суду України — суду, який у виборчих перегонах 2004—2005 рр. став на захист принципів верховенства права.

Нині, зауважив він, законодавство, що регулює виборчі процеси в Україні, зазнало деяких змін. Це пов'язано зі створенням у державі юрисдикції адміністративних судів. І тепер Верховний Суд України не вирішуватиме питання про обрання Президента України. Скарги на результати виборів розглядатиме Вищий адміністративний суд України як суд першої інстанції, що, безумовно, покладає на нього велику відповідальність.

У Верховного Суду на нинішніх президентських перегонах особлива роль, наголосив Анатолій Ярема. Це — аналіз наявності у передвиборчій програмі кандидатів у Президенти положень, спрямованих на ліквідацію незалежності України, зміну конституційного ладу насильницьким шляхом, порушення суверенітету й цілісності держави, підризи її безпеки, незаконне захоплення державної влади, пропаганду війни, насильства, розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі, посягання на права і свободи людини, здоров'я населення.

Заступник Голови Верховного Суду України висловив упевненість, що до розгляду таких справ у найвищому судовому органі



країни не дійде, оскільки кожен із кандидатів у Президенти має розуміти свої державницьку місію й відповідальність, однак контроль за такими процесами має бути обов'язково.

Водночас, поінформував Анатолій Ярема, для забезпечення судового захисту прав учасників виборчого процесу та належного розгляду судами у встановлені законодавством строки спорів, пов'язаних із виборами Президента України 17 січня 2010 р., Верховний Суд України спільно з Вищим адміністративним судом України направили в місцеві загальні суди як адміністративні в цьому виборчому процесі листи про необхідність забезпечення належної організації їх роботи. Зокрема, рекомендовано встановити щоденне чергування у приміщеннях відповідних судів суддів та інших працівників до 24-ї години, визначити відповідальних працівників за організацію проведення чергування. Адже, наголосив заступник Голови Верховного Суду України, виборчий процес — достатньо швидкоплинний, і час розгляду спорів обмежується інколи не днями, а годинами.

Крім того, Вищому адміністративному суду України, апеляційним та окружним адміністративним судам рекомендовано надавати методичну допомогу загальним судам шляхом проведення круглих столів і семінарів.

Учасники зустрічі дійшли висновку, що про зрілість демократичного суспільства в Україні свідчатиме вирішення спірних питань не в судових органах, а на виборчих дільницях.

На завершення Жоао Соареш констатував: досвід його роботи в різних країнах свідчить, що кожна держава по-своєму перебуває під тиском національних виборчих систем, однак це не означає, що від цього виборчі процеси стають менш демократичними.

Головне, наголосив Президент Парламентської асамблеї ОБСЄ, щоб вибори були чесними й справедливими за будь-якої виборчої системи. Такими, на переконання Жоао Соареша, мають бути й президентські вибори в Україні.

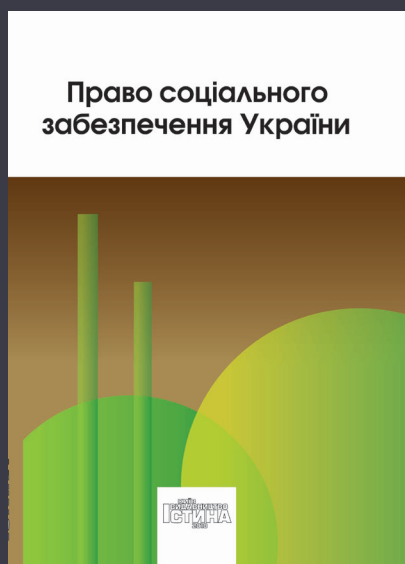
ВИДАВНИЦТВО «ІСТИНА» ПРОПОНУЄ:



Трудове право України: Навчальний посібник. — Вид. 3-тє, перероб. і доп. / За ред. П.Д. Пилипенка. — К., 2009. — 208 с.

Посібник підготовлено на основі програми навчального курсу «Трудове право України» з метою сприяння студентам вищих навчальних закладів у підготовці до складання іспитів з трудового права. Матеріал посібника викладено у формі відповідей на окремі запитання, які зазвичай виносяться на іспити. Така структура є найбільш прийнятною для додаткового повторення знань, отриманих під час навчального семестру, їх узагальнення, систематизації та складання іспиту.

Посібник може бути корисним також аспірантам, викладачам, юристам-практикам, а також усім, хто бажає отримати знання з трудового права.



Право соціального забезпечення України: Навчальний посібник — Вид. 2-ге, змін. і доп. / За заг. ред. П.Д. Пилипенка. — К., 2010. — 224 с.

Посібник підготовлено з метою надання допомоги студентам вищих навчальних закладів юридичного профілю у підготовці до іспиту з права соціального забезпечення України. Конспектований характер викладу матеріалу посібника допоможе систематизувати та пригадати набуті в процесі навчання знання, побудувати схему відповідей на іспиті.

Посібник розрахований на студентів, аспірантів, викладачів, практикуючих юристів та інших осіб, яких цікавлять питання права соціального забезпечення.

Книги можна замовити безпосередньо у видавництві «Істина»
04073, Київ 73, вул. Сирецька, 38.
Телефони: (44)468-3131, 468-0999, 468-5973
<http://www.istina-books.com.ua>
e-mail: istina_book@ukr.net