Оксана Щербанюк
Віталій Вдовічен
Віталій Гордєєв
Лаура Бзова

ПРАВНИЧА АРГУМЕНТАЦІЯ



Міністерство освіти і науки
Чернівецький національний університет
імені Юрія Федьковича

Оксана Щербанюк
Віталій Вдовічен
Віталій Гордєєв
Лаура Бзова

ПРАВНИЧА АРГУМЕНТАЦІЯ

Навчальний посібник



Чернівці
Чернівецький національний університет
імені Юрія Федьковича
2022

УДК 34.042(075.8)
Щ 616

Друкується за ухвалою Вченої ради
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича
(протокол № 7 від 30 червня 2022 р.)

Рецензенти:

Різник С.В., проректор з науково-педагогічної роботи та міжнародної співпраці Львівського національного університету імені Івана Франка, доктор юридичних наук, професор кафедри конституційного права юридичного факультету;

Бисага Ю.М., завідувач кафедри конституційного права та порівняльного правознавства Ужгородського національного університету, доктор юридичних наук, професор;

Мамчин П.І., голова Шевченківського районного суду міста Чернівці, кандидат юридичних наук.

Щербанюк О.В., Вдовічен В.А., Гордєєв В.В., Бзова Л.Г.

Щ 616 Правнича аргументація : навч. посібник / за ред. О.В. Щербанюк. Чернівці : Чернівец. нац. ун-т ім. Ю. Федьковича, 2022. 536 с.

Навчальний посібник «Правнича аргументація» містить матеріали за темами, аналіз судових рішень, список рекомендованої літератури та критерії оцінювання знань студентів. Відповідає вимогам програми «Правнича аргументація» та передбачений для студентів, аспірантів і викладачів юридичних вузів і факультетів.

УДК 34.042(075.8)

© Чернівецький національний університет
імені Юрія Федьковича, 2022
© Щербанюк О.В., Вдовічен В.А.,
Гордєєв В.В., Бзова Л.Г., 2022

ЗМІСТ

Передмова 8

Тема 1. Вступ до навчальної дисципліни «Правнича аргументація....11
1. Предмет, мета і завдання курсу....11
2. Поняття та структура доведення. Види доведення....14
3. Спростування. Спростування тези. Спростування документів. Спростування демонстрації....21
4. Правила доведення та спростування. Правила та помилка стосовно тези. Правила і помилки стосовно документів. Правила стосовно демонстрації....23
5. Природа, склад і види аргументації....26
6. Особливості правової аргументації та її місце у практичній юриспруденції....33

Тема 2. Моделі застосування аргументації Європейського суду з прав людини....41
1. Ціннісно-правова модель аргументації ЄСПЛ333333....41
2. Аргументація та підстави прийняття рішення ЄСПЛ....43
3. Виконання судом обов'язку щодо обґрунтування рішення. Висновок № 11 (2008) Консультативної ради європейських суддів щодо підстав для прийняття рішення....50
4. Поняття очікуваного обсягу обґрунтування....53
5. Принцип правомірних очікувань....62
6. Аксіологічні аргументи у справі Фон Ганновер проти Німеччини. Публічні та приватні цінності права у справі Фон Ганновер....64
7. Загальні вимоги щодо виправданості втручання у права, гарантовані статтями 8-10 Конвенції....75

Тема 3. Моделі застосування аргументації Суду ЄС....81
1. Поняття та моделі аргументації Суду ЄС....81
2. Модель судового активізму Суду ЄС....86
3. Особливості аргуметації Суду ЄС у справах щодо конкурентної політики ЄС....90
4. Моделі застосування аргументації Суду ЄС у сфері основоположних прав людини та захисту прав приватних осіб у Європейському Суді. Аргументація рішень Суду Справедливості необхідністю «правового захисту прав індивідів....94

5. Модель правової аргументації у судовому процесі «Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protecciónde Datos, Mario Costeja González». та Google Францією перед Судом ЄС (TSUE) в Люксембурзі щодо права бути забутим (24.09.2019) 99
6. Аргументація рішення у справі Kadi. Аргументація рішення Європейського Суду Справедливості про тлумачення Регламенту261/2004/ЄС 104

Тема 4. Моделі застосування аргументації Конституційним Судом України 123
1. Концепція конституційної ідентичності у мотивуванні рішень конституційними судами 123
2. Основні положення теорії юридичної аргументації щодо класифікації юридичних аргументів. Концепція конституційної ідентичності як сукупності «інтерпретаційних аргументів» 138
3. Методологічний аспект юридичної аргументації в конституційному судовому процесі.....141
4. Аналіз аргументації Рішення Конституційного Суду України у справі про про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу.....148
5. Хибність та упередженість трактування принципу верховенства права як методологічна вада у аргументації Рішення у праві про незаконне збагачення 154

Тема 5. Моделі застосування аргументації Верховного Суду. Лекція 1. Модельна аргументація у цивільних справах 163
1. Специфіка правової аргументації Верховного Суду та забезпечення єдності судової практики.....163
2. Принцип верховенства права як стандарт судового правотлумачення та застосування права і ефективність судового судочинства.....176
3. Касаційні фільтри у цивільних справах: проблемні питання судового правотлумачення та правозастосування.....187
4. Ліберальна доктрина юридичної аргументації Касаційним цивільним судом у складі Верховного Суду. Аргументація КЦС у складі ВС як елемент права на справедливий суд 196
5. Аргументація КЦС у складі ВС судових рішень, що «доповнюють» право. «Подолання» офіційного тлумачення норми права в цивільному судочинстві: поняття та правила 202

Тема 5. Моделі правової аргументації Верховного Суду. Лекція 2. Модельна аргументація у адміністративних справах.....207
1. Правова аргументація у зразкових та типових справах.....207
2. Практичні аспекти застосування аргументації в зразкових та типових справах.....218
3. Дослідження правової аргументації при розгляді справ в порядку спрощеного позовного провадження.....233
4. Проблемні питання аргументації у справах спрощеного позовного провадження.....250

Тема 5. Моделі правової аргументації Верховного Суду. Лекція 3. Модельна аргументація у господарських справах.....255
1. Аргументація господарських судів щодо застосування положень ГПК.....255
2. Роз'яснення рішення суду на прикладі аналізу ухвали КГС ВС від 31.10.2018 у справі № 917/1400/16.....257
3. Практика КГС: проблеми аргументації за категоріями спорів (2020 р.).....258

Тема 5. Моделі застосування аргументації Верховним Судом. Лекція 4. Модельна аргументація у кримінальних провадженнях.....261
1. Обмеження касаційного оскарження як процесуальні фільтри у кримінальному процесі та межі повноважень касаційного суду у кримінальному провадженні. Складання схеми аргументації.....261
2. Порушення правил територіальної підсудності: аналіз практики ККС.....263
3. Правова позиція ККС в постанові колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 31 травня 2018 року у справі № 127/27182/15-к.....267
4. Аналіз Постанови ВП ВС від 03 липня 2019 р, № 288/1158/16-к.....270
5. Проблеми аргументованості правових висновків ККС.....275
6. Установлення міжнародною судовою установою порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом як підстава для перегляду судових рішень за виключними обставинами у кримінальному провадженні.....285

Тема 6. Правова аргументація у податкових спорах 297
1. Поняття та види стандартів доказування у податкових спорах 297
2. Стадійність вирішення податкових спорів та її вплив на предмет доказування 306
3. Обов'язок доказування та предмет доказування на адміністративній (досудовій) стадії вирішення податкових спорів 310
4. Формування предмета доказування на адміністративній (досудовій) стадії вирішення податкових спорів.....316
5. Предмет доказування на судовій стадії вирішення податкових спорів.....320
6. Стандарт об'єктивної істини у податкових спорах. Три стандарти доказування: баланс ймовірностей; перевага доказів; «поза розумними сумнівами».....329

Тема 7. Правова аргументація у цивільному праві 336
1. Поняття та етапи доказування в цивільному процесі України. Предмет і межі доказування 336
2. Процесуальний естопель як вимога заборони суперечливої поведінки в процесі 343
3. Темпоральні межі доказової діяльності в цивільних справах. Нові засоби доказування у цивільних справах 346
4. Процесуальний порядок встановлення належності доказів. Теорія і практика аргументації при вирішенні питань належності доказів в цивільному судочинстві.....348

Тема 8. Правова аргументація у кримінальному праві 358
1. Стандарти доказування у кримінальному провадженні 358
2. Прямі на непрямі докази в кримінальному провадженні. Використання електронних засобів доказування у кримінальному провадженні 364
3. Проблеми допустимості доказів у кримінальному провадженні 368
4. Оцінка доказів у кримінальному провадженні на стадії досудового розслідування.....372
5. Кримінальні процесуальні гарантії для давання свідком достовірних показань, їх об'єктивної перевірки та оцінки.....378
6. Проблемні питання застосування технічних засобів фіксування та їх результатів у доказуванні у кримінальному провадженні в аспекті реформування кримінальної юстиції в Україні.....385

Тема 9. Правова аргументація в адміністративному судочинстві.....390
1. Новітні підходи в теорії доказів в адміністративному судочинстві 390
2. Сутність доказів та зміст доказування в адміністративному судочинстві 393
3. Предмет доказування та властивості доказів в адміністративному судочинстві 395
4. Засоби доказування в адміністративному судочинстві.....399
5. Суд як суб'єкт доказової діяльності в адміністративному судочинстві 409
6. Стадії доказової діяльності суду в адміністративному судочинстві 416

Тема 10. Правова аргументація в господарському праві.....422
1. Поняття та зміст доказування у господарському процесі.....422
2. Правила оцінювання доказів у господарському процесі. Належність і допустимість доказів у господарському процесі 425
3. Нові засоби доказування в господарському процесі в світлі судвої реформи в Україні.....438
4. Окремі питання практичного застосування електронних доказів за чинним господарським процесуальним законодавством України 443
5. Преюдиційність вироку як доказ «нереальності господарських операцій» 447
6. Вірогідність доказів як новела у стандарті доказування господарського процесу.....449

Тема 11. Правова аргументація у праві інтелектуальної власності.....453
1. Докази і доказування у спорах щодо захисту авторських прав. Правові презумпції у справах про захист авторських прав 453
2. Проблеми захисту авторських прав і Інтернеті: особливості доказування.....461
3. Висновок експерта з питань права.....464
4. Експертиза у справах за спорів, пов'язаних із захистом авторського права та суміжних прав 469
5. Експертиза комп'ютерних програм 471
6. Експертиза у справах за спорів, пов'язаних із захистом права інтелектуальної власності на торговельні марки, на промисловий зразок, на винахід чи корисну модель.....471

Короткий опис судових рішень.....477
Список використаних джерел 522

ПЕРЕДМОВА

Навчальний посібник «Правнича аргументація» підготовлено відповідно до вимог викладання навчальної дисципліни «Правнича аргументація» в Чернівецькому національному університеті імені Юрія Федьковича.

Метою навчальної дисципліни є теоретичне засвоєння та подальше практичне застосування правової аргументації, підвищення обізнаності студентів правничих спеціальностей щодо стандартів правової аргументації та доказування у процесі захисту прав людини, забезпечити системні знання майбутніх правників і розуміння ними змісту та особливостей правової аргументації ЄСПЛ, Європейського суду справедливості та судів України, сформувати навички доказування у конкретних категоріях справ.

Завданням навчального посібника «Правнича аргументація» є набуття студентами наукових знань про правову аргументацію, а ще важливіше – практичних умінь і навичок у сфері, зокрема:

Загальні компетентності:

- здатність до абстрактного мислення, аналізу та синтезу;
- здатність застосовувати знання у практичних ситуаціях;
- здатність спілкуватися державною мовою як усно, так і письмово;
- навички використання інформаційних і комунікаційних технологій;
- здатність вчитися і оволодівати сучасними знаннями;
- здатність працювати в команді;
- здатність діяти на основі етичних міркувань (мотивів);
- здатність працювати в міжнародному контексті;
- здатність планувати й управляти часом;
- визначеність і наполегливість щодо поставлених завдань і обов'язків.

Фахові компетентності спеціальності:

- здатність застосовувати знання з основ теорії та філософії права, знання і розуміння структури правничої професії та її ролі у суспільстві;
- цінування честі і гідності людини як найвищої соціальної цінності, розуміння їх правової природи;
- знання і розуміння міжнародних стандартів прав людини, положень Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, а також практики Європейського суду з прав людини;
- здатність застосовувати знання засад і змісту інститутів міжнародного публічного права, а також міжнародного приватного права;

- здатність застосовувати знання завдань, принципів і доктрин національного права, а також змісту правових інститутів, щонайменше з таких галузей права: конституційне право, адміністративне право й адміністративне процесуальне право, цивільне і цивільне процесуальне право, кримінальне і кримінальне процесуальне право;

- знання і розуміння особливостей реалізації та застосування норм матеріального і процесуального права;

- здатність визначати належні та прийнятні для юридичного аналізу факти;

- здатність аналізувати правові проблеми, формувати та обґрунтовувати правові позиції;

- здатність до критичного та системного аналізу правових явищ і застосування набутих знань у професійній діяльності;

- здатність до консультування з правових питань, зокрема, можливих способів захисту прав та інтересів клієнтів, відповідно до вимог професійної етики, належного дотримання норм щодо нерозголошення персональних даних та конфіденційної інформації;

- здатність до логічного, критичного і системного аналізу документів, розуміння їх правового характеру і значення;

- розуміння природи правової культури та здатність діяти у відповідності з нею;

- розуміння природи правничої аргументації та здатність її застосовувати.

Програмні результати навчання:

- визначати переконливість аргументів у процесі оцінки заздалегідь невідомих умов та обставин.

- здійснювати аналіз суспільних процесів у контексті аналізованої проблеми і демонструвати власне бачення шляхів її розв’язання.

- проводити збір і інтегрований аналіз матеріалів з різних джерел.

- формулювати власні обґрунтовані судження на основі аналізу відомої проблеми.

- давати короткий висновок щодо окремих фактичних обставин (даних) з достатньою обґрунтованістю.

- оцінювати недоліки і переваги аргументів, аналізуючи відому проблему.

- використовувати різноманітні інформаційні джерела для повного та всебічного встановлення певних обставин.

- володіти базовими навичками риторики.

- пояснювати характер певних подій та процесів з розумінням професійного та суспільного контексту.

- демонструвати вміння користуватися комп'ютерними програмами, необхідними у професійній діяльності.

- працювати в групі, формуючи власний внесок у виконання завдань групи.

- виявляти знання і розуміння основних сучасних правових доктрин, цінностей та принципів функціонування національної правової системи.

- демонструвати необхідні знання та розуміння сутності та змісту основних правових інститутів і норм фундаментальних галузей права.

- пояснювати природу та зміст основних правових явищ і процесів.

- застосовувати набуті знання у різних правових ситуаціях, виокремлювати юридично значущі факти і формувати обґрунтовані правові висновки.

- застосовувати під час вирішення правових казусів прецедентну практику ЄСПЛ, європейського суду справедливості, інших європейських та міжнародних судів та вітчизняну судову практику.

«Правнича аргументація» передбачає різні форми навчання: лекції, практичні заняття, індивідуальне консультування викладачем студентів з проблемних питань; колоквіуми, експериментальні форми практичних робіт, написання курсових і контрольних робіт, вирішення практичних ситуацій; самостійну роботу студентів з нормативними та літературними джерелами, що рекомендовані для вивчення в рамках курсу.

Самостійна робота – одна з основних форм навчання. Вона сприяє поглибленому засвоєнню основних теоретичних положень і відпрацюванню навичок практичного застосування правової аргументації.

Рекомендується виконувати практичні завдання за такою схемою: визначення теми і питання по темі, на яке розраховане те чи інше завдання; з'ясування суті справи; обрання норм законодавства, яким регулюється наведена ситуація; визначення, чи було у даній ситуації порушення закону та в чому конкретно воно полягало; надання пропозицій щодо усунення порушення закону. Кожне завдання також передбачає відповідь на додаткові запитання, сформульовані до нього, відповіді та тестові запитання, складання процесуального документа або виступу з науковим повідомленням.

ТЕМА 1. ВСТУП ДО НАВЧАЛЬНОЇ ДИСЦИПЛІНИ «ПРАВНИЧА АРГУМЕНТАЦІЯ».

План лекційного заняття:

1. Предмет, мета і завдання курсу.

2. Поняття та структура доведення. Види доведення.

3. Спростування. Спростування тези. Спростування документів. Спростування демонстрації.

4. Правила доведення та спростування. Правила та помилка стосовно тези. Правила та помилки стосовно документів. Правила стосовно демонстрації.

5. Природа, склад і види аргументації.

6. Особливості правової аргументації та її місце у практичній юриспруденції.

1. Предмет, мета і завдання курсу

Метою навчальної дисципліни є теоретичне засвоєння та подальше практичне застосування правової аргументації, підвищення обізнаності студентів правничих спеціальностей зі стандартами правової аргументації та доказування в процесі захисту прав людини, забезпечити системні знання майбутніх правників й розуміння ними змісту та особливостей правової аргументації ЄСПЛ, Європейського суду справедливості та судів України, сформувати навички доказування у конкретних категоріях справ.

Завданням навчальної дисципліни «Правова аргументація» є набуття наукових знань про правову аргументацію, а ще важливіше – практичних умінь і навичок у сфері судової аргумнтації.

Аргументація відіграє важливу роль у праві. Адвокат, який порушує справу в суді, повинен аргументувати свою справу аргументами. Від судді, який приймає рішення, очікується, що це рішення буде аргументоване. Коли законодавець обговорює законопроект у парламенті, він підтримує свою пропозицію аргументами. Навіть від юристів-науковців очікується обґрунтування своїх думок, представляючи їх своїм колегам. Кожному, хто дотримується правової точки зору та бажає бути прийнятими іншими, доведеться наводити аргументи, що обґрунтовують цю позицію.

Прийнятність юридичної тези залежить від якості обґрунтування.

Позиція судді наводиться в його рішенні. Це рішення має бути належно обґрунтоване, щоб зробити його прийнятним як для залучених сторін, так і для інших суддів та юридичної спільноти в

цілому. Одне з важливих питань: яким стандартам юридичної обґрунтованості повинна відповідати аргументація? Чи достатньо того, що суддя наводить факти справи та юридичні норми, або він також їх має пояснити, чому правові норми застосовуються до конкретної справи? Як може тлумачення юридичної норми може бути обґрунтовано прийнятним? Що є співвідношенням між правовими нормами, правовими принципами та загальноморальними нормами та цінностями? І чи існують якісь спеціальні норми для рішення судді, коли порівнюються обґрунтування інших правових позицій?

Ідеї про стандарти обгрунтованості юридичної аргументації розроблені найвпливовішими авторами, зокрема Евеліною Т. Фетеріс. Головне питання полягає в тому, які методи були розроблені для аналізу й оцінки правової аргументації в контексті обґрунтування судових рішень? Для оцінки сутності юридичної аргументації передбачаються певні норми раціональності, на основі яких можна встановити, чи аргумент обґрунтований.

У теорії аргументації, як і в теорії права, цим питанням приділяється значна увага.

Загальна мета теорії аргументації - «встановити, як аргументи можуть бути проаналізованими й оціненими адекватно». Також приділяється увага практичному застосуванню теоретичних уявлень. У теорії аргументації розробляються критерії для визначення того, коли аргумент можна вважати як обґрунтованим, так і раціональним.

Одним із центральних питань юридичної теорії є: коли юридичне судження можна вважати раціональним? Це питання теж стосується універсальних та спеціальних правових критеріїв раціональності, якій має відповідати юридичне судження. Теоретики права розглядають юридичний аргумент як специфічну форму загальної аргументації. Тому їх часто доводять принципи з інших дисциплін, таких як логіка, філософія мови та теорія аргументації, яка досліджує стандарти раціональних аргументів.

Нові покоління дослідників розробили конкретні аспекти теорій з нових (дисциплінарних) перспектив і нові напрямки досліджень. Крім того, інші дисципліни охопили вивчення юридичної аргументації як важливу тему дослідження, наприклад, такі дисципліни, як теорія аргументації, неформальна логіка, штучний інтелект і право. Тепер актуалізувався інтерес застосовувати ідеї теорій юридичної аргументації до конкретних галузей права, таких як конституційне право, європейське право, міжнародне право та права людини. Основна увага залишається дослідженню юридичної аргументації в контексті обґрунтування судових рішень.

П'ять методів юридичного обґрунтування

1. Міркування на основі правил

Міркування, засновані на правилах, є найважливішим видом правових міркувань. У міркуваннях, заснованих на правилах, береться правило (статут чи справу) і застосовується до сукупності фактів. (Це тип дедуктивних міркувань.) Р. Нойман заявив, що правила мають щонайменше три частини: «(1) набір елементів, спільно званих тестом; (2) результат, який виникає, коли всі елементи присутні (і тест, отже задоволений); і (3) ... причинний термін, який визначає, чи є результат обов'язковим, забороняючим, дискреційним чи декларативним». (Річард К. Нойман, молодший, «Правові міркування та юридична література: Структура, стратегія та стиль» (2005). Крім того, деякі правила мають «один або більше винятків, які, якщо вони будуть, переможуть результат, навіть якщо всі» (Ідентифікатор). Прикладом правила може бути те, що навмисне заподіяння моральної шкоди відбувається, якщо 1) поведінка обвинуваченого обурює, 2) поведінка обвинуваченого навмисна, 3) поведінка обвинуваченого спричиняє, 4) серйозний емоційний дистрес. Правило було б виконано, якби факти цієї справи задовольняли всі елементи правила. Наприклад, якщо колишній хлопець зателефонував колишній дівчині серед ночі кілька разів, щоб переслідувати її (обурлива поведінка; навмисна поведінка), і це спричиняє (причинно-наслідкові зв'язки) її сильний емоційний дистрес (елемент 4), навмисне заподіяння емоцій сталося лихо.

2. Міркування за аналогією

Міркування за аналогією в законі мають місце, коли хтось стверджує, що факти попередньої справи подібні до фактів цієї справи, тому правило попередньої справи має застосовуватися до цієї справи. (А схоже на В, тому правило А стосується В.).

3. Різні справи

Розрізнення випадків є протилежним міркуванню за аналогією. Розрізняючи справи, можна стверджувати, що факти попередньої справи не схожі на факти цієї справи, тому правило з попередньої справи не застосовується до цієї справи.

4. Міркування за політикою

Заснований на політичних міркуваннях, автор стверджує, що застосування певного правила до справи створить прецедент, корисний для суспільства. Наприклад, у справах про ранню відповідальність за товари адвокати доводили сувору відповідальність, коли товар пошкоджує споживача, оскільки виробники можуть ліпше розподілити вартість шкоди, ніж споживачі. Міркування, засновані на політиці, також можуть поєднуватися з міркуваннями за аналогією.

5. Індуктивне міркування

Індуктивне міркування - «це міркування від конкретного до загального». Юристи використовують індуктивні міркування для синтезу правил. Іншими словами, адвокати беруть участь у кількох справах і, синтезуючи ці конкретні справи, вони виходять із загального правила. Для синтезу правила розгляньте схожість між фактами попередніх справ та відмінності між фактами попередніх справ. Крім того, подивіться на аргументи, що лежать в основі запасів.

2. **Поняття та структура доведення. Види доведення**

У практиці міркування ми часто буваємо свідками ситуації, за якої необхідно мати не тільки істинне знання, а й продемонструвати, чому воно істинне, у чому його перевага над наявним знанням, у чому його практична доцільність і необхідність. Цей вид інтелектуальної діяльності називають аргументацією.

Аргументація – «це вид інтелектуальної діяльності, у ході якої формується переконання в істинності або хибності довільного положення, а також визначається його оцінка та доцільність як для самого автора, так і для співрозмовника чи аудиторії».

Аргументація є «багатоаспектним і багатокомпонентним витвором інтелектуальної діяльності людини, який базується на надбаннях логіки, філософії, психології, мовознавства, риторики, етики, естетики, культурології, інтуїції, здорового глузду тощо. Із багатьох названих компонентів, що складають аргументацію, треба виділити логіку».

У будь-яких науках, будь-яких сферах людської діяльності користуються такими поняттями та процедурами, як істина, підтвердження, наслідок, аподиктичність, доведення, спростування, інтерпретація, пояснення, верифікація, але тільки в логіці розкривається природа цих понять і процедур, тільки в логіці аналізуються їх ознаки, структура та правила.

Компонентом, який представляє логіку в аргументації, є обґрунтування.

Обґрунтування – «це перехід від деякого фрагмента знання як вихідного (основи, підстави) до наступного фрагмента знання як наслідку». Іншими словами, обґрунтування – «це перенесення засобами логіки таких характеристик основи, як істинність, аподиктичність, достовірність тощо на обґрунтовуване».

Треба мати не увазі, що не існує якоїсь універсальної процедури обґрунтування. Процес обґрунтування реалізується через свої види: доведення, спростування, пояснення, передбачення, інтерпретацію та

їх різноманітні модифікації. Тому обґрунтування – це лише абстракція від перелічених конкретних його видів.

Кожен вид обґрунтування наділяє обґрунтовуване (положення, яке ми обґрунтовуємо) відповідними характеристиками: доведення – достовірністю, пояснення – аподиктичністю, інтерпретація – репрезентативністю тощо. При цьому основа, з якою зіставляється положення, що потребує обґрунтування, – «це не тільки знання, істинність якого не викликає сумніву, але це ще й відповідні логічні правила, що реалізують конкретний вид обґрунтування (доведення, пояснення тощо) і забезпечують перенесення відповідної характеристики з основи на обґрунтовуване».

Іноді в підручниках і монографічній літературі поняття аргументація, обґрунтування, доведення, спростування розглядають як тотожні. Але насправді кожне із цих понять представляє різні логічні процеси та процедури.

Із наведеного визначення видно, що обґрунтування не можна ототожнювати з аргументацією, оскільки воно представляє лише ту складову аргументації, за яку відповідає логіка.

Доведення та спростування теж не можна ототожнювати з аргументацією. Справа в тому, що доведення й спростування є важливими складовими частинами аргументації, але не вичерпують її змісту. Ще раз наголосимо, що в ході аргументації не лише доводять тезу або спростовують антитезу, а й формують переконання в істинності тези чи хибності антитези.

Доведення ж не завжди має на меті переконання. Крім того, у ході аргументації ще й відбувається оцінка тези й аргументів для обґрунтування доцільності прийняття тези, що доводиться.

Оскільки доведення та спростування є основними логічними засобами аргументації, то доречно зупинитися детально на їх характеристиці.

Термін доведення має кілька значень.

По-перше, доведенням називають факти, за допомогою яких установлюється істинність певного положення.

По-друге, доведенням позначають джерела доказів, наприклад літописи, архіви, оповіді очевидців, мемуари тощо.

По-третє, доведенням називають логічну процедуру, у ході якої установлюється істинність певного положення за допомогою положень, істинність яких уже встановлено раніше та не викликає сумніву. Саме третє значення терміна доведення є об’єктом дослідження логіки.

Структура доведення складається із:

- ✓ тези;
- ✓ аргументів;
- ✓ демонстрації.

Теза – «це думка або положення, істинність якого потрібно довести». Наявність тези є обов'язковою умовою будь-якого доведення. Теза може бути сформульована як на початку доведення, так і в будь-який момент доведення.

Але бувають випадки, коли теза формулюється у формі запитання. Наприклад, «Хто організатор вбивства президента Дж. Кеннеді?», «Як була заснована Києво-Печерська Лавра?», «Які чинники політичної стабільності в Україні?».

У судовій практиці розрізняють:

- основну тезу;
- підлеглу, або часткову тезу.

Основною тезою називають положення, з якого випливають (або йому підпорядковуються) кілька явно сформульованих положень. Тому доведення основної тези передбачає обґрунтування цих підлеглих положень.

Підлеглою тезою називають положення, яке стає тезою лише тому, що завдяки йому доводять основну тезу. Це й зумовлює те, що доведена часткова теза стає аргументом для основної тези.

Однією з основних властивостей тези є те, що вона має бути істинною. Хибне положення, що висувається як теза, неможливо обґрунтувати жодним доведенням.

Аргумент – «це думка, істинність якої уже встановлена раніше і яка може бути використана для обґрунтування істинності довільного положення».

До аргументів належать:

1) факти дійсності;
2) закони;
3) аксіоми;
4) дефініції;
5) раніше доведені положення.

Слово факт походить від латинського – factum, що означає зроблене, здійснене. Існує кілька значень цього терміна.

Під *фактом* розуміють істину, подію або результат.

Факт визначають як дещо реальне, на протилежність вигаданому.

Під фактом розуміють конкретне, одиничне, на відміну від абстрактного, загального.

Факт трактують як особливого роду положення, яке фіксує емпіричне знання, що протиставляється теорії або гіпотезі.

У межах нашого дослідження під фактом розумітимемо явище або подію, що мають місце в дійсності, і які правильно відображені в судженні. Факт є одним із важливих видів аргументів. Запорукою вагомості факту як аргументу є те, що він зазвичай відображає справжній стан справ, і відкидати, заперечувати не погоджуватися із фактом – означає йти всупереч дійсності. Факт є фундаментом, на якому будуються, формуються людські переконання.

Але факт, як те, що наявне в дійсності, у сфері пізнання (у широкому смислі в сфері інтелектуальної діяльності) стає аргументом лише тоді, коли носій факту, суб'єкт факту озвучує його, проголошує його, пояснює його.

Тому один і той самий факт може бути використаний для трактування або тлумачення різних положень. Факт лише тоді може стати аргументом, коли він правильно інтерпретований і ретельно пояснений. Своєрідне забарвлення мають факти у судовому процесі (дослідженні). Тут вони трактуються як фактичні дані. Розкриття злочину, установлення злочинця передбачає виявлення та збирання фактів, які достовірністю відтворюють обставини скоєння злочину, його злочинне діяння, указують на злочинця, достовірність його вини. Фактичними даними із судової справи можуть бути всі складові середовища, в якому трапилася протиправна дія. Але аргументом або судовим доказом факт стає лише тоді, коли він відповідає вимогам процесуального закону. Наприклад, інформація якоїсь особи, що спостерігала певний факт, перетворює даний факт на аргумент (доказ з певної справи) лише тоді, коли ця особа була допитана як свідок, відповідно до процесуального закону, і коли свідчення занесені до протоколу, згідно з вимогами процесуального закону.

Наступним видом аргументів є *закони*. Серед законів розрізняють:

- закони природи (астрономії, фізики, математики, хімії тощо);
- закони суспільства (соціології, економіки, права, моралі тощо).

Закони – «це положення, які відображають суттєві, необхідні та загальні зв'язки та відношення». Тому дія закону є обов'язковою, неминучою. Закон не знає винятків. Неможливо, щоб закон поширювався лише на частину предметів чи явищ, які він описує.

Усе це зумовлює те, що закони є фундаментом науки. Тому посилання на закон є глибоко переконливим. Достатньо встановити, що певне положення випливає із певного закону, як одразу із необхідністю визнається істинність цього положення.

Особливим видом аргументів є юридичні закони. У процесі слідства та судового засідання ми користуємося доказовими фактами, із яких намагаємося зробити певні висновки. Наприклад, щоб установити

причетність підозрюваного до злочину, маємо зібрати докази у цій справі. Але самі докази поза правовою нормою не дають можливість зробити відповідні висновки. Лише тоді, коли факти зіставляються з юридичною нормою, вони можуть стати аргументами. Іншими словами, у ході слідства та судового процесу висновки логічно спираються на факти дійсності та відповідні статті закону.

У ролі аргументів використовують також аксіоми. Загальновизнаним є те, що *аксіоми* – «це положення, які не потребують доведення». Саме у цьому розумінні вживатимемо цей термін. Аксіоми як аргументи широкого використовують в математичних і природничих науках.

Часто в ролі аргументів використовують дефініції, або визначення. Визначення, розкриваючи зміст поняття, є квінтесенцією, концентрованим знанням про предмет. Тому посилання на дефініцію достатнє для визнання істинності тези.

Досить широко дефініції використовують у судовій практиці. Це зумовлено тим, що дефініції правових понять містяться в юридичному законі, кодексі, правовому акті й тому є універсальними та загальнообов'язковими.

Аргументи-дефініції зазвичай застосовують у доведенні, коли встановлюється кваліфікація скоєного, що може розглядатися як злочин. Довести, що дія обвинувачуваного кваліфікована правильно – означає посилання на статтю закону, яка описує ознаки злочину, що проглядається у діях обвинувачуваного. Наприклад, якщо необхідно довести, що дії звинувачуваного є шахрайством, то вказують не тільки на факти, зібрані з даної справи, а й посилаються на статтю кримінального кодексу, яка описує шахрайство.

Нарешті, як аргументи часто виступають раніше доведені положення. Будь-яка наука містить принципи, теорії, наукові судження, які мають логічне обґрунтування та підтверджені практикою. Саме вони й можуть виступати аргументами. Посилання на такі аргументи достатнє для обґрунтування тези.

Розглянемо третю складову частину доведення – демонстрацію. Розглянуті до цього структурні частини доведення теза й аргумент за логічною формою належать до суджень. Безпосередньо вони виражаються у реченні та сприймаються людиною як щось реальне.

Демонстрація – «це спосіб, форма зв'язку тези й аргументів». Тому вона не може бути виражена судженням. Самі по собі теза та аргументи поза логічним зв'язком – ще не є доведенням. Довільне положення лише тоді стає аргументом, коли із нього виводиться теза. Демонстрація як процес виведення тези з аргументів завжди має форму умовиводу.

Коли стверджують, що демонстрація – це завжди умовивід, то мають на увазі не те, що доведення – це якийсь новий вид умовиводу, поряд з описаним вище умовиводом як формою мислення, – це по-перше. А по-друге, не будь-який умовивід є доведенням.

За дефініцією *умовивід* – «це логічна форма, за допомогою якої отримують нове знання, відкривають істину». Тобто перехід в умовиводі від засновків до висновку продукує, породжує нове знання. У доведенні ж здійснюється обґрунтування вже відомого знання, формується переконання в істинності раніше відкритого положення. Отже, у доведенні здійснюється добір аргументів для певної тези, але цьому добору передує знання тези, проголошення, декларація істинності тези. Залишається лише показати, продемонструвати. Щоправда, це тривалий процес. Іншими словами, якщо в умовиводі головним є питання «Чи випливає висновок із засновків з логічною необхідністю?» то у доведенні – «Чи насправді це має місце?».

Ураховуючи зазначене, можна розрізнити два види демонстрації:

- у формі дедуктивного умовиводу;
- у формі індуктивного умовиводу.

Види доведення

Усю множину доведень поділяють на прямі та непрямі. Підставою такого поділу є спосіб доведення.

Прямим називають доведення, в якому теза безпосередньо випливає із аргументів. Пряме доведення застосовують за наявності достатньої кількості аргументів.

Непрямим називають такий вид доведення, в якому істинність тези випливає із хибності антитези.

Антитезою називають положення, що суперечить тезі.

Розрізняють два види непрямого доведення:

1) апагогічні;
2) розділові.

Назва апагогічне доведення походить від грецького слова *apagogos*, яке означає той, що відводить; той, що відходить.

Апагогічне доведення іноді називають доведенням від супротивного. В апагогічному доведенні процес обґрунтування тези нібито відводиться у бік від поставленої мети. Тобто замість того, щоб послатися на аргументи, які прямо та позитивно підтверджують істинність тези, висувають судження, яке суперечить тезі, потім із нього виводять наслідки, що приводять до суперечності. Це дає підставу відкинути антитезу (судження, що суперечить тезі) і визнати істинність тези.

Щоб обґрунтувати довільну тезу, здійснюють такі кроки:

- висувають антитезу, яку тимчасово вважають істинною;

- із неї виводять відповідні наслідки. Якщо дані наслідки суперечать дійсності; положенням, істинність яких визнана раніше, то цим самим установлюють хибність антитези та визнають істинність тези.

Наступним видом непрямого доведення є розділове доведення. Його суть полягає в побудові розділового судження, одним із елементів якого є теза. Інші структурні елементи цього розділового судження несумісні із тезою. За формою, або за демонстрацією, цей вид доведення репрезентований розділово-категоричним умовиводом.

Установлюючи хибність усіх несумісних із тезою суджень, приходять до істинності тези. Схема доведення:

P1 , або, ..., або Pn або T.
Хибно, що P1 ,..., хибно, що Pn.
Отже, T.

Міркування за структурою розділового доведення є улюбленим прийомом авторів детективних романів. Звичайно дія відбувається в замкненому просторі на безлюдному острові, у занесеному сніговими завалами поїзді, відрізаному від цивілізації повінню будинку тощо. Сюжет роману передбачає побудову розділового судження, в якому про когось із учасників драми стверджується, що він злочинець. Розгортання сюжету крок за кроком наближає нас до розв'язки.

При побудові розділового доведення треба дуже уважно підходити до формулювання розділового судження, до якого входить теза. Розділове судження має бути вичерпним, тобто в ньому мають бути перелічені всі можливості, що існують в універсумі даного міркування.

На відміну від прямого доведення, в якому безпосередньо виводиться істинність тези із істинності аргументів, у непрямому доведенні обґрунтовують хибність суджень, які у певний спосіб пов'язані з тезою.

Підсумовуючи зазначене про непряме доведення, треба підкреслити його специфіку, порівняно із прямим доведенням. У непрямому доведенні концентрують увагу або на отриманні наслідків із хибної антитези, або на встановленні хибності несумісних із тезою суджень. Це, з одного боку, обмежує сферу застосування непрямого доведення, а з іншого – зменшує вірогідність його результатів.

3. Спростування. Спростування тези. Спростування документів. Спростування демонстрації

Спростуванням називають таку логічну операцію, за допомогою якої встановлюють хибність або необгрунтованість тези.

Існує три види спростування:

1) спростування тези.

2) спростування аргументів.

3) спростування демонстрації.

3.1. Спростування тези

Спростування тези – це логічна операція, завдяки якій установлюється хибність тези. Існують такі способи спростування:

а) спростування тези фактами;

б) спростування тези шляхом доведення істинності нової тези;

в) спростування тези шляхом виведення з неї наслідків, що суперечать дійсності.

Спростування тези фактами. Відомо що спростувати що-небудь легше, ніж довести. Достатньо одного факту, щоб відкинути загальновизнане положення. Візьмемо загальне судження: Будь-яка сучасна європейська держава має республіканську форму правління. Але фактом є існування в Англії конституційної монархії. Тому визнаємо істинним положення Деякі європейські держави не мають республіканської форми правління.

На перший погляд здається, що спростування фактами тези є найбільш надійним способом. Але це не завжди так. По-перше, отримати факт, який би відкидав тезу, надзвичайно важко. По-друге, часто вимагають, щоб факт не тільки повторювався, але й можна було його відтворити.

Спростування тези шляхом доведення істинності іншої тези. В основі цього способу спростування лежить закон виключеного третього: Із двох суперечливих суджень одне – обов'язково істинне, а друге – обов'язково хибне. Достатньо у ході дискусії довести, що істинною є нова теза, як попередня буде відкинута. Наприклад, потрібно спростувати тезу: Усі Європейські держави є членами ЄС. Для цього ми висуваємо нову тезу Не всі Європейські держави є членами ЄС. Знаходимо аргументи для нової тези посилаючись на те, що:

а) Європейські держави, в яких відсутні демократичні реформи, не є членами ЄС;

б) Європейські держави з нестабільними політичними режимами не є членами ЄС.

Отже, визнаємо істинною тезу: Деякі європейські держави не є членами ЄС та одночасно стверджуємо хибність попередньої тези.

в) Спростування тези шляхом виведення із неї наслідків, що суперечать дійсності.

Процедура спростування тези у такий спосіб передбачає такі кроки:

Вводиться припущення, що наявна теза істинна.

Із прийнятої тези виводять наслідок.

Застосовують правило умовно-категоричного силогізму. Якщо наслідок хибний, то основа буде хибною.

Наприклад, маємо тезу: На Венері можливе органічне життя. Припустимо, що спростовувана теза є істинною. Якщо на Венері можливе життя, то температурні показники й показники тиску на поверхні Венери мають збігатися із земними. Але температура поверхні Венери дорівнює 470-4800, а тиск – 95-97 атмосфер. Отже, органічне життя на Венері неможливе.

3.2. Спростування аргументів

Спростування може бути спрямоване не тільки проти тези, але й проти аргументів. Існує низка способів спростування аргументів:

а) встановлення хибності аргументів;

б) встановлення недостатності аргументів відносно тези;

в) виявлення сумніву в істинності аргументів;

г) виявлення сумніву в надійності джерела аргументів.

Установлення хибності аргументів. Якщо встановлюють хибність аргументів, які використовують у доведенні, то цим тезу відкидають як необгрунтовану

Установлення недостатності аргументів щодо тези. Цей спосіб спростування передбачає констатацію недостатності аргументів для висуненої тези, тобто істинності аргументів не вистачає для визнання істинності тези. У таких випадках потрібно відшукати нові аргументи.

Висувається теза: Він буде обраний головою комітету Верховної Ради. За аргумент береться факт: Він є народним депутатом. Але цей аргумент знов (як і у попередньому прикладі) - не є достатнім. Оскільки для обрання на цю посаду потрібні ще й інші чинники. І професійні, і моральні, і ділові тощо характеристики.

Виявлення сумніву в істинності аргументів. Суть цього виду спростування полягає у встановленні такого факту, що аргументи, на які посилаються в даному доведенні, самі потребують доведення їх істинності. Зазвичай цей спосіб спростування найчастіше використовують у судовій практиці. Якщо встановлено, що висновки зі справи базуються не на достовірно відомих фактах, а лише на передбачуваних, то наведений аргумент відкидається. Наприклад, у

справі використовується такий аргумент: Мотивом даного злочину є помста. Але при цьому виникає сумнів, що потерпілий і підозрюваний знали один одного до моменту скоєння злочину. Це й не дає нам можливості взяти даний факт за аргумент.

Виявлення сумніву в надійності джерела аргументів. Суть даного способу спростування полягає в демонстрації недовіри до автора, що висловлює аргумент, або до фактичного матеріалу, на якому базується цей аргумент.

3.3. Спростування демонстрації

Суть цього виду спростування полягає у знаходженні помилок у формі доведення. Відомо, що формою доведення виступає завжди конкретний вид умовиводу. Тому виявлення порушень правил при побудові такого умовиводу є підставою для визнання доведення неспроможним. Наприклад, доведемо тезу: Місяць є планетою таким шляхом:

Доведемо тезу зі сфери юридичної критики «Заповіт є юридичним договором».

Будь-який договір є юридичною угодою.
Заповіт є юридичною угодою.
Отже, заповіт є договором.

У даному випадку доведення є неспроможними, оскільки в них у ролі демонстрації використовується друга фігура простого категоричного силогізму. Але при цьому порушується друге правило цієї фігури, відповідно до якого один із засновків має бути заперечувальним судженням. Тому теза не випливає із засновків, які беруться тут як аргументи.

4. Правила доведення та спростування. Правила та помилка стосовно тези. Правила та помилки стосовно документів. Правила стосовно демонстрації

Існує низка правил аргументації, які регламентують основні частини цієї процедури: тези, аргументи, демонстрації. За зовнішнім виглядом ці правила досить прості, але їх знання є допомогою в уникненні логічних помилок в аргументації, які досить непростими.

4.1. Правила й помилки стосовно тези

Розрізняють два правила відносно тези.

Теза має бути ясно й чітко сформульована. Вона може бути представлена простим або складним судженням. Тому під чіткістю та ясністю формулювання тези розуміють насамперед чіткість і ясність формулювання судження, яке містить у собі тезу.

Під чіткістю формулювання судження розуміють явну вказівку всіх основних смислових частин судження:

а) якщо теза є простим судженням, то мають бути виділені його логічний підмет (суб'єкт) і логічний присудок (предикат);

б) якщо якийсь із суб'єктів представлений загальним поняттям, то потрібно чітко зумовити його кількісні характеристики (усі або деякі).

в) чітко визначеними мають бути модальні характеристики судження.

Наприклад, маємо тезу «Тут можлива симуляція крадіжки».

У цих випадках потрібно визначитися, що криється за модальністю можливо: об'єктивна модальність чи логічна?

г) при формулюванні тези складних суджень треба чітко визначити смисл логічних сполучників, які утворюють ці судження.

Наприклад, маємо тезу Інформацію про результати референдуму подадуть або вранішні, або вечірні газети або Підозрюваний був або однокурсником, або знайомим потерпілого. Тут сполучник або потребує уточнення. Треба встановити чи вживається він у розділовому смислі, чи в розділово-з'єднувальному.

Перелічені вимоги, що випливають із першого правила стосовно тези, фактично вказують на те, що теза не має бути дозначною не визначеною за смислом. При порушенні цього правила виникає ситуація, за якої теза формулюється нечітко, або не вказує однозначно на те, що підлягає обґрунтуванню, або дозволяє різні тлумачення. Прикладом такої тези буде твердження «Парламентська республіка ліпше від парламентсько-президентської (або навпаки)».

У реальній ситуації одне може бути ліпше або гірше від іншого у різних відношеннях – у соціально-політичному, економічному, етичному тощо. Не можна також доводити або спростовувати те, що пов'язане з індивідуальними уподобаннями людей.

Теза протягом усього процесу обґрунтування має залишатися незмінною. Перше й друге правило пов'язані у тому розумінні, що нечіткість, неясність формулювання тези зумовлює більшу вірогідність її підміни. Порушення цього правила веде до помилки, яка називається підміною тези (лат. *ignoratio elenchi*). Підміна тези може бути навмисною або неусвідомленою (ненавмисною). Підміна тези відбувається тоді, коли замість доведення однієї тези намагаються довести іншу. Наприклад, підміна тези буде, якщо замість доведення тези «Він був на місці злочину» висувається теза «Він знав місце злочину».

Існує три різновиди помилки підміни тези:

- аргументація до людини;

- аргументація до публіки;

- хто занадто доводить, той нічого не доводить.

Суть помилки аргументація до людини (*argument ad hominem*) полягає в намаганні підмінити доведення істинності тези характеристикою людини, яка має відношення до тези. Наприклад, потрібно довести, що ми обираємо гідного кандидата в народні депутати. А замість цього ми наголошуємо, що кандидат гарний сім'янин, фахівець своєї справи, автор прекрасних підручників тощо. Або замість того, щоб спростувати деяку тезу, намагаються говорити не про неї, а про людину, яка її висунула, що вона не спеціаліст, що вона не раз припускалася помилок у своїх висновках тощо. Часто такі помилки зустрічаються у судових засіданнях.

Помилка доведення до публіки (*argument ad populum*) має у своїй основі прагнення викликати замість обґрунтування тези симпатію чи антипатію аудиторії до того, про що йдеться в тезі й так примусити повірити у правильність висуненої тези, або у хибність спростовуваного положення. Від назви цієї помилки походить назва поширеного наразі терміна популізм. Ця помилка часто зустрічається у судовому засіданні. Наприклад, замість того, щоб доводити причетність К. до злочину, звертаються до публіки: «Поставте себе на його місце; А що б ви зробили на його місці?» тощо.

Логічна помилка «хто занадто доводить, той нічого не доводить» виникає тоді, коли доведення висуненої тези замінюється доведенням іншої тези, яка є положенням настільки загальним, що із нього безпосередньо не випливає істинність висуненої тези.

4.2. Правила й помилки стосовно аргументів

Аргументи, які використовуються в доведенні та спростуванні, регламентуються певними правилами.

Аргументи мають бути істинними й не суперечити один одному. Не можна у процесі доведення користуватися не тільки хибними аргументами, але й вірогідно істинними. При порушенні цього правила виникають помилки:

- хибна підстава або основна помилка;

- передбачення підстави.

Логічна помилка - хибна підстава (*error fundamentales*) полягає в тому, що для обґрунтування тези беруться хибні положення. Наприклад, у судовій практиці часто буває, коли використовують хибні свідчення, сумнівні висновки експертизи тощо.

Суть логічної помилки передбачення підстави (*petito principii*) в тому, що в ролі аргументу береться положення, яке хоч і не є хибним, але саме ще потребує доведення.

Аргументи мають бути достатньою підставою для тези. Суть цього правила полягає в тому, що істинність тези має випливати з істинності аргументів. При порушенні цього правила виникає помилка (*non seguitur*).

Істинність аргументів має бути незалежною від тези. При порушенні цього правила виникає помилка коло в доведенні. Суть цієї помилки полягає в тому, що теза обґрунтовується аргументами, а аргументи обґрунтовуються тією самою тезою.

4.3. Правила й помилки стосовно демонстрації

Демонстрація як форма зв'язку тези з аргументами реалізується в конкретних видах умовиводів. Тому при побудові доведення чи спростування треба дотримуватися правил того умовиводу, який виконує роль демонстрації. Іншими словами, якщо доведення будується у формі дедуктивного умовиводу, то необхідно виконувати правила, що регламентують конкретний вид дедуктивного умовиводу. А якщо демонстрація представлена індукцією чи аналогією, тобто не дедуктивним умовиводом, то гарантом коректності доведення та спростування виступає дотримання правил цих умовиводів. Тому найчастіше в доведеннях і спростуваннях виникають такы помилки: учетверіння терміну; не випливає ; поспішне узагальнення тощо.

5. Природа, склад і види аргументації

За природою аргументація завжди є діалогічною (навіть тоді, коли носії тези й аргументи явно не представлені) - чи то лекція для студентів, чи урок у школі, проповідь, дискусія, полеміка, бесіда, дебати, диспут.

Діалогічна природа аргументації визначає склад аргументації, до якої входить або носій тези та сторона, до якої спрямована теза, або носії двох різних тез. У реальному дискурсі склад аргументації визначається в кожному конкретному випадку полем аргументації[1].

За характером аргументацію поділяють на таку, що спрямована на формування переконання в істинності тези, і таку, що розкриває неспроможність переконання в істинності тези, або, іншими словами, формує переконання в хибності тези. Цю форму аргументації ще називають критикою.

Видами аргументації є промова, доповідь, виступ, бесіда, проповідь, заклик, суперечка. Суперечка поділяється на: дискусію, диспут, дебати, полеміку.

[1] Полем аргументації є домовленість сторін про предмет суперечки та понятійний апарат, у межах якого здійснюється аргументація.

Особливістю суперечки як виду аргументації є те, що вона передбачає наявність і зіткнення несумісних поглядів щодо одного й того самого предмета чи явища. Ця обставина зумовлює надзвичайну гостроту та напруженість ходу аргументації.

У процесі суперечки пропонент (активна сторона суперечки) висуває тезу, а опонент може або погодитись з даною тезою, або бути нейтральним до висуненої тези, або висунути свою антитезу.

Слово *discussion* належить латинській мові та у перекладі означає дослідження, розгляд. У нашому випадку це слово вживається так. Дискусія – «це такий вид суперечки, який полягає у розгляді суперечливих поглядів, положень з метою досягнення взаємоприйнятого рішення на основі утвердження істини».

Наступним видом суперечки є диспут. Слово dispute також має латинське походження та означає міркувати. Диспутом називають такий вид суперечки, приводом для якої є наукові проблеми, питання державної ваги.

Близьким видом суперечки до диспуту є дебати (від франц. *debate* – суперечка). Дебати – «це суперечка, яка виникає при захисті дисертації, обговоренні доповідей, виступів на з'їздах, конференціях, засіданнях».

Нарешті, полеміка (від грец. *polemicos* – ворожий, войовничий) – «це вид суперечки, який полягає у відстоюванні свого погляду».

Полеміка, як і дискусія, є найбільш розповсюдженим видом суперечки. Спільним у полеміки та дискусії є:

а) наявність чітко визначеної тези, яка є предметом розбіжностей (суперечки);

б) єдине поле аргументації, яке передбачає врахування аргументів протилежної сторони;

в) чітка черговість виступів сторін;

г) мінімізація нелояльних прийомів суперечки.

Разом із тим полеміка радикально відрізняється від дискусії. Якщо метою дискусії є знаходження згоди суперечливих сторін, вироблення єдиної позиції на основі досягнення істини, то учасники полеміки ставлять за мету відстояти свій погляд. У полеміці, як і в суперечці, загалом не припустимі нелояльні прийоми аргументацій, але тут може бути застосований більш потужний арсенал лояльних засобів аргументації, ніж у дискусії. Тому у полеміці зазвичаї намагаються заволодіти ініціативою, нав'язати свій сценарій обговорення, вибрати найбільш вигідний час для викладу вирішальних аргументів, застосувати раптовість у використанні необхідних аргументів.

Треба мати на увазі, що, незважаючи на те, що полеміка має на меті перемогу погляду однієї зі сторін, головним у полеміці є досягнення

істини. Надарма крилатим є вираз «У суперечці народжується істина». Перемога тієї сторони у полеміці, яка відстоює помилковий погляд шляхом застосування нелояльних прийомів аргументації, є недовговічна й не може принести користі практичної, а тим паче – моральної.

Порівнюючи полеміку з дискусією, диспутом, можна побачити, що, якщо сторони в дискусії та диспуті, відстоюючи протилежні думки, ставлять за мету дійти згоди, то сторони в полеміці ставлять за мету одержати перемогу над супротивною стороною, утверджуючи власну позицію.

Розділ логіки, який вивчає природу суперечки, її структуру, різновиди, характер, мету, роль і місце суперечки в аргументації, співвідношення суперечки з іншими видами аргументації, умови раціональної суперечки, лояльні та нелояльні прийоми суперечки називають еристикою. У перекладі з грецької *eristikos* буквально означає той, хто сперечається. За багатовікову історію логіки за цим словом закріпилася назва – мистецтво суперечки.

Відомо, що логічним каркасом аргументації є доведення та спростування: одна сторона висуває певне положення та намагається його відстояти, інша – прагне спростувати це положення.

Про механізм доведення й спростування йшлося раніше. Але справа в тому, що аргументація не зводиться до суто логічної техніки. В аргументації маємо зіткнення не просто різних поглядів, не відстоювання конкретної позиції, тут відбувається зіткнення різних світів із певною сумою знань, ерудицією, емоціями, політичними й конфесійними уподобаннями, психологічними характерами, ідеологічними настроями – усього того, що створює особистість як носія тези й аргументів у процесі аргументації. Якби це було саме не так, то тоді б збулася заповітна мрія Г. Лейбніца: «Якщо між людьми виникнуть суперечки, то достатньо буде сказати: «Підрахуємо», щоб без усяких обмовок з'ясувати, хто правий». Перекладаючи слова Лейбніца на сьогоднішній лад, можна сказати, що процес аргументації можна було б доручити комп'ютеру. Тому, коли ми зазначаємо, що еристика – це мистецтво суперечки, то цим хочемо підкреслити, що аргументація не зводиться до логічних числень. В аргументації відбувається зіткнення характерів, емоцій, а це переносить суперечку за межі науки та завдяки красномовству перетворює її на мистецтво.

В аргументації аргумент теж тлумачиться ширше, ніж у структурі доведення. Тут аргумент – це не просто думка, яка забезпечує, гарантує істинність тези, це – положення, яке розкриває доцільність тези, її перевагу над іншими подібними положеннями, обґрунтовує,

чому саме завдяки цій тезі можна прийняти відповідні рішення. Тому аргументи в теорії аргументації різноманітніші, ніж в теорії доведення.

Демонстрація аргументації та демонстрація доведення – теж відрізняються. Теорія доведення в ролі демонстрації, або форми зв'язку тези й аргументів застосовує різноманітні види умовиводів (як дедуктивних, так і недедуктивних), ставлячи за мету досягнення істинності тези. Тоді як в теорії аргументації демонстрація має форму діалогу, завдяки чому пропонент не тільки доводить свою тезу, а й спростовує антитезу опонента, переконуючи його та аудиторію (яка може бути свідком дискусії) у правильності тези, змушуючи цим протилежну сторону приєднатися до спільного погляду.

Отже, враховуючи те, що фундаментом аргументації є логічні процедури доведення та спростування, називатимемо аргументацію раціональною, коли вона чітко відповідає вимогам логіки, і нераціональною – коли нехтують правилами та законами логіки.

Як уже зазначалося, яскраво вираженою формою аргументації є суперечка. Будь-яка суперечка є бесідою, діалогом, але зворотне – хибне. Не всяка бесіда, діалог є суперечкою. Якщо промовець говорить, а решта його слухають, або не слухають, кидають репліки, погоджуються зі всім, то тут є діалог, але не має ще суперечки. Суперечка має місце тоді, коли з'являються різні погляди, відсутня єдність в позиціях, виникає прагнення подолати несумісність поглядів, є бажання досягти спільної думки.

За метою суперечка поділяється на види:

1) заради істини;

2) з метою перевірки істинності або обґрунтованості довільної думки;

3) з метою досягнення спільної думки, згоди;

4) з метою нав'язування своєї думки;

5) заради суперечки.

Суперечкою заради істини називають таку, де протилежні сторони досягають спільного погляду на основі пізнання істини. Таку суперечку називають діалектичною. Треба мати на увазі, що термін діалектика використовується тут у первісному значенні – саме так, як він застосовувався у Стародавній Греції. Цей вид суперечки здебільшого зустрічається в наукових колах, при захисті дисертацій, на наукових конференціях, на сторінках наукових журналів.

Суперечка з метою перевірки істинності або обґрунтування довільної думки також є діалектичною. Суть її зводиться до того, щоб переконатися, наскільки теза, яку відстоюють, надійна, відповідає

істині та як це сприймається опонентом. Тут треба прислухатися до аргументів опонента та подивитися, як захищатиме висунуту тезу опонент.

Суперечка заради формування спільної думки, згоди полягає у виробленні супротивниками спільної платформи, на якій протилежні сторони можуть дійти згоди. Цей вид суперечки зазвичай зустрічається в середовищі державних і політичних діячів, під час передвиборних компаній, в юридичній практиці.

Суперечка з метою нав'язування своєї думки за суттю спрямована не на досягнення істини, не на перевірку власних переконань, не на пошуки згоди, а на прагнення переваги свого погляду, навіть при тому, що цей погляд буде хибним. Таку суперечку прийнято називати суперечкою заради перемоги, або еристичною.

Суперечка заради суперечки – це такий вид суперечки, коли сперечальники більше вболівають за те, щоб похизуватися своєю участю в суперечці, а не досягти істини чи згоди у ході зіткнення протилежних поглядів.

За кількістю учасників суперечки поділяються на:

- прості;
- складні.

Простою називають суперечку, в якій беруть участь два супротивники. Проста суперечка може відбуватися один-на-один, або в присутності аудиторії.

Складною називають суперечку, в якій беруть участь більше двох супротивників. У такій суперечці можуть брати участь прибічники конкретних тез. Це можуть бути представники різних партій, конфесій, наукових шкіл тощо.

За способом ведення суперечки виділяють:

- усні;
- письмові.

Усною називають суперечку, яка полягає у спілкуванні конкретних супротивників в умовах, що обмежені простором і часом. Такі суперечки звичайно відбуваються на уроках, семінарах, конференціях, з'їздах, засіданнях тощо.

Письмовою називають суперечку , що відбувається в листах, друкованих засобах масової інформації, на сторінках наукових журналів. У таких суперечках менше емоцій. Тут звичайно потрібна не швидкість реакції, а здатність до глибокого й фундаментального аналізу позиції іншої сторони та власних аргументів.

Щоб суперечка була результативною, необхідно дотримуватися таких вимог:

- має існувати предмет суперечки;
- щодо предмета суперечки мають бути наявні протилежні погляди сперечальників;
- у ході суперечки має панувати повага до опонента.

Щоб суперечка була раціональною, треба застосувати такі прийоми:

а) приступаючи до суперечки, заволодіти ініціативою;

б) власну тезу формувати у вигляді простого судження без полісемічних термінів;

в) намагатися перекласти тягар доведення на опонента;

г) виділяти слабкі ланки в аргументації опонента й на них концентрувати всю свою увагу та доказову міць;

д) використовувати ефект раптовості при застосуванні власних аргументів;

е) намагатися використовувати аргументи опонента проти нього самого;

ж) уміти користуватися паузою;

з) прагнути взяти заключне слово в дискусії.

Дотримання цих вимог сприятиме досягненню змістовного результату суперечки.

У реальному дискурсі суперечка, спрямована на досягнення істини в чистому вигляді, є ідеалом. Усе це зумовлено тим, що сперечальники – це конкретні люди з певними емоціями, настроями, матеріальною зацікавленістю, спрямованістю на певні кар'єрні та інші вигоди тощо. Тому до лояльних вимог суперечки можуть долучатися нелояльні прийоми й аргументи. А це зобов'язує знати, які нелояльні прийоми й аргументи може застосовувати опонент.

До нелояльних прийомів належать помилки, пов'язані з порушенням правил доведення та спростування (про що йшлося вище). Нелояльні аргументи об'єднують під єдиною назвою – аргументи до людини. Латиною це звучить: *ad hominem*. Найбільш поширені аргументи до людини такі:

Аргументи до особи. Суть даного аргументу полягає в тому, щоб відволікти учасників дискусій від предмета суперечки та зосередити увагу на особистості опонента, його переконаннях, смаках, зовнішності, недоліках і достоїнствах. Це призводить до того, що обговорюється не предмет дискусії, а особистість, яка бере участь у дискусії. При цьому особа опонента може висвітлюватися в негативному плані шляхом навішування ярликів або шляхом надмірного вихваляння.

Аргументом до авторитету є «посилання на заяви або позицію видатних учених , політичних діячів, авторитетів у сфері літератури та мистецтва тощо». Такі посилання іноді є слушними, але вони не завжди бувають коректними. Наприклад, видатний учений є світилом у конкретній сфері, але він не може бути авторитетом у розв'язанні проблеми, яка є предметом даної дискусії.

Аргумент до публіки – «це звернення до настроїв, почуттів, емоцій, психології аудиторії». Той, хто використовує цей аргумент, намагається зробити аудиторію своїм прибічником і разом з аудиторією вести наступ на опонента. Дуже вдалим у цій ситуації є демонстрація (показ) того, що теза, яку відстоює опонент, торкається матеріального становища, доходів аудиторії, приводить до руйнації моральних устроїв присутніх.

Аргументом до марнослів'я є безпідставне вихваляння опонента. Цей аргумент випливає з аргументу до особи. Він свідчить про те, що суперника можна перемогти не тільки шляхом нищівної критики, але й приписуванням опоненту перебільшених оцінок.

Аргумент до сили полягає в загрозі розправи з опонентом. Зазвичай цей аргумент застосовують, коли один із супротивників є носієм адміністративних, владних функцій і сперечається з іншим супротивником, який має інтелектуальні переваги. Тоді на адресу опонента можуть звучати загрози кадрової, адміністративної розправи. Із подібним можна зустрітися в дискусіях під час виборчих компаній.

Аргумент до жалю полягає у намаганні викликати у опонента почуття жалю та співчуття. У такий спосіб супротивник намагається домогтися у протилежної сторони задоволення своїх інтересів.

Аргументом до невігластва є посилання на факти й положення, про які опонент може не знати. І якщо при цьому опонент не звернеться з проханням прокоментувати ці факти і положення, щоб не принижувати свою гідність, то пропонент візьме верх у дискусії. На це й розраховують недобросовісні учасники дискусії.

Описані аргументи найбільш типові. Хоча у практиці аргументації можна зустріти їх численні модифікації.

Головним при цьому є заборона використовувати перелічені аргументи в логічно витриманій та етично коректній аргументації. Якщо одна зі сторін полеміки помітить некоректний (нелояльний) аргумент, то на нього треба вказати опоненту. Коли опонент є добропорядним супротивником, то він відмовиться від застосування такого аргументу. А якщо ні, то виникає питання про доцільність ведення дискусії.

6. Особливості правової аргументації та її місце у практичній юриспруденції

Слово «аргументація» запозичене та первинно позначало поняття про показування, з'ясування, доведення, ствердження чогось[1]. Для з'ясування того, якою мірою це вплинуло на актуальне значення слова «аргументація» (а також слів, які позначають суміжні поняття), необхідно насамперед проаналізувати відповідні тлумачні словники. У них, як виявилось, зафіксовано такі значення слів «аргументація», «мотивація» й «обґрунтування», які фактично роблять їх синонімами: аргументація – це обґрунтування, а обґрунтування – це аргументація (і також мотивація)[2]. До того ж аргументація ототожнена ще й із формально-логічним доведенням. Тобто склалася ситуація, коли в українській мові три різні мовні одиниці мають однакове значення, незважаючи на те, що доктринально аргументування й доведення розмежовані, принаймні в західній науковій традиції. Цікавість викликає той факт, що з цього кола термінів дещо «вибивається» дієслово «мотивувати», яке означає наводити мотиви (підстави, приводи, причини), що пояснюють, виправдовують певні діяння, рішення. У цьому дієслові підкреслено інтуїтивний відтінок його значення, що наближає останнє до доктринального розуміння того, що саме вважається такою аргументацією, яка вже не є формально-логічним доведенням. Визначення ж аргументації через поняття «обґрунтування» призводить до того, що у значенні цього слова домінує відтінок саме доказової аргументації, тобто означеного доведення.

В англійській же мові для дослідження аргументаційних процесів у праві поряд із терміном «*argumentation*» уживають і терміни «*reasoning*» і «*justification*». У ній найпоширенішими лексичними значеннями слова «*argumentation*» є «акт чи процес обґрунтування», «дискусія» (дебати), «аргумент». Наукове осмислення таких значень слова «*argumentation*», з огляду на контекст їх уживання, дозволяє виявити більше особливостей відповідного терміновживання порівняно з лексичними значеннями, закріпленими у словниках. Зокрема, як зазначають фахівці:

1) «*argumentation*» означає насамперед процес; тоді як у інших мовах – і процес, і його результат рівною мірою;

---

[1] Етимологічний словник української мови : в 7 т. / редкол. О. Мельничук, І. Білодід, В. Коломієць, О. Ткаченко. – Т. 1: А-Г. – К. : Наук. думка, 1982. – 317 с.

[2] Словник української мови : в 11 т. / за ред. І. К. Білодіда ; АН УРСР ; Ін-т мовознавства. – К. : Наук. думка, 1970–1980. – Т. 1. – URL: http://sum.in.ua/s/ arghumentacija (дата звернення: 08.09.2021)

2) «неанглійські» ж слова для позначення аргументації пов'язані винятково з конструктивними зусиллями відстояти чиюсь позицію шляхом переконання іншої сторони в її прийнятності (а в англійській мові цей термін має негативні конотації, тобто може стосуватися деструктивної форми дебатів, пов'язаних із глухим прагненням досягти перемоги за будь-яку ціну);

3) на відміну від англійського слова «*argumentation*», «неанглійські» відповідники стосуються лише комплексу тверджень для відстоювання своєї точки зору (без залучення до поняття аргументації самої такої точки зору)[1].

Дослідники правової аргументації зазвичай не пропонують дефініцію її поняття (хоча остання аж ніяк не є очевидною й однозначною). Натомість часто пропонують модель, на яку можна «приміряти» різні явища для встановлення того, чи справді вони є аргументацією правовою. Це термінопоняття відображає та позначає такі різні за онтичним статусом явища, як: 1) обґрунтування; 2) переконання; 3) дискурс; 4) діалог; 5) судовий розгляд; 6) діяльність з наведення доводів/аргументів (або тез і аргументів). Такого висновку можна дійти, проаналізувавши визначення згаданого поняття тими авторами, котрі його пропонують. А саме, правову аргументацію розглядають, зокрема, як:

1) діяльність із наведення правових доводів, що може привести до правового результату[2];

2) процес і результат мовного обґрунтування пропонованого або ухваленого юридично значущого рішення чи діяння[3];

3) раціональний спосіб переконання суб'єктів правовідносин за допомогою усного або письмового впливу на них[4];

4) процес наведення правової тези і аргументу[5] або процес підбору аргументів та структурування від ношень між ними відповідно до логічних правил істинності, що здійснюється у юридичному контексті[6];

---

[1] Van Eemeren F. H. Handbook of Argumentation Theory / Frans H. van Eemeren, Bart Garssen, Erik C. W. Krabbe, A. Francisca Snoeck Henkemans, Bart Verheij, Jean H. M. Wagemans. – Dordrecht : Springer Science+Business Media, 2014. – 991 p.

[2] Каргин К. В. Понятие и элементы юридической аргументации : монография. Н. Новгород : Нижегор. прав. акад., 2011. – 68 с.

[3] Рабінович П. Правова аргументація (вихідні загальнотеоретичні характеристики). *Юрид. вісн. України*. – 2015. – №17–18. – С. 22.

[4] Ляшенко, Р. Д. Правова аргументація у сфері правотворчості. *Учен. зап. Таврич. нац. ун-та им. В. И. Вернадского. Серия «Юрид. науки»*. 2012. Т. 25 (64). №2. С. 74–79.

[5] Feteris E. Foundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on Justification of Judicial Decisions. – Argumentation Library. Vol. 1. Dordrecht : Springer, 1999. – 225 p.

[6] Юридична аргументація: Логічні дослідження : монографія / О. М. Юркевич, В.Д. Титов, С. В. Куцепал та ін. ; за заг. ред. О. М. Юркевич. – Х., 2012. – 211 с.

5) спеціальний різновид практичного дискурс;

6) виражений назовні процес судового розгляду щодо спірних правових питань[1];

7) надання відповіді на запитання, як конструювати та читати право в обґрунтований спосіб[2].

Як зазначалося, часто у працях західних дослідників ідеться не про правову аргументацію («*legal argumentation*»), а про правове обґрунтування («*legal reasoning*»). Воно позначає, зокрема, такі явища:

- наведення доводів/доказів;
- мисленнєвий процес пошуку відповіді на правові питання за допомогою правових засобів;
- процес створення ціннісних рішень, які встановлюють, дотримуватися чи не дотримуватися джерел права, оцінок і норм;
- результат процесу спеціального обґрунтування та дискурсного обговорення;
- діяльність, що ґрунтується на критеріях справедливості, рівності, чинності, надійності та ефективності, а не на критерії істинності;
- спосіб, у який юристи публічно говорять про право.

Як випливає з наведених визначень, поняття про правову аргументацію та правове обґрунтування перетинаються, а інколи й ототожнюються. Чітких відмітностей між ними (з огляду на онтичну суть явищ, які цими поняттями відображають) в юридичній літературі немає. Про ототожнення аргументації й обґрунтування можуть свідчити позиції тих авторів, котрі розуміють ці види діяльності як наведення чи то аргументів, чи то доводів і доказів, а також ті позиції, що визначають аргументацію через обґрунтування. Правове обґрунтування, на відміну від правової аргументації, часто визначають як процес (діяльність) чи процедуру. Як би то не було, але не можна вважати саме «правовою» ту аргументацію, яка здійснюється винятково аргументами юридичними. Правова аргументація здійснюється насамперед у будь-якій юридичній діяльності через будь-які (у тому числі юридичні) аргументи. Формулювання ж дефініції поняття правової аргументації, вимагає аналізу праць не тільки тих авторів, котрі пропонують такі дефініції, а й тих науковців, котрі будують теоретичні моделі правової аргументації, не наводячи відповідні дефініції.

---

[1] MacCormick N. Legal Reasoning and Legal Theory. – Oxford : Clarendon Press, 1978. 298 p

[2] Siltala R. Law, Truth, and Reason. A Treatise on Legal Argumentation. *Law and Philosophy Library*. Vol. 79. Springer Science+Business Media B. V., 2011. 307 p.

Для Н. МакКормік правова аргументація - «це суперечка, спрямована на висвітлення причин, які показують, що рішення справедливу, оскільки воно відповідає законодавству»[1].

Для О. Корреас, як часто стверджують, це є причиною, яка виправдовує рішення Виправдання - «це не що інше, як прийняття рішення аудиторією, яка може бути спільнотою адвокатів у першу чергу та громадянським суспільством»[2].

«Юридичний аргумент має на меті створити переконання в одержувача. Цей аргумент походить від зацікавленої сторони і має принаймні одного одержувача - контрагента - але, дуже часто, він усе ще є інший адресат - суддя, компетентний вирішити конкретну справу. У цьому випадку зацікавлені сторони прагнуть вплинути на побудову рішення, використовуючи аргументи, які можуть призвести до формування у судді переконання, що справа має бути вирішена правовим правилом, що вони хочуть, щоб це було застосовано і так, як вони хочуть, щоб воно було застосовано»[3].

Аргументація – «це вид інтелектуальної діяльності, у ході якої формується переконання в істинності або хибності довільного положення, а також визначається його оцінка та доцільність як для самого автора, так і для співрозмовника чи аудиторії».

Аргументація є багатоаспектним і багатокомпонентним витвором інтелектуальної діяльності людини, який базується на надбаннях логіки, філософії, психології, мовознавства, риторики, етики, естетики, культурології, інтуїції, здорового глузду тощо. Із багатьох названих компонентів, що складають аргументацію, варто виділити логіку. У будь-яких науках, будь-яких сферах людської діяльності користуються такими поняттями та процедурами, як істина, підтвердження, наслідок, аподиктичність, доведення, спростування, інтерпретація, пояснення, верифікація, але тільки в логіці розкривається природа цих понять і процедур, тільки в логіці аналізуються їх ознаки, структура та правила.

Важливою віхою на шляху формування сучасної теорії юридичної аргументації стала, зокрема, концепція «нової риторики» Х. Перельмана, викладена у книзі «Нова риторика. Трактат з аргументації», написаній у співавторстві з Люсі Ольбрехтс-Тітекою (їй

[1] Puy Munoz, Francisco, La argumentación jurídica, problemas de concepto métodos de aplicación, Universidad de Santiago de Compostela, España, 2004, p. 120

[2] Correas Oscar, Metodología jurídica, una Introducción Filosófica I, 2a. ed. Fontamara, México 1998, p. 219.

[3] Sousa, Miguel Teixeira de Sousa. Introdução ao Direito. Coimbra: Almedina, 2012. p. 412.

належав ілюстрований матеріал до книги) і опублікованій у 1958 році[1]. Спираючись на традиції античної риторики Аристотеля, Цицерона і Квінтіліана, Х. Перельман запропонував доповнити теорію демонстративного доведення, що ґрунтувалася на формальній логіці, «новою риторикою», метою якої є переконання за допомогою дискурсу, побудованого не тільки на аналітичних доказах, основаних на логіко-раціональному мисленні, а й на використанні прийомів ораторського мистецтва, здатних переконати аудиторію, психологічно схилити її на свій бік. На думку Х. Перельмана, у праві нерідко трапляються випадки, коли логічно вразливий аргумент може виявитися «риторично ефективним». Ці висновки мають суттєве значення для розуміння особливостей судової аргументації, в якій аргументи *ad hominem*, тобто зорієнтовані на людей, у судових дебатах використовуються досить широко. Хоча з суто логічної точки зору такі аргументи, здавалося б, мають бути відкинуті, проте, як свідчить судова практика, вони нерідко беруться судом до уваги, а інколи навіть мають вирішальний вплив на судові рішення (наприклад, у суді присяжних). Про те, наскільки характерне використання таких «риторично ефективних» аргументів для конституційного судочинства, йтиметься далі.

Вагомим внеском у становлення і розвиток теорії юридичної аргументації, зокрема розуміння її моделей, складових, критеріїв тощо, стала праця одного з провідних теоретиків права сучасної Німеччини Р. Алексі «Теорія юридичної аргументації. Теорія раціонального дискурсу як теорія юридичного аргументування»[2]. Особливо цікаві його міркування щодо необхідності цілісного підходу до юридичної аргументації та конструювання відповідної її моделі, в основу якої покладена ідея системної єдності або когерентності. Унікальними для поглибленого осмислення особливостей судової аргументації «у складних справах» (*hard cases*), до яких, як правило, належать справи, що становлять предмет конституційної юстиції, є праці відомого американського теоретика права Р. Дворкіна. Хоча вони написані на матеріалах судової практики англо-американської правової системи (з використанням інколи специфічної для неї термінології), їх значення для сучасної теорії юридичної аргументації надзвичайно важливе. Серед проблем, розглянутих Р. Дворкіним, та його висновків варто відзначити, зокрема, висновки про роль принципів права в

[1] Perelman Ch., L. Olrechts-Tyteca. La nouvelle rhétorique traite de l'argumentation. Paris : Presses Universitaires de France, 1958.

[2] Alexi R. Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begrindung. Frankfurt am Main, 1991.

обґрунтуванні судових рішень, особливо явно не виражених у конституціях і законах; про «моральне прочитання Конституції» (*moral reading of Constitution*), про необхідність узгодження ухвалюваних судових рішень з попередніми судовими рішеннями тощо [1]. Поступово з'являються серйозні публікації з проблем юридичної аргументації також у постсоціалістичних країнах [2]. Ця проблематика не лише жваво обговорюється в середовищі юристів-науковців і практиків, а й уводиться в навчальні плани юридичних шкіл європейських і американських університетів у вигляді самостійних курсів, спеціальної професійної підготовки кандидатів у судді, адвокатів тощо. Цього, на жаль, не можна сказати про Україну, незважаючи на те, що вона мала давні традиції як викладання мистецтва ведення диспутів, так і його практичного застосування.

У вітчизняній як практичній, так і теоретичній юриспруденції (особливо на рівні галузевої теорії) за попередньою позитивістською традицією при виборі методологічних підходів до аргументації власних міркувань (позицій) продовжують орієнтуватися переважно на дедуктивний метод обґрунтування, нерідко прив'язуючи його навіть не до тексту закону в цілому, його духу, а до букви окремих положень. Спеціалісти в галузі логіки намагаються знайти такому формально-догматичному підходу, якщо й не виправдання, то принаймні пояснення, вважаючи, що на відміну від правників сім'ї загального права, які в побудові своєї аргументації завжди віддавали перевагу індуктивній логіці, правникам сім'ї континентального права (до якої належить або ж близька правова система України) традиційно притаманний дедуктивний стиль мислення. Не заперечуючи цих відмінностей названих правових сімей, водночас не варто їх перебільшувати, особливо в умовах інтеграційних процесів, що нині відбуваються в правовому просторі Європи. Хоча відмітності між європейськими правовими сім'ями зберігаються (і, очевидно, зберігатимуться надалі), вони полягають не стільки в орієнтації на індуктивну чи дедуктивну модель аргументації, скільки в особливостях юридичної техніки: інструментах пошуку права, мові та стилі аргументації, ступені використання позаправових (зокрема моральних і політичних) аргументів при ухваленні рішень тощо. У будь-якому разі сьогодні можна вважати визнаним для обох

[1] Юридична аргументація. Логічні дослідження : монографія. Харків : «Право», 2015. С. 128-139.

[2] Grabowski. Dyskurs prawniczy, jako przypade szczgolny ogoinego duskursu praktucznego... Studia z filozofii prawa. Krakow, 2003. S. 161-220.

правових сімей Європи, що «тексти законів ... ніколи не втілюються в чистому вигляді в діюче право», а самого закону часто недостатньо для ухвалення справедливого й обґрунтованого рішення. Воно потребує адаптації тексту закону до динамічного життя і потреб часу шляхом його тлумачення, зіставлення положень закону із загальними принципами права та іншими нагромадженими людством правовими цінностями, визначальними серед яких є невідчужувані права і свободи людини. Поряд з абсолютизацією формально-логічних підходів до юридичної аргументації у вітчизняному правознавстві зустрічаються також інші крайнощі. Деякі автори, слушно заперечуючи властиве юридичному позитивізму ототожнення права і закону, пропонують при обґрунтуванні правозастосовних, у тому числі судових, рішень віддавати перевагу не закону, а природному праву (що в посттоталітарних країнах, до речі, не є рідкістю) або ж «реальному», живому праву в його інтерпретації соціологічною юриспруденцією, зокрема реалістичною школою права.

Тим часом, віддаючи належне надбанням доктрини природного права і реалістичної школи права, не варто їх ідеалізувати. Як свідчить історичний досвід, зокрема тих же США, на судову практику яких ідеї правового реалізму мали і мають доволі помітний вплив, надмірна орієнтація суду на реальність, яка відкривається від накопичених людством правових ідеалів і цінностей, сконцентрованим виразом яких є загальні принципи права, та від правових норм (як би по-різному їх не розуміли) не тільки не наближає до пошуку й утвердження права, а навпаки, спроможна породити беззаконня і свавілля, освячене до того ж рішеннями органу, який за своїм призначенням має уособлювати справедливість. Отже, першою умовою цілісності, системної єдності (або ж, висловлюючись термінологією Р. Алексі, - когерентності), юридичної, у тому числі судової, аргументації є розуміння самого права як багатоаспектної цілісності, що існує в різних проявах і формах, основні з яких тісно пов’язані зі здобутками концепцій природного права, юридичного позитивізму та соціологічної юриспруденції. Доктрина природного права головний акцент робить на праві як духовному феномені - ідеалах справедливості, індивідуальної свободи, рівності, невідчужуваних правах людини та інших гуманістичних цінностях, тобто на відправних світоглядних засадах права, без яких воно просто немислиме.

Наступною важливою умовою цілісної моделі юридичної аргументації є погляд на право не як на статичне явище, а як на інтелектуальний процес, у якому норми законів та інших нормативних

актів мають розглядатися тільки в контексті нагромаджених людством цінностей, численних суспільних відносин, інститутів і розгалужених процедур. Інакше кажучи, на відміну від закону, текст якого застиглий, здатний відставати від суспільного життя, право - явище динамічне, яке має йти, як неодноразово підкреслював у своїх рішеннях Європейський суд з прав людини, «в ногу з обставинами, що змінюються», тобто змінюватися відповідно до зміни суспільних відносин, які воно регулює, і вимог часу. Крім названих умов, пов'язаних головне праворозумінням, для системної єдності, когерентності юридичної аргументації суттєве значення мають:

- усвідомлення того, що висновки у будь-якій справі повинні ґрунтуватися на єдності, цілісності доказової бази, тобто виявленні, вивченні та оцінці всіх доказів, що мають значення для справи;

- уявлення про правозастосовну аргументацію не тільки як про винятково раціональну процедуру, здійснювану за правилами логіки, а й таку, що містить, як уже зазначалося, «логічно недійсні аргументи», які можуть бути «риторично ефективними» (Х. Перельман).

Не можна не погодитися з думкою Р. Алексі про те, що жодна модель аргументації не може претендувати на завершеність і когерентність сама по собі без її втілення у реальних діях людей. Отже, її цілісність можуть забезпечити лише люди через певні процедури, однією з яких є юридична аргументація[1].

Названі умови цілісної, когерентної моделі юридичної аргументації стосуються всіх видів правозастосовної аргументації, у тому числі судової.

[1] Алекси Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс (Пер. с нем. М.В. Антонова). Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 450.

ТЕМА 2. МОДЕЛІ ЗАСТОСУВАННЯ АРГУМЕНТАЦІЇ ЄВРОПЕЙСЬКИМ СУДОМ З ПРАВ ЛЮДИНИ

План лекційного заняття:

1. *Ціннісно-правова модель аргументації ЄСПЛ.*
2. *Аргументація та підстави прийняття рішення ЄСПЛ.*
3. *Виконання судом обов'язку щодо обґрунтування рішення. Висновок № 11 (2008) Консультативної ради європейських суддів щодо підстав для прийняття рішення.*
4. *Поняття очікуваного обсягу обґрунтування.*
5. *Принцип правомірних очікувань.*
6. *Аксіологічні аргументи у справі Фон Ганновер проти Німеччини. Публічні та приватні цінності права у справі Фон Ганновер.*
7. *Загальні вимоги щодо виправданості втручання у права, гарантовані статтями 8-10 Конвенції.*

1. Ціннісно-правова модель аргументації ЄСПЛ

Нині вже визнано аксіоматичним, що положення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод необхідно розглядати лише у контексті прецедентного права, яке створювалось уже протягом понад півстоліття контрольним органом регіональної системи захисту прав людини – Європейським судом з прав людини. Характеризуючи роль останнього, Л. Вільдхабер заявив, що цей міжнародний інститут є «нервовим центром системи захисту прав людини, через прецеденти судової практики якого Конвенція глибоко укорінилася у правовому і духовному підґрунті країн. У прецедентній практиці ЄСПЛ знаходять своє безпосереднє практичне втілення, набуваючи, так би мовити, «живого» змісту, основні фізичні, особистісні, політичні та інші гуманістичні цінності, задекларовані Конвенцією як основоположні права людини та як об'єкти цих прав.

Розглянемо одне з відомих рішень ЄСПЛ – по справі Фон Ганновер проти Німеччини (Von Hannover v. Germany) від 24 червня 2004 року.

Осмислення заявленої проблематики навряд чи можливе без з'ясування того, а що ж становить собою явище, котре відображається поняттям «цінність». Феномен цінності, який своїм корінням сягає доби античної філософії, породжує багато дискусійних поглядів, позаяк досі не вироблено єдиного підходу до розуміння цієї категорії, яка має більше ста різноманітних варіантів тлумачення. Попри усю

гостроту і багатозначність окремих наукових позицій, погодимось із висловленим в літературі баченням, за яким цінністю вважається об'єктивне благо, яке в силу своєї позитивної значущості здатне задовольняти потреби й інтереси суб'єкта, а також зберігає властивість об'єктивно сприяти реалізації його можливостей. У правовій сфері зазвичай розмежовують два види цінностей: цінності права, стосовно яких право – це інструмент, засіб реалізації, охорони й захисту, та правові цінності, тобто цінності, наділені певною власне правовою якістю. Іншими словами, правовими вважають цінності, первинно властиві праву, які визначають його основу і формують догму (напр., сьогодні – це законність, справедливість, верховенство права та інші). Під цінностями права належить розуміти природні й суспільні блага, забезпечувані позитивним правом з огляду на їхню значущість і корисність для людини та суспільства. Наведені визначення видаються придатними для позначення відповідних видів цінностей, які об'єктивуються у мотивувальних частинах рішень ЄСПЛ. Вочевидь, для юридичного оцінювання, здійснюваного Страсбурзьким судом, вельми важлива аксіолого-правова проблематика, адже у своїй діяльності ЄСПЛ ґрунтовно оцінює явища й обставини дійсності, відбирає ті факти й докази, які мають правову значимість з огляду на особливості конкретних справ. Результати здійсненої оцінки Судом відображаються в мотивувальній частині рішення. При цьому мотиви у рішенні Страсбурзького суду мають форму логічно переконливих, взаємопов'язаних правових аргументів, якими судді обґрунтовують правильність зроблених висновків. Що ж надає правовому аргументові аксіологічної сили? Чимале значення у здійснюваних ЄСПЛ оцінках мають ті аксіологічні орієнтації, на які здебільшого неявно спираються судді під час обґрунтування рішення, оскільки вони, так чи інакше, змушені апелювати до цінностей, які поділяються тією «аудиторію», до якої звернений текст прийнятого рішення. Крім того, деякі норми права можуть бути невизначеними, а також зустрічаються випадки, для регулювання яких немає встановлених конкретних норм, тому судді часом відчувають труднощі при тлумаченні статей закону й змушені вдаватися до оцінок значимості обставин справ, керуючись насамперед власними аксіологічними перевагами та моральними переконаннями, а також панівною правовою традицією. Отже, безсумнівний вплив ціннісносвітоглядних принципів простежується в будь-якому владно-регулятивному рішенні (в тому числі у рішеннях ЄСПЛ), де опосередковано чи прямо виражаються загальні ціннісно-правові уявлення його автора. У світлі усього сказаного видається доречним подати визначення поняття ціннісного аргументу

(в практиці Суду): таким аргументом надалі вважатимемо окреме твердження або низку взаємопов'язаних тверджень аксіологічного характеру, які викладені у мотивувальній частині рішення Страсбурзького суду та обґрунтовують правову позицію ЄСПЛ у справі з урахуванням аксіологічних уявлень, які превалюють у суспільній свідомості сучасних країн-членів Ради Європи.

2. Аргументація та підстави прийняття рішення ЄСПЛ

Про порушення Конвенції належить заявляти в першій інстанції перед національним судом, так що потенційну заяву до ЄСПЛ можна підготувати з самого початку. Більше того, якщо справа стосується порушення основних прав, адвокати повинні прагнути мати порушення, встановлені національним судом: якщо суд визнає, що порушення є, може знадобитися подальша заява до ЄСПЛ. Порушення статей Конвенції має бути висловленим по суті в першій інстанції з конкретним посиланням на Статтю Конвенції. Доцільно наводити ті самі аргументи Конвенції в апеляційному порядку і до вищого суду, або будь-якого іншого конституційного суду чи касаційної інстанції, який діє як суд останньої інстанції. Принцип субсидіарності вимагає від національних судів можливість розглянути та виправити передбачуване (-і) порушення (-а). Якщо вони не надали відшкодування клопотання може бути подано до Суду.

Чи обов'язкове звернення до вищої судової інстанції перед поданням заяви до ЄСПЛ?

Справа завжди повинна бути оскаржена до вищого суду держави перед поданням заяви ЄСПЛ. Щоб уникнути ризику, що ЄСПЛ оголосить заяву неприйнятною, оскільки про невичерпання національних засобів правового захисту, як того вимагає стаття 35 (1) Конвенції. У деяких країнах можуть бути випадки, коли апеляція до вищої судової інстанції не потрібна, наприклад, якщо цей суд уже виніс рішення щодо питання закону. За таких обставин відповідний адвокат повинен ретельно проаналізувати відповідне національне законодавство та позицію національного суду останньої інстанції та практику ЄСПЛ. Конвенція вимагає лише вичерпання національних засобів правового захисту, які мають відношення до заявлених порушень, і які адекватні та ефективні.

Чи важливо вичерпати всі доступні національні процедури оскарження?

Вичерпання всіх доступних національних процедур оскарження є надзвичайно важливе. Відсутність апеляції та розгляд справи усіма

національними судами, включаючи суд останньої інстанції держави, може призвести до визнання зави неприйнятною ЄСПЛ відповідно до статті 35 Конвенції. Система Конвенції базується на принципі субсидіарності. Де заявник не вичерпав національних засобів правового захисту, ЄСПЛ дійде висновку, що національна правова система була позбавлена можливості розглядати скарги на Конвенцію.

Як заявляти про порушення Європейської конвенції з прав людини?

Будь-яке порушення Конвенції має бути по суті заявленим. Необхідна точність щодо передбачуваних наслідків судом визнання судом порушень. Наприклад, якщо порушення права на судовий розгляд у межах розумного строку (стаття 6 (1) ЄСПЛ) заявляється у контексті національного кримінального судочинства, санкція, до якої вимагається, повинна бути чітко визначена: припинення провадження у справі або визнання пом'якшувальних обставин (які є альтернативними санкціями за порушення права справедливого судового розгляду відповідно до практики Суду.

Як застосовувати прецедентну практику ЄСПЛ у національному процесі?

Доцільно покладатися на прецедентну практику ЄСПЛ перед національними судами, при цьому посилаючись на прецедентні рішення Суду щодо порушень статті Конвенції, про яку йдеться.

На рішення ЄСПЛ щодо таких порушень необхідно повністю посилатися, включаючи посилання на них на конкретні параграфи, що стосуються порушення, на яке посилалося ЄСПЛ рішення у подібних справах.

Чи завжди треба порушувати основні права в письмовій формі?

Дуже доцільно, щоб заяви про порушення Конвенції подавались у письмовій формі як у письмових поданнях, письмових примітках до суду або інших письмових висновках.

По-перше, доцільність заяви про порушення прав людини вже не є спірною, і судді повинні визначити ці питання. Більше того, там, де були заявлені порушення адвокат зможе надати ці документи на кожному етапі національного провадження, а зрештою - перед ЄСПЛ.

Яку пораду дати клієнту?

Адвокатам важливо якомога повніше і точніше консультувати своїх клієнтів так, щоб точно визначити відповідні юридичні проблеми. Нечіткий аналіз питань безрезультатний для клієнта і може передчасно призвести до відмови перед ЄСПЛ. З цією метою відповідні факти повинні бути встановлені якомога точніше. Точне визначення фактичної матриці необхідне, щоб уникнути двозначності або неточності щодо відповідних статей Конвенції та будь-якої неточність

у рішеннях національних судів, яка може бути результатом спрощення аналізу прав, які нібито порушені.

Як подати порушення ЄКПЛ?

Адвокати повинні уникати заявляти про абстрактні порушення одного чи кількох прав Конвенції. У порушеннях треба чітко заявляти, виявляючи порушення одного чи кількох конкретних випадків основних прав, які захищені статтею (ами) Конвенції або одним із її протоколів. Треба навести конкретні витяги попередніх рішень ЄСПЛ і пояснити їх актуальність (включаючи цитування судження та посилання на параграфи).

Як готувати справу під час національного судочинства?

Адвокати не повинні забувати створити добре задокументовані матеріали справи, як тільки розпочинається національні провадження, оновлюючи його на кожному рівні провадження, щоб мати всебічний характер та справу, коли провадження закінчується у вищій інстанції. Матеріали справи повинні містити докази, усі судові документи (клопотання, письмові подання, судові накази тощо),витяги з коментарів щодо прав людини, а також відповідних національних рішень і рішень ЄСПЛ.

Який підхід необхідно застосувати в кінці національного судочинства?

Коли всі апеляційні скарги до національних судів вичерпані, доцільно для юриста підготувати вичерпні поради щодо шансів на успіх перед ЄСПЛ.

Строк звернення до Суду становить шість місяців з дати остаточного національного рішення (період, який буде скорочено до чотирьох місяців, коли всі держави-члени ратифікують Протокол 15). Порада повинна містити а огляд останніх відповідних рішень у базі даних ЄСПЛ HUDOC. Адвокат має ретельно та чесно пояснити перспективи встановлення прийнятності та будь-які передбачувані ускладнення. При цьому адвокат повинен розглянути та пояснити такі ключові теми, як статистика неприйнятності, тривалість провадження у Страсбурзі, орієнтовні витрати на провадження та правила справедливого задоволення. Важливо вказати клієнтам чітко і неодноразово, що ЄСПЛ не є подальшою апеляцією чи «четвертою інстанцією». Потрібна обережність щодо точного закінчення строку подання заяви, наприклад, якщо він припадає на вихідні дні, оскільки національні правила можуть відрізнятися від правил Суду. Так само, увагу належить приділяти конкретним питанням, таким як обчислення строку звернення до Суду у справі про декілька періодів, які не послідовно підлягали попередньому ув'язненню (*див. Ідалов проти Росії, заява № 5826/03*).

Тільки подача повної заяви з відповідними документами перериває 6-місячний термін. Надсилання документів факсом або електронною поштою недостатньо, і це не буде поданням протягом визначеного часу.

Яких кроків слід дотримуватись там, де адвокат отримує перші вказівки після завершення національного судочинства?

Якщо з юристом уперше звертаються після закінчення національного провадження, тобто якщо він / вона бере справу на цій стадії, то треба переглянути всю справу, щоб адвокат проконсультував суттєво щодо перспектив успіху перед ЄСПЛ. Відповідні документи будуть підготовленими та складеними своєчасно (доручення, форма заяви тощо) і юристи, звичайно, повинні забезпечити свою ефективну експертизу в галузі європейської Конвенції про права людини.

Які ще проблеми можуть виникнути у цих випадках?

Адвокати повинні бути готовими вирішити конкретні питання та проконсультувати своїх клієнтів у разі їх виникнення. Такі питання передбачають тимчасові заходи, провадження у Великій палаті, пілотні рішення, подальші дії за рішенням суду після встановлення порушення, правова допомога, електронні подання, дружні угоди, прохання про анонімність, односторонні декларації та які мови можуть бути використані, а також процедурні проблеми, які можуть виникнути, такі як координація, коли кілька адвокатів отримують інструктаж, зв'язок із судом і доречність інших у міжнародному провадженні.

Чи можна подати заяву до ЄСПЛ стосовно акта ЄС?

Заява не може бути подана безпосередньо до ЄСПЛ щодо порушень, спричинених рішеннях чи актом інституцій Європейського Союзу. Національні суди повинні виносити запитання тлумачення законодавства Союзу чи чинності актів, прийнятих установами, органи, установи чи установи Союзу до Суду Європейського Союзу (CJEU) для попереднього рішення. Імовірне порушення Конвенції в кінцевому підсумку може бути порушено у заяві до ЄСПЛ навіть після рішення Суду ЄС з цього ж питання (*див., наприклад, Босфор рішення Великої палати від 30 червня 2005 р., заява № 45036/98*). Ситуація може змінитися, коли Європейський Союз приєднається до Конвенції.

Що ще може містити рішення ЄСПЛ?

У випадках системних недоліків, як правило, законодавчого характеру, ЄСПЛ може вимагати, щоб держава прийняла, змінила або законодавство. У виняткових випадках Суд може встановити строк на цю дію. При прийнятті законодавчих актів держави зобов'язуються Конвенцією, як тлумачить Конвенція ЄСПЛ за умови наявності свободи розсуду. У виняткових випадках ЄСПЛ може доручити

державі вжити конкретних дій, таких як звільнення заявника з-під варти або забезпечення права заявника на доступ до дитини, над якою він має піклування.

Суд не є компетентним будь-яке національне законодавство чи рішення.

Що таке пілотне рішення?

Процедура пілотного судового рішення дотримується, коли Суд отримує значну кількість заявок, що походять з тієї самої першопричини, або коли факти заявки виявляють існування структурної чи системної проблеми чи іншої подібної дисфункції в державі, що може спричинити подібні наслідки. Потім Суд може обрати одну або більше заявок на пріоритетний розгляд, відклавши решту. Суд намагатиметься досягти рішення, яке виходить за рамки конкретної справи, щоб охопити всі подібні справи, які порушують одне і те ж питання. Виносячи своє пілотне рішення, ЄСПЛ доручить державі привести своє законодавство у відповідність до вимог Конвенції, щоб усі інші фактичні або потенційні заявники отримали пільгу. Якщо Держава не вживає відповідних заходів, ЄСПЛ ухвалить рішення проти неї в усіх перенесених обставинах. Суд може в будь-який час під час процедури пілотного рішення розглянути відкладену заява, коли цього вимагають інтереси належного здійснення правосуддя.

Згідно зі сталою практикою ЄСПЛ, у рішеннях судів повинні бути відповіднио викладені мотиви, які лежать в основі цих рішень. При цьому ЄСПЛ виділяє кілька цілей мотивування судових рішень:

- продемонструвати і довести передусім сторонам, що суд справді почув їхні позиції, а не проігнорував їх;

- дати сторонам змогу вирішити питання про доцільність його оскарження та забезпечення ефективного апеляційного перегляду справи;

- суспільний контроль за правосуддям.

Стаття 6 Конвенції гарантує особі право на справедливий суд. Однак ця стаття не закріплює будь-яких правил допустимості доказів чи правил їх оцінки, а тому такі питання регулюються передусім національним правом і належать до компетенції національних судів.

Однак така свобода національних судів у сфері оцінки доказів, аргументації й мотивування судових рішень не повинна сприйматися як дозвіл для суду поводитися з доводами свавільно й на власний розсуд та без наведення відповідних мотивів визначати, чи заслуговує будь-який довід сторони конфлікту того, щоб бути окремо прокоментованим у судовому рішенні. Навпаки, така дискреція

зобов'язує суд у кожній конкретній справі надзвичайно ретельно підходити до оцінки всіх, без винятку, доказів і доводів якраз для того, щоб визначити з них ті, які обов'язково потребують особливої уваги, та наведення в рішенні відповідних аргументів «за» чи «проти» їх прийняття.

Як правило, Європейський суд оцінює ступінь умотивованості рішення національного суду з точки зору наявності в ньому достатніх аргументів стосовно прийняття чи відмови в прийнятті тих доказів і доводів, які, на думку ЄСПЛ, є важливиі, тобто такі, що були сформульовані заявником ясно й чітко та, як мінімум, могли вплинути на результат розгляду справи.

Жоден суд не може застосувати правову норму, не витлумачивши її, а тлумачення нормативно-правого акта в конкретній справі не може бути відірване від її фактичних обставин. Отже, так чи інакше, але результат тлумачення судом правової норми завжди виражається в аргументації судового рішення, у тому, як саме суддя, який діє від імені суду, оцінив правовідносини, що випливають із конкретних обставин, яку він обрав правову норму для вирішення окремого спору та як саме він, цей суддя, вважає за правильне застосувати певну норму. Відповідно і зміст судового рішення, і стиль його написання та вживані в рішенні граматичні конструкції переважно матимуть певні «індивідуальні», якщо можна так висловитися, риси й ознаки, характерні для окремого судді.

Свобода аргументації та наявність індивідуальних ознак у судовому рішенні не загрожує справедливості судочинства. Навпаки, це можна вважати виразником закладених у процесуальному законі засад безпосередності судового розгляду й оцінки судом доказів за внутрішнім переконанням із наведенням відповідних результатів у рішенні.

Звісно, судове рішення – це процесуальний документ, який завершує розгляд справи судом. Воно має відповідати формальним вимогам, викладеним у процесуальному законі, містити певні правові висновки. Та й без спеціальної юридичної термінології в рішенні обійтися неможливо. Поряд із юридичною грамотністю треба прагнути до того, щоб аргументація будь-якого рішення була логічною і зрозумілою широкому колу осіб, попри наявність спеціальних термінів. Суд зобов'язаний знайти й зазначити в рішенні такі аргументи, які переконали б не лише сторони в конкретній справі, а й суспільство загалом у тому, що правосуддя справді відбулося.

ЄСПЛ виніс не дуже багато рішень з приводу аргументації. Так, одними із перших яскравих рішень були справи Р. Торія та Х. Балані.

Для вітчизняних правників цікавими є справи проти України, такі як Проніна проти України (рішення від 2006 р.). Якщо підсумувати позицію Європейського суду, то вона зводиться до двох основних тез. По-перше до того, що обов'язкової відповіді вимагають аргументи специфічні, доречні та важливі. Водночас, відповідно до міжнародних документів, суди зобов'язані мотивувати свої рішення, але ці норми не можуть тлумачитись як такі, що вимагають відповіді на кожен аргумент. «У справі Серявін та інші проти України Європейський суд надав гарне пояснення другій тезі: «функція вмотивованого рішення – демонстрація сторонам, що їх почули… вмотивоване рішення дає сторонам можливість апелювати… Публічний нагляд за вчиненням судочинства можливий лише завдяки мотивуванню рішень».

Належно вмотивоване рішення має такі переваги:

Демонструє сторонам, що суд їх почув; зменшує бажання сторони, яка програла апелювати, тобто розвантажує судову систему; дає змогу належно підготувати апеляцію; зменшує ризик рішення апеляцією; підвищує повагу до суду; є зовнішньою ознакою відсутності корупції; дає змогу здійснювати суспільний контроль за судочинством.

Сьогодні треба говорити у контексті двох тез Європейського суду.

По-перше, що треба робити, аби поліпшити ситуацію з мотивуванням судами рішень.

По-друге, що не треба робити. Почати треба з того, що ситуація справді не є задовільною. Якщо наші вищі суди критикує Європейський суд з прав людини, то це справді так. Наприклад, у справі «Сєрков проти України», Європейський суд зазначив таке: «Суд не може виявити підставу для такої зміни тлумачення, із яким зіткнувся заявник. Фактично, Верховний Суд не пояснив, чому він змінює тлумачення цього питання. Така відсутність прозорості підірвала суспільну впевненість та довіру до закону». В справі Проніна Європейський суд зазначив таке: «Національні суди не вчинили жодної спроби проаналізувати позов заявниці з погляду її аргументу, попри пряме посилання у кожній судовій інстанції». Практика підтверджує, що ці рішення є верхівкою айсберга.

Стандартні проблеми з мотивуванням у рішеннях.

Перше – суд перераховує численні норми права, і далі одразу йде рішення;

друге – суд відповідає на малозначні аргументи, залишаючи головні аргументи без відповіді;

третє – мотиви суду є, але їх просто неможливо зрозуміти.

3. Виконання судом обов'язку щодо обґрунтування рішення. Висновок № 11 (2008) Консультативної ради європейських суддів щодо підстав для прийняття рішення

Відповідно до статей 1 та 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» суди застосовують як джерело права при розгляді справ положення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та протоколів до неї, а також практику Європейського суду з прав людини та Європейської комісії з прав людини.

Одним із суттєвих елементів принципу верховенства права є принцип юридичної визначеності. Цей принцип має різні прояви. Зокрема, він є одним з визначальних принципів «доброго врядування» і «належної адміністрації» (встановлення процедури і її дотримання), частково збігається з принципом законності (чіткість і передбачуваність закону, вимоги до «якості» закону).

Так, у пунктах 70-71 рішення по справі «Рисовський проти України» (29979/04) Європейський суд з прав людини, аналізуючи відповідність мотивування Конвенції, підкреслює особливу важливість принципу «належного урядування», зазначивши, що цей принцип передбачає, що у разі, коли йдеться про питання загального інтересу, зокрема, якщо справа впливає на такі основоположні права людини, як майнові права, державні органи повинні діяти вчасно та в належний і якомога послідовніший спосіб (рішення у справах «Беєлер проти Італії» (Beyeler v. Italy), № 33202/96, пункт 120, «Онер'їлдіз проти Туреччини» (Oneryildiz v. Turkey), № 48939/99, пункт 128, «Megadat.com S.r.l. проти Молдови» (Megadat.com S.r.l. v. Moldova), № 21151/04, пункту 72, «Москаль проти Польщі» (Moskal v. Poland), № 10373/05, пункту 51). Зокрема, на державні органи покладено обов'язок запровадити внутрішні процедури, які посилять прозорість і ясність їхніх дій, мінімізують ризик помилок (див., наприклад, рішення у справах «Лелас проти Хорватії» (Lelas v. Croatia), заява № 55555/08, пункт 74, від 20 травня 2010 року, і «Тошкуце та інші проти Румунії» (Toscuta and Others v. Romania), заява № 36900/03, пункт 37) і сприятимуть юридичній визначеності у цивільних правовідносинах, які зачіпають майнові інтереси (див. зазначені вище рішення у справах «Онер'їлдіз проти Туреччини» (Oneryildiz v. Turkey), пункт 128, та «Беєлер проти Італії» (Beyeler v. Italy), пункт 119).

Принцип «належного урядування», як правило, не повинен перешкоджати державним органам виправляти випадкові помилки, навіть ті, причиною яких є їхня власна недбалість (див. зазначене вище рішення у справі «Москаль проти Польщі» (Moskal v. Poland), № 10373/05, пункт 73). Будь-яка інша позиція була б рівнозначною, inter alia, санкціонуванню неналежного розподілу обмежених державних ресурсів, що саме по собі суперечило б загальним інтересам (там само). З іншого боку, потреба виправити минулу «помилку» не повинна непропорційно втручатися в нове право, набуте особою, яка покладалася на легітимність добросовісних дій державного органу (рішення у справі «Пінкова та Пінк проти Чеської Республіки» (Pincova and Pine v. the Czech Republic), № 36548/97, пункт 58). Тобто державні органи, які не впроваджують або не дотримуються своїх власних процедур, не повинні мати можливість отримувати вигоду від своїх протиправних дій або уникати виконання своїх обов'язків (див. зазначене вище рішення у справі «Лелас проти Хорватії» (Lelas v. Croatia), пункту 74). Ризик будь-якої помилки державного органу повинен покладатися на саму державу, а помилки не можуть виправлятися за рахунок осіб, яких вони стосуються (рішення у справах «Пінкова та Пінк проти Чеської Республіки» (Pincova and Pine v. the Czech Republic), пункту 58, «Ґаші проти Хорватії» (Gashi v. Croatia), № 32457/05, пункту 40, «Трґо проти Хорватії» (Trgo v. Croatia), № 35298/04, пункту 67). У контексті помилково наданого права на майно принцип «належного урядування» може не лише покладати на державні органи обов'язок діяти невідкладно, виправляючи свою помилку (наприклад, рішення у справі «Москаль проти Польщі» (Moskal v. Poland), пункту 69), а й потребувати виплати відповідної компенсації чи іншого виду належного відшкодування колишньому добросовісному власникові (зазначені вище рішення у справах «Пінкова та Пінк проти Чеської Республіки» (Pincova and Pine v. the Czech Republic), пункт 53 та «Тошкуце та інші проти Румунії» (Toscuta and Others v. Romania), пункт 38).

Як зазначив Європейський суд у справі Yvone van Duyn v. Home Office, принцип правової визначеності означає, що зацікавлені особи повинні мати змогу покладатись на зобов'язання, взяті державою, навіть якщо такі зобов'язання містяться в законодавчому акті, якій загалом не має автоматичної прямої дії.

Згідно з положенням Висновку № 11 (2008) Консультативної ради європейських суддів щодо якості судових рішень (пункти 32-41), в якому, серед іншого звертається увага на те, що усі судові рішення

повинні бути обґрунтованими, зрозумілими, викладеними чіткою і простою мовою, і це є необхідною передумовою розуміння рішення сторонами та громадськістю; у викладі підстав для прийняття рішення необхідно дати відповідь на доречні аргументи та доводи сторін, здатні вплинути на вирішення спору; виклад підстав для прийняття рішення не повинен неодмінно бути довгим, оскільки необхідно знайти належний баланс між стислістю та правильним розумінням ухваленого рішення; обов'язок суддів наводити підстави для своїх рішень не означає необхідності відповідати на кожен аргумент заявника на підтримку кожної підстави захисту; обсяг цього обов'язку суду може змінюватися залежно від характеру рішення. При цьому зазначений Висновок також акцентує увагу на тому, що згідно з практикою Європейського суду з прав людини очікуваний обсяг обґрунтування залежить від різних доводів, що їх може наводити кожна зі сторін, а також від різних правових положень, звичаїв та доктринальних принципів, а крім того, ще й від різних практик підготовки та представлення рішень у різних країнах.

Згідно з позицією Європейського суду з прав людини (в аспекті оцінки аргументів учасників справи у касаційному провадженні), сформованої, зокрема, у справах «Салов проти України» (заява № 65518/01; від 6 вересня 2005 року; пункт 89), «Проніна проти України» (заява № 63566/00; 18 липня 2006 року; пункт 23) та «Серявін та інші проти України» (заява № 4909/04; від 10 лютого 2010 року; пункт 58): принцип, пов'язаний з належним здійсненням правосуддя, передбачає, що у рішеннях судів та інших органів з вирішення спорів мають бути належно зазначені підстави, на яких вони ґрунтуються; хоча пункт 1 статті 6 Конвенції зобов'язує суди обґрунтовувати свої рішення, його не можна тлумачити як такий, що вимагає детальної відповіді на кожен аргумент; міра, до якої суд має виконати обов'язок щодо обґрунтування рішення, може бути різною залежно від характеру рішення (*див. рішення у справі «Руїс Торіха проти Іспанії» (Ruiz Torija v. Spain) серія A. 303-A; 09 грудня 1994 року, пункт 29*).

З урахуванням положень п. 25 Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Проніна проти України» (Заява N 63566/00) від 18 липня 2006 року суд зобов'язаний оцінити кожен специфічний, доречний та важливий аргумент, а інакше суд не виконає свої зобов'язання щодо пункту 1 статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (ратифікованої Законом України № 475/97-ВР від 17.07.97р).

4. Поняття очікуваного обсягу обґрунтування

Згідно з імперативними вимогами ст. 242 Кодексу адміністративного судочинства України (далі - КАС України), «рішення суду повинно ґрунтуватися на засадах верховенства права, бути законним і обґрунтованим; обґрунтованим є рішення, ухвалене судом на підставі повно і всебічно з'ясованих обставин в адміністративній справі, підтверджених тими доказами, які були досліджені в судовому засіданні, з наданням оцінки всім аргументам учасників справи». Аналогічні положення містяться у Господарському процесуальному кодексі України (ст. 236, далі — ГПК України) та Цивільному процесуальному кодексі України (ст. 263, далі — ЦПК України).

Таким чином, поняття «вмотивованість» та «обґрунтованість» судового рішення в адміністративному, господарському та цивільному видах судочинства можна вважати синонімами. Дещо інший підхід застосовано у Кримінальному процесуальному кодексі України (далі — КПК України). Зокрема, відповідно до ст. 370 КПК України, «судове рішення повинно бути законним, обґрунтованим і вмотивованим. Обґрунтованим є рішення, ухвалене судом на підставі об'єктивно з'ясованих обставин, які підтверджені доказами, дослідженими під час судового розгляду та оціненими судом» відповідно до статті 94 цього Кодексу. Вмотивованим є рішення, в якому наведені належні і достатні мотиви та підстави його ухвалення.

У зв'язку з цим заслуговує на увагу позиція, згідно з якою вмотивованість рішень суду необхідно розглядати як самостійну вимогу, яка не є тотожною вимогам законності й обґрунтованості.

Згідно з існуючим науковим підходом, обґрунтованим є судове рішення, якщо воно ухвалене судом на підставі обставин у судовій справі, які повно і всебічно з'ясовані на основі доказів, що були досліджені судом. Вмотивованим є судове рішення, в якому належно зазначені підстави, на яких воно ґрунтується. Під умотивованістю розуміється повне і всебічне відображення в рішенні суду мотивів, якими він керувався при ухваленні свого рішення, при оцінюванні доказів для встановлення наявності або відсутності обставин, на які сторони посилалися як на підґрунтя своїх вимог і заперечень, із зазначенням, чому певні докази були взяті до уваги або відхилені, й віддзеркалення мотивів щодо позиції суду при застосуванні норм матеріального і процесуального права.

Оте, вмотивованість є обов'язковою вимогою, відмітною від вимоги щодо обґрунтованості судового рішення. Причому вмотивованість

судового рішення — це відображення всіх мотивів та обґрунтувань судового рішення у його змісті, тобто фактично «вмотивованість» і «обґрунтованість» судового рішення є двома взаємопов'язаними вимогами, які співвідносяться, як форма (спосіб зовнішнього відображення) та зміст.

Підтвердженням цієї позиції можуть слугувати такі положення КАС України: відвід (самовідвід) повинен бути вмотивованим (частина третя статі 39), суд задовольняє відвід, якщо доходить висновку про його обґрунтованість (ч. 3 ст. 40); докази в адміністративному судочинстві - це будь-які дані, на підставі яких суд установлює наявність або відсутність обставин (фактів), що обґрунтовують вимоги і заперечення учасників справи, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи (ч. 1 ст. 72).

Отже, вмотивованість судового рішення є свідченням того, що:

– доводи та міркування сторін (учасників) судового процесу були належним чином оцінені та враховані або відхилені судом на підставі конкретно визначених мотивів;

– усім зібраним у справі доказам (зібраним судом або поданим учасникам справи) було дано належну правову оцінку; дано обґрунтування прийняття (врахування) та відхилення кожного доказу;

– наведені норми права, якими урегульовані спірні правовідносини, з наданням обґрунтування того, чому ті чи інші правові норми мають бути застосовані у конкретній спірній ситуації, враховуючи попередні два пункти.

Визначаючи ознаки (критерії) вмотивованого судового рішення, необхідно врахувати, що процесуальний закон висуває окремі вимоги до рішень суду першої інстанції - 7 складових мотивувальної частини, апеляційної - 5 складових мотивувальної частини та касаційної - 4 складові мотивувальної частини.

Зокрема, відповідно до ч. 4 ст. 246 КАС України у мотивувальній частині рішення зазначаються:

1) обставини, встановлені судом, та зміст спірних правовідносин з посиланням на докази, на підставі яких встановлені відповідні обставини;

2) докази, відхилені судом, та мотиви їх відхилення;

3) мотивована оцінка кожного аргументу, наведеного учасниками справи, щодо наявності чи відсутності підстав для задоволення позову;

4) чи були і ким порушені, не визнані або оспорені права чи інтереси, за захистом яких мало місце звернення до суду, та мотиви такого висновку;

5) норми права, які застосував суд, та мотиви їх застосування;

6) норми права, на які посилалися сторони, які суд не застосував, та мотиви їх незастосування;

7) мотиви, з яких у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень суд, відмовляючи у позові, дійшов висновку, що оскаржуване рішення, дія чи бездіяльність суб'єкта владних повноважень визнано судом таким, що вчинено відповідно до вимог частини другої статті 2 цього Кодексу.

Частина 1 ст. 322 КАС України висуває певні вимоги до змісту мотивувальної частини рішення суду апеляційної інстанції, зокрема ця частина повинна складатися із:

«а) встановлених судом першої інстанції та неоспорених обставин, а також обставин, встановлених судом апеляційної інстанції, і визначених відповідно до них правовідносин;

б) доводів, за якими суд апеляційної інстанції погодився або не погодився з висновками суду першої інстанції;

в) мотивів прийняття або відхилення кожного аргументу, викладеного учасниками справи в апеляційній скарзі та відзиві на апеляційну скаргу;

г) чи були і ким порушені, невизнані або оспорені права, свободи та (або) інтереси, за захистом яких особа звернулася до суду;

ґ) висновків за результатами розгляду апеляційної скарги з посиланням на норми права, якими керувався суд апеляційної інстанції».

У свою чергу, відповідно до ч. 3 ст. 356 КАС України, мотивувальна частина рішення суду касаційної інстанції викладається із зазначенням:

«а) мотивів прийняття або відхилення кожного аргументу, викладеного в касаційній скарзі та відзиві на касаційну скаргу;

б) доводів, за якими суд касаційної інстанції погодився або не погодився з висновками суду першої та (або) апеляційної інстанції;

в) висновків за результатами розгляду касаційної скарги з посиланням на норми права, якими керувався суд;

г) дій, що їх повинні виконати суди першої та (або) апеляційної інстанцій у разі судового рішення і передачі справи на новий розгляд».

Важливо, що, відповідно до ч. 4 ст. 317 та ч. 4 ст. 353 КАС України, суди апеляційної та касаційної інстанції без оскаржуваного рішення можуть його змінити шляхом доповнення або зміни мотивувальної частини.

Також відмітність між переглядом судового рішення в апеляційному та касаційному порядку можна простежувати, порівнявши межі відповідного перегляду: згідно зі ст. 308 КАС

України «суд апеляційної інстанції переглядає справу за наявними у ній і додатково поданими доказами та перевіряє законність і обґрунтованість рішення суду першої інстанції в межах доводів і вимог апеляційної скарги», натомість ст. 341 цього Кодексу встановлює, що «суд касаційної інстанції переглядає судові рішення в межах доводів та вимог касаційної скарги та на підставі встановлених фактичних обставин справи перевіряє правильність застосування судом першої чи апеляційної інстанції норм матеріального і процесуального права; суд не має права встановлювати або вважати доведеними обставини, що не були встановлені у рішенні або постанові суду чи відхилені ним, вирішувати питання про достовірність того чи іншого доказу, про перевагу одних доказів над іншими, збирати чи приймати до розгляду нові докази або додатково перевіряти докази».

Отже, вищенаведене дозволяє дійти висновку, що критерії вмотивованості рішення суду залежать від різних правових факторів, у числі яких слід виділити також такий, як судова інстанція, у якій приймається судове рішення (постанова).

Таким чином, з урахуванням ст. ст. 90, 246, 322 та 356 КАС України умотивованість судового рішення є результатом:

– оцінки доказів (їх врахування або відхилення), що в свою чергу дозволяють суду встановити обставини та зміст спірних правовідносин;

– оцінки аргументів, наведених учасниками справи, щодо наявності чи відсутності підстав для задоволення позову, у тому числі аргументів за фактом наявності порушення та суб'єкта правопорушення, права чи інтересу, за захистом якого звернувся позивач до суду, а також відповідності рішень, дій чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень вимогам ч. 2 ст. 2 цього Кодексу;

– тлумачення судом норм права, на які посилаються сторони або які суд вважає за необхідне застосувати у справі.

Для встановлення конкретних ознак (критеріїв) умотивованості судового рішення, необхідно звернутися до аналізу практики національних судів та Європейського суду з прав людини.

Згідно з уже розробленими теоретичними підходами, зробленими на основі аналізу прецедентної практики ЄСПЛ, існують такі критерії вмотивованості судового рішення: 1) у рішенні вмотивовано питання факту та права, проте обсяг умотивування може відрізнятися залежно від характеру рішення та обставин справи; 2) у рішенні містяться відповіді на головні аргументи сторін; 3) у рішенні чітко та доступно зазначені доводи і мотиви, на підставі яких обґрунтовано позицію

суду, що дає змогу стороні правильно аргументувати апеляційну або касаційну скаргу; 4) рішення є підтвердженням того, що сторони були почуті судом; 5) рішення є результатом неупередженого вивчення судом зауважень, доводів та доказів, що представлені сторонами; 6) у рішенні обґрунтовано дії суду щодо вибору аргументів та прийняття доказів сторін.

У Висновку № 11 (2008) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо якості судових рішень, серед іншого (пункти 32-41) звертається увага на те, що «усі судові рішення повинні бути зрозумілими, викладеними чіткою і простою мовою і це є необхідною передумовою розуміння рішення сторонами та громадськістю; для цього потрібно логічно структурувати рішення і викласти його в чіткому стилі, доступному для кожного; судові рішення повинні, у принципі, бути обґрунтованими; у викладі підстав для прийняття рішення необхідно дати відповідь на аргументи сторін і доречні доводи, здатні вплинути на вирішення спору; виклад підстав для прийняття рішення не повинен неодмінно бути довгим, оскільки необхідно знайти належний баланс між стислістю та правильним розумінням ухваленого рішення; обов'язок суддів наводити підстави для своїх рішень не означає необхідності відповідати на кожен аргумент заявника на підтримку кожної підстави захисту; обсяг цього обов'язку суду може змінюватися залежно від характеру рішення».

При цьому зазначений Висновок також звертає увагу на те, що згідно з практикою Європейського суду з прав людини, очікуваний обсяг обґрунтування залежить від різних доводів, що їх може наводити кожна зі сторін, а також від різних правових положень, звичаїв і доктринальних принципів, а крім того, ще й від різних практик підготовки та представлення рішень у різних країнах.

Справді, низка рішень ЄСПЛ містить і розвиває такий підхід до обґрунтованості судових рішень.

Наприклад, у справі «Салов проти України» (заява № 65518/01; від 6 вересня 2005 року; пункт 89) ЄСПЛ наголосив на тому, що згідно зі статтею 6 Конвенції рішення судів достатньо містять мотиви, на яких вони базуються для того, щоб засвідчити, що сторони були заслухані, та для того, щоб забезпечити нагляд громадськості за здійсненням правосуддя (рішення у справі «Hirvisaari v. Finland», заява № 49684/99; від 27 вересня 2001 р., пункт 30). Водночас, у рішенні звертається увага, що статтю 6 параграф 1 не можна розуміти як таку, що вимагає пояснень детальної відповіді на кожний аргумент сторін. Тому, питання, чи дотримався суд свого обов'язку обґрунтовувати рішення, може розглядатися лише у світлі обставин кожної справи (рішення у

справі «Ruiz Torija v. Spain», заява серія А № 303-А; від 9 грудня 1994 р.; пункт 29).

В іншому рішенні, зокрема у справі «Серявін та інші проти України» (заява № 4909/04; від 10 лютого 2010 року; пункт 58) зазначено, що національний суд має певну свободу розсуду щодо вибору аргументів у тій чи іншій справі та прийняття доказів на підтвердження позицій сторін. Ще одне призначення обґрунтованого рішення полягає у тому, щоб продемонструвати сторонам, що вони були почуті. Крім того, вмотивоване рішення дає стороні можливість оскаржити його та отримати його перегляд вищестоящою інстанцією (рішення у справі «Hirvisaari v. Finland», заява № 49684/99, п. 30, від 27вересня 2001 року). На важливість дотримання судами вимоги щодо вмотивованості (обґрунтованості) рішень ідеться також у ряді інших рішень ЄСПЛ (наприклад, «Богатова проти України», «Нечипорук і Йонкало проти України» та ін.).

Отже, у рішеннях ЄСПЛ склалась стала практика, відповідно до якої рішення національних судів мають бути обґрунтованими, зрозумілими для учасників справ та чітко структурованими; у судових рішеннях має бути проведена правова оцінка доводів сторін, однак це не означає, що суди мають давати оцінку кожному аргументу та детальну відповідь на нього. Тобто вмотивованість рішення залежить від особливостей кожної справи, судової інстанції, яка постановляє рішення, та інших обставин, що характеризують індивідуальні особливості справи.

У національній судовій практиці також чимало уваги приділяється питанню вмотивованості судового рішення. Так, загальні вимоги до змісту судового рішення викладені у постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судове рішення у цивільній справі» від 18 грудня 2009 року № 14. Згідно з п. п. 11 та 12 постанови у мотивувальній частині рішення потрібно наводити дані про встановлені судом обставини, що мають значення для справи, їх юридичну оцінку та визначені відповідно до них правовідносини, а також оцінку всіх доказів, розрахунки, з яких суд виходив при задоволенні грошових та інших майнових вимог; встановлюючи наявність або відсутність фактів, якими обґрунтовувалися вимоги чи заперечення, визнаючи одні та відхиляючи інші докази, суд має свої дії мотивувати та враховувати, що доказування не може ґрунтуватися на припущеннях; у мотивувальній частині кожного рішення має бути наведено також посилання на закон та інші нормативно-правові акти матеріального права (назва, стаття, її частина, абзац, пункт, підпункт закону), у відповідних випадках – на норми Конституції України, на підставі

яких визначено права й обов'язки сторін у спірних правовідносинах, посилання на Конвенцію та рішення Європейського суду з прав людини.

Крім того, важливою ознакою вмотивованості судового рішення є обґрунтованість посилань на відповідні правові норми, включаючи рішення ЄСПЛ. Це означає, що посилання на практику ЄСПЛ є: належним (предмет конвенційних норм відповідає природі відносин у конкретній ситуації судового розгляду); релевантним обставинам справи; правильним (тобто без перекручування змісту конвенційних норм); виправданим і пропорційним (стан законодавства щодо певної ситуації дозволяє та/або потребує застосування конвенційних положень).

Ухвалення судового рішення, яке не відповідає умовам мотивованості (обґрунтованості), тягне за собою ряд негативних наслідків, як для учасників справи, так і для суду, який прийняв таке рішення. Зокрема, для учасників справи постановлення невмотивованого (не достатньо вмотивованого) рішення означає, що доводи й аргументи, а також надані для доведення певних обставин справи докази, не були почуті та належним чином оцінені судом, що у свою чергу, може призвести до прийняття неправосудного рішення, а у перспективі - до свавілля судової влади.

Для судді прийняття немотивованого рішення є передусім підставою для застосування до нього заходів дисциплінарного впливу. Так, відповідно до ст. 106 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», однією з підстав притягнення судді до дисциплінарної відповідальності є незазначення в судовому рішенні мотивів прийняття або відхилення аргументів сторін щодо суті спору.

Крім того, у судовій практиці непоодинокі випадки судами вищих інстанцій судових рішень унаслідок їх неналежної вмотивованості.

Наприклад, у постанові від 18 липня 2018 року у справі № 758/824/17 Верховний Суд, не погоджуючись із умотивуванням постанови суду апеляційної інстанції, посилаючись на те, що апеляційний суд не здійснив юридичної оцінки всіх фактичних обставин справи та доводів позивачів, обмежився лише формальними висновками про те, що позивачі не подали до суду доказів на підтвердження позовних вимог, оскаржувану постанову, а справу передав на новий розгляд до суду апеляційної інстанції.

Підсумовуючи все вищезазначене, можна зробити такі висновки.

Обґрунтування або пошук мотивів у юридичних процесуальних документах – це складна розумова діяльність, яка полягає у якісному логічному структуруванні власної правової позиції шляхом

опрацювання пов'язаного з цим масиву інформації (положень актів законодавства, судової практики, в тому числі, іноземних судів, доктринальних підходів тощо) з метою пошуку як відповіді на головні запитання для підтвердження своєї позиції, так і переконання у ній інших зацікавлених суб'єктів. Такий процес дозволяє особі об'єктивувати (продемонструвати собі та іншим) власне суб'єктивне бачення того чи іншого юридичного підходу, факту, процесу тощо.

Умотивованість судового рішення забезпечує: 1) реалізацію засадничих принципів правосуддя, включаючи принцип верховенства права, змагальності учасників справи, офіційності з'ясування обставин справи та ін.; 2) дотримання основоположних прав та інтересів людини та громадянина у сфері правосуддя; 3) можливість здійснення судового контролю за законністю й обґрунтованістю рішень судів попередніх інстанцій; 4) можливість здійснення громадського контролю за якістю судових рішень, проведення їх моніторингу та суспільного обговорення; 5) захист людини та громадянина, інших учасників правовідносин від свавілля судової влади.

Відсутність належної вмотивованості судового рішення може призвести до настання таких негативних наслідків: 1) для учасників справи: порушення права на справедливе і неупереджене вирішення спору та прийняття правосудного рішення; недотримання конституційних принципів правосуддя; 2) для судді: КАС України його рішення судом вищої інстанції або встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні конкретної справи судом; вживання до судді заходів дисциплінарного стягнення; зниження недовіри до судової системи зі сторони суспільства.

Ознаками (критеріями) вмотивованого судового рішення є:

1) дотримано чітку структурованість рішення, послідовність викладення обставин справи, доводів учасників, доказів і норм права, на які вони посилаються, та з урахуванням яких установлені справжні обставини справи,

2) мотивувальна частина містить усі складові елементи визначені процесуальним законодавством з урахуванням судової інстанції (обставини, встановлені судом і зміст спірних правовідносин; докази, вмотивована оцінка кожного аргументу; норми права, які застосував суд, та мотиви їх застосування; норми права, на які посилалися сторони, які суд не застосував, та мотиви їх незастосування тощо);

3) у мотивувальній частині зазначено правове обґрунтування висновків суду з посиланням на конкретні докази, прийняті судом;

4) резолютивна частина містить висновки, які логічно впливають з мотивів, описаних у мотивувальній частині, є чітко сформульованими відносно кожної позовної вимоги (вимоги апеляційної чи касаційної скарги).

Побудовою аргументів і мотивуванням позиції суду Ми аргументуємо свої рішення чи дії у повсякденному житті, у спілкуванні з членами сім'ї, друзями співробітниками. Інструменти, які ми використовуємо для таких аргументів, як правило, мають емоційну природу і є реакцією на вчинки інших людей. Незважаючи на важливість наслідків таких аргументів для нас чи наших близьких, ці аргументи залишаються неформальними. Суддя, як і будь-який правник, повинен оволодіти мистецтвом побудови формальних аргументів, оскільки аргумент – це основа мотивувальної частини судового рішення. Для судді аргумент – це послідовність тверджень, підкріплених принципами права, нормами права, доказами, та викладених у такому порядку, щоб підтвердити або спростувати певну позицію. Побудова аргументів для судового рішення є тривалим процесом і потребує ґрунтовної підготовчої роботи. Водночас цей процес є творчим і, безумовно, принесе насолоду у випадку побудови послідовної, всебічно гармонійної, змістовно завершеної конструкції аргументу.

Будь-який аналіз та пошук аргументу розпочинається із правильного формулювання ПРОБЛЕМИ, яку необхідно проаналізувати та розв'язати шляхом побудови аргументів. Кожна із проблем має значущі характеристики, які суд формулюватиме як ТЕЗИ та досліджуватиме задля обґрунтовування чи спростовування.

Для дослідження ТЕЗИ суддя повинен:

• Визначити перелік ФАКТІВ або ОБСТАВИН у справі, а також обставин, які потребують з'ясування.

• Визначити НОРМУ чи ПРИНЦИП і процитувати їх.

• ВИТЛУМАЧИТИ процитовану норму чи принцип.

• ОЦІНИТИ, як норма чи принцип стосуються фактів або з'ясованих обставин у конкретній справі.

• Зробити ВИСНОВОК щодо тези, обґрунтовуючи або спростовуючи її на підставі оцінки фактів і з'ясованих обставин. Прикладом побудови аргументів за таким підходом є рішення Європейського суду з прав людини.

5. Принцип правомірних очікувань

Правомірне очікування виникає у тому випадку, коли внаслідок заяв чи обіцянок від імені органу публічної влади або внаслідок усталеної практики в особи сформувалося розумне сподівання, що стосовно до неї орган публічної влади буде діяти саме так, а не інакше.

Уперше концепція правомірного очікування (англ. – *legitimate expectation*) сформульована в галузі адміністративного права англійськими судами. Згідно з цією концепцією дії, або рішення органу публічної влади вважаються такими, що суперечать принципу верховенства права, не тільки у тих випадках, коли такими діями порушуються суб'єктивні права і процесуальні гарантії, прямо передбачені чинним законодавством, але й у тих випадках, коли такі дії не задовольняють правомірних очікувань осіб, стосовно яких вони вчиняються (ухвалюються). Правомірне очікування виникає у тому випадку, коли внаслідок заяв чи обіцянок від імені органу публічної влади, або внаслідок усталеної практики в особи сформувалося розумне сподівання, що стосовно до неї орган публічної влади буде діяти саме так, а не інакше.

У практиці ЄСПЛ матеріальні правомірні очікування визнаються «майном» за умови, що такі очікування (1) стосуються певних благ, котрі мають економічну цінність, (2) є цивільними за галузевою належністю і (3) достатньо визначені для того, аби бути забезпеченими можливістю судового захисту. Відповідно до усталеної практики Європейського суду ««майном» може бути «наявне майно», або активи, включно з вимогами, стосовно яких заявник здатен довести, що він мав принаймні «правомірне очікування» дієвої реалізації його майнового права» (Див.: Malhous v. Czech Republic (dec.) [GC], no. 33071/96, ECHR 2000-XII; Draon v. France [GC], no. 1513/03, ECHR 2006-IX; Pressos Compania Naviera S. A. and Others v. Belgium, no. 17849/91, §§ 29-31, ECHR A332). Хоча Суд доволі часто використовує концепцію «правомірного очікування», найбільш типова категорія справ така. Унаслідок певного юридичного факту, який уже відбувся (це може бути договір, делікт чи видача ліцензії), особа набуває майнове право. Однак невдовзі по тому, до того як особа це право встигне зреалізувати, держава ухвалює акт (нормативний або індивідуальної дії), котрим таке право скасовується із наданням цьому актові ретроспективної дії щодо фактів, які відбулися до його прийняття. При цьому підстави, з яких особа позбавляється раніше набутого права, не пов'язані з її поведінкою. У подібних ситуаціях на момент розгляду справи Європейським Судом право заявника не може

вважатися «наявним» відповідно до національного законодавства. Через те Суд визнає порушеним не право, а правомірне очікування заявника. Так, у справі «Пресос Компанія Нав'єра та інші проти Бельгії» заявники оскаржували закон, який ретроспективно скасовував відповідальність надавачів лоцманських послуг за шкоду, завдану внаслідок недбалості їх працівників. ЄСПЛ зазначив: «Норми, що розглядаються, є нормами деліктного права, відповідно до якого право вимагати відшкодування виникає з моменту заподіяння шкоди. Вимога такого роду «становила актив», і тому була майном у контексті першого речення статті (P1-1) Покладаючись на рішення Касаційного суду… заявники мали змогу довести, що вони мали «правомірні очікування» відносно того, що їхні вимоги, які виникли на підставі морських інцидентів, будуть вирішені відповідно до загальних положень деліктного права». «Для того, аби вимога могла вважатися «активом», що підпадає під дію статті 1 Протоколу №1, – зазначив ЄСПЛ у справі «Драон проти Франції», – позивач повинен довести, що вона має достатні підстави в національному праві, наприклад, що існує усталена судова практика національних судів на її підтвердження. Якщо це вдається зробити – до гри вступає концепція «правомірних очікувань»». На противагу «правомірним очікуванням», майном не визнаються (a) «сподівання, що майнове право, яке давно й давно припинилося, – буде поновлене», а також (b) вимоги, чинність яких *ab initio* зумовлена певними обставинами, – у разі, якщо такі обставини не мають місця. Цікавий приклад під цим оглядом становить справа «Полачек і Полачкова проти Чешської республіки» (*Polacek and Polackova v. Czech Republic*). У 1968 році заявники, відправившись на відпочинок до Франції, більше не повернулися до Чехословаччини і перебували за кордоном без згоди державних органів. З 1971 року вони мешкали у США, де згодом набули громадянства. У 1974 році Празький окружний суд визнав їх винними у зраді Республіки і присудив конфіскувати усе майно, серед якого, зокрема, були садиба й земельна ділянка. У 1990 році, відповідно до Закону про реабілітацію тим же судом усі обвинувачення й супутні рішення щодо заявників були анульовані з наданням рішенню зворотної сили.

Після реабілітації заявники звернулися з вимогою про повернення колись конфіскованого у них майна. Але така вимога не могла бути задоволена, бо, відповідно до Закону про реабілітацію право на повернення майна мали тільки ті з реабілітованих, що були громадянами Чехії. Заявники звернулися до Конституційного Суду, оскаржуючи таку норму як дискримінаційну, однак їх заява була відхилена. Європейський суд у цій справі зазначив: «сподівання, що

чинний закон буде змінено на користь заявників, не може становити розумне очікування для цілей статті 1 Протоколу №1. Суд вважає, що є різниця між просто надією на повернення майна, якою б зрозумілою вона не була, і правомірним очікуванням, яке мусить бути реальнішим від простої надії і ґрунтуватися на нормах закону чи правового акта, такого як судове рішення». Як підсумок, варто зауважити, що одним із трендів еволюції сучасного права є диверсифікація юридичних модальностей: юридично значущі предикати наразі вже не вичерпуються тільки двома протилежними поняттями «право» та «обов'язок». Поряд із поняттям суб'єктивного права сформувалися й набувають поширення інші споріднені категорії – «свобода», «привілей», «охоронюваний законом інтерес» і врешті-решт – «правомірне очікування». Головне призначення нових категорій у тому, аби надати індивідові можливість юрисдикційного захисту навіть у тих пограничних ситуаціях, коли останній не годен достеменно вказати на конкретну норму позитивного права, яка в тій чи іншій ситуації була порушена.

6. Аксіологічні аргументи у справі «Фон Ганновер проти Німеччини». Публічні та приватні цінності права у справі «Фон Ганновер проти Німеччини»

Звернемось до виокремлення ціннісно-правових положень в аргументації зазначеного рішення. У цьому контексті важливого значення набувають обставини справи, відповідно до яких заявниця принцеса Кароліна фон Ганновер кілька разів зверталася до судів Німеччини, аби домогтися заборони на публікацію в пресі низки фотографій зі сценами повсякденних подій її життя, які були зроблені без відома заявниці (як-от: під час заняття спортом або вечері в ресторані). Вона стверджувала, що опублікуванням даних матеріалів, єдиною метою яких було задоволення цікавості читачів, порушено її право на повагу до приватного життя та право на контроль за використанням власного зображення. Суди Німеччини відмовили їй у цьому на тій підставі, що п. фон Ганновер, безсумнівно, є так званою «публічною особою» сучасності, з огляду на особливість її походження, а тому повинна «толерантно ставитися до оприлюднення фотознімків, на яких вона зображена у громадських місцях, навіть тоді, коли це ілюстрація епізодів її приватного життя…». Правомірність таких публікацій обґрунтовувалась посиланням на свободу засобів масової інформації і на законний інтерес суспільства до фактів із особистого життя відомих осіб. Гадаємо, позицію національних судів певною

мірою умотивовує і той факт, що статус «публічності» зобов'язує таку персону бути цілком відкритою для громадськості, позаяк вона долучається до загальносуспільної дискусії. Досліджуючи питання про те, чи підпадають вимоги п. фон Ганновер під охорону статті 8 Конвенції, Суд констатував, що на фотознімках, опублікування яких призвело до виникнення спору, зображено кадри, які містять інформацію про поведінку принцеси у її приватному колі. Тому, як підкреслив ЄСПЛ, у нього не виникло сумнівів стосовно того, що випадки оприлюднення фотографій заявниці охоплюються місткою категорією «приватного життя», яка, зауважимо, не знаходить вичерпного визначення в практиці Суду. Втім, останній уточнив, що до обсягу цього поняття входять «елементи, пов'язані з персональними даними про особу, наприклад, з її ім'ям (…) чи зображенням (…)», а також право на фізичну і психологічну недоторканність та особистий розвиток індивіда без стороннього втручання через взаємини з іншими людьми. Зрештою, Страсбурзький суд вкотре підтвердив, що навіть у публічних місцях «існує зона взаємодії з зовнішнім світом, яка належить до «приватного» осередку» (…), внаслідок чого персона, відома громадськості, отримує право сподіватися на приватність певного рівня. Тому у цій справі, на думку ЄСПЛ, важливо було дотримуватися рівноваги між захистом права, яке закріплене статтею 8 Конвенції, та свободою висловлювання поглядів, що гарантується статтею 10. Визначаючи співвідношення поміж охороною цих ситуативно конфліктуючих між собою прав, Суд підкреслив важливість свободи висловлювань як основного принципу демократії, який базується на цінностях плюралізму, толерантності, відкритості поглядів і лібералізму. Між тим, це саме та сфера, в якій захист прав та репутації індивідів, котрі є на знімках, має виняткове значення, наголосив Суд. Однією з цілей її допустимого обмеження може виступати охорона репутації особи, яка не має прямого стосунку до громадської діяльності. Згідно з позицією Страсбурзького суду, вирішальним чинником узгодження захисту конфліктуючих цінностей є врахування того, чи мало опублікування фотографій п. фон Ганновер суспільний інтерес. Тут постає запитання: наскільки значущим має бути такий суспільний інтерес, аби виправдати втручання у приватну сферу людини? Попередня практика Суду переконливо свідчить про те, що підстава для втручання у приватне життя повинна бути передбачена законом, й бути достатньо точною в описуванні способу, мети, моменту початку й закінчення втручання, а також визначення його меж (*Buckley v. UK, X v. Germany)*. Як видається, для встановлення значимості інформації, яку несуть світлини

п. фон Ганновер для суспільства, треба було детально дослідити, за яких обставин та з якою метою робилися і розповсюджувалися ці знімки. На думку ЄСПЛ, у цій справі було очевидним, що оприлюднені матеріали ніяк не свідчили про виконання принцесою офіційних обов'язків, а просто розповідали про конкретні епізоди з її особистого життя. Страсбурзький суд також звернув увагу на те, що заявницю було відзнято без її сповіщення та згоди, а в деяких випадках – таємно. Навіть попри те, що п. фон Ганновер є відомою фігурою сьогодення, ЄСПЛ обґрунтував наявність порушеного права на приватність тим, що оприлюднення різноманітних фотознімків з її буденного життя, єдина мета яких полягала в задоволенні цікавості певного кола читачів, не внесло до суспільної дискусії нічого цінного, а отже, не мало на меті задовольнити громадський інтерес. Ба навіть більше, ЄСПЛ наголосив, що опубліковані фото здебільшого містили надто «особисту й навіть інтимну інформацію..» про п. фон Ганновер, і тому не можуть бути належним приводом для обмеження права, гарантованого статтею 8. Констатувавши відсутність зацікавленості загальносуспільного значення щодо спірних матеріалів, з урахуванням відмічених вище факторів, Суд зробив загальний висновок про те, що національним судам не вдалося справедливо залагодити конфлікт інтересів, який виник у справі. Тому, ЄСПЛ одноголосно постановив, що мало місце порушення права на повагу до приватного життя принцеси у світлі гарантій, передбачених статтею 8 Конвенції. Утім, незважаючи на одностайність прийнятого рішення, двоє суддів, котрі брали участь у розгляді справи, висловили окремі думки, аби навести власні аргументи, які вплинули на її результат. Так, суддя Кабрала Баррето стверджував, що інформація, яка стосується аспектів особистого життя заявниці як публічної особи, безумовно, є предметом суспільного інтересу навіть тоді, коли п. фон Ганновер не виконує ніяких державницьких функцій. Між тим, її право на приватне життя превалює над свободою висловлювання поглядів у випадках, коли принцеса має «правомірні очікування» щодо його належного захисту від ЗМІ. Очевидно, виявляти ситуації, які відповідають схожим сподіванням, доволі важко: за таких умов переважатиме казуїстичний підхід. Наприклад, більшість суддів ЄСПЛ надала вагоме значення тому факту, що світлини заявниці в пляжному клубі були зроблені таємно. Одначе басейн цього клубу є громадським місцем, котре доступне широкому колу відвідувачів, зауважує суддя, тому «не можна всерйоз сподіватись на відсутність уваги ЗМІ за цих обставин». Суддя Жупанчіч, який поділяє позицію свого колеги, пропонує віднайти належний баланс між тим, що є «особистим і таємним» і тим,

що виступає «суспільним і відкритим». На його думку, неможливо відмежувати приватне життя індивіда та його поведінку на публіці, а тому треба взяти до уваги вже застосовуваний Страсбурзьким судом критерій «правомірного очікування» недоторканності приватного життя (*Halfrod v. The United Kingdom*), який вдало вирішує дилему «публічності» особи та надає змогу враховувати усі нюанси кожної справи. Тут слід уточнити зміст наведеного критерію «правомірних очікувань». З позицій функціонального аналізу стверджується, що «очікування є рольовими і водночас статусними в тому сенсі, що вони формуються як вимоги, які відповідають певним ролям і статусам, які висуваються особами одна одній у ситуаціях взаємодії». Продуктивною у цьому ж контексті видається позиція Д.І. Дедова, за словами якого кожній особі, яка не порушує вимоги права (саме права, а не закону), «правомірні очікування» дають змогу сподіватись, що й інші особи так само не порушуватимуть цих вимог. В юридико-прикладному аспекті конструкція очікувань виступає інтегрованим ідеальним виразом різного роду потреб та інтересів. У правозастосовній практиці використання принципу правомірних очікувань опосередковують певні поведінкові стандарти. Ідеться, зокрема, й про те, що подібні очікування виникають у «ситуаціях, у яких позивач посилається не на право у його строгому сенсі, а радше на факт, який створив у нього очікування, що він отримає право, дотримуючись певної лінії поведінки, але в результаті привів до розчарування». Ґрунтуючись на прецедентній практиці ЄСПЛ, зауважимо, що правомірні очікування, безумовно, можуть виступати об'єктом судового захисту. Як правило, Страсбурзький суд схильний застосовувати даний критерій у зв'язку із захистом основних «конвенційних» прав людини, як, наприклад, права на особисту свободу (Суд неодноразово визнавав, що усталена «практика здійснення помилування… створює в особи правомірне очікування відновлення своєї свободи до сплину терміну ув'язнення» (*Campbell and Fell v. the United Kingdom*), права на освіту («система обробки результатів вступних іспитів… дозволяє студентам сформувати правомірні очікування стосовно того, що вони зможуть вступити на університетський курс») (*Mürsel Eren v. Turkey*), економічних прав (поняття «власність» містить вимоги, посилаючись на які заявник може стверджувати, що у нього існують принаймні «правомірні очікування» отримати ефективне здійснення свого майнового права (*Bulves AD v. Bulgaria, Maltzan and Others v. Germany*) тощо. Отже, виходячи зі змісту наведених позицій, важливо зробити декілька узагальнень щодо використаних у тексті мотивувальної частини цього

рішення аксіологічних міркувань. Як свідчить зміст аргументації рішення, центральна проблема аналізованої справи – пошук справедливого балансу між захистом конфліктуючих цінностей (правом на повагу до приватного життя заявниці та свободою вираження поглядів), до якого вдається Страсбурзький суд, – має переважено аксіологічний характер. При цьому в ім'я захисту цінності недоторканності особистого життя відомої персони, її приватності, ЄСПЛ допускає певне обмеження свободи слова. Для ілюстрації цієї ціннісної колізії наведемо кілька фрагментів з рішення. За його змістом, шукаючи «справедливу рівновагу між приватними й публічними інтересами», Суд проводить розрізнення поміж «оприлюдненням фактів, які мають значення для суспільної дискусії (як-от, щодо політиків, котрі виконують свої повноваження) і поданням подробиць із життя людини, яка не здійснює жодної громадської діяльності». При цьому, якщо преса в першій ситуації виконує роль своєрідного «контролера демократії через поширення інформації із суспільно значущих питань, то в другому випадку вона цю роль не виконує». Отже, навіть враховуючи невід'ємне право громадськості бути поінформованою, ЄСПЛ констатує, що поширені відомості стосовно поведінки принцеси в її особистому колі не є приводом для розгортання суспільної дискусії. За такого підходу, по-перше, увиразнюється тісний взаємозв'язок аргументації Суду з аксіологічною проблематикою, по-друге, можна зауважити, що основу такої аргументації становлять ціннісні міркування, котрі стверджують пріоритет «приватних» прав заявниці у соціальному вимірі (як-от твердження про «основоположне значення захисту приватного життя особи з точки зору її розвитку, який розповсюджується за межі приватного кола й включає також соціальний аспект… у зв'язку з чим у відомої в суспільстві персони можуть виникати «правомірні очікування» захисту й поваги її приватного життя»). По суті, позиція ЄСПЛ свідчить про існування певної сфери приватних відносин, так би мовити, поза «внутрішнім осередком» людини, – сфери, яка, тим не менше, підпадає під правову охорону статті 8 Конвенції. Такий підхід Суду, природно, розширює обсяг права, гарантованого цією статтею, в міру того, як сфера приватного життя розширюється за рахунок життя суспільного. Адже потреба індивіда у приватності ніколи не буває абсолютною, оскільки участь у житті соціуму спонукає людину до саморозкриття й комунікації. Тож, особиста сфера людського існування виявляється нерозривно пов'язаною з іншими соціальними сферами, а приватне буття як благо постає джерелом суспільних відносин, яке утворюється публічними засобами і набуває свій сенс

тільки у сфері соціальних інститутів. При розгляді окремих думок суддів знов-таки йдеться про досягнення справедливого узгодження індивідуальних і суспільних інтересів. При цьому автори окремих думок радять послуговуватись критерієм «правомірних очікувань», який, за аналогією, зумовлює пріоритет цінності приватного життя над правом громадськості бути обізнаною щодо окремих аспектів особистого життя публічних осіб. Право на повагу до приватності надає ЄСПЛ доволі широкий простір для еволюційного підходу до тлумачення і застосування норм Конвенції, адже останній постійно стикається з необхідністю адаптовувати положення статті 8 до мінливих реалій соціального життя в європейських країнах. У результаті аксіологічні аргументи Страсбурзького суду слугують засобами для обґрунтування значущості передусім тих особистісних цінностей, які превалюють у суспільній свідомості демократичних спільнот. Приватне життя, безумовно, охоплює ту особливу сферу людської життєдіяльності, яка полягає, передусім, у розвитку міжособистісних стосунків з різним ступенем інтимності, саморозкриття, а також визначається можливістю підтримувати бажані рівні приватності у різноманітних формах взаємин. Так, американський дослідник Дж. Рейчелс, вважає, що приватне життя є цінним, тому що воно «виступає інтимним зв'язком між нашою спроможністю контролювати, хто має доступ до нас й інформації про нас, та здатністю створювати й підтримувати соціальні відносини із людьми». Вищесказане, гадаємо, дозволяє стверджувати, що право на повагу до приватного життя є не лише одним із суб'єктивних прав, закріплених «конвенційними» нормами, а, радше, це певна моральнісна грань взаємин особи і суспільства, важливий елемент індивідуальної свободи людини, який набуває статусу європейської цінності сьогодення. «Цінності-цілі» та «цінності-засоби» у справі Фон Ганновер. Забезпечуючи справедливе зважування конкуруючих інтересів учасників цієї справи, Страсбурзький суд водночас балансує й низку відповідних цінностей (іноді діаметрально протилежних), що породжує потребу у їх дослідницькій градації. В сучасній науковій літературі існує декілька підходів до класифікації цінностей. В контексті виокремлення різновидів аксіологічних аргументів, які використовуються в практиці Суду, одними з найбільш важливих видаються виокремлення індивідуальних (приватних) та суспільних (публічних) різновидів цінностей, а також класифікація цінностей за критерієм їх співвідносної значущості у життєдіяльності людини, згідно з якою поділ здійснюється на «цінності-цілі» й «цінності-засоби» (Г. Гегель, М. Шелер, Дж. Дьюї, Д. Леонтьев,

В. Ядов, Н. Неновскі. Як відзначає переважна більшість дослідників, цінності-цілі, так чи інакше, асоціюються із кінцевою метою, на яку орієнтована будь-яка людська діяльність. Так, цілями виступають певні духовні або матеріальні блага, на опанування якими спрямовані зусилля індивідуального, колективного суб'єкта чи соціальної системи. Натомість інструментальні цінності-засоби є принципами й моделями поведінки людини, які втілюють у собі засоби, що їх використовує суб'єкт задля досягнення «цільових» цінностей (Дж. Дьюї). Уявлення про цілі й засоби характеризують аксіологічну систему як ієрархію, оскільки в людській діяльності цінності-цілі домінують над інструментальними цінностями, обумовлюють їх. Як видається, такий спосіб систематизації дає змогу, по-перше, визначити цінності, яким відводять пріоритетне становище самі учасники справи та Суд, а по-друге, схарактеризувати використовувані ними засоби досягнення відповідних цілей з позицій їх необхідності, придатності, адекватності, співмірності тощо. Наприклад, особиста автономія людини може бути віднесена до «цільових» цінностей у сфері приватного життя. Зі свого боку, засобом для досягнення згаданої мети слугуватиме захист особистої сфери кожної фізичної особи, а юридичними засобами, при цьому, виступатимуть право на особисту автономію й недоторканність (*I v. the UK*), право «жити на максимально бажаній відстані від чужих очей» (*X. c. Islande*) та інші можливості, використання яких створює необхідні умови для забезпечення особистої автономії. Спроба продемонструвати придатність означеної типології для аксіологічного аналізу практики ЄСПЛ уже здійснювались, з огляду на що докладніше на цьому питанні не зупинятимемось. Для цілей аксіологічного аналізу видається цікавою і систематизація, яка відображатиме «суб'єктивну» ієрархію цінностей як благ, захисту яких прагнуть учасники справи, а також судді, які залишились в меншості. Звідси випливає поділ значимостей на ті, які обстоюються: а) заявницею, ЗМІ та державою-відповідачем; б) ЄСПЛ, а також суддями, які висловили щодо рішення окремі думки. Розглянемо кожну з зазначених груп більш детально. Серед «цільових» цінностей, які в цитованому рішенні обстоюються п. фон Ганновер, виокремимо зафіксовану нормами статті 8 Конвенції значимість приватного життя людини (зокрема й приватного життя так званих «публічних осіб»). Свобода висловлювання поглядів, закріплена в статті 10 Конвенції, належить до категорії «публічно-приватних» (П.М. Рабінович) цінностей-цілей, котру, своєю чергою, прагнуть захистити ЗМІ та держава-відповідач, судові інстанції якої прийняли рішення на їх користь. Прикметно, що хоча більшість суддів, а також судді, котрі

висловили окремі думки, звертаючись до норм статті 10 Конвенції, теж прагнуть надати захист цьому благу, їх уявлення про справедливий баланс цієї цінності з іншими цінностями, задіяними у справі, відрізняється. Обидві цінності уособлюють собою суспільно-значущі цілі, які набувають найбільш важливого значення для учасників справи «Фон Ганновер проти Німеччини». Останні спрямовують свою аргументацію на обґрунтування їх значущості, оскільки саме ці блага здатні задовольнити їх потреби та інтереси. Із зазначеними цілями взаємодіють групи цінностей-засобів, за допомогою яких відбувається їх досягнення. У цьому відношенні серед юридичних засобів охорони приватного життя, які використовує п. фон Ганновер, головне значення мають право на недоторканність й повагу до її приватного життя, а також право на контроль над використанням власного зображення. Юридичними засобами, які на національному рівні використовують ЗМІ для охорони свободи висловлювання поглядів, слугують право на відповідну свободу, свобода преси, а також право громадськості на доступ до інформації, яке, зокрема, містить право знати, як персона, «відома» широкому загалу, зазвичай поводить себе привселюдно. До цінностей, яким ЄСПЛ надає переважний захист, належить фізична й психічна недоторканність п. фон Ганновер, юридичний захист її репутації та захист використання зображення заявниці від зловживань з боку сторонніх осіб. Сюди також належить такі публічні цінності як «соціальний аспект захисту приватного життя особи з точки зору її розвитку», зону взаємодії із зовнішнім світом у публічній сфері, яка належить до «приватного» осередку, а також забезпечення ефективної поваги до приватного життя людини органами державної влади. Судді, які висловили окремі думки стосовно рішення, вважають «правомірні очікування» захисту і недоторканності приватного життя доцільним засобом для охорони відповідної цінності. Варто відзначити, що юридичними засобами охорони закріпленої у Конвенції цінності приватного життя людини, виступають повага як особливе моральнісне ставлення, а також, відповідно, право на повагу до нього. Право на свободу висловлювання поглядів є юридичним засобом забезпечення відповідної конвенційної свободи. Означені категорії цінностей-засобів постають певними можливостями, умовами здійснення та утвердження відповідних цілей діяльності окремих учасників цієї справи. Вони підпорядковані «цільовим» цінностям і зумовлені ними, але, водночас, мають самостійне значення. Зазначене дає підстави звернути увагу на розподіл аксіологічних аргументів ЄСПЛ, спрямованих на охорону цінностей-цілей та цінностей-засобів. Видається за доцільне спершу

розглянути ті з них, які мають на меті охорону «цільових» цінностей. Це, зокрема, твердження, які обґрунтовують незаперечну цінність приватного життя «публічної людини» й «основоположне значення його захисту з точки зору її розвитку, який розповсюджується за межі приватного кола і включає також соціальний аспект…». Сюди ж відносяться міркування ЄСПЛ про «…особливу важливість захисту прав і репутації осіб у публічній сфері». До категорії аргументів, які мають на меті охорону задіяних у справі цінностей-засобів, доцільно віднести, наприклад, міркування Страсбурзького суду, за яким «у публічній сфері існує ділянка, котра належить до осередку «приватного життя», тому кожен «за певних обставин має законне право сподіватися на захист свого приватного життя і на повагу до нього». Крім цього, важливо виокремити різновиди аксіологічних аргументів, які відображені у таких, що збігаються, правових позиціях суддів. Аналізуючи «цільову» аргументацію окремих думок, треба виділити позицію судді Кабрала Баррето, який обстоює цінність приватності принцеси, обґрунтовуючи це тим, що «…приватне життя публічних осіб продовжується й поза їхньою оселею». До аргументів, які мають на меті захист інструментальних цінностей, відносимо міркування, в яких суддя стверджує, що «у випадку, коли в публічної особи є «правомірне очікування» захисту від втручання з боку ЗМІ, її право на повагу до приватного життя превалює над свободою висловлювання поглядів і правом громадськості бути поінформованою про деякі аспекти життя відомих осіб…». У цій ситуації критерій «правомірного очікування» недоторканності приватного життя «…дасть змогу віднайти справедливий баланс» конкуруючих прав. Тож, як і більшість суддів, які брали участь в розгляді справи, автори окремих думок у своєму прагненні забезпечити належний баланс між конфліктуючими цінностями, обґрунтовують превалювання приватного життя, яке, на їх думку, є більш пріоритетним у порівнянні з іншими потребами та інтересами, задіяними у справі.

Баланс цільових та інструментальних цінностей.

Послуговуючись викладеними вище положеннями, спробуємо дослідити одне із найбільш складних питань цієї розвідки – балансування цінностей-цілей та засобів їх досягнення у справі «Фон Ганновер». Як відомо, при застосуванні положень Конвенції Суд нерідко прагне до віднайдення належної рівноваги між різними, здебільшого протилежними правами й інтересами. При цьому однією із прикметних особливостей правоінтерпретаційної діяльності Суду є застосування останнім керівного морально-правового принципу – справедливості, який опосередковує забезпечення необхідного

співвіднесення, зважування й узгодження ситуативно конфліктуючих між собою потреб та інтересів учасників справ. Ще давньоримський юрист Доміцій Ульпіан зауважував, що «справедливість – це незмінне й постійне прагнення надати кожному належне йому право» (Дигести, I.I.10 pr.). У цьому вислові знайшла своє відображення й ідея пропорційності, позаяк право повинно регулювати людську поведінку у такий спосіб, який потрібен для того, аби вигоди (цінності, переваги) і обтяження (витрати, зобов'язання) були розподілені справедливо, суперечливі інтереси були задоволені у порядку, відповідному до їх ваги і значущості, тобто щоб при вирішенні конфліктів, які виникають у суспільстві, панувала справедливість. Суть принципу пропорційності, який пронизує практику тлумачення та застосування ЄСПЛ різних конвенційних норм, полягає у пошуку балансу між інтересами суспільства та інтересами окремої особи. Страсбурзький суд приділяє пильну увагу перевірці пропорційності вжитих заходів і поставленої легітимної мети при застосуванні обмежень тих чи інших прав і свобод. Адже, як свідчить західний досвід, доволі часто національними судами та іншими органами публічної влади обираються засоби, явно непропорційні цілям, у результаті чого невиправдано дискримінуються права окремих осіб чи колективних суб'єктів. Отож зазначений принцип виступає юридичною основою для встановлення «справедливого балансу» у рішеннях Суду. Беручи до уваги необхідність постійного урахування ЄСПЛ відносної значущості конфліктуючих прав у рамках проведення «тесту на пропорційність», вельми важливим при цьому видається процес ієрархізації правових цінностей. Побудова ціннісної ієрархії зумовлюється роллю і ступенем важливості різних потреб та інтересів, до захисту яких прагнуть учасники судових справ. Так, під час визначення належної збалансованості інтересів особи із потребами суспільства, Судом зважуються відповідні їм нерівнозначні цінності, формулюються певні принципи їх ієрархізації, а також рекомендації стосовно пізнавального процесу визначення цього «зрівноважування».

У ході такого зважування правові цінності можуть у низці випадків вступати у конфлікт, конкурувати між собою. Подолання подібних конфліктів можливе, як правило, шляхом встановлення ситуативної ієрархії суперечливих інтересів (і відповідних цінностей) залежно від конкретно-ситуативної суспільно-значущої необхідності обмеження окремих із них. При цьому, звісно, окремим інтересам та цінностям надається ситуативна перевага. Себто ЄСПЛ для розв'язання існуючих аксіологічних колізій виходить передовсім із конкретно-історичного оцінювання значущості правомірних інтересів

людини, характеру й ступеня можливих обмежень цих інтересів, соціальних наслідків їх обмежень. Таке оцінювання здійснюється на предмет відповідності принципам домірності, пропорційності й забезпечення у кожному випадку рівноваги інтересів. Далі звернемось до матеріалів справи «Фон Ганновер». У цій справі мала місце гостра суперечність суспільно-значущих цінностей: приватного життя так званої «публічної особи», з одного боку, і свободи висловлювання поглядів - з іншого. В аспекті висвітлення означеної колізії виникає закономірне запитання: чи дотримано у самому рішенні Суду справедливий баланс поміж інтересами заявниці та інтересами ЗМІ? При розв'язанні цього конфлікту більшість суддів, а також судді-автори окремих думок, беручи до уваги значимість свободи висловлювання поглядів у демократичних спільнотах, зрештою, визнали правомірним певне обмеження її реалізації у зв'язку із захистом права принцеси на приватність. Така позиція вмотивована тим, що публікація спірних матеріалів переслідувала виключно мету задоволення цікавості певного кола читачів щодо деталей із особистого життя принцеси. Цінність зазначеної мети, вочевидь, не може переважити значущості охорони приватності. Домірність обмеження свободи висловлювання поглядів зумовлювалась й тим, що воно не посягає на саму суть цієї свободи й не призводить до цілковитої втрати можливості її здійснення. Тому, встановлений у рішенні баланс можна вважати оптимальним для узгодженням різноспрямованих інтересів учасників справи, позаяк, обмеження права на приватність у даній ситуації не видається виправданим. Ба більше, висловлені у справі позиції ЗМІ почасти умотивовував хоча й не озвучений, однак, тим не менше, примітний комерційний інтерес, який, відтак також неминуче має виступати об'єктом оцінювання. За цих обставин припущення про відсутність фактів порушення приватних прав заявниці й обмеження їх захисту свідчило б про явну неповагу до приватного життя принцеси. Отже, ретельне дослідження і зыставлення значущості інтересів учасників справи дало змогу Страсбурзькому суду встановити справедливий баланс правових цінностей у рішенні. Наведений аналіз засвідчує, що в основі здійснюваної Судом ціннісно-правової аргументації лежить оцінка соціальних інтересів. Тож, є підстави вважати, що аксіологія права може успішно реалізуватись на базі його соціології.

Розгляд аксіолого-правових засад практики Страсбурзького суду видається можливим на основі таких пізнавальних операцій:

1) визначення у мотивувальній частині рішення Суду ціннісних аргументів, які торкаються обставин конкретної справи, та з'ясування їх ролі у мотивуванні рішення;

2) виявлення тих цінностей, які захищаються учасниками справи (на національному рівні та в ЄСПЛ);
3) установлення їх зв'язку із задіяними у справі потребами та інтересами, а також виокремлення різновидів використаних у рішенні аксіологічних аргументів;
4) характеристика способів здійсненого Судом балансування тих цінностей та інтересів, конфлікт між якими розв'язується у рішенні.

Пропонована методика буде неповною, якщо не вказати і на необхідність здійснити порівняльний аналіз фактично здійснених Судом способів балансування цінностей та інтересів, конфлікт між якими розв'язується у рішенні, й альтернативних їм підходів.

7. Загальні вимоги до виправданості втручання у права, гарантовані статтями 8-10 Конвенції

У рішенні у справі «Курочкін проти України» (*Kurochkin v. Ukraine*) від 20 травня 2010 року, заява № 42276/08 вказано, що втручання у право на повагу до сімейного життя становить порушення статті 8, якщо воно здійснюється не «згідно із законом», не має однієї або кількох законних цілей, зазначених у пункті 2 статті 8, а також не є «необхідним у демократичному суспільстві» для досягнення такої цілі чи цілей (див. рішення від 7 серпня 1996 р. у справі «Йогансен проти Норвегії» (*Johansen v. Norway*), Reports 1996-III, с. 1001–1002, п. 52). Під необхідністю втручання мається на увазі, що воно відповідає нагальній соціальній потребі, і, зокрема, є пропорційним до поставленої законної мети (*див., наприклад, згадане вище рішення у справі «Кутцнер проти Німеччини», п. 60, та рішення від 18 грудня 2008 р. у справі «Савіни проти України» (Saviny v. Ukraine), заява № 39948/06, п. 47*).

Втручання «згідно із законом»

Першою умовою виправданості втручання у права, гарантовані статтями 8-10 Конвенції, є те, що воно має бути передбачене законом, причому тлумачення терміна «закон» є автономним, та до якості «закону» висуваються певні вимоги (*див. рішення у справі «Толстой-Милославський проти Сполученого Королівства» (Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom) від 13 липня 1995 р., заява № 18139/91, п. 37).*

Під терміном «закон» … належить розуміти як норми, встановлені писаним правом, так і правила, що сформувалися у прецедентному праві. Закон має відповідати якісним вимогам, насамперед вимогам «доступності» та «передбачуваності».

Якщо ЄСПЛ дійде висновку, що національне законодавство не відповідало вимогам якості закону, тобто що втручання не було «встановлене законом», він констатує порушення, не вдаючись до аналізу інших критеріїв, таких як відповідність втручання легітимній меті чи його необхідність.

Щодо вимоги якості закону видається доречним навести також приклад з рішення у справі «Гарнага проти України» (*Garnaga v. Ukraine*) від 16 травня 2013 року (заява № 20390/07), у якій заявниця стверджувала про порушення її прав, гарантованих статтею 8 Конвенції, з огляду на відмову відділом РАЦС заявниці стосовно зміни її по батькові, посилаючись на затверджені Міністерством юстиції України Правила реєстрації актів цивільного стану в Україні, згідно з якими по батькові фізичної особи може бути змінено тільки у разі зміни її батьком свого імені.

Отже, Суд зазначає, що сторони оспорюють те, чи ґрунтується обмеження права заявниці на законі, чи на неправильному тлумаченні закону. На час подій чинними були різні положення, що свідчить про те, що питання зміни по батькові не було визначено з достатньою чіткістю. Та, навіть якщо існує суперечність стосовно правильного тлумачення закону, безперечним є те, що право особи на збереження свого імені, як і право на його зміну, визнається законодавством України. Українська система зміни імен видається доволі гнучкою, та особа може змінити своє ім'я, дотримуючись спеціальної процедури, яка передбачає тільки мінімальні обмеження, які застосовуються у дуже конкретних випадках, здебільшого пов'язаних з кримінальним судочинством. Водночас будь-яких ширших міркувань для накладення обмежень на зміну імені особи – таких як точний облік населення або зв'язок носіїв певного імені з сім'єю – державними органами не висувається. За такої ситуації майже повної свободи зміни імені або прізвища особи обмеження, накладені на зміну по батькові, не видаються належно та достатньо вмотивованими національним законодавством. Крім того, державними органами не було надано жодного обґрунтування позбавлення заявниці її права приймати рішення з цього важливого аспекту її приватного та сімейного життя, і таке обґрунтування не було встановлено в жодний інший спосіб. Оскільки державні органи не забезпечили балансу відповідних інтересів, про які йдеться, вони не виконали своє позитивне зобов'язання щодо забезпечення права заявниці на повагу до її приватного життя. Тому Суд вважає, що у цій справі було порушення статті 8 Конвенції.

Легітимна мета

Другою умовою виправданості є те, що втручання має переслідувати законну мету, зазначену у другому пункті відповідної статті Конвенції.

Суд зазначає, що, згідно з пунктами 2 статей 9 та 11 Конвенції, обмеження права на свободу віросповідання та зібрань необхідно тлумачити вузько, щоб їх перелік був абсолютно вичерпним, а їх визначення - обов'язково чітким (*mutatis mutandis*, рішення «*Sidiropoulos and Other v. Greece*» від 10 липня 1998 р., «*Reports of Judgments and Decision*s» 1998-IV, п. 38). Легітимні цілі, вичерпний перелік яких містить ця норма, передбачають: інтереси громадської безпеки, охорону громадського порядку, здоров'я чи моралі, захист прав та свобод інших осіб (див. пункт 114 рішення). [...]

У рішенні у справі «Свято-Михайлівська Парафія проти України» (*Svyato Mykhailivska Parafia v. Ukraine*) від 17 червня 2007 року, заява № 77703/01 громада-заявник зазначила, що втручання не переслідувало легітимну мету, як того вимагає пункт 2 статті 9 Конвенції. Зокрема, необхідно було розрізняти членів парафії та мирян, які відвідували церемонії, але не брали участі у веденні справ церкви чи засіданнях Парафіяльних зборів. Миряни ніколи не висловлювали бажання стати членами Парафії. Зокрема, склад громади-заявника був практично незмінним з 1989 року, а склад керівного органу – Парафіяльних зборів – постійно налічував від 22 до 30 членів. Приймаючи нових членів, Збори керувалися статтею 2.12 статуту.

Громада-заявник зазначила, що Уряд намагався замінити справжній склад Парафії її попереднім неіснуючим аналогом з осіб, які ніколи не належали до Парафії, але були змушені представниками Московського Патріархату брати участь в «загальних зборах Парафії» в січні 2000 року з метою змусити справжніх членів Парафії піти з неї та задля уникнення передачі церкви та релігійної громади Київському Патріархату. Відповідно до статуту (див. пункт 14 рішення) членства можна було набути згідно з умовами, викладеними в ньому (див. статтю 2.12 статуту), та при наявності більшості голосів Парафіяльних зборів (стаття 2.1). Тому громада-заявник вважала, що їх було незаконно вигнано з церкви, яку вони раніше займали та якою керували. З огляду на обставини справи та мотивацію національних судів, які підтримали відмову Київської міської державної адміністрації зареєструвати зміни та доповнення до статуту, Суд вважає, що оскаржуване втручання мало легітимну мету відповідно до пункту 2 статті 9, а саме: захист громадського порядку та безпеки та прав інших осіб.

Третьою умовою є те, що обмеження повинно бути «необхідним у демократичному суспільстві»:

Не є достатнім, щоб втручання, яке розглядається, належало до винятків, перелічених у пункті 2 статті 10, так само не є достатнім, щоб таке втручання виправдовувалося тим, що його предмет належить до якоїсь визначеної категоріЪ або підпадає під дію правової норми, викладеної у формі загальних й безумовних понять: Суд має переконатися у тому, що втручання, з огляду на факти і обставини конкретної справи, яку він розглядає, справді було необхідним. (*див. рішення у справі «Санді Таймс» проти Сполученого Королівства» від 26 березня 1979 р., п. 65.*)

У більшості справ саме це є найскладнішим питанням.

Загалом, у Рішенні у справі «Фрессоз та Руар проти Франції» (*Fressoz and Roire v. France*) від 21 січня 1999 р., заява № 29183/95, п. 45 (iii), вказано, що «необхідність» будь-якого обмеження здійснення свободи вираження поглядів має бути обґрунтована з усією переконливістю. Звичайно, насамперед національна влада має оцінити, чи існує «нагальна суспільна необхідність», що виправдовує таке обмеження, і тут вона користується певною свободою розсуду. Що стосується преси, як у цій справі, то тут національне право на свободу розсуду може суперечити інтересові демократичного суспільства у забезпеченні й підтриманні свободи преси. Так само треба приділити велику увагу цьому інтересові, якщо йдеться про визначення, відповідно до пункту 2 статті 10, відповідності обмеження законно поставленій меті (див., mutatis mutandis, рішення у справі «Ґудвін проти Сполученого Королівства» (*Goodwin c. Royaume-Uni*) від 27 березня 1996 р., Збірник1996-II, с. 500-501, п. 40, а також «Ворм проти Австрії» (*Worm c. Autriche*) від 29 серпня 1997 р., Збірник, 1997- V, с. 1551, п. 47).

При визначенні питання «необхідності в демократичному суспільстві» держави користуються свободою розсуду, межі якої залежать від сфери, яка вступає в конфлікт з гарантованим правом.

ЄСПЛ оцінює пропорційність обмежень, застосованих до свободи вираження поглядів, по відношенню до легітимної мети, якої прагнуть досягти. Будь-яке непропорційне втручання не буде вважатися «необхідним у демократичному суспільстві».

У рішенні у справі «Ляшко проти України» (*Lyashko v. Ukraine*) від 10 серпня 2006 р., заява № 21040/02, п. 47 вказано, що Суд повинен перевірити, чи було втручання виправданим і необхідним у демократичному суспільстві, та, зокрема, чи було воно пропорційним, і чи були причини, надані національними органами влади на його

виправдання, важливими та достатніми. Отже, важливо визначити, чи належно національні органи влади використали свою свободу повноважень, звинуативши заявника у наклепі чи зловживанні посадовим становищем.

Наприклад, у рішенні у справі «Фрессоз та Руар проти Франції» ЄСПЛ виклав свої міркування так:

Суд повинен, зокрема, визначити, чи становила мета захисту конфіденційності фінансової інформації, що була законною сама по собі, розумне і достатнє виправдання такого втручання. З цього приводу треба зазначити, що, якщо засудження заявників ґрунтувалося тільки на опублікуванні в газеті «Канар аншене» копій податкових декларацій, які, як з'ясувалося, були передані п. Фрессозу і п. Руару на порушення професійної таємниці, тоді, безперечно, йшлося про розкриття конфіденційної інформації. Проте постає запитання: чи залишався ще інтерес щодо збереження конфіденційності інформації, зміст якої вже був опублікований (рішення у справах «Вебер проти Швейцарії» (*Weber c. Suisse*) від 22 травня 1990 р., серія А, № 177, п. 51 і «Ферайнігінґ Вікблад Блюф проти Нідерландів» (*Vereniging Weekblad Bluf c. Paus-Bas*) від 9 лютого 1995 р., серія А, № 306-А, п. 41) і міг бути відомий великій кількості осіб? Як визнав Уряд, існує деяка прозорість стосовно інформації про зарплату і про її підвищення. Платники податків, які проживають в одному комунальному окрузі, можуть ознайомитися зі списком платників податків своєї комуни, де вказано розмір доходу, з якого стягуються податки, і сума податку, яку сплачує кожна особа (*див. пункти 26 і 48 рішення*). Така інформація, навіть якщо вона широко не розголошується, доступна для великої кількості осіб, які можуть передавати її іншим. Хоча й існує заборона на опублікування податкових декларацій, інформація, яка в них містилася, вже не була конфіденційною. До речі, інформація про зарплату таких керівників великих підприємств, як п. Кальве, регулярно публікується у фінансових оглядах; причому другий заявник стверджував, і це не заперечувалося, що він звернувся по таку інформацію для того, щоб перевірити розмір зарплати п. Кальве (*див. пункт 19 рішення*). Отже, нагальної необхідності у захисті інформації як конфіденційної не існувало. (п. 53).

Якщо, як це визнає Уряд, інформація про щорічний дохід пана Кальве законна, а її розголошення дозволене, тоді засудження заявників лише на тій підставі, що вони опублікували її підтвердження, а саме: податкові декларації, не може бути виправдане у контексті статті 10. (п.54).

У справі «Гримковська проти України» (*Grimkovskaya v. Ukraine*), рішення від 21 липня 2011 року, заява № 38182/03, ЄСПЛ зробив такий висновок:

У цілому, Суд надає значення таким аспектам. По-перше, Уряд не довів, що перед ухваленням рішення про визначення вулиці Ч. частиною магістральної дороги М 04 було підготовлено відповідне техніко-екологічне обґрунтування, а після цього впроваджено розумну політику природокористування. По-друге, Уряд не довів, що заявниця мала реальну можливість брати участь у прийнятті відповідних рішень, включаючи можливість оскарження дій міської влади у незалежному органі.

Пам'ятаючи про ці два фактори та Орхуську Конвенцію (п. 39), Суд не може зробити висновок, що у цій справі було досягнуто справедливого балансу.

Отже, було порушення статті 8 Конвенції.

Варта уваги аргументація ЄСПЛ, зокрема щодо застосування принципу пропорційності, у справі «Йорданова та інші проти Болгарії» (*Yordanova and Others v. Bulgaria*) від 24 квітня 2012 року, заява № 25446/06 (заплановане виселення ромів із встановленого поселення без будь-яких пропозицій щодо забезпечення новим житлом становило б порушення статті 8 Конвенції).

ТЕМА 3. МОДЕЛІ ЗАСТОСУВАННЯ АРГУМЕНТАЦІЇ СУДОМ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

План лекційного заняття:

1. *Поняття та моделі аргументації Суду ЄС.*
2. *Модель судового активізму Суду ЄС.*
3. *Особливості аргуметації Суду ЄС у справах щодо конкурентної політики ЄС.*
4. *Моделі застосування аргументації Суду ЄС у сфері основоположних прав людини та захисту прав приватних осіб в Європейському Суді. Аргументація рішень Суду Справедливості необхідністю «правового захисту прав індивідів».*
5. *Модель правової аргументації у судовому процесі «Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protecciónde Datos, Mario Costeja González» та Google Францією перед Судом ЄС (TSUE) в Люксембурзі щодо права бути забутим (24.09. 2019).*
6. *Аргументація рішення у справі Kadi. Аргументація рішення Європейського Суду Справедливості про тлумачення Регламенту 261/2004/ЄС.*

1. Поняття та моделі аргументації Суду ЄС

Процесуальне право належить до компетенції держав-членів і не передане до відання ЄС, хоча певні процеси гармонізації, а іноді навіть уніфікації, не можна заперечувати, бо вони мають добровільний характер і не можуть бути впроваджені за імперативною вказівкою ЄС. Саме тому безпосередньо національне право визначає процесуальні правила та засоби для розв'язання спорів, які виникають на підставі права ЄС. Наприклад, строки для розгляду справ або строки позовної давності, положення щодо остаточності рішень тощо різняться у державах-членах і залежать від правових традицій держави та системи права, до якої вона належить, що є цілком припустимим. Єдине, на що вказує Суд ЄС, так це те, що національні норми мають відповідати принципам еквівалентності та ефективності.

Дуже цікавою в цьому аспекті є справа *Peterbroeck* у якій досліджувалася бельгійська процесуальна норма щодо 60-денного обмеження на подачу сторонами нових зауважень, які б розширювали предмет спору, тоді як національні суди не мали компетенції на власний розсуд ставити питання про відповідність національних норм праву ЄС. Виходячи з позиції Суду, якщо сторона протягом 60 днів не

зауважила, що ця справа стосується права ЄС, то суд самостійно зробити цього не міг, а отже, і захистити права приватних осіб, наданих правом ЄС. Не можна також у подібному випадку звернутися до Суду справедливості з преюдиціальним зверненням. Це означає, що навіть у подальших інстанціях бельгійські національні суди позбавлені повноважень порушувати питання права ЄС, якщо цього не зробили сторони у першій інстанції у 60-денний строк. На думку Суду, це означає порушення принципу ефективності. З цих підстав Суд справедливості визнав положення національного процесуального законодавства таким, що суперечить принципу ефективності, оскільки воно не дозволяло національним суддям порушувати питання права ЄС у контексті вимог правової норми щодо обмеження строку на подачу сторонами нових зауважень з розширення предмета спору.

Досить цікаво простежити еволюцію позиції Суду ЄС щодо можливості національних суддів порушувати питання права ЄС за власним розсудом у зв'язку з їх процесуальною автономією. Так, ще на початку 90-х рр. XX ст. Суд не вимагав від держав-членів порушувати питання права ЄС, він лише обмежувався констатацію того, що це їх дискреція

Наприкінці ж цього десятиліття Суд уже зобов'язував національні суди порушувати питання права ЄС у конкурентних справах, навіть якщо національне законодавство не передбачало такі можливості.

Із початку 2000-х цю позицію Суд ЄС поширив на справи щодо прав споживачів.

Це розширення було пов'язане з поступовим розширенням компетенції самого ЄС. Отже, коли правовідносини потрапляють у поле компетенції ЄС, він має гарантувати їх реалізацію та захист на національному рівні в державах-членах. Суд пішов навіть далі та вказав на те, що остаточне рішення, прийняте всупереч праву ЄС, має бути переглянуте задля ефективного захисту прав індивідів.

Отже, якщо предмет справи належить до компетенції ЄС, то Суд ЄС наполягає на тому, щоб національні суди, незважаючи на національне законодавство, за власним розсудом порушували питання права ЄС, хоча власний розсуд судді залежить від особливостей національного законодавства. Так, для суддів держав загальної правової системи незвично порушувати правові питання за власним розсудом. Вони знаходяться у межах, які визначені сторонами у справі.

Однак є держави, в яких досить широко використовується розсуд судді, наприклад, Польща. Якщо вести мову про матеріальне право, то норми цивільного процесу дозволяють суддям діяти *ex officio* незалежно від того, чи сторони визначали цю підставу позову, тобто

суд може досліджувати питання незалежно від сторін. Цікаво, що науковці відзначають, що цей принцип випливає не з положень цивільно- процесуального кодексу, а з природи судової влади та застосовується без винятків у польських судах. Те саме стосується й апеляційних судів, які не пов'язані межами провадження по першій інстанції та мають досліджувати докази самостійно. Що ж до процесуального права, то польські суди можуть діяти *ex officio* лише у першій інстанції, а апеляційні суди можуть переглядати процесуальні порушення лише у виняткових випадках, таких як ненадання стороні права на захист. Ці правила поширюються і на застосування права ЄС. Так само польські суди зобов'язані застосовувати матеріальне право ЄС, якщо воно стосується справи, за власним розсудом, незважаючи на позицію сторін. Щодо процесуального права, то лише суд першої інстанції може за власним розсудом порушити питання права ЄС, а у зв'язку з цим можуть виникати деякі проблеми – наприклад, у справах, пов'язаних із застосуванням Європейського платіжного доручення або Європейського порядку вирішення дрібних спорів.

Напевно, цю колізію ще потрібно вирішувати владі Польщі, хоча Вищий суд Польщі зробив певні кроки щодо цього стосовно своїх касаційних функцій. Відповідно до положень ст. 389 Цивільно-процесуального кодексу Польщі, Вищий суд не має компетенції встановлювати порушення тієї норми права, яка не була зазначена у касаційній заяві. Тобто Вищий суд не може за власним розсудом порушити питання права ЄС у своєму провадженні, що потенційно може призводити до порушень права ЄС. Урахувавши те, що на національні суди покладається зобов'язання тлумачити національне право у світлі права ЄС, а також те, що на національні суди останніх інстанцій покладається обов'язок звертатися з преюдиціальним зверненнями до Суду справедливості щодо тлумачення чи дійсності права ЄС, Вищий суд Польщі у 2008 р. ухвалив рішення, яке визначило виняток з правила про неможливість розглядати питання порушення права ЄС *ex officio*.

По-перше, це у випадках, коли без преюдиціального звернення до Суду справедливості щодо тлумачення чи дійсності права ЄС неможливо ухвалити рішення по справі.

По-друге, коли предмет національного права та права ЄС збігаються, але національне право суперечить праву ЄС, але касаційна скарга заснована на національному праві.

По-третє, коли предмет національного права та права ЄС ідентичним, а національні суди нижчих інстанцій застосували національне право, яке не відповідає праву ЄС.

Це рішення повною мірою відповідає усталеній практиці Суду ЄС та фундаментальним принципам верховенства та прямої дії. Щодо першого випадку, то ст. 267 ДФЄС покладає «обов'язок звертатися з преюдиціальними зверненнями з приводу тлумачення або дійсності права ЄС на національні суди, чиї рішення не можна оскаржити за допомогою правових засобів національного законодавства». Вищий суд Польщі при виконанні касаційних функцій виступає саме таким судом – судом останньої інстанції, тож установчий Договір чітко встановив алгоритм його дій. Але доля розсуду Вищого суду залишилася, оскільки саме він має вирішити, чи залежить від преюдиціального звернення можливість вирішити справу.

Так, станом на 2018 р. із 127 преюдиціальних звернень до Суду справедливості від Польщі, 18 надійшло від Вищого суду, коли він констатував неможливість ухвалення рішення без висновку Суду справедливості.

Друга ситуація може виникати при некоректній імплементації у національне законодавство норм права ЄС, наприклад, при неправильній імплементації директив ЄС. Тоді національні судді є по суті суддями ЄС і мають досліджувати як національні норми, що імплементували директиву, так і саму директиву. При цьому від національних суддів вимагається високий рівень обізнаності як актів Союзу, так і практики Суду ЄС. Це яскравий приклад того, як на національного суддю покладається відповідальність за реалізацію права ЄС та особливо прав приватних осіб.

Цілком зрозуміло, що сторони у справі не можуть контролювати правильність імплемен-ації директиви державою, тож той факт, що вони не порушували питання права ЄС не має обмежувати суддя у його функціях *ex officio*. Це повною мірою відповідає рішенню Суду справедливості у справі *Kraaijeveld*, в якому зазначено, що національні суди мають застосовувати власний розсуд щодо того залишалася законодавча чи адміністративна влада держави-члена у рамках свої повноважень під час імплементації права ЄС у національний правопорядок.

Третій випадок стосується тих ситуацій, коли національні суди мають реалізовувати принцип верховенства права ЄС не лише застосовуючи безпосередньо норми права ЄС, але й тлумачачи національне право в контексті права ЄС. Таке тлумачення завжди буде пов'язане з власним розсудом судді, адже він може застосовувати норму національного права, але тлумачити її лише через призму права ЄС.

Щодо принципу еквівалентності, який має реалізовуватися разом із принципом ефективності, то він визначає заборону прямої та опосередкованої дискримінації справ, заснованих на праві ЄС, порівняно зі справами, заснованими на національному праві. Процесуальні умови розгляду всіх справ, заснованих на праві ЄС, мають бути не менш сприятливими для приватних осіб, ніж розгляд справ, заснованих на національному праві. Для з'ясування того, чи дотримується принцип еквівалентності у судовому розгляді, має бути проведене порівняння двох процедурних режимів. І цим по суті теж мають займатися національні суди, оскільки Суд ЄС не має компетенції досліджувати та тлумачити національне законодавство. Він може лише здійснювати постконтроль за дотриманням державами-членами (а саме національними судами) цього принципу.

Особливої важливості принципи ефективності та еквівалентності набувають при вирішенні питання про відшкодування збитків, завданих приватним особам, при порушенні норм права ЄС, оскільки ці питання вирішуються на національному рівні. Саме від національних положень залежить порядок, спосіб і розмір компенсацій.

Така гармонізація відбувається завдяки практиці Суду ЄС, який розуміє, що за відсутності європейських норм стосовно цього питання він несе певну відповідальність за формування хоча б вихідних принципів щодо компенсації збитків. Одним із важливих прецедентних рішень щодо цього є рішення у справі *Frankovich*, яке встановило, що держава повинна відшкодувати збитки, завдані індивідам порушенням права ЄС.

Тобто Суд виходив з того, що недостатньо забезпечити індивідам просто право на звернення щодо порушення їх прав, наданих правом ЄС, оскільки це становить лише мінімальну гарантію та є недостатнім для повної імплементації положень установчих договорів.

За загальним правилом відшкодування має відповідати втратам або шкоді, що були завдані неправомірною поведінкою держави. Під неправомірною поведінкою держави належить розуміти «доволі серйозне» порушення права ЄС.

Як видно зі справи *Köbler* громадянин Кьоблер працював за публічно-правовим контрактом із Австрією професором в університеті м. Інсбрук (Австрія). Йому виплачувалася зарплатня, яка збільшувалася за звичайною схемою врахування стажу. Згодом він направив вимогу про збільшення зарплати на підставі спеціальної схеми врахування професорського стажу, оскільки, хоча він і не пропрацював професором в Австрії 15 років, але і урахуванням його

праці в іншій державі – члені ЄС він вже має цей стаж. Позивач указав, що вимога щодо його 15-річного стажу суто в австрійських університетах становить опосередковану дискримінацію, заборонену правом ЄС. У рамках позову громадянина Кьоблера Вищий адміністративний суд Австрії звернувся до Суду справедливості з преюдиціальним зверненням, але згодом відкликав це звернення та цього ж дня ухвалив рішення про відмову позивачеві у задоволенні позову, обґрунтувавши свою позицію тим, що спеціальна схема врахування стажу при виплаті зарплати є бонусом лояльності, яка легітимно виправдовує відхід від положень права ЄС щодо свободи пересування робітників.

Суд справедливості відповів, що держава-член може нести відповідальність за порушення права ЄС, до якого призвело судове рішення, особливо якщо йдеться про рішення суду останньої інстанції, оскільки у цьому випадку в особи не існує можливості захистити свої порушені права. Суд додав, що він не вважає, що це положення суперечить незалежності судової влади, оскільки йдеться не про персональну відповідальність судді, а про відповідальність держави.

2. Модель судового активізму Суду ЄС

Характер і зміст юрисдикції Суду ЄС певною мірою визначають специфіку актів, які ухвалюються ним. Суд ЄС уповноважений видавати 3 їх види – рішення, постанови й висновки. Питання щодо руху справи, зупинення застосування оскаржуваного акта чи примусового виконання деяких рішень Європейської Ради або Комісії, встановлення необхідних тимчасових заходів, питання щодо допиту свідків, залучення експертів, виправлення в рішенні помилок, надання правової допомоги, визнання апеляції неприпустимою і судових витрат вирішуються Судом ЄС шляхом винесення постанови. Висновки Суд ЄС виносить за запитом Парламенту, Ради, Комісії або держави-члена стосовно відповідності угод між Співтовариством та однією або більше державами чи міжнародними організаціями положенням Договору про заснування Європейського Співтовариства (ст. 300). Судовий розгляд по всіх інших процедурах, що належать до юрисдикції Суду ЄС, закінчується ухваленням рішень. Оскільки постанови стосуються внутрішніх процесуальних питань, а висновки за статистикою не становлять великого обсягу роботи Суду (за рік Суд ЄС виносить не більше одного висновку, а іноді жодного), то саме рішення, як форма реалізації його юрисдикції, має безпосередній вплив на інтеграційний правопорядок. Одним із ключових питань теорії та

практики європейського права є питання юридичної сили й нормативності рішень Суду ЄС у контексті судового активізму, який є наявним фактом його діяльності.

Рішення Суду ЄС мають свої особливості, які виявляються у сфері їх дії, характері нормативності, ступені юридичної сили, форм, окреслюючи його юридичну природу – сукупність значущих характеристик. Труднощі з визначенням суті та правової природи рішень Суду виникають у зв'язку з відсутністю в установчих договорах відповідних роз'яснювальних положень щодо цього питання. При розгляді останнього найголовнішою постає проблема юридичної сили рішень Суду, як одна з властивостей, що відводить їм особливе місце серед джерел права ЄС. Узагалі юридична сила акта – це ознака, що вказує на співвідношення конкретного акта з іншими його видами в їх ієрархії. Певною мірою юридична сила актів залежить від місця органу, уповноваженого його приймати. Вивчаючи юридичну силу рішень Суду ЄС, неодмінно треба визначити наявність чи відсутність у них сили прецеденту. Установчі договори не уповноважують Суд ЄС установлювати нові норми права, а отже, створювати прецеденти. Стаття 220 Договору про заснування Європейського Співтовариства зобов'язує Суд забезпечувати дотримання права при тлумаченні й застосуванні Договору. Але на практиці в рамках своєї юрисдикції Суд ЄС не тільки однаково тлумачить інтеграційне право, а й виводить з нього нові норми, які в подальшому змінюють правопорядок; у деяких випадках на їх підставі навіть змінювались установчі договори.

У випадку з рішеннями Суду ЄС можна вести мову про визнання за ними якості прецедентів за фактичних обставин. На цьому етапі розвитку правової системи ЄС безперечним є факт існування сформованого прецедентного права, створеного Судом ЄС, яке є одним із джерел наднаціонального права. Саме завдяки ньому правова система Європейського Союзу набула характеру інтеграційної правової системи. Уявляється, що, контролюючи діяльність інститутів, держав-членів ЄС, перевіряючи дійсність нормативних актів і здійснюючи їх тлумачення, Суд ЄС удосконалює правові норми, розкриваючи їх зміст і конкретизуючи їх положення. Це є вкрай важливим, оскільки установчі договори сформульовані досить нечітко, іноді розпливчасто, тож Суд у разі необхідності заповнює прогалини у правовому полі Європейського Союзу. Рішення Суду ЄС остаточні, оскарженню не підлягають (що не можна сказати про рішення Суду Першої інстанції (далі – СПІ) і Трибуналу зі справ цивільної служби (далі – Трибунал), а їх невиконання є підставою для притягнення до відповідальності.

Так, рішенням по справі *Köbler* Суд ЄС визнав, що державу-члена можна притягнути до відповідальності у випадку суттєвого, серйозного порушення нею права Співтовариства. Таке порушення буде вважатися суттєвим і серйозним, якщо рішення національного суду або іншого органу влади було прийнято у невідповідності до практики Суду ЄС. Сам по собі факт відхилення національних органів від практики Суду ЄС може бути підставою для відповідальності. Це достатній доказ того, що його практика має правоутворювальний прецедентний характер, а встановлені ним у своїх рішеннях правила є обов'язковими для всіх судів держав-членів.

Не менш важливі питання обов'язковості власних попередніх рішень для самого Суду, тобто питання дії доктрини stare decisis у межах судової системи ЄС. Загальновизнаний факт, що Суд ЄС побудовано за моделлю французької Державної ради (*Counseil d'Etat*), яка є органом адміністративної юрисдикції згідно з принципами континентальної системи права, де судовий прецедент не визнається за джерело права, а отже, Рада не визнає дію доктрини *stare decisis*. Узагалі ж європейські судові установи з обережністю ставляться до цієї доктрини. Незважаючи на це, Суд ЄС досить часто ґрунтує свої наступні рішення на попередніх, але без указівки або прямого посилання на них (найбільш відомим випадком повного калькування положень попереднього рішення є рішення по справі *CILFIT*, яке повторило рішення *Da Costa*, чим було підкреслено можливість Суду за своїм розсудом вирішувати чи слідувати йому своїм власним попереднім рішенням).

У деяких випадках попереднє рішення повністю або частково цитується без зазначення його назви й реквізитів або з посиланням на «усталене прецедентне право». Таку практику Суду ЄС можна охарактеризувати як дотримання прецедентного права як певного взірця, але без обов'язковості слідування йому.

Генеральні адвокати Суду ЄС при підготовці висновків до справ досить часто використовують прецедентне право Суду як основне джерело, на якому базуються їх висновки. Сам же Суд лише кілька разів відступав від своєї попередньої усталеної практики, що відразу ставало предметом критики науковців, які самі не можуть визначитися в можливості застосування доктрини stare decisis для судів ЄС.

Уперше такий відступ мав місце в рішенні по справі *HAG II*, яке змінювало позицію Суду ЄС, що містилася в рішенні, ухваленому на 16 років раніше по справі *HAG I* щодо доктрини спільного походження, яка звужувала коло обставин, за яких власники торговельних марок в одній державі-члені могли стримувати імпорт продукції, що легально

використовувала їх торговельну марку в іншій державі-члені. При цьому Суд ЄС доволі ретельно пояснив підстави зміни свого погляду, щоб запобігти суперечностям стосовно нової правової позиції. (До речі, Суд ЄС не зобов'язаний пояснювати підстави зміни своєї правової позиції, оскільки цей його обов'язок ніде не закріплено. Хоча Генеральний адвокат Джейкобс вважає, що Суд ЄС зобов'язаний кожного разу пояснювати свій відхід від попередньої практики, інакше це стане причиною плутанини, на що він і вказав у своєму висновку по справі *CNL-Sucal v HAG GF*). Тож, незважаючи на фактично регулярне слідування своїм рішенням, сам Суд закріпив можливість відступати від них. Це означає, що вести мову про визнання доктрини stare decisis у праві ЄС неможливо.

Зважаючи на активну діяльність Суду ЄС, непоширення цієї доктрини є позитивним моментом для самого Суду задля забезпечення можливості гнучкості в його правотлумачній діяльності У теорії права визнано, що суди при формулюванні своєї правової позиції повинні дотримуватися принципу самообмеження, щоб не замінювати собою законодавця, а у випадку з європейськими інститутами – правотворчі інститути. Суд ЄС постійно виходить за ці межі, що призводить до виникнення нових важливих принципів і норм, які в жодному разі не з'явилися б при самообмеженні Суду. Він ніколи не волів бути обмеженим певними рамками, тим більше, що право ЄС є системою динамічною. Через це Суд неодноразово критикувався з боку науковців через свій активізм, який, на їх думку, виходить за межі установчих договорів і рамки визначеної юрисдикції. Але, як вбачається, така гнучкість є позитивним моментом, який часто служить на користь сторін по справах.

Рішення Суду ЄС можна поділити на 2 великі групи – нормативні і ненормативні (індивідуальні). У правовій літературі обґрунтовано стверджується, що нормативність практики Суду ЄС вже є незаперечним фактом.

Прикладом цього є преюдиціальні рішення, які виносяться щодо загальних, неперсоніфікованих питань і є актами тлумачення й судового контролю. Вони вважаються такими, що мають ефект *erga omnes* та *ex tunc*. Їх нормативність виявляється перш за все, коли вони стосуються трактування норм права Співтовариства поза зв'язком з конкретною справою. Тоді рішення не містять індивідуальних норм, що мають ненормативний характер і обов'язковість яких обмежується певними обставинами тієї чи іншої справи.

Судові установи держав-членів мають додержуватися положень преюдиціальних рішень завжди, інакше це суперечило б суті самої

преюдиціальної процедури, призначеної для дотримання єдності в застосуванні права Співтовариства. Саме в рамках преюдиціальної юрисдикції Суд ЄС виконує функції «конституційного» суду Союзу і жоден національний суд не вправі розглядати подібні справи; тож рішення по них мають фактично прецедентний характер. Щодо рішень, які виносяться в рамках інших процедур, то вони в більшій своїй частині мають індивідуальний характер, і тому рішення є прецедентами лише в тому розумінні, яке вкладає в це поняття континентальна правова система. Це означає, що вони застосовуються як прецеденти за умови однакового фактичного складу справи наступної або вже вирішеної.

Винятком є рішення щодо недійсності актів Співтовариства за ст. 230 Договору про ЄСпв, які мають силу *erga omnes* (про що можна вести мову лише у випадку визнання недійсними актів загальної дії. Якщо ж Суд скасовує такі акти, як рішення, що були адресовані лише конкретним суб'єктам, то про рішення Суду не можна говорити, що вони мають силу *erga omnes*). Це продиктовано необхідністю однакової дії актів для всіх суб'єктів правовідносин у межах ЄС.

Отже, юридична сила й нормативність рішень Суду ЄС у контексті судового активізму є їх ключовими ознаками. Через це цілком очевидний суттєвий внесок рішень Суду ЄС у формування інтеграційної правової системи створення принципів верховенства та прямої дії права Співтовариства. На практиці спостерігається все активніше підвищення ролі прецедентів у діяльності Суду та інших суб'єктів Союзу. Через юридичну силу й нормативність своїх рішень Суд ЄС суттєво вплинув на правовий порядок ЄС, що до нього не спромоглася зробити жодна міжнародна судова установа.

3. Особливості аргуметації Суду ЄС у справах щодо конкурентної політики ЄС

Аналіз практики Суду ЄС показує, що основні сфери підприємницької діяльності, яких торкнулося конкурентне регулювання (і які були предметом оскарження), це:

- енергетика;
- комунікації та засоби масової інформації;
- фармацевтика й охорона здоров'я;
- фінансові ринки.

При цьому на кожному зі згаданих ринків у порядку релевантності розглядалися питання обмежень на надання державної допомоги, неприпустимість зловживання домінуючим становищем і економічної концентрації.

На початковому етапі Суд ЄС зупинявся на таких ключових питаннях:

- розмежування компетенції між ЄС та державами-членами, в тому числі розмежування компетенції між судами (*справи SA Brasserie de Haecht v. Consorts Wilkin-Janssen; SA GB-INNO-BM v. Association des en tabac (ATAB) en tabac (ATAB) ; Pigs and Bacon Commission v. Mc Carren and Company Limited)*;

- трактування основних понять угоди:

- товарного ринку та його кордонів, в тому числі географічних (*справи Greenwich Film Production v. des auteurs, compositeurs et des auteurs, compositeurs et de musique (SACEM) and des des Labrador; United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Commission of the European Communities, Chiquita Bananas Labrador; United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Commission of the European Communities, Chiquita Bananas*);

- критеріїв картельної змови (*справи Vereeniging van Cementhandelaren v. Commission of the European Communities; ACF Chemiefarma NV. v. Commission (Quinine Cartel case); Instituto Chemioterapico Italiano et Commercial Solvents v. Commission*).

Правові позиції Суду ЄС з питання розмежування компетенції між ЄС та державами-членами зводилися до такого:

1) розмежування повноважень між Судом ЄС і національними судами зводиться до того, що останні в жодному випадку не можуть ні оцінювати ті ж докази, що і Суд ЄС, ні критикувати або оскаржувати його рішення. Держави-члени, створюючи ЄС з власними інституціями, правовою системою, з передачею частини суверенітету від держави до ЄС, мали на увазі і передачу повноважень щодо тлумачення Договору саме Суду ЄС (*справа SA Brasserie de Haecht v. Consorts Wilkin-Janssen*);

2) будь-яке зловживання домінуючим становищем заборонено, навіть якщо така поведінка дозволяє національне законодавство (*справа SA G.B.-INNO-B.M. V. Association des en tabac (ATAB) en tabac (ATAB)*);

3) у разі, якщо право ЄС встановлює загальну організацію ринку в конкретному секторі, держави-члени зобов'язані утримуватися від вжиття заходів і вчинення дій, які можуть створити виняток з правил, установлених ЄС (*справа Pigs and Bacon Commission v. McCarren and Company Limited*).

У перерахованих прикладах яскраво проявляється роль Суду ЄС у формуванні не тільки загальної конкурентної політики, а й, що набагато важливіше, єдиного правового й економічного простору.

Суд ЄС, трактуючи основні поняття у сфері конкуренції, сформулював такі підходи:

1) фіксація цін обмежує конкуренцію, оскільки така фіксація дозволяє всім учасникам картелю визначати цінову політику на ринку (*справа Vereeniging van Cementhandelaren v. Commission of the European Communities*);

2) незважаючи на те, що за загальним правилом зловживання домінуючим становищем відноситься до індивідуальних монополістичним діям, в окремих випадках воно може бути інкриміновано кільком тісно пов'язаним між собою підприємствам, які знаходяться в ситуації «спільного домінування» (*joint dominance*). У цьому випадку підприємства несуть солідарну відповідальність за порушення антимонопольного законодавства ЄС (*справа Instituto Chemioterapico Italiano et Commercial Solvents v. Commission*);

3) картельна практика є формою співпраці, при якій за відсутності угоди підприємства навмисно підміняють ризики конкурентної боротьби практичною кооперацією. Одночасна зміна цін підприємствами, що знаходяться в різних країнах, може бути розцінена як картельна практика за відсутності інших витримують критику пояснень того, що відбувається (*справа ACF Chemiefarma NV. V. Commission (Quinine Cartel)*).

У першу чергу було дане трактування найбільш небезпечного прояву недобросовісної конкуренції, якою є картельна практика.

Далі ключовими питаннями антимонопольного регулювання були такіі:

- визначення підприємства як суб'єкта антимонопольного регулювання (*справи Eurocontrol, Servizi Ecologici Porta di Genova; Anic Partecipazioni; Enichem Anic v. Commission; Shell v. Commission; Osakeyhtio and others v. Commission of the European Communities Osakeyhtio and others v. Commission of the European Communities*);

- визначення неприпустимою державної допомоги (*справи Banco Exterior de Espana; French Republic v. Commission of the European Communities*);

- особливості процедури розгляду справ Європейською комісією, в тому числі в частині відповідей на запити Європейської комісії щодо надання інформації (*справи Solvay & Cie v. Commission of the European Communities; Dow Chemical, SA, and others v. Commission of the European Communities; Orkem v . Commission of the European Communities)., SA, and others v. Commission of the European Communities; Orkem v. Commission of the European Communities*).

Що ж до визначення підприємства як суб'єкта антимонопольного регулювання Суд ЄС указав:

1) статус некомерційної організації не є підставою виведення з-під дії законодавства ЄС про конкуренцію. Під дію антимонопольного права потрапляють підприємства публічного сектора і держави (*справи Eurocontrol, Servizi Ecologici Porta di Genova*);

2) підприємство - економічна спільність, що складається із сукупності людських, матеріальних і нематеріальних ресурсів, здатна порушити законодавство про конкуренцію ЄС (*справи Enichem Anic v. Commission; Shell v. Commission*);

3) у разі припинення діяльності юридичної особи та відсутності правонаступництва відповідальність може бути покладена на нове підприємство, яке експлуатує ті ж ресурси, що і підприємство-порушник (*справа Anic Partecipazioni*).

Визначаючи неприпустиму державну допомогу, Суд ЄС установив:

1) поняття «переваги, що надаються державою», визначається як будь-які блага для підприємств, на які воно не могло розраховувати при звичайному ході подій (*справа Banco Exterior de Espana*);

2) державна допомога може виражатися в сприянні торгівлі між державами-членами і в обмеженні надходження на свій ринок товарів з інших держав-членів. Коли держава надає допомогу підприємству, підприємства з інших держав-членів мають менше шансів у здійсненні експорту на територію відповідної держави (*справа French Republic v. Commission of the European Communities*).

Важливою є оцінка Судом ЄС особливостей процедури розгляду справ Європейською комісією, яка виразилася в такому: право на захист як фундаментальне право має дотримуватися не тільки в рамках адміністративної процедури, результатом якої може бути залучення особи до відповідальності, але і в ході попередніх процедур (*справи Solvay & Cie v. Commission of the European Communities; Dow Chemical, SA, and others v. Commission of the European Communities, SA, and others v. Commission of the European Communities*).

Ведучи мову про наявні механізми кооперації Суду ЄС із національними судами держав-членів, треба зазначити ще один занадто принциповий момент: Суд ЄС ніколи не висловлювався щодо дійсності національного права, навіть якщо воно суперечить праву ЄС, виходячи з того, що це не входить до його компетенції. Суд ЄС не вимагає від національних судів національний акт, що суперечить праву ЄС, а лише забороняє його застосовувати. Щодо його – це повноваження внутрішньої влади держави. Можна сказати, навіть більше – цей акт може бути застосований і далі, але лише до тих

правовідносин, які не входять до компетенції ЄС. Провести цю межу буває доволі складно, адже це перебуває вже в зоні відповідальності державної влади, а не лише судової. Якщо ж держава продовжує і надалі застосовувати цей акт до правовідносин, пов'язаних із правом ЄС, то вона буде нести відповідальність за порушення своїх зобов'язань відповідно до ст. 260 ДФЄС. Зважаючи на це, держави-члени частіше скасовують національні акти, що суперечать праву ЄС, або вносять у них відповідні зміни. Прикладом може слугувати рішення Суду ЄС у *справі Pigs and Bacon Commission v McCarren & Company*, яким Суд визнав систему накладення зборів на виробників свинини несумісною з організацією спільного ринку свинини, але лише у тій частині, яка стосувалася виплат у фонд від продажу бекону.

На пізньому етапі розвитку конкурентних норм у практиці Суду ЄС на перший план вийшли більш вузькі питання, які в силу своєї специфіки не могли і не повинні були бути врегульовані в договорах або актах Європейської комісії.

4. Моделі застосування аргументації Суду ЄС у сфері основоположних прав людини та захисту прав приватних осіб в Європейському Суді. Аргументація рішень Суду Справедливості необхідністю «правового захисту прав індивідів»

У рамках Європейського Союзу було створено новий міжнародний правопорядок, на користь якого держави обмежили свої суверенні права в певних сферах. Але найголовніше, що суб'єктами його права стали не тільки держави-члени, але й приватні особи. Саме тому виник унікальний для міжнародного права феномен, коли безпосередньо приватні особи все частіше використовують не національне право, а норми, створені в рамках міжнародної організації. Це вирізняє ЄС з-поміж інших міжнародних організацій. Ще в 1963 р. Суд Європейського Економічного Співтовариства, який є прообразом теперішнього Суду справедливості, у *рішенні Van Gend en Loos* зазначив: «Співтовариство являє собою новий міжнародний порядок, на користь якого держави обмежили свої суверенні права, хоча і в обмежених сферах, і суб'єктами якого є не лише держави-члени, але й їхні громадяни». Це рішення стало основоположним для послідовної практики Суду справедливості ЄС (далі – Суду ЄС) і визначило вектор формування спеціальної моделі ефективного захисту прав приватних осіб у межах ЄС.

Суд ЄС має доволі широку юрисдикцію, в рамках якої він виконує функції, покладені на нього установчими договорами ЄС.

Але більшість проваджень передбачають, що позивачами по них можуть бути лише інститути ЄС і держави-члени. Для приватних осіб можливості захисту своїх прав та інтересів доволі обмежені у порівнянні з позицією владних суб'єктів.

Це не означає незахищеність приватних осіб. Оскільки право ЄС стало невід'ємною частиною національних правопорядків держав-членів, тож коли мова йде про порушення права ЄС державами-членами або іншими приватними особами, то захист прав та інтересів має відбуватися згідно з національними правовими засобами, в тому числі у національних судах. Це відбувається так, що Суд ЄС тлумачить право, а національні судові органи застосовують його як таке, що стало органічною частиною правових систем держав-членів із моменту набуття членства держави в ЄС. Вводиться в дію це право саме національними судами як внутрішньодержавне право.

За висловом колишнього Генерального адвоката Суду ЄС лорда Г. Сліна (*G. Slynn*), «національні суди – це плацдарм правової системи Співтовариства та гарант застосування права Співтовариства через діалог із Судом ЄС».

При цьому варто зважати на те, що на держави-члени покладений обов'язок захищати право ЄС так само, як і національне право. Значний вплив на формування цього стандарту здійснила практика Суду ЄС. Стандарти захисту прав приватних осіб на національних рівнях Практика Суду ЄС свідчить, що, незважаючи на те, що національні суди наділені процесуальною автономією, вона не є абсолютною. Так, у рішенні по *справі Comet* Суд справедливості зазначив, що національні процесуальні норми, які спрямовані на реалізацію прав, наданих індивідам правом ЄС, мають бути не менш сприятливими, ніж ті, що спрямовані на реалізацію прав, даних національним правом. Також національні процесуальні норми не повинні застосовуватися, якщо вони роблять вищеназвані права практично неможливими для реалізації. Ці два положення, виведені в рішенні, стали відомі як принцип еквівалентності та принцип ефективності. Тож Суд ЄС дає тлумачення права ЄС, а національні суди мають застосовувати його найбільш ефективно.

Німеччина імплементувала цю Директиву так, що особи, постраждалі від статевої дискримінації у сфері найму, отримували відшкодування збитків за неї в такому розмірі, що її вистачало буквально на покриття витрат на пошту пересилку документів для

позову. Саме тому назвати таку компенсацію належною було неможливо.

Зважаючи на цю ситуацію, Суд справедливості зазначив, що приватні особи повинні мати, крім європейських засобів судового захисту, ще й ефективні національні. Для цього національні суди зобов'язані тлумачити та застосовувати національні норми, які імплементують європейські акти, відповідно до вимог права ЄС.

Тому національні суди повинні були призначати компенсацію адекватного розміру, а також гарантувати такі засоби відшкодування, як прийом на роботу жертв дискримінації та накладання штрафів на винуватців.

Рішеннями по цих справах Суд справедливості чітко встановив, що ефективність судового захисту в межах ЄС багато в чому залежить від національних судів. Крім того, національні суди мають тлумачити згідно із правом ЄС не тільки національні норми, які імплементують наднаціональні акти, але й національне законодавство, яке треба розглядати у контексті досягнення цілей ЄС. І хоча кожна держава-член установлює власні правила виплати компенсації за порушення права ЄС, але під впливом практики Суду національні норми зазнають впливу наднаціонального права.

Отже, у розглянутому випадку відбувається доповнення європейськими нормами норм щодо компенсації державою шкоди, завданої приватним особам, і взагалі національного права. Наведені справи стали фундаментальними ще й для визначення належності розміру відшкодування шкоди. Якщо звернутися до попередньої практики Суду справедливості щодо відшкодування шкоди в національних правових системах, то вона показує, що відшкодування вважалося належним відповідно до права ЄС до тих пір, доки національне право не робило дуже складним або практично неможливим отримання позивачем цього відшкодування. Суд ЄС установив додатковий критерій відшкодування шкоди має гарантувати реальний та ефективний судовий захист і має бути адекватним компенсації, яка вимагається.

Оскарження актів установ ЄС

По-перше, це прямий позов щодо акта інституту ЄС згідно з ч. 4 ст. 263 Договору про функціонування Європейського Союзу (ДФЄС). Це положення установчого Договору дає можливість розпочати судове провадження щодо перегляду законності законодавчих актів, актів Ради, Комісії та Європейського центрального банку, крім рекомендацій та висновків, а також актів Європейського Парламенту, органів, служб і агентств ЄС, що мають правові наслідки для третіх

сторін. Такі провадження порушуються залежно від випадку протягом двох місяців від дати оприлюднення акту чи його повідомлення позивачеві, або від дати, коли позивач дізнався про цей акт Підставою для такого позову про можуть бути: відсутність компетенції установи щодо прийняття оскаржуваного акта, порушення важливої процесуальної вимоги, порушення установчих договорів чи інших норм права ЄС або зловживання владою. Цікаво, що ст. 277 ДФЄС передбачила випадки, коли строк на оскарження акта був пропущений. Так, будь-яка сторона у провадженні, предметом якого є акт загального застосування, ухвалений інститутом, органом, агентством, може посилатися на підстави нелегітимності такого акта для того, щоб вимагати від Суду ЄС визнати цей акт таким, що неможливий для застосування. Приватні особи можуть порушити це провадження лише з метою захисту тільки своїх інтересів. Це означає, що оскаржувати приватні особи можуть лише акти, адресовані цій особі, або акти, що стосуються його безпосередньо та індивідуально. У зв'язку з цим приватні особи зазвичай називаються «непривілейованими» позивачами.

Не виникає непорозумінь у випадку, коли акт адресований конкретній особі або групі осіб. У всіх інших випадках приватні особи повинні доводити, крім існування підстав для оскарження, ще й існування двох умов: що оскаржуваний акт стосується їх безпосередньо та індивідуально. Ці умови характеризують так званий «кваліфікований зв'язок» акта з особою та існування у Загального суду юрисдикції *ratione personae*, тобто існування юрисдикції по відношенню до особи, яка ініціює справу. Практика показує, що Загальний суд дає рестриктивне тлумачення ст. 263 ДФЕС щодо цієї групи позивачів, намагаючись якомога звузити їх коло. Безпосередній вплив акта на приватну особу означає наявність причинного зв'язку між дією акта та його впливом на позивача. Ключове значення має існування проміжних ланок між дією акта і позивачем, якому цей акт неадресований. Цією ланкою може бути держава-член, якій цей акт адресований, а точніше, її обов'язок його імплементувати. Якщо така ланка існує, але акт миттєво не змінює положення приватної особи-позивача, то він не має безпосереднього впливу на останнього. Тобто виключається безпосередній вплив акта ЄС у разі, якщо він надає відповідні дискреційні повноваження державам-членам. За таких випадків оскаржувати можна імплементаційний акт і лише на національному рівні.

Якщо ж акт автоматично вступає в дію та не залежить від волі та дій держави-члена, то його безпосередній вплив наявний.

Так, у *справі Berlin Butter*, у рамках якого було оскаржено Рішення Комісії, що стосується продажу масла в Берліні, й адресованого Німеччині, позивач не зміг довести індивідуальний вплив акта на себе, і йому було відмовлено в розгляді справи Судом справедливості. Після цього позивач оскаржив національний імплементаційний акт відповідного Рішення в німецькому суді. Німецький суд, направив до Суду справедливості преюдиціальний запит щодо легітимність цього Рішення. Можна навести ще безліч прикладів того, як преюдиціальна процедура дозволила приватним особам оскаржувати регламенти та рішення загальної дії, які вони не мали можливості оскаржити через процедуру ст. 263 ДФЕС. Приблизно 85 % усіх справ, по яких подані преюдиціальні запити, стосуються суперечок індивідів з державними органами.

Можна зробити висновок, що, незважаючи на обмежені можливості приватних осіб у Загальному суді у процедурі оскарження актів інститутів ЄС, установчий договір і практика Суду ЄС створили гарантії ефективного судового захисту.

Так, у приватних осіб існує також непрямим засіб преюдиціального оскарження через національні суди за ст. 267 ДФЄС та шляхом вимоги від Суду незастосування нелегітимного акту відповідно до ст. 277 ДФЄС.

Таким чином Суд ЄС покладає основну частину обов'язку захисту прав індивідів на держави-члени та їх національні суди відповідно до принципу кооперації, закладеному ч.3 ст.4 Договору про ЄС.

У контексті цього, на думку Суду, держави-члени зобов'язані сприяти повноцінному захисту прав приватних осіб шляхом встановлення в національних правових системах комплексу право вих засобів і процедур, які гарантуватимуть право на їх ефективний судовий захист. Це означає, що національні суди мають тлумачити та застосовувати національне процесуальне право таким чином, щоб приватні особи мали можливість оскаржувати дії національних влад, які базуються на актах ЄС загального застосування. Національні суди мають дозволяти позивачам посилатися на нелегітимність акту ЄС при доказуванні незаконності дій влади або національних актів. Це свідчить про постійне поглиблення захисту прав приватних осіб Судом ЄС за рахунок різних механізмів – як наднаціональних, так і національних.

5. Модель правової аргументації у судовому процесі «Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protecciónde Datos, Mario Costeja González». та Google Францією перед Судом ЄС (TSUE) в Люксембурзі щодо права бути забутим (24.09. 2019)

Реалії сучасного цифрового суспільства яскраво свідчать про необхідність оновлення і трансформації системи особистих немайнових прав фізичної особи. Безспірним є той факт, що значна частина окремих людських і суспільних відносин сьогодні виходить із формату офф-лайн і переходить у формат он-лайн.

Підґрунтям виникнення й подальшого розвитку права на забуття традиційно прийнято вважати рішення Суду Справедливості Європейського Союзу (2014 рік) у справі «*Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protecciónde Datos, Mario Costeja González*». Згідно з означеним рішенням, Суд Європейського Союзу зобов'язав компанію Google видалити з пошукової системи інформацію стосовно примусового продажу нерухомості громадянина Іспанії *Mario Costeja González* у зв'язку з його заборгованістю із соціального забезпечення, що відбувся десять років тому.

Дискусійність та основна «проблематичність» означеного права виражається в тому, що воно знаходиться на межі двох особистих немайнових прав фізичної особи:

- з одного боку, це право на інформацію (що передбачає вільний доступ до неї та її відкритість і відсутність будь-якої цензури),
- а з іншого – право фізичної особи на приватність (повагу до приватного й сімейного життя та право на захист персональних даних, що закріплені в ст. ст. 7–8 Хартії Європейського Союзу про основні права)

З 2014 року право на забуття (англ. *right to before gotten*) фактично почало розвиватися і стало предметом численних дискусій у багатьох державах. На сучасному етапі Вікіпедія визначає його як право людини, що дозволяє їй вимагати за певних умов видалення своїх особистих даних із загального доступу через пошукові системи, тобто посилань на ті дані, які, на її думку, можуть завдати (або вже завдають) їй шкоди. Це стосується застарілих, недоречних, неповних, неточних або надлишкових даних чи інформації, законні підстави для зберігання якої зникли з плином часу.

Варто звернути увагу на те, що, розглядаючи справу іспанця, Суд Європейського Союзу проаналізував питання про баланс приватних і суспільних інтересів і визнав, що право на забуття може надаватися громадянину (фізичній особі) тільки в тому випадку, якщо відсутня

зацікавленість широкої спільноти в інформації про конкретну особу, а також якщо громадянин не відіграє особливу, значну й важливу суспільну роль. Програвши у справі з іспанцем, компанія Google з метою виконання рішення Суду Європейського Союзу, а також під примусом європейських регуляторів здійснила необхідні заходи з метою мінімізації судових позовів: запустила на власному веб-сайті спеціальну онлайн-форму заявки, за допомогою якої користувач може звернутися до пошукового сервісу із запитом про видалення приватної інформації про себе з пошукової системи.

При цьому, аналізуючи випадки задоволення таких запитів, можна зробити узагальнений висновок про необхідні (сприйняті Google) підстави для видалення інформації.

Як правило, такими підставами називають:

1. Давність обставин, що називаються в інформації (якщо брати за основу справу іспанця – не менше ніж 10 років). Хоча, наприклад, за проектом російського закону щодо права на забуття, така давність встановлюється в три роки).

2. Недостовірність або неактуальність інформації про особу. Тобто розміщена в інтернеті інформація або не відповідає дійсності, або хоча й відповідає дійсності, але є не важливою на сучасному етапі.

3. Суспільна зацікавленість в інформації про особу. Ця підстава є найбільш складною для визначення. Вона випливає з того, яку роль у суспільному житті відіграє та чи інша людина й, відповідно, яке місце вона посідає в соціумі. Так, консультативна рада Google зазначила, що в контексті права на забуття можна виділити три групи суб'єктів, які можуть звернутися з вимогою про видалення інформації з пошукової системи.

Однак вирішення питання обов'язково буде залежати від суспільної ролі, яку відіграє та чи інша людина, а саме:

1. Суб'єкти, що не відіграють помітної ролі в суспільному житті (соціально та суспільно неактивні або малоактивні). Для таких людей видалення інформації може бути цілком виправданим, бо не порушує інтересів (зацікавленості) суспільства і громадськості загалом.

2. Особи, що мають чітко визначену соціальну й суспільну роль, наприклад, політичні діячі, керівники, релігійні лідери, зірки спорту та шоу-бізнесу. У силу їхньої публічності й вагомої суспільної ролі доступ до інформації про них не має бути обмежений. Інтереси громади та суспільства в такому випадку переважають над інтересами однієї приватної особи. Коли людина обирає для себе шлях публічності, вона повинна усвідомлювати зацікавленість громадськості в будь-якій інформації щодо неї.

3. Особи, що відіграють специфічну або обмежену роль у громадському та суспільному житті. Наприклад, директор школи, державний службовець, тощо. Видалення даних із мережі про таких осіб буде залежати від змісту самої інформації та її значення для суспільства.

За даними Google (на 2018 рік), із моменту появи вказаного рішення компанія отримала 860 141 запит на видалення інформації з пошукової системи. Вона задовольнила 45% із них і видалила 3 404 922 посилання в інтернеті. Звертає на себе увагу той факт, що кількість запитів на видалення інформації щоденно зростає й, відповідно, постає питання про компетенцію пошукового сервісу щодо оцінювання розміщеної інформації та її видалення. Можливо, цими питаннями повинна займатися окрема правова структура, що буде перевіряти підстави й установлювати факт порушення права на забуття. Натепер практика реалізації права на забуття набирає глобального світового поширення, що призвело до голосних та емоційних дискусій між користувачами інтернету й пошуковими системами (Google, Яндекс тощо), які зводяться фактично до принципового вирішення питання про обов'язок чи право видаляти інформацію стосовно людини за її запитом і за наявності означених вище вимог. Крім того, приводом для дискусій (і в тому числі для судових спорів) стало також питання територіальності поширення право на забуття.

Так, із моменту своєї появи означене право визнавалося таким, що діє на території Європейського Союзу, тому фактично компанія Google не видаляла інформацію зі світової мережі, а лише встановлювала геолокаційні обмеження (тобто інформація була недоступною з IP-адрес, що знаходилися на території ЄС). Однак, як зазначали спеціалісти, за межами ЄС або за допомогою VPN з такою інформацією можна було ознайомитися.

У 2018 році Франція звернулася в Суд ЄС із позовом про видалення інформації зі світової мережі (а не тільки з пошукових систем країн ЄС). Однак у відповідь компанія Google зазначила, що видалення інформації зі світової мережі варто вважати своєрідною цензурою інтернету, а інтернет створений саме для поширення інформації й обміну нею, а компанія Google – це пошуковик, а не орган світової цензури.

24.09.2019 Google виграв судовий процес із Францією перед Судом ЄС (TSUE) в Люксембурзі щодо права бути забутим.

Згідно з рішенням Суду, це право поширюється тільки на версію пошукової системи в державах-членах ЄС, але не за межами ЄС. Суд також ухвалив, що ця справа не є універсальною, а право на забуття –

абсолютним: рішення в аналогічних справах виноситимуться на основі конкретних обставин, щоб виключити їх протиріччя з фундаментальними правами людини (свободи слова і друку): принцип *a case-by-caseassessment*.

У сучасних умовах право на забуття можуть реалізовувати люди (фізичні особи), що живуть на території Європейського Союзу. Громадянин США, що живе в Європі, може скористатися європейською формою запиту на видалення. А ось європеєць, що проживає за межами ЄС і має IP-адресу іншої країни, – ні.

Аналізуючи процес виникнення, формування та розвитку права на забуття на думку, в черговий раз доходять питання щодо спроможності права врегулювати інтернет-відносини в класичному розумінні правового регулювання. Періодично складається враження, що поки країни приймають законодавчі акти з питань регулювання й захисту тих чи інших інтернет-відносин, спеціалісти створюють способи та знаходять методи, як саме таке правове регулювання можна обійти.

Право на забуття має свої межі

Зокрема, межі Європейського Союзу. Європейський суд погодився з Google у суперечці з Францією. Європейські офіційні особи визнали, що право бути забутим не повинно застосовуватися у глобальному масштабі. Це означає, що посилання, які ви хочете видалити з пошуку Google, з нього зникнуть, але тільки в межах Європейського Союзу. Поза ними вони можуть далі «гуляти» на свободі.

Право бути забутим було встановлене у 2014 р. Відтоді громадяни Європейського Союзу можуть вимагати у Google видалення певних сторінок зі своєї пошукової системи. Компанія повинна виконати цей запит, якщо мова йде про хибну, неактуальну або застарілу інформацію. За останні 5 років Google отримав понад 800 тис. звернень цього типу. У 45% він їх прийняв, хоча це не завжди обходилося без втручання суду. Найважливіша суперечка в цьому питанні почалася вже у 2015 р.

У той час французька CNIL (Національна комісія з інформатики та свободи) намагалася змусити Google повністю видалити інформацію з результатів пошуку, якій було надано право бути забутою. Google не виконав цю рекомендацію. Замість видалення записів він використовував геоблокування. Таким чином, вони існували та відображалися в результатах пошуку, але не в ЄС. Це не задовольнило французьких чиновників, які продовжували наполягати на тому, що посилання мають бути видалені в усьому світі.

Справа була передана до TSUE, після того як 10.03.2016 р. французький орган із захисту даних CNIL призначив Google штраф у розмірі 100 тис. євро, коли компанія відмовилася видаляти посилання на прохання особи, яка претендує на право забуття, на всі розширення доменного імені своєї пошукової системи. Google попросив Державну раду Франції (*Conseil d'Etat*) — орган, що переглядає урядові правові акти на їх законність.

Державна рада хотіла визначити, чи слід тлумачити положення закону ЄС про захист персональних даних таким чином, що в ситуації, коли оператор пошукової системи приймає запит на видалення посилань, він зобов'язаний видалити ці посилання з усіх версій своєї пошукової системи, чи він зобов'язаний видаляти посилання лише з версій пошукових систем, які відповідають усім країнам-членам.

Право на забуття викликає більше проблем

У своїх аргументах члени трибуналу підкреслили, що це рішення має забезпечити баланс між захистом конфіденційності та особистих даних і свободою доступу до інформації. Хоча Франція стверджувала, що заблоковані результати пошуку можна легко обійти за допомогою VPN, тому де-факто геоблок нічого не дає, це не переконало чиновників ЄС. Замість цього вони поставилися більш прихильно до аргументів Google, що такий закон створить небезпечний прецедент. За словами компанії, якби інші країни встановили аналогічні закони, то вони могли б з ними піддавати цензурі інтернет. Дійсно, в цьому щось є.

Це не всі проблеми з правом на забуття

Законодавець зазначив, що інформація, яка є помилковою, нерелевантною або застарілою, повинна бути вилучена. Важко не помітити, що це не найточніше визначення в історії правових актів. На початку року преса вже писала про те, що лікар з Нідерландів виграв справу щодо видалення з результатів пошуку Google сторінки, яка все ще повідомляла про її припинення, хоча вона була відкликана. Google не хотів видаляти це посилання, оскільки вважав, що ця інформація, як і раніше, є актуальною для пацієнтів. Суд не погодився з цим аргументом.

Перемога свободи слова

У повідомленні концерну Google, надісланому PAP, представник Google з питань конфіденційності Пітер Флейшер написав, що компанія інтенсивно працює з 2014 р., впроваджуючи в Європі право бути забутим, а також підтримуючи баланс між правом на інформацію та конфіденційністю.

«Ми раді, що Суд підтримав наші аргументи, та вдячні незалежним правозахисним органам, асоціаціям та багатьом іншим в усьому світі, які подали свої висновки з цього приводу до Суду», — додав Флейшер.

За словами представників групи активістів Article 19, рішення (винесене TSUE — прим. ред.) є перемогою свободи слова у світі. Як заявив Томас Х'юз, процитований Bloomberg, «суди або органи захисту даних у Великобританії, Франції чи Німеччині не повинні визначати, які результати пошуку бачать користувачі інтернету в Америці, Індії чи Аргентині».

Звичайно, попереду ще багато битв за право на забуття, хоча щойно прийняте рішення здається одним з найбільш важливих і важких для прийняття.

Подальше впровадження в Україні європейської моделі права на забуття пов'язане з відносинами інтеграції та асоціації України та ЄС.

6. Аргументація рішення у справі Kadi. Аргументація рішення Європейського Суду Справедливості про тлумачення Регламенту261/2004/ЄС

Рішення у справі *Kadi* (справи С-402/05 Р і С-415/05 Р), яке Суд ЄС виніс 3 вересня 2008 р., є знаковим у сфері захисту прав людини і стосується санкцій, накладених Організацією Об'єднаних Націй (ООН) на осіб, а також взаємозв'язку між нормами міжнародного права та європейського права (права Європейського співтовариства і Союзу та міжнародного права). Суд ЄС захистив права заявників п. Каді і Міжнародного фонду Аль-Баракат, рішення Суду першої інстанції від 21 вересня 2005 р. (справи Т-306/01 і Т-315/01).

Суд ЄС оспорюваний Регламент ЄС (Регламент Ради (ЄС) № 881/2002 від 27 травня 2002 р. про вжиття обмежувальних заходів, спрямованих проти осіб та організацій, пов'язаних з Усамою бен Ладеном, Аль-Каїдою і Талібаном, який скасовує Регламент Ради (ЄС) № 467/2001) (п. 9), котрий запроваджував обмежувальні заходи, зокрема, стосовно заявників. Суд ЄС також встановив, що положення вказаного регламенту будуть виконуватись протягом певного періоду, що дасть можливість Раді ЄС виправити виявлені порушення. Обставини справи 15 жовтня 1999 р. Рада Безпеки ООН прийняла Резолюцію 1267 від 15 жовтня 1999 р. стосовно Афганістану, в якій містилась вимога до Талібану видати Усаму бен Ладена країні, де він буде арештований і притягнутий до відповідальності.

Із метою забезпечення дотримання цієї вимоги встановлювалось, що всі держави повинні заморозити кошти та інші фінансові ресурси,

що належать або контролюються безпосередньо чи опосередковано Талібаном або будь-якими організаціями, що належать і контролюються Талібаном. Було засновано Комітет із санкцій, до складу якого увійшли всі члени Ради Безпеки. У зв'язку з цим Рада ЄС ухвалила Спільну позицію (Спільна позиція 1999/727/CFSP від 15 листопада 1999 р., п. 1 щодо обмежувальних заходів стосовно Талібану).

На підставі статей 60, 301 Договору про заснування ЄС Рада ЄС прийняла Регламент Ради (ЄС) № 337/2000 від 14 лютого 2000 р., п. 1 про заборону польотів і заморожування коштів та інших фінансових ресурсів Талібану в Афганістані. Резолюція Ради Безпеки ООН 1333 від 19 грудня 2000 р. покладала на Комітет із санкцій обов'язок сформувати список фізичних і юридичних осіб, пов'язаних із Усамою бен Ладеном, у тому числі з організацією Аль-Каїда. Із метою імплементації цієї резолюції Рада ЄС ухвалила Спільну позицію Ради 2001/154/CFSP від 26 лютого 2001 р. щодо додаткових обмежувальних заходів стосовно Талібану, яка змінює Спільну позицію 96/746/CFSP, п. 27, а згодом і Регламент Ради (ЄС) № 467/2001 від 6 березня 2001 р. про заборону експорту певних товарів та послуг до Афганістану, посилення заборони щодо перельотів та продовження терміну заморожування коштів та інших фінансових ресурсів, пов'язаних з Талібаном в Афганістані, який скасовує Регламент № 337/2000, п. 1. Додаток I містив перелік осіб та організацій, на яких поширювались обмеження у вигляді заморожування коштів. Після того, як Комітет із санкцій опублікував два доповнення до складеного ним списку від 17 жовтня і 9 листопада 2001 р., які містили імена заявників Ясин Абдулла Каді (Yassin Abdullah Kadi) та Міжнародного фонду АльБаракат (Al Barakaat International Foundation), до списку, який міститься у Додатку I до регламенту ЄС, були внесені відповідні зміни (у справі п. Каді Регламентом Ради (ЄС) № 2062/2001). Наступна Резолюція Ради Безпеки ООН 1390 від 28 січня 2002 р., по суті, передбачала продовження дії заходів щодо заморожування коштів. Вказана резолюція була імплементована на рівні ЄС шляхом ухвалення Спільної позиції Ради 2002/402/CFSP від 27 травня 2002 р. про обмежувальні заходи проти Усами бен Ладена, членів Аль-Каїди і Талібану та інших осіб, груп, установ і організацій, пов'язаних із ними, п. 4, та Регламенту ЄС № 881/2002. Регламент ЄС № 881/2002 був прийнятий на підставі статей 60, 301 і 308 ЄС. Вказаний регламент був оскаржений у справі Kadi. Стаття 2 (1) цього регламенту вказує: «Усі кошти і економічні ресурси, що належать або є у власності фізичних або юридичних осіб, груп або організацій, встановлених Комітетом із санкцій та перерахованих у Додатку I, повинні бути заморожені».

Інші положення регламенту передбачали, що особам, переліченим у Додатку I, забороняється доступ до коштів та економічних ресурсів, які дозволили б їм отримати товари чи послуги. Додаток I до Регламенту ЄС № 881/2002 містив перелік фізичних і юридичних осіб, у тому числі й імена обох заявників, на яких поширюється дія санкцій.

Згодом Резолюція Ради Безпеки ООН 1452 від 20 грудня 2002 р. встановила низку винятків щодо вжиття заходів із заморожування коштів, які могли надаватись державами за умови надання на це згоди Комітету ООН із санкцій. Ця резолюція була імплементована на рівні ЄС шляхом прийняття Радою Спільної позиції 2003/140/CFSP від 27 лютого 2003 р. стосовно винятків із вжиття обмежувальних заходів, запроваджених Спільною позицією 2002/402/CFSP, п. 62, Регламентом Ради (ЄС) № 561/2003 від 27 березня 2003 р. в частині внесення до нього змін стосовно винятків із вжиття заходів із заморожування коштів та економічних ресурсів, і Регламентом (ЄС) № 881/2002 стосовно вжиття обмежувальних заходів, спрямованих проти осіб і організацій, пов'язаних з Усамою бен Ладеном, Аль-Каїдою і Талібаном, п. 1. Стадії судового розгляду У заяві від 18 грудня 2001 р. до Суду першої інстанції п. Каді вимагав Регламентів ЄС № 2062/2001 і № 467/2001 у частині, що їх стосувалась, а також ухваленого рішення, що покладає на відповідачів виплату витрат. Сполученому Королівству було дано дозвіл виступити на підтримку відповідачів, Ради ЄС та Комісії ЄС, в Суді першої інстанції (п. 47).

Наступне твердження стосовно того, що регламент було ухвалено із перевищенням повноважень (ultra vires), було відхилено, коли заяву було змінено і спрямовано проти пізніше прийнятого на підставі статей 60, 301, 308 Договору про заснування ЄС Регламенту № 881/2002 від 27 травня 2002 р., який скасовував Регламент № 467/2001 зі змінами, внесеними Регламентом № 2062/2001.

Проте Суд першої інстанції ухвалив рішення розглянути, чи мала Рада ЄС повноваження ухвалювати регламент на вказаній правовій підставі (п. 61). Суд першої інстанції виявив, що, вдаючись до додаткової правової підстави (ст. 308 Договору про заснування ЄС), Рада ЄС не перевищила рамки повноважень ЄС за свої межі відповідно до положень Договору про заснування ЄС (п. 134). Стосовно клопотань заявника про порушення основних прав Суд першої інстанції ухвалив, що ЄС був пов'язаний положеннями чинного Договору про заснування ЄС стосовно дотримання державами-членами зобов'язань на рівні ООН, та був зобов'язаний імплементувати резолюції Ради Безпеки (пункти 192 і 207).

Тому Суд відкинув аргумент, що правопорядок ЄС існує незалежно від ООН та керується власними нормами права (п. 208). Таким чином, межі розгляду таких резолюцій Судом першої інстанції було обмежено до порушення положень jus cogens (п. 231). Застосовуючи цей критерій, Суд першої інстанції виявив, що жодне із можливих порушень прав людини не становить порушення положень jus cogens.

Генеральний адвокат П. Мадуро (P. Maduro) представив Окрему думку від 16 січня 2008 р. стосовно того, що Суд повинен відхилити рішення Суду першої інстанції і оспорюваний регламент у частині, що стосується п. Каді. Генеральний адвокат вказав, що Суд першої інстанції допустив помилку в праві, вказавши, що ст. 308 Договору про заснування ЄС є частиною правової підстави прийняття регламенту (пункти 11–16), а суди Співтовариства мають обмежену юрисдикцію для розгляду оспорюваного регламенту (пункти 17–40).

Було вка зано, що оспорюваний регламент порушував права п. Каді на майно, його право бути заслуханим і право на справедливий судовий розгляд. Відсутність незалежного судового розгляду справи п. Каді порушує його основні права і неприйнятне в рамках Співтовариства, яке засноване на принципі верховенства права.

Отже, регламент слід було переглянути в частині, в якій він стосується п. Каді (пункти 41–55). Суд ЄС розглядав справу п. Каді спільно зі справою юридичної особи Міжнародного фонду Аль-Баракат (C-415/05), який також було внесено до переліку, що міститься у Додатку I до Регламенту ЄС № 881/2002. Пан Каді і Міжнародний фонд Аль-Баракат звернулись до Суду із вимогою відповідних рішень Суду першої інстанції (T-315/01 і T-306/01), визнання недійсності оспорюваного регламенту та покладення витрат, які понесли сторони при розгляді справи Судом першої інстанції, на Раду та/або Комісію (пункти 107 і 108). Рада ЄС, Комісія ЄС, Сполучене Королівство, Королівство Іспанія, Французька Республіка і Королівство Нідерланди стверджували, що Суд повинен відхилити апеляційні скарги заявників і покласти на заявників зобов'язання оплатити понесені витрати (пункти 109–115). Пан Каді вказує на відсутність правових підстав та зазначає, що Суд першої інстанції допустив помилку вказавши, що статті 60 і 301 Договору про заснування ЄС можуть розглядатися в якості правових підстав ухвалення регламенту. Пан Каді зазначає, що Суд першої інстанції не пояснив, яким чином вказані положення, а також ст. 308 Договору про заснування ЄС можна вважати правовими підставами, оскільки вони містять тільки обмежувальні заходи, спрямовані проти окремих осіб і недержавних утворень. Суд першої інстанції хибно тлумачив ст. 301

Договору про заснування ЄС, оскільки стаття не передбачає права вживати заходи, спрямовані на досягнення мети Договору про заснування ЄС.

Суд першої інстанції неправильно визначив межі застосування ст. 308 Договору про заснування ЄС внаслідок помилкового тлумачення цілей ЄС, що також несумісне зі ст. 5 Договору про заснування ЄС (пункти 123–125). Стосовно порушення основних прав п. Каді стверджував, що Суд першої інстанції сплутав питання про вищу юридичну силу зобов'язань держав в рамках ООН (ст. 103 Статуту ООН) з окремим питанням про обов'язкову силу резолюцій Ради Безпеки (ст. 25 ООН Статуту).

Пан Каді стверджував, що Суд першої інстанції припустився помилки, стверджуючи, що розділ VII автоматично визначає компетенцію членів ООН. Суд першої інстанції допустив помилку, коли постановив, що не має повноважень для розгляду розділу VII (пункти 252–253). Той факт, що Радою Безпеки не було створено незалежний міжнародний суд, який розглядає індивідуальні рішення ООН, не означає, що державам-членам було заборонено створення відповідної установи для здійснення правового захисту (п. 254). Міжнародний фонд Аль-Баракат стверджував, що Суд першої інстанції допустив помилку, inter alia, коли стверджував, що статті 60 і 301 Договору про заснування ЄС можуть стосуватися цілей, поставлених перед ЄС. Суд також допустив помилку, коли ухвалив, що оспорюваний регламент відповідає вимогам загального застосування, викладеним у ст. 249 Договору про заснування ЄС, оскільки дія вказаного регламенту поширювалась на осіб, які можуть володіти коштами зазначених у переліку осіб, замість того, щоб поширюватись на осіб, кошти яких були заморожені (пункти 237 і 238).

Міжнародний фонд Аль-Баракат також піддав критиці зауваження Суду першої інстанції про взаємозв'язок між міжнародним правопорядком та правопорядком Співтовариства. Щоб мати юридичну силу для осіб, норми, ухвалені ООН, повинні були бути імплементовані відповідно до чинного законодавства. Немає жодних правових підстав для встановлення спеціального статусу резолюцій Ради Безпеки (пункти 259 і 260).

Висновки і аргументація Суду

Суд ухвалив рішення 3 вересня 2008 р. яким:

1. скасував рішення Суду першої інстанції від 21 вересня 2005 р. (Т-315/01 і Т-306/01).

2. Визнав таким, що втратив чинність, Регламент Ради № 881/2002 від 27 травня 2002 р. в частині, що стосується п. Каді і Міжнародного фонду АльБаракат.

3. Дія Регламенту № 881/2002 у частині, що стосується п. Каді і Міжнародного фонду Аль-Баракат, продовжується на період, який не повинен перевищувати трьох місяців поспіль з дати ухвалення рішення. Суд підтвердив, що Рада мала повноваження прийняти регламент на підставі статей Договору про заснування ЄС, а саме статей 60, 301 і 308.

У цьому контексті Суд відхилив доводи Комісії стосовно того, що статті 60 і 301 Договору про ЄС будуть належною правовою підставою, зокрема, Суд вказав, що ці положення згідно з їх формулюванням стосуються винятково вжиття заходів щодо третіх країн (пункти 165–178). Звернення до ст. 308 Договору про заснування ЄС було можливим, оскільки Договір про заснування ЄС не надавав необхідних повноважень для прийняття оспорюваного регламенту (пункти 179–193). Але ст. 308 Договору про заснування ЄС не може бути використана в якості єдиної правової підстави, оскільки заходи, передбачені оспорюваним регламентом, підпадають під дію статей 60 і 301 Договору про заснування ЄС додатково до ст. 308 Договору про заснування ЄС (пункти 211–217). Суд першої інстанції допустив помилку, коли встановив наявність зв'язку між діями Співтовариства згідно зі статтями 60 і ст. 301 і цілями Договору про заснування ЄС, що пояснює звернення до ст. 308 Договору про заснування ЄС. Ні формулювання, ні структура положень Договору про заснування ЄС не дають жодної підстави для вказаної точки зору (пункти 194–204). Суд першої інстанції допустив помилку, коли ухвалив, що боротьба з тероризмом була однією з цілей Співтовариства в світлі ст. 308 Договору про заснування ЄС. Скоріше можна говорити про неявну мету статей 60 і 301 Договору про заснування ЄС, яка полягала у тому, щоб уможливити прийняття зазначених обмежувальних заходів за допомогою інструменту Співтовариства для обґрунтування застосування ст. 308 Договору про заснування ЄС (пункти 222–227). Хоча Суд першої інстанції і допустив помилки у своїх висновках, повноваження Ради прийняти регламент можуть ґрунтуватись на інших законних підставах, тобто досягненні цілей Співтовариства, а відтак підста ви для оскарження законності прийняття регламенту повинні бути відхилені як необґрунтовані (пункти 232–236). Крім того, хоча особи, на яких поширюються обмежувальні заходи, були безпосередньо зазначені у регламенті, його положення, як і раніше, підлягають загальному застосуванню за змістом ст. 249 Договору про заснування ЄС і можуть бути визначені як регламент, оскільки заборона виділення коштів особам, зазначеним у списку, була адресована тим, хто може володіти такими коштами (пункти 237–247).

Тим не менше, Суд встановив, що Суд першої інстанції допустив помилку в праві, ухваливши, що суди Співтовариства, в принципі, не мали юрисдикції розглядати законність оспорюваного регламенту. Співтовариство ґрунтується на законності. Ні його держави-члени, ні його інститути не можуть уникнути встановлення відповідності їх дій основним положенням Хартії, Договору про заснування ЄС. Міжнародні угоди не можуть впливати на автономію правової системи Співтовариства. Умовою законності актів Співтовариства є повага прав людини, які є невід'ємною частиною загальних принципів права, дотримання котрих забезпечується Судом. Суд підкреслив, що перевірка законності, яка забезпечується судами Співтовариства, поширюється на акти Співтовариства, метою яких є введення в дію міжнародної угоди, а не на саму міжнародну угоду. Таким чином, ухвалене судом Співтовариства рішення, яке вказує що призначені для імплементації резолюції Ради Безпеки заходи Співтовариства суперечать принципу верховенства права в правопорядку Співтовариства, не створює жодних перешкод визнання вищої юридичної сили цієї резолюції в міжнародному праві (пункти 281–288). Також не виключено здійснення перегляду з огляду на застосування принципів, що регулюють взаємодію міжнародного правопорядку та правопорядку Співтовариства. ЄС зобов'язаний дотримуватися міжнародного права у здійсненні своїх повноважень.

Таким чином, якщо метою була імплементація резолюції Ради Безпеки, прийнятої на підставі розділу VII Статуту ООН, Співтовариство, при вжитті заходів повинно належним чином враховувати умови і цілі самої резолюції. Для цілей тлумачення оспорюваного регламенту Співтовариство має розглянути також формулювання і цілі Резолюції 1390 (2002). Тим не менш, Статут ООН залишив на розсуд членів Організації Об'єднаних Націй вибір однієї з можливих моделей перенесення положень резолюції в їхні внутрішні правові системи. Тому в міжнародному правопорядку не виключається судовий розгляд законності оспорюваного регламенту в силу того, що він імплементує резолюцію Ради Безпеки, прийняту на підставі розділу VII Статуту ООН. Договір про заснування ЄС не містить підстав для заборони вжиття Співтовариством вказаних заходів (пункти 290–300).

Перегляд цієї справи також не виключається з інших причин. Стаття 307 Договору про заснування ЄС, яка встановлює можливість відступу навіть від положень первинного права, та ст. 297 Договору про заснування ЄС не дозволяють жодних відхилень від принципів свободи, демократії, поваги прав людини, які є частиною самої основи правопорядку Співтовариства. Ст. 300 (7) Договору про заснування ЄС

не забороняє здійснення перегляду, оскільки вища юридична сила, яку ця стаття закріплює за міжнародними угодами над вторинним правом ЄС, ніколи не поширюватиметься на первинне право, зокрема у сфері прав людини. Не було жодних причин утримуватися від перегляду тільки тому, що оспорюваний регламент також мав на меті імплементацію резолюції Ради Безпеки відповідно до розділу VII Статуту ООН, оскільки перегляду в рамках автономного правопорядку ЄС не можуть перешкоджати положення міжнародної угоди.

Перегляд в рамках Комітету Організації Об'єднаних Націй із санкцій не створює імунітету від юрисдикції, оскільки це є несправедливим, тому що процедура перегляду не забезпечує гарантій судового захисту (пункти 290–330). Суд дійшов висновку, що суди Співтовариства зобов'язані забезпечити перегляд, в принципі, повний розгляд законності всіх актів Співтовариства з огляду на основні права, які є невід'ємною частиною загальних принципів права Співтовариства (п. 326). У рішенні стосовно заяв п. Каді і Міжнародного фонду Аль-Баракат Суд дійшов висновку про наявність порушень прав людини з огляду на фактичні обставини, пов'язані із внесенням імен заявників до списку осіб та організацій, чиї кошти повинні бути заморожені, зокрема права на захист, права бути заслуханим і права на справедливий судовий розгляд. Справедливість судового перегляду передбачає зобов'язання органів Співтовариства повідомити фізичній або юридичній особі підстави вжиття щодо них заходів, або до ухвалення рішення про їх застосування, або якнайшвидше після прийняття такого рішення, щоб особа або організація могли у встановлені строки скористатись своїм правом на пред'явлення позову і надати судам Співтовариства можливість здійснити справедливий розгляд (пункти 336 і 337).

Суд визнав, що попереднє повідомлення про підстави поставить під загрозу ефективність заходів щодо заморожування коштів та економічних ресурсів, які повинні бути несподіваними і застосовуватися відразу ж. Також, з тих же причин, органи Співтовариства не зобов'язані заслухати осіб, імена яких були внесені до списку (пункти 338–341). Тим не менш, в оспорюваному регламенті не передбачено процедури повідомлення підстав, які обґрунтовують внесення імен відповідних осіб до списку або під час, або після їх внесення. Рада не повідомила п. Каді і Міжнародному фонду Аль-Баракат підстави прийняття рішення про внесення їх імен до списку.

Порушення прав п. Каді і Міжнародного фонду Аль-Баракат на захист, зокрема їх права бути заслуханим, також спричинило

порушення права на правовий захист, оскільки заявники не мали можливості захистити свої права в належних умовах, перш ніж суди Співтовариства мали можливість здійснити перегляд, тому що Рада не надала жодних доказів (пункти 345–353).

Крім того, Суд дійшов висновку, що заморожування коштів було необгрунтованим обмеженням майнового права п. Каді. Суд визнав, що обмежувальні заходи, запроваджені регламентом, обмежували вказане право. Суд також зазначив, що важливість цілей, поставлених регламентом, виправдовує негативні наслідки, навіть істотного характеру, і підкреслив, що компетентні національні органи можуть розморозити кошти, необхідні для покриття основних витрат (оплата оренди, витрати на медичне обслуговування тощо). Суд визнав, що оспорюваний регламент було прийнято без надання будь-яких гарантій, які б дозволяли п. Каді передати свою справу на розгляд компетентних органів. Проте вказані гарантії були необхідними для забезпечення дотримання майнових прав.

У результаті, Суд переглянув регламент Ради в частині, в якій він стосується п. Каді і Міжнародного фонду Аль-Баракат (пункти 354–372).

Тим не менше, Суд визнав, що негайне прийняття регламенту може завдати серйозної шкоди ефективності обмежувальних заходів, оскільки до внесення змін до регламенту особа або відповідна організація можуть вчинити дії з метою недопущення повторного вжиття заходів із заморожування коштів. Крім того, Суд зазначив, що в рамках справи вжиття заходів стосовно п. Каді і Міжнародного фонду АльБаракат є виправданим.

У результаті, Суд продовжив дію положень регламенту на строк не більше трьох місяців із дня ухвалення рішення із тим, щоб Рада мала можливість усунути виявлені порушення (пункти 372–376).

Оцінка та відповідність Справа Kadi — перша, в якій Суд ЄС розглядав регламент, метою якого є імплементація санкцій ООН проти конкретних осіб, визначених ООН. Вона відрізняється в цьому плані від справ, які раніше розглядав Суд ЄС. У цій справі Суд ЄС мав ознайомитися з регламентом ЄС, який згідно положенням Резолюції Ради Безпеки ООН 1373 від 28 вересня 2001 р. запроваджував санкції щодо осіб, які підозрювались у тероризмі. Це також перша справа, коли Суд ЄС регламент, метою якого була імплементація реалізації резолюції Ради Безпеки ООН. Після ухвалення вказаного рішення Суд першої інстанції дотримувався його положень у справі Othman (справа T-318/01 *Othman v. Council*, п. 37).

Шляхом застосування стандартів, встановлених Судом ЄС у справі Kadi, Суд ЄС підтвердив свою позицію в об'єднаних справах Hassan і Ayadi, п. 2. Відповідно до рішення Суду Комісія ЄС повідомила причини внесення імен п. Каді і Міжнародний фонд Аль-Баракат до списку і надала їм можливість висловити свої зауваження із цього питання.

Після отримання та перевірки зауважень Комісія ЄС прийняла Регламент Комісії (ЄС) № 1190/2008 від 28 листопада 2008 р., який вносив зміни в Регламент Ради (ЄС) № 881/2002 про вжиття обмежувальних заходів, спрямованих проти осіб та організацій, пов'язаних з Усамою бен Ладеном, Аль-Каїдою і Талібаном, п. 25, в якому було вирішено оновити список заявників. Пан Каді негайно пред'явив позов проти цього Регламенту до Генерального суду (п. 29).

Генеральний суд скасував цей регламент у частині, що стосувалася п. Каді через порушення його права на захист і права на ефективний судовий розгляд та майнове право. На рівні ООН Рада Безпеки прийняла Резолюцію 1904 від 17 грудня 2009 р., яка передбачала посаду омбудсмена, який може здійснити виключення зі списку особи за її безпосереднім запитом. Проте омбудсмен, вивчивши всі обставини справи, тільки надає Комітету із санкцій основні аргументи про запити стосовно виключення зі списку. Омбудсмен не може приймати остаточні рішення щодо виключення зі списку, що є обов'язком Комітету із санкцій.

Рішення має важливе значення, оскільки підтверджує захист прав людини в рамках ЄС, а також здійснення захисту прав на рівні ООН. Рішення є актуальним, оскільки містить зауваження Суду про взаємозв'язок між європейським і міжнародним правом.

Генеральний адвокат в окремій думці сформулював, що за наявності дієвого механізму судового контролю на рівні ООН, Співтовариство могло б бути позбавлене обов'язку забезпечувати судовий контроль. Це твердження розглядалось як натяк на взаємодію міжнародного та європейського правопорядку, втілену в ідеї «Solange» Федерального конституційного суду Німеччини стосовно вирішення питання захисту прав людини на національному рівні та рівні ЄС. Суд ЄС здійснив повний аналіз регламентів, прийнятих на підставі резолюцій ООН стосовно вжиття санкцій щодо осіб лише у тих випадках, коли належний рівень захисту прав людини не був встановлений на рівні ООН. Проте це положення не було зазначено у рішенні Суду ЄС. Заходи із захисту прав людини, що полягає у виключенні осіб зі списків на рівні ООН, матиме перевагу в тому, що особи, внесені до списку, будуть виключені з нього «у всьому світі».

Взаємодія може ґрунтуватись винятково на принципах співпраці і взаємної поваги між різними правопорядками.

Аргументи на захист менш сприятливого ставлення за європейським антидискримінаційним правом

За певних обставин ЄСС і ЄСПЛ встановлюють наявність дискримінаційного поводження, однак визнають його прийнятним. За формою їхні підходи до аргументів на користь прийнятної дискримінації відрізняються, однак по суті вони дуже подібні. В європейському антидискримінаційному праві трапляються як загальні, так і більш спеціальні, сформульовані за допомогою обмежувальної лексики аргументи на захист дискримінаційного поводження. Так, ЄСПЛ використовує загальний підхід до випадків прямої і непрямої дискримінації. Натомість, ЄСС застосовує тільки обмежувальний, спеціальний підхід до випадків прямої дискримінації і тільки загальний підхід – до випадків непрямої дискримінації. Іншими словами, за антидискримінаційними директивами ЄС дискримінація може бути виправдана виключно тоді, коли це необхідно для досягнення конкретних цілей, що прямо передбачені в цих директивах. Спеціальні аргументи за правом ЄС повністю узгоджуються із загальними аргументами Європейського суду з прав людини і цілком відповідають його логіці застосування загальних аргументів у своїх рішеннях. По суті спеціальний аргумент за антидискримінаційними директивами – це конкретний прояв загального аргументу, що адаптований і застосовується у контексті зайнятості.

Розходження загальних аргументів

Як вже зазначалося раніше, загальні аргументи застосовуються Європейським судом з прав людини як до прямої, так і до непрямої дискримінації, тоді як за правом ЄС вони дозволяються лише у випадку непрямої дискримінації. Відповідно до позиції ЄСПЛ, «…різне ставлення до осіб у відповідним чином схожих ситуаціях… є дискримінаційним, якщо воно не має об'єктивного і розумного виправдання, іншими словами, якщо воно не переслідує законну мету або відсутнє розумне пропорційне співвідношення між запровадженими заходами і поставленою метою». Подібне формулювання використовується в антидискримінаційних директивах ЄС щодо непрямої дискримінації.

Для виправдання відмінності у ставленні необхідно продемонструвати, що:

• відповідне правило чи практика переслідують законну мету;

• засоби, обрані для досягнення цієї мети (тобто заходи, що привели до відмінного поводження), є пропорційними і необхідними.

Директивою про расову рівність передбачено: «Непрямою дискримінацією вважається ситуація, коли на перший погляд нейтральне положення, критерій чи практика можуть поставити особу певного расового чи етнічного походження у конкретне несприятливе становище порівняно з іншими особами, якщо тільки таке положення, критерій чи практика не є об'єктивно виправданими законною метою, а заходи для її досягнення не є пропорційними та необхідними». Виходячи з формулювань, які використовуються у практиці ЄСПЛ і в антидискримінаційних директивах, рішення про відсутність дискримінації виноситься, якщо бути точним, швидше на підставі аргументу, що виправдовує відмінне поводження, аніж на підставі аргументу на захист дискримінації як такої. Однак, по суті, суди розглядають аргументи, що виправдовують дискримінаційне поводження, як аргументи на захист дискримінації

Спеціальні аргументи за правом ЄС

Як зазначалося вище, антидискримінаційні директиви ЄС передбачають спеціальні аргументи, які в окремих випадках дозволяють виправдати відмінність у поводженні. Кожна з цих директив містить аргумент «невід'ємної вимоги до професії». Виняток становить лише Директива про гендерну рівність у доступі до товарів і послуг, оскільки вона не стосується відносин зайнятості. Аргумент «невід'ємної вимоги до професії» дозволяє роботодавцю порізному ставитися до співробітників на підставі захищеної ознаки, якщо ця ознака нерозривно пов'язана з їхньою здатністю застосовувати вміння та навички, необхідні для виконання конкретної роботи66. Наступні два аргументи містяться лише в Директиві про рівність у сфері зайнятості: по-перше, дозволяється дискримінація на підставі релігійних поглядів чи переконань, якщо роботодавцем є організація релігійного спрямування67, і, по-друге, за деяких обставин дозволяється дискримінація за віком68. ЄСС розглядає аргументи на захист дискримінації дуже критично, що означає, що будь-які винятки підлягають звужувальному тлумаченню. Таким чином Суд підкреслює важливість індивідуальних прав, які передбачені за правом ЄС.

Невід'ємна вимога до професії

Відповідно до антидискримінаційних директив ЄС (у частині, що стосується відносин зайнятості): «Держави-члени можуть передбачати, що відмінність у ставленні, в основі якої лежить підстава, пов'язана із [захищеною ознакою], не становить дискримінації, якщо, виходячи з природи певної професійної діяльності або контексту її здійснення, така ознака становить невід'ємну і вирішальну вимогу до професії, і за умови, що мета є законною, а вимога – пропорційною».

Цей аргумент дозволяє роботодавцям по-різному ставитися до осіб на підставі наявності чи відсутності в них захищеної ознаки, якщо ця ознака безпосередньо вказує на їхню професійну придатність чи компетенцію, необхідну для виконання конкретної роботи. Існує усталений перелік професій, на які розповсюджується правило «невід'ємної вимоги до професії»: у справі Комісія проти Німеччини (Commission v. Germany) ЄСС, посилаючись на дослідження Комісії про винятки із положення про заборону статевої дискримінації, навів конкретні приклади професій, до яких може застосовуватися цей аргумент. Особливу увагу було приділено творчим професіям: вони можуть вимагати конкретних якостей, що притаманні окремим індивідам. Наприклад, для шоу певного жанру потрібна жінкаспівачка, для виконання певної ролі – молодий актор, для танцювальної вистави – особа, що вміє танцювати, для модельного показу – жінки та чоловіки особливої статури. Однак це в жодному разі не є спробою створити закритий перелік. Наприклад, це правило може розповсюджуватися на випадки, коли китайський ресторан приймає на роботу до себе виключно етнічних китайців для підтримання автентичності закладу або жіночий фітнес-клуб приймає на роботу виключно жінок.

Приклад: у справі Джонстон (Johnston) жінка, офіцер поліції з Північної Ірландії, оскаржувала відмову у поновленні трудового контракту. Начальник поліції пояснював це тим, що жінки-поліцейські не мають спеціальних навичок поводження зі зброєю, а тому, «якщо в умовах серйозних внутрішніх заворушень жінки-поліцейські носитимуть зброю, це може підвищити ризики того, що їх вб'ють, а отже, може суперечити вимогам громадської безпеки». ЄСС вирішив, що хоча дійсно слід брати до уваги загрозу безпеці, вона створює абсолютно однакові ризики як для жінок, так і для чоловіків. Відмінне поводження не може бути виправдане тим, що публічна думка вимагає забезпечити захист жінки, якщо тільки в його основі не лежать специфічні для жінок біологічні фактори, наприклад охорона дитини під час вагітності.

Пунктом 18 преамбули до Директиви про рівність у сфері зайнятості передбачений ще більш спеціальний аргумент «невід'ємної вимоги до професії» в контексті публічних послуг, пов'язаних із забезпеченням безпеки. Це не стільки окремий аргумент, скільки формулювання одного з наслідків застосування до конкретних обставин аргументу «невід'ємної вимоги до професії»: «Ця Директива не вимагає, щоб, зокрема, армія і поліція, тюремні заклади і служби екстреної допомоги приймали на роботу або залишали на роботі осіб,

що не здатні виконувати низку функцій, виконання яких може вимагатися, з огляду на законну ціль підтримання працездатності відповідних служб».

Типовим прикладом є ситуація, коли особам, що є старшими за певний вік або мають інвалідність, відмовляють у прийнятті на роботу, пов'язану зі значним фізичним навантаженням. У цьому контексті стаття 3(4) Директиви дозволяє державам прямо виключати її застосування до відносин працевлаштування в армії. У новій редакції Директиви про гендерну рівність таке положення відсутнє, але можна спрогнозувати, як би воно діяло, якщо порівняти дві справи, пов'язані зі статевою дискримінацією у працевлаштуванні до збройних сил. Ці справи розглядалися у світлі положень статті 2(2) Директиви про рівне поводження – аргументу «невід'ємної вимоги до професії», що тепер міститься у статті 14(2) нової редакції Директиви про гендерну рівність.

Приклад: у справі Сірдар (Sirdar) скаржниця була головою військового спецпідрозділу. Її звільнили через скорочення фінансування, внаслідок якого до основ роботи спеціальних військових підрозділів було введено принцип «взаємозамінності»75. Взаємозамінність у контексті дефіциту людських кадрів означала, що кожен співробітник має бути здатен вступати в бій. ЄСС погодився, що формування військових спецпідрозділів, що складаються виключно з чоловіків, є виправданим з огляду на необхідність гарантування бойової ефективності, і тому теоретично взаємозамінність виключає залучення жінок до виконання таких функцій. Це пояснюється тим, що цей підрозділ являє собою невеликий спеціалізований загін, який приймає на себе основний удар під час заворушень. ЄСС дійшов висновку, що це правило є необхідним для досягнення мети забезпечення бойової ефективності. Приклад: у справі Крайль (Kreil) скаржниця хотіла влаштуватися в армію на посаду інженера-електрика76. Їй відмовили на тій підставі, що жінкам заборонено працювати на будь-яких військових посадах, пов'язаних із використанням зброї: вони можуть виконувати лише роботу, пов'язану з медичним обслуговуванням чи музичним супроводом війська. ЄСС зазначив, що така заборона є занадто широкою, оскільки охоплює майже всі військові посади тільки тому, що жінці може колись знадобитися взяти до рук зброю. Будь-яке виправдання дискримінації повинно мати тісніший зв'язок з типовими функціями співробітника на конкретній посаді. Існувала ще одна обставина, через яку ЄСС поставив під сумнів аргументи уряду: для роботи на відкритих для

жінок посадах вони зобов'язані були пройти базове навчання з використання зброї, необхідне для забезпечення самооборони та захисту інших осіб. Крім того, не можна по-різному трактувати жінок і чоловіків лише на тій підставі, що жінки потребують підвищеного захисту, якщо тільки така необхідність не пов'язана зі специфічними для жінки обставинами, наприклад необхідністю її захисту під час вагітності.

Із часом шанси на виправдання статевої дискримінації за допомогою аргументів про ефективність чи результативність охоронних і спеціальних служб можуть суттєво послабнути внаслідок змін у розумінні гендерних ролей і соціальних орієнтирів. Як наслідок, держави – члени ЄС зобов'язані періодично переглядати введені ними обмеження права на захист від дискримінації.

Релігійні організації

Директива про рівність у сфері зайнятості прямо дозволяє організаціям, в основі яких лежить «релігія» або «переконання», встановлювати певні вимоги до своїх співробітників. Статтею 4(2) Директиви передбачено, що вона не втручається у «права церков та інших публічних чи приватних організацій, в основі яких лежить релігія чи переконання,... вимагати від своїх співробітників добросовісності та лояльності щодо основних канонів організації». Крім того, релігійні організації як роботодавці можуть використовувати аргумент «невід'ємної вимоги до професії» на виправдання відмінності у поводженні, що ґрунтується на релігійних догматах відповідної організації. Таким чином, статті 4(1) та 4(2) Директиви дозволяють, наприклад, церковній організації відмовити жінці у прийнятті на роботу на посаду священика, пастора чи церковного служителя, якщо це суперечить канонам відповідної релігії. ЄСС ще не мав нагоди висловити свою позицію стосовно цього положення, однак воно вже застосовувалося судами на національному рівні. Нижче наводяться два приклади справ про використання цього аргументу з метою виправдання відмінності у поводженні за ознакою сексуальної орієнтації.

Приклад: фінські суди розглядали справу, в якій Євангелістська лютеранська церква Фінляндії відмовилася призначати на посаду капелана (помічника вікарія) особу, що перебувала в одностатевих відносинах78. Адміністративний суд міста Вааса це рішення на тій підставі, що гетеросексуальна орієнтація не може вважатися невід'ємною вимогою до цієї посади. Суд підкреслив, що внутрішні правила Церкви не містять жодних вимог про сексуальну орієнтацію

кандидатів на посади вікаріїв і капеланів. Приклад: у справі «Амікус» (*Amicus*) суди Сполученого Королівства мали оцінити, наскільки акт, що вводить до національного законодавства правило «невід'ємної вимоги для професії», відповідає положенням Директиви про рівність у сфері зайнятості. Наголошувалося, що будь-який виняток з принципу рівного поводження підлягає звужувальному тлумаченню. Цей документ дозволяв роботодавцю відмінне ставлення до співробітників, якщо робота виконувалася «для цілей організованої релігії»; при цьому підкреслювалося, що це поняття є набагато вужчим, ніж «цілі релігійної організації». Тому суд погодився з аргументами уряду, що цей виняток розповсюджується лише на деякі посади, до кола обов'язків яких входить пропагування чи презентація релігії, наприклад на священнослужителів. Це правило не дозволяє релігійній організації на зразок духовної школи чи богадільні стверджувати, що вчитель (завдання якого – навчати дітей) чи медсестра (завдання якої – піклуватися про здоров'я пацієнтів) виконує «цілі релігійної організації».

Винятки на підставі віку особи

Статтею 6 Директиви про рівність у сфері зайнятості передбачено два аргументи на захист відмінного ставлення до особи на підставі її віку. Стаття 6(1) дозволяє дискримінацію за ознакою віку, якщо вона здійснюється з метою досягнення цілей «законної політики у сфері трудових відносин, ринку праці та професійної підготовки». В пункті (b) статті 6(1) наведено декілька випадків, коли відмінне ставлення може вважатися правомірним: у питаннях «доступу до зайнятості» дозволяється «встановлювати вимоги мінімального віку, професійного досвіду або трудового стажу». Однак не було мети зробити цей перелік закритим, а отже, він може бути розширений за потреби. Стаття 6(2) дозволяє вікову дискримінацію в питаннях доступу до програм професійного пенсійного забезпечення. При цьому задоволення вимог пропорційності не є обов'язковим.

Приклад: у справі Паласіос-де-ла-Вілья (*Palacios de la Villa*) ЄСС вперше отримав нагоду прокоментувати статтю 6, відповідаючи на питання про особливості її застосування в контексті віку, необхідного для виходу на пенсію80. Визнавши, що стаття 6 розповсюджується на випадки встановлення вимоги обов'язкового пенсійного віку, ЄСС проаналізував, чи може цей захід бути об'єктивно виправданим. При цьому Суд звернув увагу на такі моменти:

• по-перше, спочатку цей захід був запроваджений з метою створення сприятливих умов на ринку праці в умовах економічної ситуації, що характеризується високим рівнем безробіття;

• по-друге, були наявні докази того, що перехідний захід був запроваджений за ініціативи профспілок та організацій роботодавців з метою вдосконалення механізму розподілу робочих місць між представниками різних поколінь;

• по-третє, Закон 14/2005 був ухвалений знову ж таки за участі профспілок та організацій роботодавців; при цьому було прямо зазначено, що цей захід «пов'язаний з цілями, які відповідають політиці у сфері зайнятості і визначені в колективному договорі».

• по-четверте, було зазначено, що положення колективного договору про обов'язковий вихід на пенсію вводиться «в інтересах сприяння зайнятості». (ЄСС, Паласіос-де-ла-Вілья проти «Кортеф'єль Сервісіос Ес. А.» (*Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA*), справа № C-411/05 [2007] ECR I-8531, 16 жовтня 2007 року.)

Розглянувши ці обставини, ЄСС дійшов висновку, що «в цьому контексті цей … перехідний захід було запроваджено з метою регулювання національного ринку праці, зокрема, виплат по безробіттю», а отже, положення колективного договору переслідують законну мету. Далі ЄСС перейшов до перевірки заходу на предмет його «належності та необхідності» для досягнення цієї мети. ЄСС нагадав, що держави-члени мають широкі межі розсуду у сфері соціальної і трудової політики, тобто «окремі правила можуть відрізнятися залежно від ситуації в державах-членах». Вирішальною обставиною для Суду стало те, що працівники, на яких розповсюджується це правило, мали право на пенсію, «рівень якої не може бути нерозумним». Не менш важливим було й те, що процес прийняття рішення про обов'язковий вихід на пенсію визначався колективним договором між профспілками та організаціями роботодавців: це вносило до нього певну гнучкість, дозволяючи враховувати ситуацію на відповідному ринку праці та спеціальні вимоги до професії. На цій підставі ЄСС встановив, що колективний договір і заходи, які оскаржує пан Паласіос, об'єктивно виправдані і відповідають праву ЄС. В цьому випадку ЄСС продемонстрував, що розглядатиме положення статті 6 аналогічно до інших підстав об'єктивного виправдання дискримінації, про які йшлося вище.

Приклад: у справі МакКаллок (*MacCulloch*) британський суд розглядав правила виплати допомоги-компенсації у зв'язку зі скороченням персоналу, відповідно до яких розмір виплат збільшувався залежно від віку і трудового стажу співробітника[1].

[1] МакКаллок проти публічної компанії «Імперіал Кемікал Індастріз» (MacCulloch v. Imperial Chemical Industries plc) [2008] IRLR 846, Апеляційний суд Сполученого Королівства з питань зайнятості, 22 липня 2008 року

Цілком очевидно, що за такою схемою старші співробітники з більшим трудовим стажем отримують значно вищий розмір допомоги, ніж молодші працівники, які пропрацювали менше. Апеляційний суд Сполученого Королівства погодився, що загалом така схема може бути об'єктивно виправдана як механізм винагородження старших співробітників за лояльність до роботодавця: отримуючи високу допомогу-компенсацію, яка враховує їхню вразливість на ринку праці, вони більш охоче звільнятимуться з роботи, відкриваючи тим самим дорогу молодим спеціалістам. Водночас він роз'яснив, яким чином слід робити об'єктивне виправдання: перш ніж робити відповідні висновки, необхідно належним чином проаналізувати обмеження на предмет його пропорційності.

Приклад: у справі Хюттер (*Hütter*) ЄСС розглядав положення австрійського законодавства, відповідно до якого робота, котру особа виконує до моменту досягнення 18 років, не враховується для визначення розміру оплати. Пан Хюттер та його колега проходили стажування в Грацькому університеті технологій, і після завершення стажування з ними уклали трудовий договір строком на 3 місяці. На підставі цього положення пан Хюттер, якому щойно виповнилося 18 років, отримав розрахунок заробітної плати на базі 6,5 місяця робочого стажу, тоді як його колега, що була на 22 місяці старша за нього – на базі 28,5 місяця робочого стажу. Тобто дві особи з однаковим рівнем досвіду отримали різний розрахунок заробітної плати. Пан Хюттер оскаржив це положення на тій підставі, що воно створює більш сприятливі умови для осіб, які отримали професійний досвід після того, як їм виповнилося 18 років. ЄСС погодився, що основна мета положення може вважатися законною. По-перше, воно спрямоване на недопущення ситуацій, коли особи, що отримали загальну середню освіту, були б поставлені у невигідне становище порівняно з особами, що отримали професійно-технічну освіту. По-друге, воно запобігає зростанню вартості стажування і таким чином сприяє інтеграції до ринку праці молодих людей, які вирішили навчатися у такий спосіб. Не заперечуючи, що держави-члени мають широку дискрецію у визначенні належності і необхідності законних заходів, ЄСС вирішив, що в цьому випадку держава не змогла об'єктивно виправдати такі заходи, оскільки вони мають непропорційний вплив на молодих спеціалістів, особливо коли тривалість стажування є однаковою, але вік кандидата несприятливим для нього чином впливає на рівень заробітної плати, що власне і сталося в цьому випадку.

Слід зазначити, що цей підхід узгоджується з рішенням ЄСПЛ у справі Стец та інші (Stec and Others case), де питання різниці пенсійного віку було розглянуто на підставі положень ЄКПЛ. У цьому контексті винятки, пов'язані з віком особи, відповідають підходу судів до виправдання дискримінації з міркувань трудової та соціальної політики.

Ключові моменти

• Право ЄКПЛ оперує загальним аргументом на захист прямої дискримінації. Право ЄС оперує загальними аргументами на захист прямої дискримінації, що адаптовані до сфери відносин зайнятості.

• Непряма дискримінація як за правом ЄКПЛ, так і за правом ЄС потрапляє під загальний аргумент об'єктивного виправдання.

• Відмінність у ставленні може бути виправдана, якщо вона переслідує законну мету, а використані для цього заходи є належними та необхідними.

• За правом ЄС, окрім загального аргументу на захист непрямої дискримінації, існують спеціальні аргументи, а саме: (i) невід'ємні вимоги до професії; (ii) винятки для релігійних установ; (iii) винятки щодо дискримінації за віком.

• Дискримінація за ознакою віку – це єдиний випадок за правом ЄС, коли дозволяється об'єктивне виправдання прямої дискримінації.

ТЕМА 4. МОДЕЛІ ЗАСТОСУВАННЯ АРГУМЕНТАЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНИМ СУДОМ УКРАЇНИ

План лекційного заняття:

1. Концепція конституційної ідентичності у мотивуванні рішень конституційними судами.

2. Основні положення теорії юридичної аргументації щодо класифікації юридичних аргументів. Концепція конституційної ідентичності як сукупності «інтерпретаційних аргументів».

3. Методологічний аспект юридичної аргументації в конституційному судовому процесі.

4. Аналіз аргументації Рішення Конституційного Суду України у справі про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу.

5. Хибність і упередженість трактування принципу верховенства права як методологічна вада у аргументації Рішення у праві про незаконне збагачення.

1. Концепція конституційної ідентичності у мотивуванні рішень конституційними судами

Найліпший метод інтерпретації може змінюватися з часом. Теорії протиріччя можуть спочатку диктувати оригіналізм, а потім утратити силу. По-друге, інші фактори, що впливають на інтерпретацію, мають більшу силу, коли теорії авторитету відпадають. Ще розглядаються витрати на прийняття рішень та помилки, визначені нормативом стосовно окремих установ. Третє розуміння штовхає в іншому напрямку, до корисності теорії: авторитет теорії можуть мати значення для прийняття рішень, не вказуючи особі, яка приймає рішення, як інтерпретувати будь-який конкретний текст. Особи, які приймають рішення, можуть використовувати теорії авторитетів для оцінки відносної сили конкуруючих джерел права. Методи інтерпретації та прийняття обґрунтованих рішень потрібно переглянути.

Скептики можуть зробити висновок, що конституційна теорія - це гра, яку ви перемагаєте не граючи. Проблема полягає в тому, що теоретичні аргументи часто пусті, призначені для досягнення сприятливих результатів і розв’язання конституційних проблем.

Конституційні дебати можуть загострити суперечки щодо методу інтерпретації.

Знайома незгода триває так:

Верховний суд вирішував справу, таку як «*Роу проти Уейда*», і спостерігачі розділені. Один табір учених захоплений втручанням, вважаючи, що це поєднується і з здоровим моральним баченням, яке принаймні дозволено конституційним текстом. Показовим є захист Рональдом Дворкіним прав на аборти. Дотримуючись позиції Конституції, Дворкін стверджує, що документ - це не просто «перелік конкретних, детальних засобів правового захисту, складений дбайливими креслярами. Щодо певних конституційних положень, Дворкін стверджує, що правильне тлумачення того, що означає текст, вимагає читачів розробляти абстрактні моральні принципи якнайкраще, як ми тепер можемо, і без урахування конкретних концепцій або очікування покоління розробників. Текст може містити абстрактний моральний принцип і, правильно зрозумілий, цей принцип може дати право на аборт.

Другий табір збентежений. Рішення Суду вони розглядають як маніпуляцію текстом та перемогу над демократією – надмірна влада невиборними суддями, які нав'язували свої політичні преференції нації. У цьому дусі Роберт Борк заявив, що «справу Роу», як найбільший приклад і символ судової узурпації демократичних прерогатив у цьому столітті. Борк заперечує, що конституційне рішення повинно бути вправою моральних міркувань, і вимагає, щоб суди дотримувались версії оригіналізму.

Проти прихильності першого табору до моральних наслідків, другий табір може рекламувати форму демократії з меншим рівнем судової політики та іншим вірність конституційному тексту.

Найліпше тлумачення конституційного тексту не може незмінно давати судового рішення.

Насправді скарга «мертвої руки» у конституційному праві відноситься до позитивізму та демократичних цінностей.

Популярний конституційний аргумент є однією з форм аргументів, який спирається на розглянуті рішеннями американського народу як на джерело конституційної влади - подібне до традиційних джерел, таких як текст, історія, структура та вчення. Переходячи до конституційної теорії, популярний конституційний аргумент у рамках сучасних дебатів щодо судочинства означає стриманість, живий конституціоналізм, теорію народного суверенітету і оригіналізм. І, звертаючись до конституційної практики, за конкретну основу для вироблення популярних конституційних аргументів взяти каталогізацію різних показників громадської думки, які зіграли свою роль у останні рішення Верховного Суду.

Конституційна ідентичність нещодавно з'явилася як відповідне поняття в теорії конституційного права.

Уперше вона з'явилася в мотивах конституційних рішень у другій половині 20 століття, особливо у випадках, що стосуються процесу європейської інтеграції.

Конституційні суди по всій Європі почали використовувати це поняття як юридичний контраргумент проти зростаючого впливу Європейського суду на національні правові системи держав-членів.

На теоретичному рівні використання цієї нової концепції викликало багато критики з боку науковців-юристів через, на їхню думку, її неюридичний ненауковий характер. Водночас є також багато прихильників цієї концепції, в основному представники цивілізаційного та соціокультурного підходів до права. Так чи інакше, справедливо сказати, що ця концепція привернула увагу конституційних юристів, які, тим не менше, ще не прийшли до єдиного розуміння цього поняття. Деякі з них пропонують визначити конституційну ідентичність як метод юридичної аргументації, але все ще немає всебічних досліджень цієї концепції з використанням досягнень теорії юридичної аргументації.

Перед тим як перейти до вивчення цієї концепції з позицій теорії правової аргументації, необхідно звернутися до історії виникнення та розвитку конституційної ідентичності, а також визначити підходи до його пояснення, що існує в даний час у конституційному праві. «Конституційна ідентичність» - відносно нове поняття у правовій доктрині [1] та конституційно-судовій практиці. Як зазначається в юридичній літературі, з доктринальної точки зору поняття «ідентичність» переважно вивчалося як предмет соціальних досліджень [2], і лише нещодавно почало привертати увагу вчених-юристів, переважно європейських і міжнародних юристів і конституціоналістів. Причиною посиленої уваги до цієї теми в юриспруденції було те, що поняття «ідентичність» з'явилось і стало активно використовуватися європейськими конституційними судами для обґрунтування рішень, пов'язаних з процесом європейської інтеграції та розширенням впливу наднаціональних інституцій міжнародних організацій, зокрема ЄС, щодо внутрішніх правових

[1] See Michel Rosenfeld, Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives (durham: duke university Press, 1994); Gary J. Jacobsohn, Constitutional Identity, 68(3) review of Politics 361 (2006); National Constitutional Identity and European Integration (A. saiz Arnaiz & C. Alcoberro Llivina (eds.), Antwerp: intersentia, 2013).

[2] Anna Śledzińska-Simon, Constitutional Identity in 3D: A Model of Individual, Relational, and Collective Self and its Application in Poland, 13(1) international Journal of Constitutional Law 124 (2015)

систем держав-членів поняття «ідентичність» паралельно з'явилося у конституційній судовій практиці за межами Європи. Однак саме послідовна ратифікація міжнародних договорів, що стосуються створення та надання повноважень інституціям Європейського Союзу, зокрема Маастрихтського та Лісабонського договорів, спричинила появу сучасних наукових досліджень з проблемних питань[1].

Водночас інші автори по-різному дату першої згадки поняття конституційної ідентичності в рішеннях європейських органів конституційного контролю. Формування основи цієї теорії відбулося в першому рішенні Федерального конституційного суду Німеччини, прийнятому після його створення, в якому суд сформулював ряд основних концептуальних положень щодо його повноважень, підходів до тлумачення Основного закону Німеччини, а також щодо моделі побудови федеральних відносин, що мала велике значення для об'єднання Німеччини в повоєнні роки. Це справа 1951 р., в якій Суд переглянув конституційність німецьких законів, і стала основою для злиття південно-західних земель Німеччини. І хоча в даному випадку поняття конституційна ідентичність не була сформульована безпосередньо, фундаментальний характер правових позицій, висловлених Судом у цьому рішенні, фактично дозволяє нам погодитись, що саме в цьому рішенні були закладені найважливіші основи цієї концепції.

Позиція Федерального конституційного суду Німеччини, відповідно до того, кожна конституційна стаття перебуває у певних відносинах з усіма іншими пунктами, і що вони разом утворюють цілісність. Він вважає, що деякі конституційні принципи та основні поняття вийшли з усього Основного закону, якому підпорядковуються інші конституційні норми[2], проте не всі автори пропонують розглядати цю справу як перший приклад рішення, в якому національний конституційний суд перейшов до концепції конституційної ідентичності. Приклади конституційних рішень, в рамках яких ця концепція була сформульована та використана для її обґрунтування, можна віднести до 1970–80-х років. Вони пов'язані (поряд із процесами протидії європейським національним конституційним судам) із просуванням доктрини першості права ЄС над національним

[1] José L. Martí, Two Different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution v. Identity of the People in National Constitutional Identity and European Integration, supranote 7.

[2] Leibholz 1952, at 725. According to the authors, this legal position corresponds to an understanding of constitutional identity as the core provisions of the Constitution. this concept will be discussed below.

законодавством Судом Європейського Союзу[1]. На думку деяких авторів, ця концепція передбачає підходи до розуміння конституційної ідентичності, що було сформульовано Конституційним судом Італії як доктрина «зустрічних обмежень». Конституційний Суд у своєму рішенні від 18 грудня 1973 р. у справі «Фронтіні[2]» та трохи пізніше у рішенні від 8 червня 1984 р. у справі «Granital[3]» зазначив, що такі обмеження суверенітету не допускаються, якщо вони суперечать конституційному порядку або порушують основні права, що захищаються конституцією. Розгортаючи свою позицію, Конституційний суд Італії посилався на статтю 11 Конституції Італії, згідно з якою Італія погоджується на умовах рівності з іншими державами на обмеження суверенітету, які можуть бути необхідними для світового порядку, забезпечуючи мир і справедливість між народами[4]. Тлумачачи цю норму, Суд запевнив, що повноваження держави в даний час обмежені у сферах законодавчих, судових і виконавчих функцій шляхом передачі частини цих повноважень Співтовариству. У сфері компетенції Співтовариства ці функції виконують установи Співтовариства за формами та процедурами Співтовариства та відповідно до гарантій Співтовариства: не очікується, що Співтовариство діятиме в італійських формах або з італійськими гарантіями, такими як референдум[5]. Суд також зазначив, що інститути громади не наділені повноваженнями порушувати основні конституційні принципи або основні права. Якби Спільнота мала владу впливати на ці принципи та права, суверенітет Італії був би фактично зведений нанівець. Така влада звести нанівець суверенітет Італії не передбачена статтею 11 Конституції. Держава може домовитись про обмеження свого суверенітету відповідно до статті 11 Конституції. Однак суверенітету перевищує повноваження, передбачені конституційним положенням.

Отже, прототипом концепції конституційної ідентичності в італійській конституційній судовій практиці стала доктрина про

[1] Diana-urania Galetta, European Union Law in the Jurisprudence of Italian High Courts: Is the Counter-Limits Doctrine a Dog That Barks but Does Not Bite?, 21(4) european Public Law 747 (2015).

[2] Constitutional Court of Italy, Frontini v. Ministero delle Finanze, Case No. 183, 27 december 1973, [1974] 2 C.M.L.r. 372.

[3] Constitutional Court of Italy, S.p.a. Granital v. Amministrazione delle Finanze dello Stato, Case No. 170, 8 June 1984, [1984] C.M.L.r. 756.

[4] Constitution of the Italian republic (Nov. 1, 2019), available at https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf.

[5] Maria Cartabia, The Italian Constitutional Court and the Relationship Between the Italian Legal System and the European Community, 12(1) Michigan Journal of international Law 173, 180 (1990).

контрмежі, або конституційні межі, яку італійський Конституційний суд визначив як основу конституційних принципів та основних прав, гарантовані Конституцією.

Визнаючи важливість італійської конституційної судової практики у формуванні доктрини конституційної ідентичності, більшість сучасних авторів виходять з того факту, що вона була сформульована Конституційним судом Німеччини вперше у справі «Соланжа» і значно тому, що там уперше була використана термінологія «ідентичність».

Головним напрямком рішення було залишити за собою право Конституційного суду переглядати вторинний закон, прийнятий тодішньою європейським економічним Співтовариством проти основних прав німецької Конституції, доки не була прийнята Європейська хартія прав, яка зрівнялася із захистом, передбаченим Конституцією. Конституційний суд захищав своє право перегляду, посилаючись на той факт, що основні права становлять істотну структуру Конституції, або її ідентичність, і додав, що передача суверенних повноважень не могли призвести до зміни ідентичності Конституції без офіційних змін. Важливо, що Конституційний суд Німеччини звів «конституційну ідентичність до основних принципів, з яких виводились основні права в Конституції, замість того, щоб прирівнювати ідентичність до прав як таких».

Федеральний конституційний суд Німеччини у рішенні щодо ратифікації Німеччиною договору з Маастрихту (рішення Маастрихтського договору), демонструючи судовий активізм, дозволив групі приватних заявників оскаржити конституційність акта парламенту, який погоджується до договору, хоча закон прямо на них не впливає. Переглядаючи конституційність цього закону, Федеральний конституційний суд Німеччини вказав, що Німеччина має право брати участь у Європейському Союзі лише в тому випадку, якщо це не порушує положення пункту 3 статті 79 Конституції Німеччини. Ці положення Основного закону Німеччини є так званою «клаузулою про вічність» - низкою конституційних положень або основних принципів німецької Конституції, які не можуть бути змінені.

Відповідно до цієї статті, поправки до Основного закону Німеччини, що впливають на поділ Федерації на землі, їх принципова участь у законодавчому процесі, а також положення щодо недоторканності та невідчужуваності прав людини, принципу демократичної та соціальної держави, народний суверенітет і право народу на опір є неприпустимими.

З процесом розширення Європейського Союзу в 2004-2007 рр. доктрина конституційної ідентичності стає більш впливовою. Як зазначається в літературі, прийняття Лісабонського договору викликало бурхливу дискусію щодо ризиків остаточної втрати національної ідентичності державами-членами Європейського Союзу та спричинило «ефект доміно» у вигляді цілої серії рішень конституційних і вищих судів більшості держав-членів ЄС (Франція, Австрія, Латвія, Литва, Німеччина, Угорщина, Польща, Чехія, Данія, Ірландія та ін.) Лісабонський договір мав два фундаментальних нововведення.

По-перше, розширення юрисдикційних повноважень Суду Європейського Союзу та закріплення його винятkового права тлумачити та застосовувати Хартію Європейського Союзу про права людини.

По-друге, суттєве розширення поняття «національна ідентичність, «Пункт про визнання та повагу якого містився у статті 6 (3) Маастрихтського договору до внесення відповідних поправок. Так, згідно з першою редакцією цієї норми, «союз повинен поважати національну ідентичність своєї Держави-учасниці».

Як зазначалося в літературі, до нововведень ця стаття була «сонною нормою», що практично не використовувалась Судом Європейського Союзу, і більш політичного характеру, що значуще охоплювала національну лінгвістичну, етнічну, релігійні та культурні характеристики держав, не охоплюючи конституційно-політичні аспекти. Із прийняттям Лісабонського договору поняття ідентичності стало тлумачитися юридично в конституції, не лише в культурному та мовному аспектах. Так, згідно з новими положеннями статті 4 (2), союз поважатиме рівність держав-членів перед угодами, а також їх національну ідентичність, притаманну їх основним структурам, політичним і конституційним, включаючи регіональне та місцеве самоврядування. Він повинен поважати їх основні державні функції, включаючи забезпечення територіальної цілісності держави, підтримання правопорядку та захист національної безпеки. Зокрема, національна безпека залишається винятковою відповідальністю кожної держави-члена.

Таке широке формулювання поняття «національна ідентичність» у редакції Лісабонського договору дозволило ряду авторів зробити висновок, що фокусування нової норми на функціональних особливостях держави перенесло акцент на ідентичність з національної на конституційну, що в кінцевому підсумку призвело до того, що європейські конституційні суди розробили власні концепції конституційної державної ідентичності.

Практика Конституційного Суду Німеччини залишається найбільш відомою в цей період, у межах якої Суд перевіряв відповідність Лісабонського договору з положеннями Основного закону Німеччини і який привернув увагу широкого кола європейських учених до самих проблем конституційної ідентичності. Зокрема, Федеральний конституційний суд Німеччини заявив, що він компетентний розглядати питання про ЄС актів щодо їх відповідності «конституційній ідентичності» Основного закону Федерації Республіка Німеччина, і не тільки дозволить, але й зобов'яже уряд не виконувати акти ЄС і вживати заходів для захисту конституційної ідентичності. Розробляючи цю концепцію, зокрема, Конституційний Суд Німеччини вказував, що держава є природним і первинним простором для вираження демократії в загальноєвропейському конституційному просторі. маючи це на увазі, конституційна ідентичність охоплює суверенну державність Німеччини, яка не може бути відчужена шляхом подальшої європейської інтеграції[1].

Визначивши сферу ідентичності, Суд перерахував кількість основних функцій держави, над якими втрата контролю тягне за собою втрату суверенітету. Зокрема, Суд установив, що інтеграція повинна залишити достатній простір для політичного формування економічної, культурної та соціальної сфер суспільства в державах-членах.

Суд постановив, що сюди також входять демократичні рішення, які стосуються кримінального права, монополії держави на застосування збройних сил, питань державних доходів і витрат, німецької концепції соціальної держави, а також рішень, що стосуються важливих у культурному плані суспільства, такі як сімейне право, освіта, релігія.

Концепція конституційної ідентичності, сформульована Конституційним судом Німеччини у рішенні щодо справи в Лісабоні, відіграла важливу роль не лише у визначенні застосування європейського законодавства у національній законом, а також долею подальшої інтеграції Німеччини до ЄС.

У цьому випадку судова доктрина конституційної ідентичності була важливою гарантією захисту національного суверенітету.

Практика Конституційного Суду Чеська Республіка, яка двічі розглядала питання про відповідність положень Лісабонського

[1] Federal Constitutional Court of Germany, Lisbon Treaty, 123 BverfGe 267 (2009), para. 216. Seedaniel thym, Attack or Retreat? Evolving Themes and Strategies of the Judicial Dialogue Between the German Constitutional Court and the European Court of Justice in Constitutional Conversations in Europe: Actors, Topics and Procedures 235, 242 (M. Claes et al. (eds.), Antwerp: intersentia, 2012); dieter Grimm,Defending Sovereign Statehood Against Transforming the Union into a State, 5(3) european Constitutional Law 353 (2009).

договору конституції країни і в обох випадках, що стосується концепції суверенітету для визначення конституційної ідентичності держави, також є показовою. Так, у резолюції від 26 листопада 2008 р. Суд визнав, що існують певні обмеження щодо передачі суверенних повноважень держави на наднаціональному рівні, які «треба залишити, перш за все, законодавчому органу, щоб визначити, оскільки це апріорі є політичним питанням, яке надає законодавчому органу широку свободу розсуду»[1]. У своєму рішенні від 11 березня 2009 р. Суд висловив свою позицію, що у сучасній демократичній правовій державі суверенітет держави не є самоціллю, тобто ізольовано, а є засобом для здійснення основних цінностей, на яких будується демократична держава верховенства права[2].

Він заявив, що основним проявом суверенітету є здатність продовжувати розпоряджатися суверенними правами або передавати певні повноваження тимчасово чи назавжди.

Також цікаво, що Конституційний суд Чеської Республіки вказав, що Суд може перевірити, чи не перевищував якийсь акт союзних органів повноваження, передані Чеською Республікою Європейському Союзу, зокрема, «відмову від ідентичності цінностей». Конституційний Суд також зазначив, що існуватимуть держави та їх основні конституційні структури, а також їхні цінності, принципи та основні права, які не можна втратити шляхом створення наднаціональної організації.

Отже, поява та подальше формування доктрини конституційної ідентичності в європейській конституційній правозастосовній практиці не в останню чергу пов'язана з інтеграційними процесами ЄС і необхідністю створення противаги розширенню юрисдикції наднаціональних органів з метою захисту суверенітету держав-членів. Вчення про конституційну ідентичність як правовий засіб боротьби з розширенням юрисдикційних повноважень наднаціональних органів та їх вплив на національні правові системи характерне не тільки для європейських держав у їх відносинах з Європейським Союзом, але і для країн південноамериканського континенту у відносинах з Міжамериканським судом права людини. У цій справі заслуговує на

[1] Constitutional Court of the Czech republic, Judgment of 26 November 2008, Pl. Ús 19/08: Treaty of Lisbon I, para. 109 (Nov. 1, 2019), available at https://www.usoud.cz/en/decisions/20081126-pl-us-1908-treaty-of-lisbon-i-1/. (дата звернення: 08.12.2021)

[2] Constitutional Court of the Czech republic, Judgment of 3 November 2009, Pl. Ús 29/09: Treaty of Lisbon II, para. 147 (Nov. 1, 2019), available at https://www.cvce.eu/content/publication/2013/10/22/c746a974-58eb-4907-b022-c9f486b6c3d2/publishable_en.pdf. (дата звернення: 08.12.2021)

увагу приклад Верховного суду Аргентини, який у своєму рішенні від 14 лютого 2014 року вперше у своїй історії визнав нездійсненним рішення цього наднаціонального органу з посиланням на його суперечність конституційній ідентичності Аргентини у її розумінні Верховним судом.

Звернення до конституційної ідентичності як обґрунтування своїх рішень конституційні органи судового контролю не завжди вказують на конфлікт між національними та міжнародними юрисдикційними органами та необхідність підтримувати суверенні повноваження держави у відносинах з наднаціональними асоціаціями, і це може бути пов'язано з наявністю низки внутрішніх причин.

Приклад Індії є примітним у цьому контексті, в якому формування концепції конституційної ідентичності пов'язане з процедурою внесення змін до Конституції Індії. Як зазначає низка дослідників, Верховний Суд Індії поставав перед проблемою конституційної ідентичності набагато чіткіше і безпосередніше, ніж суди більшості країн, об'єктивною причиною якої стала спроба внести зміни до Конституції Індії, що суттєво суперечить Конституції. Вирішуючи вищезазначену проблему, Верховний Суд Індії розробив доктрину основної структури конституції, згідно з якою деякі положення конституції Індії визнаються основними для забезпечення її цілісності та гарантування її імунітету від значних змін. Повноваження вносити поправки підлягають неявним обмеженням, властивим базовій структурі Конституції Індії. Обґрунтовуючи існування так званих неявних суттєвих обмежень конституційного перегляду, Верховний Суд у своєму рішенні у справі «*Кесавананда Бхараті проти держави Керали*» зазначив, що словосполучення «поправка до цієї Конституції» не дозволяє парламенту або відняти основні права або повністю змінити основні риси Конституції, щоб знищити її ідентичність. У цих межах Парламент може вносити зміни до кожної статті.

В іншому, пізнішому рішенні Суд також зазначив, що, якщо шляхом внесення змін до Конституції Парламенту буде надано необмежену владу поправок, він перестане бути повноваженням відповідно до Конституції, але стане верховним над ним, оскільки він матиме владу змінити всю Конституцію, включаючи її основну структуру, і навіть покласти їй кінець, повністю змінивши її ідентичність.

Інший цікавий випадок - Америка, де концепція конституційної ідентичності не була сформульована безпосередньо Верховним судом. У той же час її ідентичність викликала великий інтерес з боку наукової спільноти і була глибоко вивчена в американській доктрині не лише як

конституційна ідентичність як поняття, але і як національна ідентичність Америки. Як зазначають деякі автори, американська національна ідентичність цілком залежить від нашої Конституції[1]. Це означає, що Конституція США є засобом, за допомогою якого американський народ представляє себе американцями, актом їх об'єднання та вираження своєї зовнішньої ідентичності як нації. Як зазначається в літературі, це унікальне явище, властиве лише Америці. В інших країнах національна ідентичність, як правило, пов'язана з обставинами, які безпосередньо не випливають із прийняття Конституції, і іноді вона базується на уявних дополітичних зв'язках між суспільством і державою через етнічні, релігійні причини та поділяється етнічними групами, виходячи з неюридичних, політичних джерел. Вихідною точкою національної американської ідентичності є саме Конституція. З тієї причини, що Верховний Суд США «має останнє слово» при тлумаченні положень Конституції, деякі автори підтверджують, що Верховний Суд США є органом, яким національна ідентичність виражається через конституційне тлумачення, отже, проблема конституційного тлумачення, як зазначають автори, стає центральною для визначення американської конституційної ідентичності[2]. З огляду на важливість, що надається інтерпретаційній діяльності Вищого суду Америки при формуванні американської національної ідентичності, цікаво прочитати роздуми окремих авторів, які пов'язують розвиток цієї концепції з проблемою використання конституційних запозичень[3], що існують в інтерпретаційній практиці Верховного суду США.

Через американську судову компаративістику були порушені серйозні питання щодо законності (законності) використання іноземних джерел при визначенні значення положень національної конституції.

Імпульсами для актуалізації цієї теми в наукових дослідженнях стали три рішення Верховного Суду США, прийняті за відносно короткий час, у якому Суд, обґрунтовуючи свої рішення, що стосуються конституційних прав громадян, посилався на підходи до розв'язаня подібних проблем у зарубіжному законодавстві та судовій

[1] Akhil r. Amar, America's Unwritten Constitution: The Precedents and Principles We Live By (New york: Basic Books, 2012); Alexander M. Bickel, The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics (indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962); Jacobsohn 2006.

[2] Interpretative Theories as Roadmaps to Constitutional Identity: The Case of the United States, 4(3) Global Constitutionalism 289 (2015)66Id.

[3] Śledzińska-simon 2015, at 131; wiktor Osiatyński, Paradoxes of Constitutional Borrowing, 1(2) international Journal of Constitutional Law 244 (2003).

практиці правозастосування.. По-перше, «Аткінс проти Вірджинії»[1], в якому Суд спирався на думку міжнародної спільноти при вирішенні питання про неприпустимість страти розумово відсталих. по-друге, «Лоуренс проти Техасу»[2], в якому думка суду базувалася на спільних цінностях західної цивілізації та мотивувалася посиланням на позицію Європейського суду з прав людини (eCthr). Нарешті, «Ропер проти Сіммонса[3]», в якому предметом розгляду суду був той факт, що США на той час залишалися єдиною країною у світі, яка офіційно санкціонувала смертну кару для неповнолітніх. Накладення такого рішення супроводжувалися не лише висловленням суддями США Верховний суд не погодився з цим виправданням, їх суперечливими думками, а також бурхливою критикою з боку наукової спільноти. Цей факт також став підставою для внесення конгресом змін до законодавства, які спеціально вимагали заборони США. Судді посилатися на іноземні джерела права у випадках, коли це не передбачено законодавством і не є необхідним для вирішення справи[4].

Суд, усупереч попередній судовій практиці у справі *Bowers v. Hardwick*[5], визнав несумісними норми кримінального законодавства штату Техас, які визнавали статеві стосунки осіб тієї самої статі злочином, із положеннями Чотирнадцятої поправки до Конституції, яка закріплює принцип рівності громадян перед законом. Обгрунтовуючи це рішення, Суд спеціально послався на відповідну практику ЄСПЛ у справі *Dudgeon v. United Kingdom* на подібні цінності сучасної західної цивілізації[6]. Останній аргумент викликав хвилю розбіжностей і, зокрема, був розкритикований суддею А. Скалія у його окремій думці щодо справи, в якій суддя зазначив, що право на содомію (гомосексуальну дія) суперечить зазначеній позиції суду і суперечить національній історії та традиціям Америки, а також християнській моралі та етичним нормам[7]. Пізніше в літературі

[1] Atkins v. Virginia, 536 u.s. 304 (2002).
[2] Lawrence v. Texas, 539 u.s. 558 (2003).
[3] Roper v. Simmons, 543 u.s. 551 (2004)
[4] Було запропоновано внести зміни до Кодексу США, передбачивши статтю, яка встановлює спеціальні обмеження щодо використання іноземного права федеральними судами. Відповідно до положень цієї статті було запропоновано встановити, що справа не може вирішуватися у федеральних судах на основі іноземного законодавства, за винятком випадків, коли таке використання дозволено Конституцією або актами Конгресу h. r. 973: to amend title 28, united states Code, to prevent the misuse of foreign law in Federal courts, and for other purposes (Nov. 1, 2019), available at https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BiLLs-112hr973ih/pdf/BiLLs-112hr973ih.pdf.
[5] Bowers v. Hardwick, 478 u.s. 186 (1986).
[6] Dudgeon v. United Kingdom, App. No. 7525/76, [1981] 4 e.h.r.r. 149, [1981] e.C.h.r. 5.
[7] Scalia, J. diss.

критики цього рішення визнали допустимість конституційних запозичень на етапі написання конституції, але не на стадії тлумачення конституційних положень з тієї причини це «руйнує основи демократичного самоврядування»[1] і суперечить самій прецедентній практиці Верховного Суду США., в якому суд визнає «порівняльний аналіз невідповідним завданням інтерпретації конституції, хоча він, звичайно, був цілком доречним для написання конституції»[2]. У рамках останньої справи обговорення було зосереджено на суттєвому змісті принципу федералізму, тлумачачи який Суд застосував до оригінальних ідей батьків-засновників і підкреслив той факт, що американське розуміння федералізму не є ідентичним європейському розумінню. Результатом такої критики стало те, що в наступних рішеннях за подібними справами [3] суд принципово відмовився посилатися на іноземний досвід. Водночас, як зазначається в літературі, використання конституційних запозичень у правозастосовчій практиці США Верховний Суд при вирішенні спорів, що стосуються конституційних прав громадян, хоча і має давню історію, та орієнтовно малу порівняно з іншими юрисдикціями.

Отже, питання конституційної ідентичності в американській доктрині та конституційній правозастосовчій практиці пропонується розглядати крізь призму проблем інтерпретації та використання конституційних запозичень, що, на думку авторів, підкреслює той факт, що концепція конституційної ідентичності не в останню чергу пов'язана з питаннями конституційного тлумачення.

Конституційна судова практика, яку ми цитували, демонструє різницю підходів у визначенні поняття конституційної ідентичності, пов'язуючи її в деяких випадках з основними конституційними принципами та правами (Італія), суверенними повноваженнями держави (Німеччина), наявністю положень, що стосуються основної структури або зміни Конституції (Індія), а також необхідністю підтримання національних правових традицій (США) [4]. Аналіз конституційної судової практики, в якій Концепція конституційної ідентичності розвивається, демонструє низку обставин використання

[1] F. Perju, Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations in The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law 1304 (M. rosenfeld & A. sajó (eds.), Oxford: Oxford university Press, 2012).

[2] Printz v. United States, 521 u.s. 989 (1995)

[3] United States v. Windsor, 570 u.s. (2013)

[4] Як зазначається в літературі, поняття конституційної ідентичності має три сфери свого застосування: 1) у рішеннях щодо законності поправок; 2) рішення, пов'язані з діалогом судів різних правових систем; 3) рішення щодо питань інтеграції в наднаціональних організаціях. Див. Śledzińska-simon 2015.

доктрини конституційної ідентичності, як обгрунтування конституційних рішень не є детермінованим зовнішніми об'єктивними обставинами. Більше того, ці обставини, як правило, негативні з точки зору стабільного функціонування держави і складаються з, наприклад, з форм загрози повної втрати суверенітету, необхідності забезпечення територіальної цілісності та конституційної стабільності держави. Ця обставина дозволяє стверджувати, що доктрина конституційної ідентичності в кожній окремій державі на кожному окремому етапі її розвитку наповнюється окремим конкретним національним та історичним змістом, заснованим, по-перше, на особливостях національної правової системи, культурних, правових та історичних традицій, а по-друге, визначається тими об'єктивними правовими проблемами, які потребують розв'язання станом у певний історичний період часу. Якщо розглядати сукупність проблем через призму основних концептуальних термінів, що існують в теорії конституційного права, тоді треба зазначити, що поняття конституційної ідентичності найбільше пов'язане з такими поняттями, як конституційні принципи та конституційні цінності, конституційні традиції, конституційне тлумачення, державний суверенітет, а також з питанням взаємодії між національними міждержавними юрисдикціями.

Інтенсивне використання поняття «конституційна ідентичність» органами конституційного контролю у всьому світі посилило інтерес науковців до цієї концепції. На основі аналізу відповідної конституційної судової практики ряд авторів запропонували власні теоретичні підходи до її визначення. Так, однією з найбільш цитованих і спільних позицій є те, що конституційна ідентичність являє собою сукупність основних конституційних положень, що становлять істотне (непорушне, суттєве) ядро конституції. Як зазначає Г. Гаджиєв, аспекти конституційної ідентичності є «особливо захищеними частинами конституційного тексту, що складають ядро національного конституційного ладу». Водночас, як зазначають дослідники, які поділяють цю позицію, не кожне положення конституції є невід'ємною частиною її ядра, а лише ті з них, зміни яких указуватимуть на зміну конституції в цілому. Тобто не всі конституційні положення є однаково важливим для встановлення конституційної ідентичності. Важливо враховувати лише ті з них, для яких відмова від їх реалізації означала б відмову від суті демократії. Подібний підхід до розгляду конституційної ідентичності держави пропонували автори, які більше покладаються на правозастосовчу практику Верховного Суду Індії, який розробив доктрину «основної структури» конституції, а також на позицію Федерального конституційного суду Німеччини, зокрема у «Справі про Маастрихтський договір», яка була порушена вище. У контексті

розглянутої позиції конституційна ідентичність - це сукупність конституційних положень, які виражають особливості певної конституції, і внесення змін до яких фактично вказує на припинення її дії у первісному вигляді. На нашу думку, неможливо звести конституційну ідентичність до набору позитивних норм, а також необхідно враховувати а підрахувати конституційні традиції та конституційні цінності, які поділяються суспільством, та тлумачення органів конституційного судового контролю. На підтвердження цієї обставини необхідно посилатися на вищезазначену практику Конституційних судів Чеської Республіки, Латвії та Верховного Суду США. У зв'язку з цим треба відзначити та підтримати точку зору тих авторів, які пропонують звести конституційну ідентичність не лише до тексту самої конституції, але й до тлумачення, даного їй конституційними судами а також конституційні цінності, виявлені в тексті конституції, як ідеї, які визнаються важливими для розвитку суспільства та держави в певний період часу. Як зазначається в літературі, конституційна ідентичність є конституційним «ядром» - «сукупністю фундаментальних цінностей та принципів, які не можуть бути предметом компромісу». Інший підхід полягає у визначенні конституційної ідентичності як аргументованого методу, що застосовується в конституційній судовій практиці. Наприклад, А. Рейнер зазначає, що «конституційна ідентичність є концептуальний інструмент захисту від її надто далекосяжної наднаціоналізації правових порядків штатів, захист матеріального та функціонального існування держави, що знаходить своє особливе вираження в основних політичних рішеннях та основних елементах її правової культури, які є ціннісною основою Конституції держави»[1].

А. Бланкенагель визначає конституційну ідентичність як юридичний аргумент[2].

Ризики маніпулювання аргументами видаються цілком реальними. Не вступаючи в дискусію щодо справедливості використання концепції конституційної ідентичності, можна поставити питання про правильність характеристики даного явища як незалежний юридичний аргумент. Для правильної відповіді на це питання необхідно звернутися до основних досягнень теорії юридичної аргументації, зокрема до класифікації юридичних аргументів.

---

[1] Arnold rainer, Constitutional Identity in European Constitutionalism (Nov. 1, 2019), available at http://www.constcourt.md/public/files/file/conferinta_20ani/programul_conferintei/rainer_Arnold.pdf. (дата звернення: 25.11.2021)

[2] Blankenagel 2018, at 42.

2. Основні положення теорії юридичної аргументації щодо класифікації юридичних аргументів. Концепція конституційної ідентичності як сукупності «інтерпретаційних аргументів»

Беручи до уваги існування різних підходів до вивчення правової аргументації, а саме логічного, риторичного та діалектичного, можна спиратися на досягнення останнього з них, враховуючи той факт, що більшість сучасних авторитетних дослідників дотримуються цього. Ключовим терміном для вивчення методів аргументації в цьому напрямку є поняття важких справ («важкі справи»).

Уперше термін «важкі справи» з'явився у працях відомого філософа і теоретика права Р. Дворкіна. Автор розумів під ними ті справи, для яких існуючі норми закону не передбачають однозначного вирішення, або, іншими словами, випадки, коли норма закону, застосована суддею, не може тлумачитися однозначно[1]. Ця термінологія була прийнята і згодом використана іншими дослідниками з метою побудови теорії юридичної аргументації. Наприклад, у літературі зазначено, що ті випадки, для яких можна обґрунтувати різні варіанти їх вирішення, є важкими справами[2]. Інші автори також зазначають, що важкі справи стосуються юридичних питанньо, які можуть бути вирішені та переконливо обґрунтовані різними способами[3]. На думку А. Барака, «важкі справи» - це ті справи, в яких суддя стикається з низкою можливостей, котрі всі є законними в контексті системи[4]. Коли, описуючи поняття «важких справ», автори зазвичай також указують причини їх появи у судовій практиці. Це випадки, наприклад, коли суддя стикається з відсутністю відповідної норми права, а також із ситуацією, коли норма, на основі якої потрібно вирішити юридичний спір, вважається незрозумілою або не зовсім адекватною, щоб застосовуватись до відповідних відносин або суперечить іншим застосовним стандартам [5]. Іншими словами, основна причина виникнення важких справ - наявність правової норми з «відкритою текстуальністю», що нормою, яка не встановлює чітко визначене правило поведінки, сформульоване найзагальнішим, абстрактним

[1] Ronald Dworkin, Law as Interpretation, 9(1) Politics of interpretation 179 (1982)

[2] donald h. Berman & Carole d. hafner, Indeterminacy: A Challenge to Logic-Based Models of Legal Reasoning, 3(1) international review of Law, Computers & technology 1 (1987).

[3] Anne von der Lieth Gardner, An Artificial Intelligence Approach to Legal Reasoning (Cambridge, Mass.: the Mit Press, 1987).

[4] Барак А. Судейское усмотрение [Aharon Barak, The Judicial Discretion] 56 (Moscow: NOrMA, 1999).

[5] Gustavo Zagrebelsky, Ronald Dworkin's Principle Based Constitutionalism: An Italian Point of View, 1(4) international Journal of Constitutional Law 621, 625 (2003).

способом, і з цієї причини він потребує додаткового тлумачення, на основі якого необхідно вирішити юридичний спір [1]. Цитовані дослідження, що стосуються категорії «важкі справи», також мають вирішальне значення для вивчення питань теорії аргументації, таких як класифікація аргументів на типи. В літературі зазначається, що при аналізі юридичної аргументації А. Арніо, Р. Алексі та Н. МакКормік розрізняють реконструкцію явних справ і важких справ.

У явних випадках, коли немає розбіжностей у думках щодо фактів, для захисту рішення може бути використаний один аргумент.

У важких випадках, коли факти чи правила оскаржуються, потрібне подальше обґрунтування за допомогою ланцюга аргументів, до фактів або змісту норм або, в останньому випадку, позиції щодо їх тлумачення. Враховуючи той факт, що в практиці конституційного судового контролю органи вирішували питання щодо відповідності певних положень конституційних актів, саме вивчення питань тлумачення набуває вирішального значення. Дві окремі групи є значущими, отже, систему аргументів можна розділити на два блоки: основні (семантичні та генетичні) та додаткові (історичні, порівняльні, телеологічні та інші) аргументи.

Перші відображають правильність співвідношення між фактами та правовими нормами, які регулюють їх, що застосовуються в конкретній справі.

Другі виконують функції тлумачення та обґрунтовують вибір чинного законодавства.

Аргументи, пов'язані з другою групою, інакше називають «інтерпретаційними аргументами». Одним із перших, хто розробив перелік їх типів, був італійський учений Г. Тарелло, який у своїй книзі «Інтерпретація законів» виділив 14 видів таких аргументів. Цей список розроблений на основі італійської традиції права, але дана категоризація мала великий вплив за межами Італії, включаючи прийняття відомого прихильника риторичного підходу до теорії аргументації Х. Перельмана[2].

---

[1] Jaap C. hage et al., Hard Cases: A Procedural Approach, 2(2) Artificial intelligence and Law 113 (1993). Ця термінологія була вперше введена в науку Хартом, який, зокрема, зазначав у своїх працях, що будь-яка юридична норма має «відкриту текстуальність», тобто, з одного боку, не можна давати індивідуальне тлумачення правової норми, а з іншого боку , що в будь-якій системі права неминучі прогалини та певна відсутність регулювання.

[2] Giovanni sartor et al., Argumentation Schemes for Statutory Interpretation: A Logical Analysis in Legal Knowledge and Information Systems – JURIX 2014: The Twenty-Seventh Annual Conference 11 (r. hoekstra (ed.), Amsterdam: iOs Press, 2014).

Оскільки це важливо з точки зору практики органів конституційного судового контролю, необхідно назвати такі аргументи:

«- аргумент про узгодженість правового регулювання (виключаючи тлумачення, введення двох правових норм у конфліктну ситуацію);

- психологічний аргумент (що обґрунтовує тлумачення норми апеляцією до початкової волі законодавця, наприклад, на основі змісту підготовчих документів);

- телеологічний аргумент (що обґрунтовує застосування норми на основі встановленого нею правового регулювання);

- авторитетний аргумент (що обґрунтовує необхідність застосування норми у значенні, яке їй уже було надано тлумаченням вищого судового органу чи доктрини)[1]».

Згодом систему інтерпретаційних аргументів систематизував Д.Н. Маккормік і Р. Саммер. За ним існує 11 типів аргументів (деякі з них збігаються з аргументами, висвітленими Д.Тарелло; деякі відрізняються, наприклад, аргументом технічної цінності). Приклади використання методів юридичної аргументації, виділені Д.Тарелло у теорії вже в 1980 р. і систематизовано Д.Н. Маккорміком та Р. Саммером, можна знайти в правозастосовчій практиці органів конституційного судочинства у всьому світі[2], що доводить можливість використання цієї теорії при розгляді питань, пов'язаних з аргументацією в конституційній судовій правозастосовчій практиці. Можна використовувати досягнення цієї теорії в дослідженнях конституційної ідентичності як юридичного аргументу. Отже, якщо ми проаналізуємо рішення органів конституційного правосуддя, в яких було використано це поняття, можна звернути увагу на той факт, що суди у своїй практиці апелювали до різних тлумачучих аргументів залежно від особливостей конкретної справи, а також деякі справи негайно вдавались до набору аргументів.

Наприклад, формулюючи доктрину про зустрічні обмеження, італійський Конституційний суд, обгрунтовуючи своє рішення, покладався одночасно на аргумент за аналогією, аргумент про домовленість, аргумент про загальні принципи.

---

[1] Як найбільш репрезентативний з точки зору використання цього типу аргументів, можна посилатися на правозастосовчу практику верховного суду Канади. у своїх рішеннях Суд часто не лише посилається на раніше висловлені ним правові позиції, що характерно для практики органів конституційного правосуддя у всьому світі, але, обгрунтовуючи рішення, він також активно апелює до пояснень, що містяться у доктрині.

[2] З точки зору досліджених авторами країн, правозастосовча практика верховного суду Канади видається найбільш репрезентативною з точки зору використання можливих методів аргументації

Конституційний суд Німеччини у рішенні щодо справи Маастрихтського договору вдався до натуралістичних і системних аргументів.

Конституційну ідентичність можна визначити не просто як окремий метод аргументації, але як складну аргументовану схему, що містить набір різних інтерпретаційних аргументів. Спираючись на значущу концепцію конституційної ідентичності з точки зору теорії аргументації, конституційну ідентичність можна визначити як сукупність інтерпретаційних аргументів, що використовуються органами конституційного контролю для обґрунтування рішень у рамках, в яких діє перевірка з точки зору його відповідності національній специфіці конституційних норм.

3. Методологічний аспект юридичної аргументації в конституційному судовому процесі

Юридичну аргументацію необхідно розглядати у вузькому значенні як науку про засоби, способи, методи переконання, наведення доказів, обґрунтування при розв'язанні спірних правових питань, вирішенні конкретних справ, що виникають в юрисдикційній сфері функціонування суспільства та діяльності держави. Суть юридичної аргументації полягає у наведенні переконливих правових аргументів, доказів щодо правильності розв'язання спірного питання саме запропонованим шляхом, розуміння змісту певної норми, поширення її дії на конкретні відносини і розв'язання на її підставі конкретної життєвої ситуації. Юридична аргументація має теоретичний і практичний аспекти. Як теорія вона вивчає засоби, прийоми, способи і методи, принципи, завдання, понятійний апарат, що забезпечують отримання істинного, об'єктивного, єдино правильного результату. На практиці вона відіграє важливу роль у забезпеченні однозначного і правильного здійснення юрисдикційної діяльності суб'єктів певних суспільних відносин, розв'язання спірних правових питань

Юридична аргументація є обов'язковою в судовому процесі.

У кожному з видів судового процесу – конституційному, адміністративному. цивільному, господарському, кримінальному – вона має свої особливості, зумовлені юрисдикцією, категоріями справ, що розглядаються відповідними судами.

Методологія юридичної аргументації в конституційному судовому процесі залежить від суб'єктів, які її використовують, та виду процесуального документа.

Процесуальними документами в конституційному процесі є конституційні подання, звернення, конституційні скарги, ухвали про відкриття або про відмову у відкритті провадження, про припинення провадження у справі, про об'єднання та роз'єднання проваджень, рішення та висновки.

Вирішення питання про віднесення відповідних актів до об'єктів конституційного контролю покладається на суб'єктів права на звернення та Конституційний Суд України. Тому в разі оспорення конституційності інших, крім законів, актів Верховної Ради України та актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, у конституційному поданні мають бути наведені аргументи, що ці акти є за своїм змістом правовими, відповідно до теоретичних і доктринальних підходів до розуміння поняття «правовий акт». Названі органи є колегіальними і свої рішення приймають словесно документально оформленими. При цьому сама форма акта правового значення не має і не обмежується конституційно встановленими формами актів, які можуть приймати ці органи. Аргументом віднесення відповідного рішення Верховної Ради України чи Верховної Ради Автономної Республіки Крим до правових актів є їхній матеріальний зміст, характер приписів і правові наслідки їхньої реалізації. Щодо актів Президента України і актів Кабінету Міністрів України аргументація про віднесення їх до об'єктів конституційного контролю спрощується, оскільки поняттям «акт» охоплюються будь-які їхні документи нормативного й індивідуального характеру, а також дія чи бездіяльність. Зокрема, непідписання і неопублікування прийнятого Верховною Радою України закону і неповернення його до парламенту зі своїми вмотивованими і сформульованими пропозиціями – це бездіяльність, яка полягає у невиконанні Президентом України свого конституційного права й обов'язку, вона може бути предметом конституційного подання. Обов'язковість юридичної аргументації у конституційному поданні нормативно визначена як одна з вимог щодо наведення у ньому правового обґрунтування, викладення аргументів, тверджень про неконституційність відповідних актів.

Одним з аргументів на користь позиції, що у конституційному поданні може ставитися питання як про конституційність, так і неконституційність, є пункт 1 Розділу XV «Перехідні положення» Конституції України, яким установлено, що закони та інші нормативні акти, прийняті до набуття чинності Конституцією України, є чинними в частині, що не суперечить Основному Закону України. За його змістом оцінювати чинність таких актів може кожен суб'єкт урегульованих ними відносин. І якщо один з учасників не визнає такий акт чинним, вважаючи, що він суперечить Конституції України, а

інший – дотримується протилежної думки про його конституційність, то спір щодо його конституційності може бути вирішений КСУ.

І хоча з установленого у частині другій статі 8 Конституції України обов'язку приймати закони та інші нормативні акти на її основі і відповідних їй презумується конституційність нормативних актів, прийнятих після набуття чинності Основним Законом України, на практиці не заперечується можливість незастосування закону чи іншого акта з підстав їхньої неконституційності, хоча він таким не є.

Щодо змісту юридичної аргументації у конституційному поданні з питань конституційності, то Закон чітких критеріїв не встановлює. Однак це не означає, що достатньо лише послатися на відповідність чи невідповідність акта певному положенню Конституції України. У ньому обов'язково має бути розкрито зміст відповідного конституційного положення і наведено переконливі аргументи щодо відповідності спірного акта Основному Закону України. У конституційному поданні про визнання відповідного акта конституційним, окрім аргументів на підтвердження конституційності, мають бути зазначені причини постановки такого питання.

Необхідність юридичної аргументації у конституційних поданнях полегшує вирішення питання про наявність підстав для відкриття провадження і є стримуючим чинником зловживання правом на звернення й обмеження випадків безпідставного звернення.

Питання конституційності відповідних актів залежно від предмета спору розглядаються за різними процедурами, що впливає і на зміст аргументації. Поряд із загальною процедурою розгляду питань щодо конституційності Закон виокремлює розгляд питань конституційності актів, які викликають спір щодо повноважень конституційних органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим та органів місцевого самоврядування, про конституційність актів про призначення виборів, всеукраїнського референдуму, референдуму в Автономній Республіці Крим, а також щодо відповідності правових актів конституційним принципам і нормам стосовно прав і свобод людини та громадянина або якими суперечливо регулюється порядок реалізації конституційних прав і свобод.

Відповідно до предмета таких подань у них наводяться аргументи:

- про позбавлення чи звуження обсягу конституційних повноважень, надання їх іншому органу, надання не передбачених Конституцією України повноважень або які не випливають з функцій відповідного органу;

- про наявність конституційних підстав і повноважень у відповідного органу на призначення виборів, всеукраїнського референдуму чи референдуму в Автономній Республіці Крим, а також конституційності питань, що виносяться на референдум; про відповідність нормативних актів конкретним конституційним принципам і нормам стосовно прав і свобод людини та громадянина, про неконституційність одного з нормативних актів, якими суперечливо регулюється порядок реалізації конституційних прав.

У конституційному поданні щодо офіційного тлумачення Конституції України мають бути наведені аргументи щодо практичної необхідності у з'ясуванні або роз'ясненні, їх офіційній інтерпретації.

Такими аргументами можуть бути: застосування різних термінів щодо одних і тих самих понять чи правовідносин, обставин у нормативному акті, що викликають неоднакове сприйняття та різну інтерпретацію окремих його положень, не досить чітке формулювання та викладення окремих норм, невизначеність, двозначність або надмірна загальність окремих положень, норм, а також неясність їх розуміння, що ускладнює визначення поведінки і реалізацію суб'єктом своїх прав та обов'язків, компетенції та неоднозначне, різне застосування на практиці.

Неоднозначним застосуванням є неоднакове, протилежне, суперечливе, різне застосування одних і тих самих норм права до подібних юридичних фактів чи однакових правовідносин, обставин або хоча й однозначне, але неправильне застосування. Аргументами на підтвердження неоднозначного застосування можуть наводитися рішення судів будь-якої інстанції, що набрали чинності, роз'яснення вищих судових інстанцій, інших органів державної влади в порядку здійснення делегованих інтерпретаційних повноважень, а також листи, повідомлення, будь-яка інша словесно-документальна інформація. Аргументом може бути також неоднозначне розуміння змісту і обсягу певного права, закріпленого у Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод Європейським судом з прав людини, і відповідного права у національному законодавстві національними судами.

В ухвалах про відкриття провадження або про відмову у відкритті провадження мають наводитися аргументи про відповідність конституційних подань, звернень, скарг формальним вимогам до них, установленим Конституцією України та Законом, зокрема, чи має суб'єкт право на звернення, чи віднесено спірне питання до юрисдикції КСУ, чи відповідають вони встановленим до них вимогам та чи не приймалося з поставленого у них питання рішення або ухвала

про відмову у відкритті провадження, давався висновок. Застосування юридичної аргументації обов'язково у підсумкових рішеннях по суті справи. І хоча Закон не вживає саме такого терміна, він містить перелік обов'язкових елементів рішення та висновку, одним з яких є мотивувальна частина.

Саме в мотивувальній частині викладаються аргументи на підтвердження прийняття конкретного рішення.

Вимоги до аргументації рішень конституційної юстиції доволі високі, що зумовлено їх значущістю та правовими наслідками.

Аргументація в рішеннях КСУ полягає не у простій констатації відповідності чи невідповідності оспорюваного положення Конституції України, а повинна основуватися на ґрунтовному дослідженні проблематики поставленого питання, розкритті змісту конституційних принципів, її положень, поширення їх дії на певну сферу суспільних відносин і конкретної ситуації, з якою пов'язаний спір, а також судження щодо позицій сторін.

Юридична аргументація у рішеннях КСУ методологічно полягає у використанні всіх відомих методів наукового дослідження, досягнень герменевтики, доктринальних розробок, а також прецедентів Європейського суду з прав людини і аргументів своїх попередніх рішень. При цьому Суд може використовувати лише ті аргументи власних рішень і рішень Європейського суду з прав людини, які базуються на ґрунтовному дослідженні та стали основою прийняття відповідного рішення.

Не можна розцінювати як аргумент одне лише посилання на положення Конституції чи міжнародних актів, рішення Європейського суду з прав людини, на неаргументовані висловлювання у власних рішеннях. Простий набір подібних посилань або висмикування окремих положень роздумів певного суду не відповідає вимогам до змісту мотивувальної частини рішення, вони не породжують переконання в обґрунтованості аргументами позиції Суду, а відтак немотивоване рішення не може вважатися легітимним. Неприпустимим є використання в аргументації такого техніко-юридичного прийому, як юридична фікція, а також пересмикування, маніпулювання висловлюваннями Європейського суду з прав людини і власних рішеннях, а точніше свідоме і навмисне намагання визнати окремі правові судження, орієнтири, що не мають ніякого стосунку до справи, аргументами з метою створити ілюзію переконливості позиції Суду.

Подібні дії мають ознаки аргументаційного шахрайства, і за таких «аргументів» рішення Суду не можна визнати правосудним із відповідними наслідками для суддів, які голосували за нього.

Домінантою юридичної аргументації рішень КСУ є тлумачення. При розгляді віднесених до його повноважень питань КСУ має використовувати всі відомі способи і методи тлумачення, виходити з мети, завдань і функцій тлумачення.

Суд має дотримуватися принципів і правил тлу мачення, зокрема, верховенства права, розумності, справедливості, пропорційності, правової визначеності, конституційності, законності, демократичної, правової, соціальної держави, гуманізму, пріоритетності прав людини, розкривати зміст конституційних принципів. При вирішенні спірних питань щодо функцій і повноважень органів влади може використовуватися тільки буквальне або звужене тлумачення, а щодо прав і свобод людини та громадянина – буквальне і розширювальне. При вирішенні спорів щодо повноважень не може застосовуватися логічний прийом від зворотного, хто може більше, той може менше, і навпаки. Установлені винятково Конституцією України повноваження Верховної Ради України, Президента України та КСУ не можуть коригуватися законом і будь-які аргументи щодо можливості здійснення ними інших повноважень будуть неконституційними, а рішення – нелегітимним. Прийняття подібних рішень підпадає під ознаки порушення присяги. При здійсненні формального конституційного контролю у рішенні мають бути наведені аргументи про установлені обставини, факти порушення конституційної процедури розгляду та прийняття рішення відповідним органом і докази на їх підтвердження. КСУ не може делегувати свої повноваження, у тому числі щодо здійснення формального конституційного контролю іншим органам, і сам повинен встановлювати обставини, факти порушення конституційної процедури розгляду і прийняття рішення певним органом, а не перекладати на інші органи. Відмову КСУ від самостійного встановлення фактів додержання конституційної процедури розгляду і прийняття рішення необхідно розглядати як ухилення від виконання конституційних повноважень із відповідними наслідками. Конституційне визнання людини найвищою цінністю покладає і на КСУ обов'язок забезпечити реалізацію та захист прав і свобод людини і громадянина, а тому він у справах, що зачіпають права і свободи людини та громадянина, має додержуватися принципів гарантованості конституційних прав і свобод людини та громадянина, неприпустимості їх звуження змісту і обсягу, за винятками, встановленими Конституцією України, і не надавати державі, її органам, посадовим і службовим особам право обмежувати права і свободи чи визначати на свій розсуд їх реалізацію. Права і свободи людини та громадянина нормативно закріплені в Основному Законі та законах України.

Конституція України не допускає самої можливості розсуду в реалізації конституційних прав і свобод людини і громадянина, звуження їх гарантій, змісту і обсягу залежно від економічних можливостей держави. Теоретично можна змоделювати еко номічну неспроможність держави забезпечити реалізацію в повному обсязі всіх соціальноекономічних прав, і таке можливе на практиці. Однак відсутність у держави економічної можливості має бути реальною, а не абстрактною, надуманою і такою, що виключає її спроможність забезпечити реалізацію всіх, більшості чи окремих соціально-економічних прав. Аргументований висновок щодо неспроможності або можливості держави забезпечити реалізацію певних прав людини потребує дослідження таких питань: чи справедливо була розподілена державна власність після проголошення незалежності України; чи зберегла держава у своїй власності прибуткові підприємства, які наповнюють бюджет, та вжила заходів до їх розвитку; чи створила держава всі умови для реалізації кожним соціально-економічних прав; чи ефективно вона використовує власність народу і в інтересах його переважної більшості; чи справедливо вона встановила винагороду за працю; чи диференційовано, пропорційно розміру винагороди, прибутку встановила податки; чи ефективно і розумно витрачаються кошти державного бюджету; чи пропорційно можливостям держави обмежуються видатки з державного бюджету на діяльність всіх органів державної влади, органів місцевого самоврядування; чи обмежуються права всіх, без винятку, громадян, іноземців та осіб без громадянства незалежно від їхнього соціального статусу чи лише певної соціальної групи; чи вжила держава всіх заходів щодо недопущення обмеження певних прав тощо. Після ґрунтовного дослідження цих та інших питань щодо спроможності держави може бути зроблений аргументований висновок про можливості держави. Наявність у держави боргів не означає, що у неї немає можливості забезпечити реалізацію певних прав людини. Констатація у рішенні про обмежені можливості держави без наведення переконливих аргументів є, словами вождя пролетаріату, стрясанням повітря пустим звуком, а рішення не можна визнати правосудним з відповідними наслідками. Варто зазначити, що, вступаючи на посаду, кожен суддя КСУ присягав забезпечувати верховенство Конституції України, захищати конституційний лад держави, конституційні права і свободи людини і громадянина. Невиконання цих обов’язків, прийняття неаргументованих рішень є порушенням присяги.

4. Аналіз аргументації Рішення Конституційного Суду України у справі про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу

Рішення КСУ у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення третього речення частини першої статті 13 Закону України «Про психіатричну допомогу» (справа про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу) від 01.06.2016 р.

У десятках процесів у Європейському суді з прав людини (ЄСПЛ) адвокати порошують питання, що стосуються різних аспектів психіатричної допомоги і забезпечення прав осіб (наприклад, справи «Кучерука проти України», «Федорова і Федорової проти України», «Анатолія Руденка проти України» у ЄСПЛ). Розгляд цих та інших справ у національних судах висвітлив труднощі у вирішенні правових питань, пов'язаних із безпосереднім застосуванням конституційних положень, зокрема у питанні щодо застосовності та обсягу права на свободу, яке гарантоване статтею 29 Конституції та/або статтею 5 Конвенції з прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенції).

У цій справі розглядається питання щодо забезпечення права на свободу вкрай вразливої категорії людей, які не можуть за станом свого здоров'я надати усвідомлену згоду на їх поміщення до психіатричної установи. Закон України «Про психіатричну допомогу» не передбачає достатніх гарантій для таких осіб, залишаючи їх у вкрай вразливому становищі.

Особливу проблему становить відсутність – для неповнолітньої особи чи такої, що визнана недієздатною, – можливості захистити свої права та інтереси у випадку конфлікту з опікуном або зловживань з боку опікуна. Такі особи у правовій системі України позбавлені цивільної дієздатності, що призводить до неможливості їх звернення до суду або до інших органів, залучити адвоката до свого захисту або у будь-який інший спосіб оспорювати дії свого опікуна. Це підтверджується послідовною судовою практикою, яка склалася в Україні. Тобто така особа фактично позбавлена правосуб'єктності у правовій системі України.

За таких обставин рішення Конституційного Суду України у контексті конституційного подання Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини матиме фундаментальне значення для захисту

одного з прав таких осіб – права не бути та/або не залишатися довільно позбавленим свободи.

Питання, яке перш за все виникало у практиці судів України: чи поширюються гарантії статті 29 Конституції, – а саме обов'язковість судового рішення, право на звернення до суду, обов'язок повідомлення третіх осіб про затримання тощо, – на будь-які випадки позбавлення свободи особи, або ця стаття має обмежене застосування лише в контексті кримінального процесу? Вирішення цього питання Конституційним Судом України матиме значення не лише в контексті психіатричного затримання, але і для інших випадків позбавлення права на свободу, наприклад, позбавлення свободи неповнолітніх, позбавлення свободи для запобігання поширенню інфекційних хвороб, позбавлення свободи іноземців і будь-яких інших випадків позбавлення свободи.

Про актуальність цього питання свідчить практика неоднозначного тлумачення статті 29 Конституції судами, що в деяких випадках призвело до встановлення ЄСПЛ порушення права на свободу.

Конституційний Суд України не перший раз розглядає питання, пов'язані з тлумаченням статті 29 Конституції. Але це є першою справою, що стосується захисту права на свободу поза межами кримінального процесу та процесу про адміністративні правопорушення.

Частково обмежене тлумачення обсягу права на свободу, що гарантоване статтею 29 Конституції, є наслідком нерозуміння універсального характеру конституційних гарантій, їх безпосередньої застосовності незалежно від наявності чи відсутності спеціалізованого законодавства і, як наслідок, автономного значення будь-яких термінів, вжитих в тексті Конституції.

Певну складність у тлумачення статті 29 Конституції вносить те, що терміни, які використані у тексті положення, лексично збігаються з термінами, які використовує кримінальне процесуальне законодавство України. Часто суди цьому текстуальному співпадінню надають занадто велике значення, не враховуючи більш важливих аспектів, що свідчать про неможливість обмежити застосування статті 29 Конституції лише до сфери кримінального процесу.

Стаття 29 Конституції стверджує право на свободу як таке, що належить «кожному». Це дає підстави вважати, що гарантії цієї статті поширюються на будь-які випадки позбавлення свободи, незалежно від того, як це позбавлення свободи класифікується законодавством чи практикою.

Сам текст статті 29 Конституції дає підстави для таких висновків. Наприклад, у частині 3 статті 29 в результаті застосування «тримання під вартою» особа стає «затриманою», що суперечить кримінальному процесуальному законодавству і доктрині, де все відбувається навпаки. Те, що в першому реченні частини 3 статті 29 називається «триманням під вартою», у другому реченні назване «затриманням». Відхиляючи думку, що така плутанина в термінології є наслідком неосвіченості чи неохайності творців Конституції, можна дійти висновку, що цим термінам не надавалося спеціальне значення, притаманне певній галузі законодавства, а ці терміни вживалися в статті 29 Конституції як синоніми, що позначають будь-яке позбавлення свободи або утримання у стані несвободи. Такого тлумачення надавав цим термінам і Конституційний Суд України.

Не менш важливо, що стаття 29 Конституції створює конституційні, тобто найвищі за правовим авторитетом і значенням, гарантії, забезпечуючи право на свободу «кожному». Якщо визнати, що конституційні гарантії статті 29 мають лише обмежену сферу застосування, наприклад, стосуються лише підозрюваних правопорушників, то треба визнати, що Конституція не мала наміру забезпечити право на свободу «кожного», хто не є підозрюваним правопорушником, надійними гарантіями, такими як обов'язковий судовий контроль, право на періодичний перегляд судом, правом на повідомлення третіх осіб про факт затримання тощо. Таке обмежене тлумачення, очевидно, суперечило б наміру, очевидно закладеному в статті 29 Конституції, – створити гарантії свободи «кожного», а не тільки «кожного підозрюваного правопорушника». Звуження гарантій статті 29 Конституції лише до забезпечення прав «підозрюваного правопорушника» суперечитиме і статті 3 Конституції, яка передбачає обов'язок забезпечити «права і свободи людини».

Тому терміни, використані у статті 29 Конституції, незважаючи на їх лексичний збіг з термінами окремої галузі законодавства, мають автономне значення, зміст якого не залежить від того значення, що надається цим термінам у спеціальному законодавстві.

На користь такого висновку свідчить і те, що протилежна позиція зробила б неможливою «пряму дію» норм Конституції, яка забезпечена статтею 8 Конституції: якщо значення термінів Конституції залежить від звичайного законодавства, то за відсутності законодавства положення Конституції не мали б власного змісту і не могли б бути застосовані.

Також, якщо припустити, що положення Конституції не мають автономного, незалежного змісту, а позичають зміст своїх термінів у

окремої галузі законодавства, то логічно неможливо було би стверджувати про конституційність або неконституційність такого законодавства.

І, нарешті, за вузького тлумачення гарантій статті 29 Конституції, людина, позбавлена свободи без жодних підстав, не може бути захищена цим положенням, оскільки у такому випадку Конституція не може «прив'язати» значення своїх термінів до законодавства, оскільки такого законодавства не існує.

У своїй практиці Конституційний Суд України вже спирався на концепцію автономного значення термінів конституційних положень, зокрема й у тлумаченні положень статті 29 Конституції. Визначаючи сферу дії частини 3 статті 29 Конституції та значення терміна «злочин», цей Суд визначив, що «з аналізу положень … міжнародних актів не вбачається різниці між кримінальними і адміністративними протиправними діяннями, оскільки вони охоплюються загальним поняттям «правопорушення»… Отже, є підстави для висновку, що внаслідок адміністративного затримання відбувається короткострокове позбавлення людини свободи, право на яку передбачено у статті 29 Конституції України».

Тобто цей Суд визнав, що терміни, які вживаються у тексті Конституції, мають автономне, власне значення, що може не збігатися і, як правило, не збігатися із їх значенням у контексті спеціального законодавства.

Єдиним положенням, застосування якого обмежене лише позбавленням свободи через підозру у вчиненні правопорушення, є частина 3 статті 29 Конституції. Це випливає з самого тексту цього положення, яке прямо каже про застосування його «у разі нагальної необхідності запобігти злочинові…».

Розвиток законодавства в Україні свідчить також, що стаття 29 Конституції тлумачиться законодавцем у широкому сенсі. Законодавство про екстрадицію, про психіатричну допомогу та інші галузі поступово ввели гарантії права на свободу, передбачені статтею 29 Конституції.

Суди також застосовували статтю 29 Конституції у питаннях, не пов'язаних із кримінальним процесом або процесом про адміністративні правопорушення. Одним з найбільш яскравих прикладів прямого застосування норм статті 29 Конституції є їх застосування до питань, пов'язаних з екстрадицією.

8 жовтня 2004 року у постанові № 16 Пленум Верховного Суду України дійшов висновку, що положення статті 29 Конституції України прямо поширюються на питання екстрадиції і наділяють осіб,

які очікують екстрадиції, низкою гарантій від свавілля. З цього часу національні суди, вирішуючи питання, пов'язані з екстрадицією, прямо керувалися положеннями статті 29 Конституції України.

Національні суди, розглядаючи питання, пов'язані з поміщенням осіб у пункти тимчасового перебування іноземців та осіб без громадянства в порядку адміністративного судочинства (КАС України), прямо застосовують положення статті 29 Конституції України.

І, нарешті, у питаннях, пов'язаних із госпіталізацією, зокрема і до психіатричних установ, суди керуються статтею 29 Конституції України.

Отже, і законодавство, і судова практика України пішла шляхом, окресленим Конституційним Судом України, який у рішеннях, що тлумачили статтю 29 Конституції, розглядав цю конституційну гарантію у сполученні зі статтею 5 Європейської конвенції та статтею 9 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права 1966 року.

Також можна вважати, що ці фактори свідчать на користь застосовності статті 29 Конституції до будь-якого випадку позбавлення свободи і забезпечують особі, що позбавлена свободи з будь-яких підстав або безпідставно, гарантії, передбачені частинами 2, 4, 5, 6, статті 29 Конституції.

Тим не менше, хоча судова практика поступово розвивається у бік ширшого застосування статті 29 Конституції, рішення Конституційного Суду України у цій справі може прискорити цей процес, а також надати поштовх законодавчим змінам у сфері захисту прав людей, що не мають цивільної дієздатності.

Конституційний Суд України постійно використовує практику ЄСПЛ для тлумачення конституційних положень. У зв'язку з цим нижче наводиться практика ЄСПЛ, безпосередньо дотична до справи, що розглядається, і стосується характеру гарантій, якими має бути забезпечене психіатричне затримання.

Як зазначалося вище, недієздатні особи в правовій системі України позбавлені також процесуальної дієздатності. Не торкаючись у цих коментарях питання конституційності позбавлення осіб, позбавлених цивільної дієздатності, а також процесуальної дієздатності, варто відзначити, що будь-яке обмеження прав і свобод будь-якої особи має супроводжуватися відповідними гарантіями від зловживання.

ЄСПЛ у своїй практиці неодноразово вказував, що поміщення осіб до психіатричного закладу чи психоневрологічного закладу для соціального захисту або спеціального навчання має розглядатися як позбавлення свободи, яке повинно супроводжуватися рядом гарантій

від зловживань, у тому числі судовим контролем. ЄСПЛ установлював, що особа може вважатися «затриманою» навіть протягом періоду, коли вона знаходилась у відкритій палаті лікарні з постійним самостійним доступом до відкритого двору лікарні та можливістю самостійно залишити територію лікарні.

Стаття частина 4 статті 5 Конвенції передбачає необхідність ефективного механізму захисту прав «кожного» затриманого, у тому числі недієздатних (неповнолітніх) осіб від можливого зловживання з будь-якого боку. Саме судовий орган має встановити, чи є обмеження прав пропорційним і слугує законній меті. І якщо правова система не надає юридичної можливості для осіб, позбавлених цивільної дієздатності, самим звертатися до суду, має бути передбачений автоматичний судових контроль за законністю обмеження прав таких осіб.

Більше того, характер психіатричного затримання зумовлює необхідність періодичного судового контролю. Відповідно до статті 5 Конвенції, недієздатність чи психічна хвороба не можуть самі по собі слугувати достатніми підставами для позбавлення свободи у психіатричному закладі. ЄСПЛ неодноразово зазначав, що «особа не може вважатися «психічно хворою» та позбавлена волі, якщо не дотримано трьох нижченаведених мінімальних умов: по-перше, об'єктивна медична експертиза повинна достовірно показати, що особа є психічно хворою; по-друге, психічний розлад має бути таким, що вимагає примусового тримання особи у психіатричній лікарні; по-третє, необхідність продовжуваного тримання у психіатричній лікарні залежить від стійкості такого захворювання».

ЄСПЛ також відзначав, що «ключовою гарантією за частиною 4 статті 5 Конвенції є те, що особа, яка примусово утримується у психіатричному закладі, повинна мати право на судовий перегляд за її власним бажанням. Пункт 4 статті 5 Конвенції вимагає в першу чергу наявність незалежного правового засобу, за допомогою якого особа, яка утримується, має можливість постати перед суддею, який визначить законність триваючого утримання. Доступ особи, яка утримується, до судді «не має залежати від доброї волі адміністрації закладу, де утримується особа, використовуватись за розсудом керівництва медичного закладу». Законодавство України не передбачає такого автоматичного і періодичного судового контролю. Спілка вважає, що питання про відповідність статті 13 Закону України «Про психіатричну допомогу» має розглядатися також у контексті частини 2, але також і частини 4 статті 29 Конституції, оскільки у контексті психіатричного затримання як первісний судових контроль

при поміщенні особи до психіатричного закладу, так і періодичний наступний контроль за законністю продовження такого заходу є елементами забезпечення особі гарантій від довільного позбавлення свободи.

5. Хибність і упередженість трактування принципу верховенства права як методологічна вада у аргументації Рішення у справі про незаконне збагачення

Дослідження конституційності припису про незаконне збагачення передбачає аналіз двох знакових систем: Конституції та кримінального законодавства.

Знаки та знакові системи вивчає семіотика. Семіотика дає можливість сприймати світ цілісно, вона досліджує насичення знаків значеннями у процесі їх реагування на середовище, у яке занурені. Семіотика (відповідно до традиції Ч. Пірса і Ч. Морріса) має три рівні дослідження:

1) синтактика. Дослідження самого знаку як такого, без значення. Синтактика вивчає синтаксис, тобто досліджує текст як набір знаків, розставлених за певними правилами. Знайти ці правила - це і є завдання синтаксису; розуміння правив - перший крок дешифрування тексту. Безвідносно до дослідження значення знаків і функцій знакових систем синтаксис установлює правила, за якими знаки можуть створюватися та поєднуватися;

2) семантика. Зіставлення знаку і значення, інтерпретація знаків і знакових систем. Знаки є засобами вираження сенсу. По суті, семантика - це створення словника, коли певному знаку приписується певне значення;

3) прагматика. Вивчення відношення між знаковими системами і тими, хто сприймає, інтерпретує і використовує меседжі, які у них містяться. Знати значення - ще не означає розуміти текст. Прагматика - це розуміння контексту, взаємовідносин між автором і читачем. Слова отримують значення в ситуації висловлювання, їхній сенс змінюється поза контекстом. Прагматика як розділ семіотики означає, що розуміння тексту потребує занурення у контекстуальну глибину.

Прагматичний вимір дає розмежування між двома найбільшими гілками теорії знаків: семіотикою Ч. Пірса і семіологією Ф. Соссюра.

Ракурс семіотики дає бачення як об’єктів, що мисляться, так і об’єктів, що існують; ракурс семіології займається дослідженням лише мисленевих об’єктів. Семіологія, незалежно від модифікацій, зберігає статус науки про мовні системи. Семіотика ж має місце не лише у

лінгвістиці. Як писав Ч. Моріс, вона має подвійний статус: це і загальна теорія знаків, і система, яка може бути спроектована на дослідження знаків у тій чи іншій конкретній галузі. Проектування семіотики на галузь права дає глибину бачення як правових текстів, так і правової реальності як знакової системи у цілому.

І з останньої чверті XX ст. у праві почали формуватися ідеї створення судових рішень на основі моделі «практичної аргументації», яка враховує значення контексту. Практична аргументація контрастує з моделями традиційної юридичної аргументації. Традиційні підходи характеризуються дедуктивним аналізом, будуються на припущенні, що з основоположних принципів виводяться рішення для конкретного випадку; прагнуть об' єктивізму, що мінімізує вплив інтерпретаційного процесу на правозастосування. Проте значна кількість дослідників заперечує допустимість позаконтекстних рішень (звісно, вимагаючи їхньої відповідності головному змісту припису) (D. Farber, J. Feinman, C. Sunstein, N. Zeppos, D. Brown).

Під практичною аргументацією розуміється створення індуктивних і поліцентричних рішень, заснованих на спільних, хоча іноді конфліктуючих, суспільних цінностях і нормах. Такий підхід визнає природу аргументації, що містить контекст справи. Відповідно до цієї моделі рішення перевіряються на ступінь їх відповідності переконанням певного суспільства й успішність у задоволенні існуючих проблем.

Дану аргументацію можна розуміти як практику золотої середини між суто суб'єктивним рішенням *ad hoc* (для вирішення конкретної проблеми), з одного боку, та ідеалом фундаменталістського, об' єктивного прийняття рішень - з іншого.

Модель практичної аргументації визнає певний ступінь дискреції та невизначеності в правотлумаченні. Її прихильники стверджують, що прийняття рішень охоплює творчість і вибір між конкуруючими аргументами та цінностями, і в цьому сенсі є засобом формування політики.

Отже, практична аргументація розглядає той самий діапазон проблем, що і традиційна юридична аргументація, проте вона надає значення зменшенню заформалізованості та врахуванню диспозитивності при зважуванні певних принципів. У такий спосіб головний сенс припису з'являється витлумаченим не ізольовано, а у відповідності до інших джерел права, охоплює еволюцію тлумачення припису у світлі змінених обставин соціального життя. Зважуючи одні аргументи порівняно з іншими та даючи узгодженість результату інтерпретації з суспільними цінностями, інтерпретатори можуть надавати

переконливої ваги власній інституційній ролі, усвідомлюючи її одночасно і як владу, і як обмеження.

З точки зору прагматичного рівня аналізу конституційності норми про незаконне збагачення важливого значення набуває розуміння небуквальності, багатошаровості соціального життя та повсякденний контекст закону як практичного акта. Базова концептуалізація проблем повсякденної соціальної реальності є потужним трендом сучасної соціології та неодмінно пов'язується з теорією фреймів І. Гофмана. Власне, термін «фрейм» і є збірним позначенням контексту. Теорія фреймів артикулює інтерес до з'ясування формату взаємодії досліджуваних явищ («*framing*» - установлення рамок). Аналіз фрейму робить помітним контекст комунікації, дає можливість зрозуміти «вписаність» певних явищ у формат взаємовпливу, висуває на перший план контексти, що форматують потоки взаємодії. З цієї точки зору спроба фрейм-аналізу «спілкування» КК і Конституції потребує вирішення питання про те, яким є його (спілкування) комунікативний код: гетерогенним чи гомогенним.

Якщо кримінальне право - це втілення, уособлення влади, її найяскравіший прояв, де держава заявляє про свою монополію на насильство, то конституція історично виникла як обмежувач цієї влади, вона покликана ввести владу у певні межі, не допустити її розростання чи узурпації, впорядкувати суспільне життя так, щоб захистити особу та суспільство від державного свавілля. Тому генетично код «спілкування» Кримінального кодексу та Конституції є гетерогенним. Конституція завдає масштаб можливого розширення влади, прихованої у Кримінальному кодексі, змушує щоразу зважувати можливості застосування насильства. КК і Конституція створюють поле, в якому стикаються гетерогенні за своїм спрямуванням вектори впливу: легітимізоване насильство, що намагається продемонструвати власну міць і дієвість, і стримувач свавілля, що запобігає узурпації влади. Припис же ст. 368-2 КК був прикладом того, що Кримінальний кодекс намагався мати гомогенний однорідний з Конституцією код, разом з Конституцією створював механізм, здатний обмежити можливість державних агентів чинити свавілля, вимагаючи від них доброчесності. Тому визнання цього припису неконституційним виглядає алогічним.

Покладений Конституційним Судом в основу обгрунтування неконституційності норми про незаконне збагачення аргумент про атаку на принцип презумпції невинуватості потребує розуміння «машинерії» виникнення та існування цього принципу та принципу доброчесності чиновника.

Уперше на законодавчому рівні презумпція невинуватості отримала закріплення у ст. 9 Декларації прав людини і громадянина (1789) : «Оскільки кожен вважається невинним, поки його провина не встановлена, то у випадках, коли визнається потрібним арешт особи, будь-які занадто суворі заходи, що не є необхідними, повинні суворо припинятися законом».

У Франції з часів правління Людовіка XIII широко застосовувалася практика ув'язнення на основі так званих «*letres de cachet*» - наказів з печаткою короля. У них не зазначалося ані суті обвинувачення, ані порядок ув'язнення. Це був наказ комендантові королівської в'язниці ув'язнити певну особу. Люди проводили в ув'язненні десятки років, навіть не знаючи, у чому їх обвинувачують (В. Попелюшко). Масове застосування таких позасудових заходів викликало незадоволення буржуазії, що народжувалася. Під час Великої французької революції 1789 р. революціонери навіть брали штурмом не королівський палац, а в'язницю - Бастилію. Необхідність убезпечення від свавільного затримання і створення гарантій для справедливого суду призвело до закріплення в законодавстві принципу, суть якого відома ще з римських часів: «*In favorem vitae, libertatis et innocentiae omnia praesumuntur*».

По суті, Новий час став епохою, коли принцип презумпції невинуватості залишково кристалізувався і закріпився як фундаментальний принцип кримінального судочинства.

Що ж стосується корупції, то цей феномен, як підкреслює Ф. Фукуяма є сучасним феноменом, його поява стає можливою лише з виникненням у Новому часі сучасних імперсональних держав що охороняють колективний публічний інтерес. При цьому ризики «репатримоніалізації» держав високі, а тому сучасні політичні системи, щоб зберегти крихкі надбання імперсональності, мусять створювати механізми протистояння патримоніальності та протидії корупції. На переконання Ф. Фукуями, джерело корупції є глибоко політичне, а тому самі лише формальні механізми не матимуть серйозного трансформаційного впливу без належного лідерства, стратегій і низової підтримки громадян. Політичний характер корупції та політичну природу реформ в цій сфері Фукуяма ілюструє на прикладі США, де в XIX ст. політики не надто відрізнялися від політиків сучасних країн, що розвиваються. Але з часом в суспільстві зростала потреба у формі правління, яка б віддавала перевагу чеснотам і знанням, а не політичним зв'язкам. І після вбивства в 1881 р. новообраного президента Джеймса А. Гарфілда, яку скоїв потенційний претендент, Конгрес ухвалив закон Пендлтона. Відповідно до цього

закону вперше було створено Комісію США з питань держслужби і встановлено принцип, за яким державні посадові особини мають обиратись на підставі чеснот, а повсюдне дотримання цього принципу набуло сталого характеру лише після Першої світової війни.

Тобто принцип доброчесності посадовців, підзвітності і транспарентності їхньої діяльності з'являється пізніше за принцип презумпції невинуватості. Механізми гарантій щодо дотримання принципу «*moral integrity*» знаходяться в періоді розвитку, причому ці механізми гарантій різняться у локальних контекстах.

Тому аргумент, що «США відмовилися криміналізувати незаконне збагачення і ратифікувати ст. 20 Конвенції ООН проти корупції у зв'язку з ризиками для принципу презумпції невинуватості», потребує детального аналізу з урахуванням контексту. Справді, ст. 20 Конвенції була найбільш дискусійною під час розробки Конвенції. Ініціаторами її створення булі країни, що розвиваються, які значно потерпають від корупції.

Сполучені Штати відповідно до *Corruption Perception Index* 2018 входять до двадцятки країн-лідерів у боротьбі з корупцією. США ратифікували Конвенцію ООН проти корупції, а у застереженні до неї зазначили, що конвенція має бути імплементована до законодавства штатів і федеральних законів, і що може виникнути ситуація, коли законодавство штатів і федеральне законодавство не буде адекватно відповідати зобов'язанням за розділами II і III Конвенції; що хоча правове регулювання щодо корупції відноситься до законодавства штатів, федеральна влада може здійснювати свою юрисдикцію, коли мова йде про поведінку, що впливає на «міждержавну або зовнішню торгівлю, або інший федеральний інтерес». У будь-якому разі США підкреслили відданість цілям конвенції і відзначили, що мають широкий набір механізмів для боротьби з корупцією, можуть ухвалювати федеральні закони про переслідування officials за хабарництво та неправомірну вигоду, встановлювати правопорушення, пов'язані з корупцією, наприклад, ухилення від сплати податків, шахрайство, відмивання грошей. Що ж до незаконного збагачення, то американський підхід полягає у його використанні як інструменту кримінального чи цивільного переслідування за неподання фінансової звітності разом з обвинуваченням в ухиленні від сплати податків. Отже, незаконне збагачення використовується як інструмент розслідування корупції у Сполучених Штатах (L. Susanti).

Аргументація у рішенні КСУ позбавлена «прагматики висловлювання», тому його позиція виглядає недостатньо переконливою, а інституційна роль у формуванні принципу

доброчесності чиновника - слабкою, хоча потенціал суду для укорінення в українському правовому полі даного принципу був вельми значним.

Семантичний рівень рішення КСУ щодо конституційності норми про незаконне збагачення також потребує більш глибокого аналізу - з'ясування значення тягаря доказування, стандартів доказування, принципу презумпції невинуватості та зв'язків між ними.

Термін «Тягар доказування» має певний діапазон значень, і тому щоразу необхідно уточнювати, про яке саме значення йдеться.

«Тягар доказування» точніше було б називати «Тягарями доказування» (W. Wodage) адже маються на увазі такі його складові:

- тягар фактичного доказування (*evidential burden*);
- тягар тактовного доказування (*tactical burden*);
- тягар юридичного (переконливого) доказування (*legal, persuasive burden*).

Тягар фактичного доказування ще не означає юридичного (залишкового, ультимативного) доказування як такого, а є зобов'язанням продемонструвати, що існує достатньо доказів на підтримку фактів, які підлягають розгляду судом. Тут ще немає обов'язку створювати певний ступінь впевненості суду у винуватості особи; це так зване доказування *prima facie*, яке означає свого роду «тимчасове» доказування, яке може бути спростоване чи поставлене під сумнів. У кримінальному процесі тягар фактичного доказування належить прокуророві.

Інколи, у виняткових випадках, передбачених законом, прокурор може бути частково звільнений від цього тягаря; це відбувається у випадках, коли обвинувачений, на відміну від прокурора, має вигіднішу позицію для отримання певних доказів, які знаходяться в межах його знання чи досяжності (L. Muzila, M. Morales, M. Mathias, T. Berger). За таких обставин законодавець може полегшити (але ні в якому разі не повністю звільнити) фактичний тягар доказування прокурора, застосовуючи певну форму презумпцій для окремих фактів чи обставин, які вважаються відомими чи досяжними для обвинуваченого.

Якщо прокурор успішно впорався з фактичним тягарем доказування (звичайним чи зменшеним), суд дає можливість обвинуваченому захищатися шляхом спростування або представлення контр-доказів. Саме в цей момент з'являється так званий тактичний тягар доказування. Тактичний тягар доказування стосується того, що може зробити сторона у процесі, якщо протилежна сторона успішно

виконала фактичний тягар доказування. Іншими словами, мова йде про можливість сторони, проти якої подані докази prima facie надати деякі протилежні чи спростувальні докази. Інакше неспроможність обвинуваченого виконувати тактичний тягар шляхом представлення спростовних чи контр-доказів тягне за собою потенційний ризик засудження. Тобто, коли прокурор виконав тягар фактичного доказування і руйнує перед судом відповідні питання, виникає тактичний обов'язок іншої сторони відповісти спростовуючими чи контр-доказами. Не існує жодного її юридичного обов'язку спростовувати факти, але якщо сторона, проти якої булі представлені докази, нічого не робить для їх оскарження, це збільшує її ризик «втратити» це питання вже на етапі юридичного (переконливого) доказування.

Стороною, яка несе юридичний (переконливий) тягар доказуванняє є та ж сторона, що представляє фактичний тягар. Саме прокурор зобов'язаний довести наявність в діянні особині всіх ознак складу злочину. Жоден обвинувачений не зобов'язаний доводити свою невинуватість. Юридичний тягар обвинувачення фіксується у Конституції і в жодному разі не переходити до обвинуваченого. Поняття «Фіксований тягар доказування» використовується як взаємозамінний до юридичного (переконливого) тягаря доказування. Функціонування принципу презумпції невинуватості означає обов'язок прокурора довести винуватість обвинуваченого згідно із стандартом «поза розумним сумнівом» (Т. Фулей).

Отже, принцип презумпції невинуватості вимагає від обвинувачення як первинного (*prima facie*) тягаря доказування, так і переконливого (залишкового (*ultimate*)) тягаря доказування у кримінальних провадженнях. У виятковиз випадках, коли закон дозволяє спростовну презумпцію стосовно певних ознак злочину, що становить серйозну загрозу суспільству, фактичний тягар доказування прокурора може бути певною мірою зменшений. У тих випадках, коли прокурор успішно виконав фактичний тягар доказування, обвинувачений не зобов'язаний переконувати суддів у правдивості фактів на свій захист або переконувати суд у фальшивості доказів обвинувачення. А обвинувачений може створювати у суду певні сумніви щодо доказів прокурора, несучи тактичний тягар доказування. Отже, юридичний (остаточний) тягар доказування лягає на обвинувачення, а сумніви у винуватості вигідні обвинуваченому.

Окрім цього принципового висновку, важливим у судовій практиці є аналіз критеріїв щодо можливого зменшення фактичного тягаря доказування прокурора, адже певне обмеження права на справедливий

суд (ст. 6 ЄКПЛ), що виникає в такий спосіб, має відповідати тесту на пропорційність розробленому у практиці Європейського Суду з прав людини. Ключовим у вирішенні питання щодо презумпції невинуватості став так званий *Salabiaku test*, який Суд установив у справі *Salabiaku v. France* (1988), де зазначив, що «презумпції щодо фактів чи права використовуються в кожній правовій системі», але держави повинні обмежувати такі презумпції «розумними межами, які беруть до уваги важливість того, що знаходиться під загрозою, і дотримання прав захисту».

У 2006 р. Комісією Європейських Співтовариств була представлена доповідь «*The Green Paper on the presumption of innocence*», спрямована на гармонізацію кримінального законодавства ЄС. У ній виявлялися різнобої у тлумаченні та застосуванні презумпції невинуватості у державах-членах, щоб запропонувати мінімальні спільні правила, уникаючи різниць між рівнями гарантій, пропонованих різними державами. З цією метою «Зелена книга презумпції невинуватості» розглядала у тому числі й обставини, за яких допускається інверсія тягаря доказування чи його модифікація.

У 2016 р. прийнята Директива ЄС про посилення окремих аспектів презумпції невинуватості (*Directive (EU) 2016/343 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings*).

Отже, як бачимо, сучасне європейське розуміння змісту презумпції невинуватості є продуктом певних ціннісних виборів, які знаходяться на шкалі між гарантіями прав особи і високою чутливістю до проблем захисту суспільства від серйозних загроз. Обмеження, що можуть бути застосовані, допустимі, якщо відповідають даним установленим правилам. По суті, ці правила являють собою синтаксичний рівень тлумачення, де встановлюються правила даної знакової системи.

Посилаючись на цей загальноєвропейський контрольований шаблон аргументації, принагідно зазначимо, що:

- в сучасному світі існує пряма кореляція між рівнем корупції та порушенням прав людини (A. Peters). Чим нижчий рівень корупції, тим вищий рівень захисту прав людини. Припис ст. 368-2 КК спрямований саме на подолання корупції, а стан захисту прав людини в Україні залишає бажати ліпшого;

- ст. 368-2 КК не встановлювала для official вимог, які неможливо виконати, і навряд чи існують більш м'які засоби, що будуть більш оптимальними для протидії корупції;

- обмеження, застосовані при зменшенні фактичного тягаря доказування у справах про незаконне збагачення, мають значно меншу глибину і ризики, ніж ті, які виникають у разі їх незастосування.

Отже, Конституційний Суд повинен був принаймні пройти цей тест на пропорційність обмеження права, зупинившись у своїй аргументації на одному з критеріїв. Проте він не зробив цього, тому синтаксичний рівень тлумачення також не відповідає вимогам сильної аргументації.

Відсутність належного прагматичного, семантичного та синтаксичного аналізу не дозволила КСУ подолати розрив між поверхневим і глибинним тлумаченням припису КК щодо незаконного збагачення і його відповідності Конституції. Корозія аргументації в рішенні Суду вдарила не тільки по інструментах боротьби з корупцією - вона ослабила інституційну та репутаційну спроможність Суду у протистоянні корупційним викликам.

ТЕМА 5. МОДЕЛІ ЗАСТОСУВАННЯ АРГУМЕНТАЦІЇ ВЕРХОВНИМ СУДОМ

ЛЕКЦІЯ 1. МОДЕЛЬНА АРГУМЕНТАЦІЯ У ЦИВІЛЬНИХ СПРАВАХ

План лекційного заняття:

1. Специфіка правової аргументації Верховного Суду та забезпечення єдності судової практики.

2. Принцип верховенства права як стандарт судового правотлумачення та застосування права і ефективність судового судочинства.

3. Касаційні фільтри у цивільних справах: проблемні питання судового правотлумачення та правозастосування.

4. Ліберальна доктрина юридичної аргументації Касаційним цивільним судом у складі Верховного Суду. Аргументація КЦС у складі ВС як елемент права на справедливий суд.

5. Аргументація КЦС у складі ВС судових рішень, що «доповнюють» право. «Подолання» офіційного тлумачення норми права в цивільному судочинстві: поняття та правила.

1. Специфіка правової аргументації Верховного Суду та забезпечення єдності судової практики

В кожному суспільстві суддя, з одного боку, виконує роль арбітра, допомагаючи сторонам конфлікту знайти порозуміння, сприяючи їх примиренню, а якщо це неможливо, то ухвалюючи рішення на користь однієї зі сторін.

З іншого боку, суддя виконує роль «затверджувача» певних цінностей суспільства, в якому він працює. Очевидно, що суддя не діє у ціннісному вакуумі. Він повинен усвідомлювати та прогнозувати наслідки, до яких призведе рішення у справі, не лише щодо сторін спору, але й для соціуму загалом чи певних його груп.

Це рішення має узгоджуватися як з юридичними нормами, так і з цінностями відповідного суспільства, які можуть бути виражені в інших соціальних нормах.

Правила, які встановлює суддя у своєму рішенні, мають бути пов’язаними зі сформованою ієрархією суспільних цінностей. Наявність такого зв’язку легітимізує нормативну систему, за допомогою якої впорядковуються людські відносини.

Тому, як писав колишній президент Верховного Суду Ізраїлю, професор Аарон Барак, суддя повинен прагнути ухвалити рішення, що відповідає або не суперечить тому, з приводу чого в суспільстві вже досягнута згода. Для цього суддя має враховувати історичні, національні, релігійні та інші особливості соціуму, в якому він здійснює правосуддя, а також суспільні очікування. Протилежне рішення може підривати довіру до всієї судової системи.

Роль суду полягає не лише у здійсненні правозастосовної діяльності шляхом створення індивідуальних правил поведінки для сторін конфлікту. Суд виконує ще й ідеологічну функцію, орієнтуючи суспільство на певну систему цінностей та забезпечуючи таким чином сталий розвиток останнього.

Особливе значення права на справедливий суд пов'язане з тим, зокрема, що доступ до правосуддя, представленого незалежними та безсторонніми судами, розглядається в Європі як елемент верховенства права – принципу, який покликаний скеровувати здійснення демократичної влади та запобігати проявам державного свавілля.

Право на справедливий суд – це не гарантія справедливого результату з позиції однієї зі сторін спору. Таке право передбачає, так би мовити, процедурну, а не матеріальну справедливість (іншими словами, справедливу юридичну процедуру).

Дотримання процесуальних «правил гри», визначених органами держави для суддів, а також для учасників судових справ, може бути запорукою того, що ухвалене судом рішення сприйматиметься в суспільстві як справедливе. Тому одна з серйозних проблем забезпечення справедливого судочинства постає тоді, коли ці «правила гри» не визнаються суспільством справедливими. Тоді навіть за умови їх дотримання, тобто гарантування формальної, процедурної справедливості, легітимність судових рішень може бути поставлена під сумнів.

Вказане стосується також тих правил, які створені не для судів і суддів. Історія знає достатньо випадків, коли формально законні дії та рішення були оцінені суспільством та його інститутами як несправедливі.

Якість виконання обов'язку держави забезпечувати захист прав людини залежить від багатьох чинників: стану нормативно-правового регулювання суспільних відносин, належності імплементації в національну правову систему норм і принципів міжнародного права, стабільності та прогнозованості судової практики, належного кадрового і матеріально-технічного забезпечення органів, які здійснюють такий захист тощо.

Щодо ролі судді, то його постать має викликати довіру тих, хто просить про захист. Від того, хто саме є суддею у конкретній справі, від його світоглядних позицій та ціннісних орієнтацій може залежати її результат, а отже, і забезпечення захисту прав сторін.

о принципу, яким у цьому випадку є закон.

Судді верховного суду, пише Мері Дуглас, репрезентують три напрями інституційного мислення, які вона називає ієрархічним, сектантським та індивідуалістським. На її думку, ніщо не змусить їх порозумітися у ключових питаннях життя і смерті, адже їхні рішення продиктовані інституційною відданістю цим принципам, які беззастережно на них впливають. «Індивіди у кризових ситуаціях не приймають рішення самостійно, - резюмує Дуглас. - Те, хто має бути врятований, а хто страчений, вирішують інститути. Навіть більше: раціональність самих індивідів не може вирішувати такі проблеми. Їхні рішення ґрунтуються на інституційній раціональності, яка вже присутня у їхньому мисленні, коли вони приймають життєво важливі рішення».

Основне призначення ВС - усунути «юрисдикційні сумніви» щодо розгляду справ; Забезпечити сталість судової практики; Підвищити якість мотивування судових рішень.

Значне навантаження Верховного Суду спонукало Велику Палату ВС застосовувати у своїй роботі низку нових підходів для забезпечення єдності судової практики.

За наявності значного навантаження із самого початку роботи виникло питання, яким чином оперативно забезпечити єдність практики?

Старі підходи, зокрема, видання Пленумом Верховного Суду узагальнень чи роз'яснень рекомендаційного характеру з питань застосування законодавства у цій ситуації були б неефективними, бо потребують значних витрат часу і не можуть застосовуватися для виконання завдань поточного забезпечення єдності судової практики.

Ураховуючи це, Велика Палата Верховного Суду (далі – ВП) почала у своїй роботі застосовувати низку нових підходів:

Використання системи посилань на власні рішення. Сподіваюся, що українські правники звернули увагу на те, що ВП почала застосовувати систему посилань на власні рішення при ухваленні постанов. Такий підхід є досить новим, він грунтується на званій французькій системі посилань, яка широко застосовується у країнах загального права. Такі посилання дозволяють побудувати зв'язок між рішеннями ВП.

Виділення «пілотних» рішень, тобто рішень, у яких уперше було викладено нову правову позицію. Саме на ці рішення рекомендується робити посилання в інших постановах ВС та всіх інших судів. Спочатку, коли ВП тільки формувала свої підходи до цього питання, посилання були досить хаотичними, обиралося будь-яке рішення ВП, що містило відповідну правову позицію, і на нього робилося посилання. На сьогодні судді ВП разом з правовим департаментом ВС ведуть роботу з виокремлення «пілотних» і «похідних» від них рішень (шляхом відповідної індексації).

Фіксація відступів від правових позицій. Проблема полягає в тому, що процесуальними кодексами майже не врегульовано питання відступу ВП від власної правової позиції. Відповідно до законодавства це може відбутися при ухваленні рішення в будь-якій справі простою більшістю голосів суддів, присутніх на засіданні чи при розгляді письмової справи (при дотриманні кворуму, який складає мінімум 14 осіб). Закон не вимагає наявності повного складу палати, одноголосності чи хоча б кваліфікованої більшості голосів для відступу від власної правової позиції.

У постанові ВП у справі № 823/2042/16 від 4 вересня 2018 року уперше були сформульовані загальні підстави для здійснення ВП відступу від існуючої правової позиції:

«У пункті 70 рішення від 18 січня 2001 року у справі «Чепмен проти Сполученого Королівства» (*Chapman v. the United Kingdom*), заява № 27238/95, Європейський суд з прав людини наголосив на тому, що в інтересах правової визначеності, передбачуваності та рівності перед законом він не повинен відступати від попередніх рішень за відсутності належної для цього підстави.

Причинами для відступу можуть бути вади попереднього рішення чи групи рішень (їх неефективність, неясність, неузгодженість, необґрунтованість, незбалансованість, помилковість); зміни суспільного контексту.

З метою забезпечення єдності та сталості судової практики для відступу від висловлених раніше правових позицій Велика Палата Верховного Суду повинна мати ґрунтовні підстави: її попередні рішення мають бути помилковими, неефективними чи застосований у цих рішеннях підхід повинен очевидно застаріти внаслідок розвитку в певній сфері суспільних відносин або їх правового регулювання (див. окремі думки суддів Великої Палати Верховного суду щодо постанови від 12 червня 2018 року у справі № 823/378/16).

Відступаючи від висновку щодо застосування юридичної норми, Велика Палата Верховного Суду може або повністю відмовитися від

свого висновку на користь іншого, або конкретизувати попередній висновок, застосувавши відповідні способи тлумачення юридичних норм.

У пункті 49 Висновку № 11 (2008) Консультативної ради європейських суддів про якість судових рішень зазначається, що судді повинні послідовно застосовувати закон. Однак, коли суд вирішує відійти від попередньої практики, на це слід чітко вказувати в рішенні».

Правовий департамент ВС по кожній справі, яка знаходиться на розгляді ВП, готує довідку, в якій зазначає усі релевантні позиції ВП та ВСУ для того, щоб запобігти можливим відступам від існуючих позицій.

Написання суддями окремих думок для індикації справ, які не мають однозначного вирішення і рішення по яких ухвалюються з незначною перевагою голосів, отже – правова позиція є доволі «хиткою». За кордоном такі справи мають назву «*close cases*». Значна кількість окремих думок у таких справах означає, що правова позиція суду може в майбутньому піддатися «*overruling*», тобто може бути змінена. За кордоном правники дуже ретельно відстежують окремі думки, вивчають їх доводи і підсилюють свої аргументи в наступних справах, якщо вважають, що певна позиція має бути подолана. В Україні ще майже немає такої аналітики, але вважаю, що цей напрямок досліджень є надзвичайно перспективним.

Використання взаємних посилань, індикації пілотних рішень та відступів від існуючої правової позиції (рішень ВС, від яких відступили) в ЄДРСР. Цей напрямок є перспективним, робота з адміністратором ЄДРСР з цих питань уже ведеться, повноцінно система запрацює із запровадженням відповідного модуля електронного суду. Але дуже важливо, щоб це також здійснювалося і в інших електронних базах, що містять судові рішення. Сьогодні всі правові бази місять гіперпосилання на тексти нормативних актів, але такі самі гіперпосилання можуть бути зроблені й на тексти судових рішень, зокрема постанов ВС, якщо на них здійснюються посилання в іншому судовому рішенні.

Написання рішень за новою структурою, у якій чітко виділяється правова позиція ВП. Ще на самому початку роботи ВС створена на першому Пленумі ВС робоча группа розробила і рекомендувала суддям для застосування нову структуру постанови ВС з урахуванням специфіки різних юрисдикцій. У рішеннях, написаних за старою структурою, іноді важко виділити, де знаходиться саме правова позиція ВС, висновок щодо застосування норми права. У постановах,

написаних за новою структурою, виділяється в цілому правова позиція ВП і окремо висновок щодо застосування норми права. Були також дискусії, чи потрібно виокремлювати такий висновок у тексті постанови, але практика свідчить про те, що це зручно, і після того, як запрацює електронний суд (ЄСІТС) це значно спростить процедуру внесення рішень до реєстру та індексацію, пошук правових позицій. На сьогодні рішення за новою рекомендованною структурою пишуть вже 65 % суддів ВП.

Створення оперативної та зручної системи інформування про «пілотні» судові рішення та правові позиції. Україна дуже пишається тим, що абсолютно всі судові рішення, які ухвалюють суди, потрапляють до ЄДРСР. Але оскільки щороку в Україні ухвалюється більше 5 млн. рішень, серед яких рішення ВС складатимуть більше 100 тисяч (у 2018 році), то розібратися у цій «навалі» звичайній людині і навіть адвокату чи судді дуже важко. Будь-який пошук у реєстрі видає тисячі рішень, продивитись які в сучасного правника немає можливості. Тому дуже важливо сформувати зручну систему інформування про ухвалені ВС рішення.

Підстави відступлення ВС від своєї попередньої практики

В одній зі своїх останніх постанов Велика Палата Верховного Суду підтвердила свою відданість гарантіям дотримання правової визначеності, сформульованих в одному з рішень ЄСПЛ, і сформувала концепцію «зв'язаності Великої Палати Верховного Суду власними правовими позиціями». Та чи завжди Суд дотримувався такого підходу? І яким має бути порядок відступлення від принципів, сформованих у практиці ЄСПЛ, і концепції, що напрацьована самою Великою Палатою Верховного Суду?

І. Ідея «зв'язаності Великої Палати Верховного Суду власною практикою»: позиція Європейського суду з прав людини як орієнтир.

Спершу привернула нашу увагу постанова Великої Палати Верховного Суду від 4 вересня 2018 року в справі № 823/2042/16 (провадження №?11-377апп18).

Характерною ознакою цього судового рішення є те, що в ньому Велика Палата Верховного Суду (надалі - ВП ВС, Верховний Суд) уперше обґрунтувала відступлення від своїх попередніх правових позицій із застосуванням практики Європейського суду з прав людини (надалі - ЄСПЛ, ЄвроСуд), а саме Рішення ЄСПЛ у справі «Chapman v. the United Kingdom» («Чепмен проти Сполученого Королівства») від 18 січня 2001 року, заява № 27238/95.

У § 70 цього рішення ЄСПЛ наголосив на тому, що «в інтересах правової визначеності, передбачуваності та рівності перед законом він

не має відступати від попередніх рішень за браком належної для цього підстави».

У п.п. 43-45 своєї постанови Верховний Суд також виклав аргументацію щодо можливих підстав для відступлення від своєї усталеної практики. Як слушно підкреслила ВП ВС, «причинами для відступу можуть бути вади попереднього рішення чи групи рішень (їхня неефективність, неясність, неузгодженість, необґрунтованість, незбалансованість, помилковість); зміни суспільного контексту» (див. п. 43 вказаної Постанови).

Відступаючи від висновку щодо застосування юридичної норми, Велика Палата Верховного Суду може або повністю відмовитися від свого висновку на користь іншого, або конкретизувати попередній висновок, застосувавши відповідні способи тлумачення юридичних норм (див. п. 45 названої Постанови).

Отож Верховний Суд пов'язує можливість відкидання своєї попередньої практики з двома основними підставами:

1) Вади ухваленого раніше рішення або ж групи рішень;

2) Зміна суспільного контексту.

У чому ж можуть полягати вади попередніх рішень? На думку ВП ВС, такими хибами треба вважати їхню неефективність, неясність, неузгодженість, необґрунтованість, незбалансованість або ж помилковість.

Саме з підстав неефективності попередньої практики Верховний Суд у цій справі й відступив від своїх раніше сформульованих висновків.

ВП ВС навела дві причини для оновлення власної практики:

1) Неспроможність адміністративного суду без дослідження змісту правовідносин ефективно захистити порушене право.

2) Неможливість остаточного вирішення спору, адже за захистом порушеного права третя особа, що не є учасником спірних правовідносин, змушена буде звертатися до суду порядком цивільного судочинства для заперечування правомірності укладення цивільного правочину, який був об'єктом вчинення реєстраційних дій.

Отже, щоб забезпечити єдність та сталість судової практики для відступу від висловлених раніше правових позицій Велика Палата Верховного Суду мусить мати ґрунтовні підстави: її попередні рішення мають бути помилковими, неефективними чи застосований у цих рішеннях підхід має очевидно застаріти внаслідок розвитку в певній сфері суспільних відносин або їхнього правового регулювання (п. 44 названої вище постанови Великої Палати Верховного Суду).

II. Від ідеї до концепції: особливості правової позиції, викладеної в постанові ВП ВС від 5 грудня 2018 року в справі № 818/1688/16 (провадження ВП ВС № 11-892апп18).

У вказаному судовому рішенні ВП ВС підтвердила свою відданість ідеї «зв'язаності Великої Палати Верховного Суду своїми попередніми правовими позиціями», що дає нагоду констатувати формування цілісної судової концепції, методологія якої, безперечно, сприяє утвердженню верховенства права в Україні.

Та зміст цієї постанови ВП ВС все-таки не дає змоги чітко визначити, якими мотивами керувався Суд, змінюючи свою попередню практику.

Фактично обґрунтування Верховного Суду зводиться до того, що в разі розгляду справи за правилами цивільного судочинства перед судом обов'язково постане питання правомірності дій посадовця.

А оскільки в межах цивільного процесу суд не може оцінювати правомірність чи неправомірність дій суб'єктів публічної влади, то лише адміністративний суд має виняткову юрисдикцію вирішувати спори такої категорії.

Проте Суд не зазначив, які ж конкретні вади містила його попередня практика. Аби виконати своє ключове завдання стосовно забезпечення сталості та незмінності судової практики, Суд мав би бути послідовним і дотримуватися власної судової концепції. З цією метою ВП ВС мала вказати, у чому ж полягала неефективність, неясність, неузгодженість, необґрунтованість, незбалансованість чи помилковість раніше сформульованого підходу. Або ж Суд мав би звернутися до іншого критерію та обґрунтувати, що саме змінилося в регулюванні суспільних відносин із моменту ухвалення останнього із судових рішень, з допомогою яких формувалася послідовна практика розв'язання таких суперечок.

ІІІ. Остаточне оформлення концепції «зв'язаності Великої палати Верховного Суду власною практикою», проте без чіткого зазначення підстави в постанові ВП ВС від 12 грудня 2018 року в справі № 804/285/16 (провадження ВП ВС № 11-669апп18).

Цим судовим рішенням Велика Палата Верховного Суду завершила формування концепції, спрямованої на самообмеження Верховного Суду власними правовими позиціями. Привертає увагу також те, що окрім покликання на вже звичну тріаду принципів із практики ЄвроСуду, що визначають зміст дії верховенства права в контексті вимог сталості та незмінності судової практики (мовиться про концепти правової визначеності, передбачуваності та рівності перед законом), а також наведення вичерпного переліку обґрунтованих підстав для коригування власної практики, ВП ВС послалася також додатково й на таке джерело «soft law» як Висновок Консультативної ради європейських суддів № 11 від 18.12.2008 «Про якість судових

рішень». Само-собою таке покликання хоча й не має вирішального значення для модернізації й розширення юридичної позиції, проте засвідчує відданість Великої Палати Верховного Суду європейським стандартам правосуддя та її зорієнтованість на імплементацію найкращих практик забезпечення добропорядного врядування («good governance») щоб виконати наріжний обов'язок публічної влади - поважати та захищати права і свободи людини.

Причиною ж для коригування Судом своєї правової позиції стали аргументи, що наведені й у попередній проаналізованій нами постанові. Вони ґрунтуються на тому, що усі спори, пов'язані з реалізацією прав та виконанням обов'язків публічним службовцем, мають розглядатися порядком адміністративного судочинства, навіть якщо подання такого позову відбувається після звільнення особи з публічної служби.

Тим часом Верховний Суд, демонструючи свою послідовність, врахував нещодавнє коригування своєї практики в схожій категорії спорів щодо відшкодування шкоди/збитків особою вже після її звільнення з публічної служби (йдеться про названу вище постанову ВП ВС від 5 грудня 2018 року в справі № 818/1688/16).

Втім, у справі, яку ми аналізуємо, Велика Палата Верховного Суду також не навела переконливого обґрунтування для перегляду і зміни власної правової позиції. Натомість Суд мав зважати на потребу застосування єдиного уніфікованого підходу, сформованого ним у двох попередніх своїх рішеннях. Тому ВП ВС для дотримання стандарту «зв'язаності Великої Палати Верховного Суду власною практикою» мусить чітко й недвозначно вказувати підставу/підстави для відступлення від сформульованих раніше правових позицій, зважаючи на їхній винятковий перелік, сформований самим Верховним Судом. Також обов'язковою умовою застосування цієї моделі є обґрунтування застосовності одного чи одночасно декількох критеріїв до конкретних обставин справи із наявного вичерпного списку, аби така зміна практики давала підстави стверджувати про її виняткову необхідність та належну вмотивованість.

IV. Згадка про нещодавнє минуле. Спроба формування єдиної й незмінної практики, проте без допомоги ЄСПЛ та апелювання до ідеї-концепції.

Одним із перших судових рішень, у якому ВП ВС відступила від своїх правових позицій, стала постанова Великої Палати Верховного Суду від 12 вересня 2018 року в справі № 2-а-3097/2007 (провадження ВП ВС № 11-695апп18).

У цій справі ВП ВС, встановивши, що позивачем подано позов про стягнення компенсації за неотримане продовольче забезпечення за час проходження військової служби, дійшла висновку про те, що спір фактично виник між особою, яка проходила військову службу, та суб'єктом владних повноважень, а отже є публічно-правовим.

З огляду на це ВП ВС зауважила про наявність підстав відступити від правового висновку, викладеного в постанові Великої Палати Верховного Суду від 13 червня 2018 року в справі № 161/13250/17, за змістом якого звернення позивача до суду з позовом про відшкодування майнової та моральної шкоди та стягнення грошової компенсації за недоотримане речове майно спрямоване на відновлення його майнового стану (порушеного права власності та ліквідації збитків, заподіяних його інтересам), на захист якого спрямовані засоби та норми, визначені саме цивільним законодавством.

Можна стверджувати, що Велика Палата Верховного Суду перебувала в ситуації пошуку правильного тлумачення норм. Проте Суд у такому разі мусить зазначати, що його попередній підхід ґрунтувався на помилковому трактуванні законодавства, яке застосовувалося в певній категорії справ, і виправдати так свої дії стосовно коригування раніше сформульованої правової позиції. Переконливою підставою для цього було б посилання на прецедентне рішення ЄСПЛ у справі «*Chapman v. the United Kingdom*» («Чепмен проти Сполученого Королівства») від 18 січня 2001 року, заява № 27238/95 (§ 70), (у якому міститься вказівка про імпліцитне, тобто не зазначене безпосередньо в тексті ЄКПЛ, повноваження суду відступити від принципу правової визначеності з наведенням обґрунтованих мотивів), а також апелювання до помилковості тлумачення як однієї із можливих причин для такого відступлення (чит. розлогіше про це в п. п. 43-45 постанови Великої Палати Верховного Суду від 4 вересня 2018 року в справі № 823/2042/16 (провадження ВП ВС № 11-377апп18), у п. п. 43-44 постанови Великої Палати Верховного Суду від 5 грудня 2018 року в справі № 818/1688/16 (провадження ВП ВС № 11-892апп18), а також мотивувальну частину постанови Великої Палати Верховного Суду від 12 грудня 2018 року в справі № 804/285/16 (провадження ВП ВС № 11-669апп18).

V. Черговий погляд на коригування практики: без ЄСПЛ та осторонь ідеї «зв'язаності власною практикою».

Тенденція стосовно відступлення від власної практики також продовжилася й у постанові Великої Палати Верховного Суду від 7 листопада 2018 року в справі № 755/13532/15-ц (провадження ВП ВС № 14-319цс18).

У цьому судовому рішенні Велика Палата Верховного Суду сформулювала нову позицію, відповідно до якої вирішення за правилами господарського судочинства такого спору щодо позовних вимог до поручителя, який є юридичною особою, а за правилами цивільного судочинства - стосовно позовних вимог до боржника, який є фізичною особою, порушуватиме принцип повноти, всебічності й об'єктивності з'ясування обставин справи, оскільки дослідження того самого предмета, а також тих самих підстав позову здійснюватиметься судами різних юрисдикцій, що не гарантує дотримання принципу правової визначеності.

Як вважає ВП ВС, позовні вимоги до кількох відповідачів, серед яких є хоча б одна фізична особа, заявлені до 15 грудня 2017 року, мають розглядатися в одному провадженні, якщо такі вимоги однорідні, нерозривно пов'язані між собою та від вирішення однієї з них залежить вирішення інших вимог.

Відступивши від раніше сформованої позиції, Суд вибрав той спосіб тлумачення норм процесуального законодавства, який забезпечив розгляд усіх заявлених вимог у межах єдиного судового провадження. Та змінивши свій підхід, Суд не навів мотивів, які стали передумовою для коригування попередньої усталеної практики. А безпосередньою причиною цього було хибне трактування положень одразу кількох процесуальних кодексів, що потребувало узгодження, яке могло бути досягнуте лише в спосіб формування нової правової позиції. Тому методологія мала формуватися на основі, передовсім, правила (принципу), що використовується ЄСПЛ, наприклад, у його рішенні в справі «*Chapman v. the United Kingdom*» («Чепмен проти Сполученого Королівства») від 18 січня 2001 року, заява № 27238/95 (§ 70), чи, зокрема, в іншому рішенні ЄвроСуду в справі «*Cossey v. the United Kingdom*» («Коссі проти Сполученого Королівства») від 27 вересня 1990 року, заява № 10843/84 (§ 35) стосовно повноважень Суду змінити свою попередню практику за належно обґрунтованих обставин, а також супроводжуватися чіткою вказівкою підстав відкидання раніше сформованої практики (вичерпніше про це також у постановах Великої Палати Верховного Суду від 4 вересня 2018 року в справі № 823/2042/16 (провадження ВП ВС № 11-377апп18), від 5 грудня 2018 року в справі № 818/1688/16 (провадження ВП ВС № 11-892апп18), а також від 12 грудня 2018 року в справі № 804/285/16 (провадження ВП ВС № 11-669апп18).

VI. «Прецедент обмежувального тлумачення»: у пошуках правильного трактування, але чи досить обґрунтовано з огляду на

конвенційні принципи та концепцію «самообмеження власною практикою»?

Крім того, треба звернути увагу й на постанову Великої Палати Верховного Суду від 5 грудня 2018 року в справі № 904/7326/17 (провадження ВП ВС № 12-197гс18) .

У судовому рішенні в цій справі ВП ВС відкинула як помилковий висновок, сформульований у низці своїх попередніх постанов, згідно з яким під час виконання судових рішень діє правило існування одного виконавчого провадження про примусове виконання щодо одного боржника незалежно від кількості судових рішень та юрисдикцій, у яких ці судові рішення, що мають примусово виконуватись, були ухвалені, та незалежно від кількості стягувачів.

Що стосується аргументації зміни своєї позиції Великою Палатою Верховного Суду, то зазначено тільки те, що Суд «відступає від висновку, викладеного в згаданих постановах, у спосіб його уточнення». Також вказано, що «стаття 30 Закону № 1404-VIII передбачає обов'язок лише державного виконавця передати розпочате виконавче провадження іншому державному виконавцю, який першим розпочав виконавче провадження, для виконання ним у рамках зведеного виконавчого провадження кількох рішень стосовно одного боржника. Приватний виконавець не зобов'язаний передавати виконавчий документ чи виконавче провадження для виконання тому державному чи приватному виконавцеві, який перший розпочав виконавче провадження щодо боржника, для виконання кількох рішень стосовно одного боржника у межах зведеного виконавчого провадження».

Тобто Верховний Суд без застережень змінив підхід стосовно тлумачення ст. 30 Закону «Про виконавче провадження», звузивши перелік випадків, коли матеріали виконавчого провадження мають передаватися тому суб'єкту примусового виконання судових рішень, який сформував зведене виконавче провадження щодо одного боржника. Проте за таких обставин, ВП ВС потрібно зазначати про причини зміни свого підходу стосовно тлумачення положень закону, зважаючи на стабільність суспільного контексту та незмінність законодавства. Обґрунтованим вважаємо підхід, за якого Суд впорядкував би свою позицію щодо цього питання з використанням чіткого методологічного стандарту «Крок за кроком». Тобто, Велика Палата Верховного Суду мусить сформулювати певне правило-відправну точку, надалі вдаючись до аргументованого дедуктивного підходу, де можуть наводитися можливі умови застосування основоположного правила (помилковість практики, її

неузгодженість, необґрунтованість чи зміна соціального контексту). Потім, конкретизувавши свою позицію, виокремити застосовну підставу та навести аргументи на її користь (розгорнуто про методологію застосування в пунктах 43-45 постанови Великої Палати Верховного Суду від 4 вересня 2018 року в справі № 823/2042/16 (провадження ВП ВС № 11-377апп18), у пунктах 43-44 постанови Великої Палати Верховного Суду від 5 грудня 2018 року в справі № 818/1688/16 (провадження ВП ВС № 11-892апп18), а також мотивувальну частину постанови Великої Палати Верховного Суду від 12 грудня 2018 року в справі № 804/285/16 (провадження ВП ВС № 11-669апп18).

VII. Генеза формування стандарту «зв'язаності Великої Палати Верховного Суду власними правовими позиціями» та роль особистості судді-доповідача в процесах окреслення нових тенденцій розвитку практики.

Вартий уваги також той факт, що висновок, сформульований у постановах Великої Палати Верховного Суду від 4 вересня 2018 року в справі № 823/2042/16 (провадження № 11-377апп18), від 5 грудня 2018 року в справі № 818/1688/16 (провадження № 11-892апп18), а також від 12 грудня 2018 року в справі № 804/285/16 (провадження № 11-669апп18) не був першою спробою впровадити цю ідею.

Дебютною позицією щодо застосування такого підходу була спільна Окрема розбіжна думка суддів Великої Палати Верховного Суду Бакуліної С. В., Гудими Д. А., Данішевської В. І., Кібенко О. Р., Рогач Л. І., Уркевича В. Ю. стосовно постанови Великої Палати Верховного Суду від 12 червня 2018 року в справі № 823/378/16 (провадження ВП ВС № 11-374апп18).

У пункті 24 цієї Окремої розбіжної думки зазначено, що причинами динамічного тлумачення в практиці Верховного Суду США є: вади попереднього рішення чи групи рішень (їхня неефективність, неясність, неузгодженість, необґрунтованість, незбалансованість, помилковість); зміни суспільного контексту (зміни в суспільному житті країни, розвиток законодавства штатів, розвиток світового законодавства)

І запозичений він (такий підхід - авт. прим.) був із наукової доктрини, а саме з праці В. В. Гончарова «Динамічне тлумачення юридичних норм», С. 182, про що також зазначено й у названій Окремій розбіжній думці суддів ВП ВС.

Проте саме суддя Великої Палати Верховного Суду О. Р. Кібенко вдалася до того, аби імплементувати його в обов'язкову для застосування практику Суду (повніше про це в постанові ВП ВС від

4 вересня 2018 року в справі № 823/2042/16 (провадження № 11-377апп18), проект якої оформила суддя Кібенко О. Р. згідно з ч. 3 ст. 355 КАС). Водночас зі змісту постанови Великої Палати Верховного Суду від 5 грудня 2018 року в справі № 904/7326/17 (провадження № 12-197гс18) вбачається, що в цій справі Суд також скоригував свою попередню правову позицію, але не апелював до концепції «зв'язаності ВП ВС власною практикою», хоча суддею-доповідачем у ній була саме О. Р. Кібенко. Тому викликає зацікавленість той факт, що згадана ідея-концепція не була поширена на всю практику Великої Палати Верховного Суду, у якій вона з тих чи інших підстав відступає від власних попередньо сформованих позицій. Очевидно, цей напрям впровадження названої ідеї-концепції має стати пріоритетним вектором утвердження верховенства права та забезпечення прав людини в практиці Великої Палати Верховного Суду вже 2019 року.

2. Принцип верховенства права як стандарт судового правотлумачення та застосування права і ефективність судового судочинства

Конституційна реформа у сфері правосуддя та подальше реформування цивільного процесуального законодавства мали на меті підвищення ефективності цивільного судочинства й приведення його у відповідність до міжнародних стандартів справедливого правосуддя, наслідком чого стали суттєві зміни законодавчого регулювання класичних процедур цивільного судочинства, а також введення нових інститутів цивільного процесуального права. З огляду на вищенаведене, виключне значення для імплементації європейських правових цінностей має зміна парадигми цивільного процесу з його орієнтацією на ефективність цивільного судочинства, що відбивається у формулюванні завдання цивільного судочинства, яким мають керуватися як суд, так і учасники цивільного процесу, і яке превалює над будь-яким іншими міркуваннями в судовому процесі (ч.ч.1, 2 ст. 2 ЦПК України).

Звертає на себе увагу оновлений каталог основних засад (принципів) цивільного судочинства, в якому особливе місце посідає основоположний принцип верховенства права. У судовій практиці верховенство права має стати універсальним стандартом, тобто геномом судового правотлумачення та правозастосування. Визнання верховенства права принципом цивільного судочинства не має суто декларативного характеру, як може здатися на перший погляд,

зважаючи на відсутність у ЦПК України норми, яка б прямо тлумачила його зміст. Насправді, вказівка на те, що суд при розгляді справи керується принципом верховенства права (ч. 1 ст. 10 ЦПК України), відсилає нас до необхідності тлумачення цього принципу в контексті Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (надалі — ЄКПЛ) і практики Європейського суду з прав людини (надалі — ЄСПЛ), які слід застосовувати судам при розгляді справ як джерело права відповідно до ч. 4 ст. 10 ЦПК України. Така інтерпретація вищенаведеного положення законодавства дозволяє суддям під час розгляду та вирішення справи вирватися із лещат формальної законності як суворої відповідності букві закону, а тлумачити закон та вирішувати конкретну справу з точки зору сутнісних вимог верховенства права, таких як правова визначеність, пропорційність, пріоритетність прав людини тощо. Йдеться не про виключно догматичні положення, а про зміну способу суддівського мислення, приклади чого ми вже сьогодні можемо бачити у практиці Верховного Суду, який повсякчас при розгляді та вирішенні справ інтерпретує ті чи інші положення вітчизняного законодавства крізь призму природноправових підходів, відбитих у ЄКПЛ та практиці ЄСПЛ.

Кілька слів варто сказати про ключові зміни, які стосуються інституту судової юрисдикції, найважливішими з яких можна вважати запровадження уніфікованого підходу до визначення видів юрисдикції у всіх процесуальних кодексах з точки зору застосування єдиних критеріїв її поділу, а також введення механізму вирішення конфлікту юрисдикції. У контексті конституційних змін відбулася модифікація судової юрисдикції, а саме зміна її моделі із необмеженої на обмежену шляхом запровадження двох процесуальних фільтрів:

а) зміна меж цивільної юрисдикції шляхом прямої вказівки на юридичний спір та поширення юрисдикції на інші справи лише у встановлених законом випадках;

б) введення можливості обов’язкового досудового порядку врегулювання спору.

Розмежування цивільної, господарської та адміністративної юрисдикції завжди було одним із найскладніших питань правозастосування, що часто призводило до конфліктів юрисдикції. Сутність останніх зводилася до того, що певні категорії справ розглядалися судами різної юрисдикції, адже кожен із судів вважав, що саме під його юрисдикцію підпадає зазначена категорія справ, або коли жоден із судів не вважав справу такою, що підпадає під його юрисдикцію, і, як наслідок, відповідні справи взагалі не розглядалася жодним із судів. Яскравою ілюстрацією другого випадку є справа

«Tserkva Sela Sosulivka v. Ukraine» (no. 37878/02, 28 February 2008), коли через те, що національні суди не могли визначитися із юрисдикційною приналежністю справи, особа взагалі була позбавлена права на доступ до суду.

Саме для уникнення подібних ситуацій було введено досить дієвий засіб подолання таких конфліктів, що закріплений у ч. 6 ст. 403 ЦПК України, відповідно до якої у всіх випадках, коли учасник справи оскаржує судове рішення з підстав порушення правил предметної чи суб'єктної юрисдикції, справа підлягає передачі на розгляд Великої Палати Верховного Суду. Ця процедура покликана забезпечити єдність судової практики на найвищому рівні з метою недопущення різного тлумачення правил юрисдикції на рівні Касаційного цивільного суду, Касаційного адміністративного суду, Касаційного господарського суду, а також Касаційного кримінального суду.

Ще одним дискусійним питанням, що заслуговує на окрему увагу, є зловживання процесуальними правами та відповідальність за них. Проблема добросовісності учасників судового провадження до набрання чинності новою редакцією ЦПК України поставала дуже гостро, адже за відсутності будь-яких законодавчо закріплених засобів реагування суду на зловживання процесуальними правами вплинути на поведінку учасників справи та їх представників було вкрай важко. Наразі у суддівському арсеналі з'явилось декілька дієвих процесуальних механізмів протидії зловживанню процесуальними правами, а саме: повернення або залишення без розгляду скарги, заяви, клопотання у випадку, якщо їх подання містить ознаки зловживання правом (ч. 3 ст. 44 ЦПК); застосування інституту забезпечення судових витрат (ч. 4 ст. 135 ЦПК); врахування факту зловживання процесуальними правами при розподілі судових витрат (п. 3 ч. 3, ч. 9 ст. 141 ЦПК); стягнення штрафу (п. 2 ч. 1, ч. 2 ст. 148 ЦПК); постановлення окремої ухвали щодо адвоката або прокурора із подальшим її надсиланням до органу, до повноважень якого належить притягнення вказаних осіб до дисциплінарної відповідальності (ч.ч. 2, 6 ст. 262 ЦПК) тощо.

Таким чином, наразі судді мають повноваження щодо застосування вказаних заходів з метою забезпечення ефективності захисту прав, свобод та інтересів учасників справи, а тому чинити перешкоди у здійсненні правосуддя та затягувати строки розгляду справи недобросовісним учасникам справи та їх представникам, безперечно, стало значно складніше. Інколи лунають зауваження щодо непритаманності цивільному процесуальному праву інституту штрафу, проте, на нашу думку, у даному випадку з точки зору принципу

пропорційності перевагу необхідно надати публічному інтересу в забезпеченні ефективності судочинства, а не приватним інтересами особи, що допускає недобросовісну поведінку. З цієї точки зору вважаємо штраф ефективним засобом протидії процесуальним зловживанням, застосування якого, однак, має використовуватися суддею у кожному конкретному випадку з належним мотивуванням.

Чинний ЦПК України надає суду та учасникам цивільного судочинства більш тривалі строки для вчинення процесуальних дій. Зазначене зумовлене об'єктивною необхідністю, адже тривалість строків за попередньою редакцією ЦПК була завідомо меншою порівняно із реальними строками, необхідними для вчинення тих чи інших дій. У цьому контексті слід звернути увагу на те, що наразі одним із завдань цивільного судочинства визнається своєчасність розгляду справи (ч. 1 ст. 2 ЦПК), а розумності строків розгляду справи судом надано статус однієї з основних засад (принципів) цивільного судочинства (п. 10 ч. 3 ст. 2 ЦПК). Крім того, розумність строків визнається вимогою, якій мають відповідати процесуальні строки, які надаються учасникам справи судом для вчинення процесуальних дій (ст. 121 ЦПК). Як видно, розумність строків є ключовою вимогою як до службових, так і до процесуальних строків у цивільному судочинстві, а її оцінка має відбуватися з урахуванням положень п. 1 ст. 6 ЄКПЛ.

Зокрема, ЄСПЛ виходить із того, що розумність строків судового розгляду має бути оцінена у кожному конкретному випадку, виходячи з обставин справи та з урахуванням таких критеріїв, як: 1) складність справи; 2) поведінка заявника; 3) поведінка державних органів; 4) важливість для заявника питання, що розглядається судом (*Frydlender v. France [GC], no. 30979/96, §43, ECHR 2000-VII*). Варто зауважити, що відтепер вчинення дій, що спрямовані на безпідставне затягування чи перешкоджання розгляду справи, чи виконання судового рішення визнається зловживанням процесуальними правами (п. 1 ч. 2 ст. 44 ЦПК), за що можуть бути застосовані відповідні заходи процесуального примусу. Це законодавче положення покликане здійснювати превентивну функцію щодо попередження випадків умисного затягування розгляду справи з боку учасників справи та їх представників, а також використовується для припинення відповідних зловживань. Поряд з цим, не можна говорити про те, що Україна повною мірою виконує свої міжнародні зобов'язання у частині гарантування особам права на розгляд справи та виконання судових рішень впродовж розумного строку. Так, досі невиконаним з точки зору впровадження загальних ефективних засобів захисту права на

справедливий судовий розгляд впродовж розумного строку залишається пілотне рішення ЄСПЛ у справі «*Yuriy Nikolaevich Ivanov v. Ukraine*» (№ 40450/04, 15 October 2009), а також рішення ЄСПЛ у справі «*Burmych and Others v. Ukraine*» (№ 46852/13, 12 October 2017), де в одне провадження було об'єднано більше дванадцяти тисяч справ проти України щодо невиконання або несвоєчасного виконання Україною судових рішень, за яким боржником є держава. У зв'язку із зазначеним, на наш погляд, на рівні національного законодавства найближчим часом мають бути впроваджені превентивні та компенсаторні засоби захисту права особи на розгляд справи та виконання судового рішення в розумний строк, що відповідають вимогам п. 1 ст. 6 та ст. 13 ЄКПЛ.

На особливу увагу серед новел ЦПК України заслуговує процедура врегулювання спору за участю судді (ст. ст. 201-205 ЦПК). Введення цього інституту стало першим кроком до запровадження примирних процедур у вітчизняному цивільному судочинстві відповідно до вимог, що висуваються до України міжнародним співтовариством. Законодавець по суті прямо наділяє суддів функцією сприяння у врегулюванні спору між сторонами на різних стадіях судового провадження, що прямо випливає із положень ЦПК України (п. 2 ч. 5 ст. 12, ст. ст. 201-205, ч. 5 ст. 211 ЦПК).

Крім того, варто з уважністю ставитися до випадків зловживання сторонами правом скористатися зазначеною процедурою, коли одна зі сторін прагне врегулювати спір мирним шляхом, а інша - дає згоду на проведення процедури лише з метою затягування розгляду справи. У таких випадках, безперечно, врегулювання спору за участю судді має бути припинене відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 204 ЦПК. На наш погляд, незважаючи на певний скептицизм, введення зазначеної процедури слід оцінити позитивно, адже вона розширює процесуальні можливості сторін щодо більш швидкого та ефективного врегулювання спору. Проте вказаний захід має розглядатися лише як перший крок для розбудови ефективних механізмів альтернативного вирішення цивільно-правових спорів.

Суттєві зміни торкнулися і системи цивільного судочинства з точки зору її структурно-функціональної характеристики та модифікації окремих проваджень і процедур. Серед найбільш суттєвих новел варто згадати про диверсифікацію позовного провадження на спрощений та загальний порядок, подальше спрощення наказного провадження, посилення значення підготовчого провадження у структурі цивільного судочинства, модернізацію апеляційного та касаційного проваджень тощо.

Загальновизнано, що наразі однією із найбільш потужних загальносвітових тенденцій у сфері цивільного судочинства є його спрощення. З цією метою новий ЦПК України передбачив спрощене позовне провадження, що розраховане на малозначні справи та характеризується усіченою процедурою (відсутність підготовчого засідання та судових дебатів, можливість розгляду справи без повідомлення сторін за наявними у справі матеріалами тощо), прискореними строками розгляду справи та обмеженням можливості касаційного оскарження судових рішень у малозначних спорах. Проте, як свідчить практика судів нижчих інстанцій, останні мають складнощі при кваліфікації справ як малозначних. Загальні правила щодо кваліфікації малозначності спорів містяться у ч.ч. 4, 6 ст. 19, ст. 274 ЦПК. Поряд з цим, окрім формальних критеріїв малозначності спору, вбачається, що суддя при вирішенні питання про те, у спрощеному або загальному позовному провадженні має розглядатися справа, має виходити із принципу пропорційності, що наділяє суддю дискреційними повноваженнями щодо визначення порядку здійснення провадження у справі, враховуючи завдання цивільного судочинства; забезпечення розумного балансу між приватними та публічними інтересами; особливості предмету спору; ціну позову; складність справи; значення розгляду справи для сторін тощо (ст. 11 ЦПК).

Ще одним спрощеним провадженням цивільного судочинства є наказне провадження, що також зазнало важливих змін. Передусім, слід звернути увагу на розширення переліку вимог, за якими може бути виданий судовий наказ за рахунок введення ще однієї вимоги за аліментними зобов'язаннями щодо дітей (п. 4 ч. 1 ст. 161 ЦПК) і можливості стягнення з юридичної особи або фізичної-особи підприємця заборгованості за договором, укладеним у письмовій формі, якщо сума вимоги не перевищує ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб (п. 7 ч. 1 ст. 161 ЦПК). Введення останньої вимоги пов'язане із тим, що за своєю природою наказне провадження спрямоване, передусім, на стягнення заборгованості за письмовими безспірними правочинами, і саме з таких підстав відбувається видача судового наказу у більшості європейських держав (Австрія, Італія, Німеччина, Франція тощо). Аналогічна ідея закладалася законодавцем і у ЦПК 2004 р., проте внаслідок змін у 2010 р. така підстава для видачі судового наказу, як «вимога, що ґрунтується на правочині, вчиненому у письмовій формі» була безпідставно виключена із тексту ЦПК. Отже, наразі ми можемо говорити про повернення наказному провадженню іманентно притаманних йому функцій.

У цьому контексті варто зауважити принаймні ще на двох моментах: по-перше, процедура наказного провадження стала альтернативною спрощеному провадженню, адже відтепер особа за наявності вимог, визначених у ч. 1 ст. 161 ЦПК, вправі самостійно обрати в якому виді провадження розглядатиметься її справа – наказному або спрощеному позовному; по-друге, сама процедура видачі судового наказу та його стала більш спрощеною. Зокрема, відтепер відсутня стадія відкриття наказного провадження, натомість у разі подання заяви про видачу судового наказу суд має виключно два повноваження – видати судовий наказ (ст. 167 ЦПК) або відмовити у його видачі (ст. 165 ЦПК). Щодо процедури судового наказу, то наразі суд розглядає заяву про судового наказу без проведення судового засідання та у скорочені строки, маючи за результатами її розгляду лише два повноваження: 1) повернути вказану заяву, якщо вона не відповідає вимогам до форми та змісту чи пропущений строк її подачі (ч. 6 ст. 170, ч. 2 ст. 171 ЦПК), та 2) скасувати судовий наказ (ч. 3 ст. 171 ЦПК). Разом з тим додаткові гарантії надаються стягувачу у справах за аліментними зобов'язаннями відповідно до вимог, закріплених у пунктах 4, 5 ч. 1 ст. 161 ЦПК, адже за такими вимогами подача заяви про видання судового наказу не допускається (ч. 1 ст. 170 ЦПК). Натомість боржник може звернутися із заявою про перегляд справи за нововиявленими обставинами, якщо останні мали місце, а у випадку видачі наказу за п. 4 ч. 1 ст. 161 ЦПК також із позовом про зменшення розміру аліментів.

Варто звернути увагу і на зміну підходу до розуміння сутності підготовчого провадження: якщо раніше ця стадія цивільного процесу сприймалася деякими суддями та учасниками цивільного судочинства як зайва формальність, то наразі спостерігається інституційне посилення ролі цієї стадії за рахунок того, що саме під час неї здійснюється концентрація процесуального матеріалу з метою підготовки до швидкого та ефективного розгляду справи по суті. Досягненню зазначеної мети сприяє вимога обов'язковості проведення підготовчого засідання у справах, що розглядаються за правилами загального позовного провадження (ч. 1 ст. 196 ЦПК); регламентація процедури обміну заявами по суті справи (ст. ст. 178-181 ЦПК), що є аналогом поширеної у зарубіжних правопорядках так званої «процедури обміну змагальними паперами»; обмеження у часі можливості вчинення учасниками справи та їх представниками багатьох процесуальних дій до закінчення підготовчого засідання або підготовчого провадження (ч. 3 ст. 39, пункти 2, 3 ч. 2 ст. 49, ч. 2 ст. 51, ст. 83 ЦПК) тощо. Цим пояснюється і досить тривалий строк проведення стадії, що за загальним правилом становить 60 днів. Він є

вдвічі більшим порівняно зі строком розгляду справи по суті, адже саме на стадії підготовчого провадження мають бути здійснені всі підготовчі дії, що дозволить швидко та ефективно розглянути справу по суті у найкоротші строки.

Говорячи про зміни до ЦПК України, не можна оминути і суттєві новели касаційного провадження, зумовлені створенням нового Верховного Суду, на який покладаються великі надії з точки зору підвищення якісного рівня практики правозастосування. Найбільше критики можна почути з приводу звуження процесуальних гарантій, що надаються учасникам справи у касаційному провадженні, порівняно із попередньою редакцією ЦПК, зокрема, обмеження доступу до суду касаційної інстанції внаслідок введення фільтрів касаційного оскарження, загальне правило щодо розгляду справи без виклику сторін тощо.

Легітимність обмеження доступу до суду касаційної інстанції, крім іншого, прямо випливає із конституційних положень. Відповідно до ст. 129 Конституції України, особі гарантується право на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках – на касаційне оскарження судового рішення. Не дивно, що зазначені зміни відбилися і на рівні галузевого законодавства. Так, ч. 3 ст. 389 ЦПК передбачає низку нових фільтрів касаційного оскарження щодо судових рішень, які підлягають перегляду в апеляційному порядку Верховним Судом, та судових рішень у малозначних справах. Проте виняток щодо малозначних справ не є абсолютним, і за наявності виключних обставин, передбачених п. 2 ч. 3 ст. 389 ЦПК, особа може мати доступ до касаційного оскарження і за цією категорією справ. Йдеться, наприклад, про ситуації, коли касаційна скарга містить питання права, яке має фундаментальне значення для формування єдиної правозастосовчої практики, або ж справа становить значний суспільний інтерес чи має виняткове значення для учасника справи.

Не важко помітити, що вказані положення законодавства містять багато оціночних понять, формування єдиних підходів, тлумачення яких ще належить здійснити Верховному Суду. Безперечно, саме особа, яка подає касаційну скаргу на судове рішення у малозначній справі, має обґрунтувати у своїй касаційній скарзі, у чому конкретно полягає виключне значення справи для неї, чому справа становить суспільний інтерес або має фундаментальне значення з точки зору забезпечення єдності судової практики. Проте, вважаємо, що акцент у цьому випадку має бути зроблений передусім не на відсутності чітких критеріїв тлумачення таких оціночних понять у законодавстві та браку алгоритму для суду касаційної інстанції щодо їх застосування, а на

наявності широких дискреційних повноважень Верховного Суду як найвищого судового органу в державі, що покликаний розглядати найбільш важливі та складні правові питання та уповноважений самостійно вирішувати питання про прийнятність скарг, що надходять до нього.

Отже, введення фільтрів касаційного оскарження відповідає вимогам міжнародних стандартів справедливості судочинства в контексті п. 1 ст. 6 ЄКПЛ та сучасним тенденціям реформ цивільного процесуального законодавства провідних європейських демократій. Крім того, обмеження права на доступ до суду касаційної інстанції підвищує ефективність цивільного судочинства, звільняючи Верховний Суд від розгляду так званих «оскаржень заради оскаржень» у малозначних спорах та вивільняючи місце для розгляду дійсно важливих правових питань, що мають фундаментальне значення для правозастосування та єдності судової практики.

Для судової практики позитивним є те, що відповідно до статті 76 ЦПК України, перелік засобів доказування доповнено електронними доказами, які закріплено як самостійний засіб доказування. Відповідно до ст. 100 ЦПК України, електронними доказами є інформація в електронній (цифровій) формі, що містить дані про обставини, що мають значення для справи, зокрема, електронні документи (в тому числі текстові документи, графічні зображення, плани, фотографії, відео- та звукозаписи тощо), веб-сайти (сторінки), текстові, мультимедійні та голосові повідомлення, метадані, бази даних та інші дані в електронній формі.

Суди повинні звернути увагу на такі відмінності в підходах при визначенні окремих засобів доказування, аби не допустити помилок під час застосування інших процедур, зокрема забезпечення доказів. На наш погляд, в основу має бути покладений інформаційний підхід, використаний при закріпленні електронних доказів, оскільки саме він відповідає міжнародним стандартам.

Довгоочікуване формальне закріплення електронних доказів серед переліку допустимих засобів доказування є безумовно прогресивних кроком. Однак набагато більшого практичного значення має встановлена законом процедура використання таких доказів, зокрема їх подання. Відповідно до ч. 2 ст. 100 ЦПК України, електронні докази подаються в оригіналі або в електронній копії, засвідченій електронним цифровим підписом, прирівняним до власноручного підпису відповідно до Закону України «Про електронний цифровий підпис». Законом може бути передбачено інший порядок засвідчення електронної копії електронного доказу.

Зазначене правило викликає декілька уточнень, які є важливими для судової практики. По-перше, процесуальний закон оперує поняттям «електронна копія електронного доказу», у той час як в електронному середовищі неможливо вести мову про копію та оригінал певної інформації, оскільки вони є абсолютно ідентичними. Навіть при передачі інформації каналами зв'язку відбувається не переміщення конкретного фрагменту інформації, а створення його копії в новому місці (на новому носії). Цей технічний аспект електронних доказів вже знайшов своє закріплення, зокрема, у ст. 7 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг», де зазначено, що оригіналом електронного документа вважається електронний примірник документа з обов'язковими реквізитами, у тому числі з електронним підписом автора або підписом, прирівняним до власноручного підпису відповідно до Закону України «Про електронний цифровий підпис».

По-друге, ЦПК України вимагає використання «електронного цифрового підпису, прирівняного до власноручного підпису». Електронний цифровий підпис є різновидом електронного підпису, використання якого врегульовується однойменним Законом України. Варто зазначити, що законодавство про електронні документи вимагало використання саме електронного цифрового підпису, однак на практиці виявилося, що такий підхід надмірно обтяжує учасників електронного документообігу, тому після змін від 06.11.2014 закон дозволив використання інших видів електронного підпису. Чинна редакція ст. 7 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» дозволяє використання будь-якого електронного підпису або підпису, прирівняного до власноручного. Враховуючи наведене, зазначена вище редакція ч. 2 ст. 100 ЦПК України не повинна стати перешкодою на шляху до ефективного використання електронних доказів.

Крім того, судова практика повинна визначитись із застосуванням положення ч. 3 ст. 96 ЦПК України, згідно з яким електронна копія письмового доказу не вважається електронним доказом, та ч. 3. ст. 100 ЦПК України, де зазначено, що паперова копія електронного доказу не вважається письмовим доказом. По-перше, таке законодавче формулювання виникає питання про те, чим тоді є такі копії. По-друге, зазначені положення встановлюють зайву залежність, яка може зашкодити ефективному дослідженню та оцінці доказів.

Протокол допиту свідка є фактично паперовою копією показань свідка, однак не викликає сумнівів, що за своєю природою він є письмовим доказом та має досліджуватися за правилами,

встановленими для письмових доказів. Так само, на нашу думку, паперова копія електронного доказу є письмовим доказом, оскільки таку копію неможливо досліджувати за правилами, встановленими для електронних доказів.

Разом з тим, процесуальна форма доказу не залежить від того, чи є доказ первинним чи похідним (тобто є копією). Поділ на засоби доказування закріплено з метою встановлення найбільш ефективної процедури дослідження специфічної форми існування доказової інформації. Основна проблема використання електронних доказів не в тому, щоб переглянути певний електронний носій інформації, а в тому, щоб з'ясувати методи, за допомогою яких буде можливим визначити достовірність інформації.

Ще одна новела в процедурі подання доказів закріплюється ч. 9 ст. 84 ЦПК України, згідно з якою копії доказів (крім речових доказів), що подаються до суду, заздалегідь надсилаються або надаються особою, яка їх подає, іншим учасникам справи. Суд не бере до уваги відповідні докази у разі відсутності підтвердження надсилання (надання) їх копій іншим учасникам справи, крім випадку, якщо такі докази є у відповідного учасника справи або обсяг доказів є надмірним, або вони подані до суду в електронній формі, або є публічно доступними.

Як зазначено, у разі подання доказів до суду в електронній формі, не вимагається надсилання їх копій іншим учасникам справи. Водночас, ст. 191 ЦПК України, присвячена надсиланню копій позовної заяви та доданих до неї документів, не містить уточнень стосовно порядку надсилання учасникам копій електронних доказів, які були подані до суду. Як відомо, в цивільному процесі діє дозвільний характер правового регулювання, тобто суб'єкти цивільних процесуальних правовідносин можуть вчиняти лише ті дії, які прямо дозволені законом. Тому, аби зазначене не викликало проблеми на практиці, слід чітко визначитись, яка норма процесуального права є спеціальною, а яка загальною.

Інший висновок, який випливає з ч. 9 ст. 84 ЦПК України - «публічна доступність інформації виключає необхідність попереднього надання учасникам справи копії доказів». Як вбачається з буквального тлумачення, мова йде не про публічну інформацію, яка визначається Законом України «Про доступ до публічної інформації», а про будь-яку інформацію, яка є публічно доступною. Законом не визначається, що таке публічна доступність, тому в цьому контексті закономірно виникає питання використання інформації з мережі Інтернет, однією з найважливіших особливостей якої є її загальнодоступність.

У контексті тлумачення зазначеної статті ЦПК України доречно звільнити від обов'язку подання копій доказів, які містять інформацію, яка є доступною на офіційних веб-сайтах органів державної влади та місцевого самоврядування, інших авторитетних інститутів, єдиних державних електронних реєстрів.

Необхідно зазначити, що закріплення електронних доказів як самостійного засобу доказування є доцільним та прогресивним кроком у напрямку модернізації судочинства. Водночас, електронні докази як самобутня та специфічна юридична конструкція вимагають особливої уваги до нюансів їх правового режиму. Проте процедури подання електронних доказів потребують подальшого законодавчого доопрацювання, аби не ускладнити їх реальне використання на практиці та щоб не призвести до порушення принципу правової визначеності.

Безсумнівно, що сучасні правові реалії потребують орієнтації не лише на формалізм цивільного процесуального регулювання, а й, що не менш важливо, на більш фундаментальні для ефективного судочинства цінності – органічну імплементацію загальновизнаних норм і принципів у сфері правосуддя, таких як право на судовий захист, право на справедливий судовий розгляд, принцип правової визначеності тощо. ЦПК України в новій редакції є саме таким і тому потребує осмислення певної реконструкції цивільного судочинства і нового погляду на сферу цивільного процесу.

3. Касаційні фільтри у цивільних справах: проблемні питання судового правотлумачення та правозастосування

Фільтри касаційного перегляду – це обов'язковий елемент самообмеження юрисдикції ВС. Але це мають бути справедливі касаційні фільтри, без численних оціночних термінів та необмеженого розсуду судді ще на стадії допуску скарги.

Конституційний захист права на судовий захист включає в себе наступні правові позиції:

- відсутність можливості переглянути помилковий судовий акт не узгоджується з універсальною в судочинстві вимогою ефективного поновлення в правах шляхом відправлення правосуддя, яке б відповідало вимогам справедливості, применшує та обмежує це право;

- у рамках здійснення судового захисту прав і свобод можливе оскарження судових рішень і дій (бездіяльності) будь-яких державних органів, в тому числі й судових.

Гарантоване Конституцією України право на судовий захист має на увазі створення державою необхідних умов для ефективного і справедливого розгляду справи саме в суді першої інстанції, де підлягають вирішенню всі суттєві для визначення прав і обов'язків сторін питання. Допущені же судом першої інстанції помилки повинні усуватися судом другої (апеляційної) інстанції в процедурах, найбільш приближених до провадження в суді першої інстанції.

Касаційний перегляд судових рішень, що набрали законної сили, як додатковий спосіб забезпечення правосудності судових рішень, має на увазі можливість його використання лише у випадку, коли заінтересованою особою були вичерпані всі звичайні (ординарні) способи оскарження судового рішення до набрання ним законної сили.

Оскільки перевірка судових актів, що набрали законної сили, означає, по суті, можливість подолання кінцевості цих судових актів, законодавець повинен встановити такі інституціональні і процедурні умови їх перегляду в касаційному порядку, які б відповідали вимогам процесуальної ефективності, економії у використанні засобів судового захисту, відкритості здійснення правосуддя, виключали б можливість затягування чи необґрунтованого судового розгляду й тим самим забезпечили справедливість судового рішення і, разом з цим, – правову визначеність, включаючи визнання законної сили судового рішення, їх неспростовність (res judicata), без чого неможливо досягти справедливого балансу публічно-правових і приватноправових інтересів.

ЄСПЛ у своїй прецедентній практиці протягом тривалого часу дотримується послідовного підходу, відповідно до якого п. 1 ст. 6 ЄКПЛ передусім надає широкий спектр гарантій під час провадження в суді першої інстанції, однак не зобов'язує держав-учасниць засновувати суди апеляційної та касаційної інстанції.

З цієї точки зору ЄСПЛ розрізняє функції та завдання судів апеляційної та касаційної інстанцій: якщо апеляційний перегляд розглядається як мінімальний стандарт оскарження, то касаційний перегляд традиційно вважається екстраординарним з огляду на особливий характер суду касаційної інстанції як суду найвищої інстанції, специфіку його повноважень з точки зору обмеження виключно питаннями права, більший ступінь формальності процедур.

Така позиція загалом знайшла своє відтворення під час реформування вітчизняного цивільного процесуального законодавства у ході конституційної реформи щодо правосуддя 2016 року.

Зазначені тенденції нормативно-правового регулювання національної моделі касаційного оскарження свідчать про перехід на

конституційному рівні до моделі обмеженої касації, що реалізується, зокрема, за допомогою введення низки процесуальних фільтрів з метою підвищення ефективності касаційного провадження. Якщо раніше ст. 129 Конституції України передбачала як одну із засад судочинства забезпечення апеляційного та касаційного перегляду судових рішень, то наразі вона гарантує забезпечення права на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках – на касаційне оскарження судового рішення.

Зазначене нововведення, незважаючи на подекуди скептичне ставлення, цілком відповідає практиці ЄСПЛ та загальним тенденціям процесуальної політики провідних європейських демократій (Німеччина, Словенія, Австрія та інші). Зокрема, ЄСПЛ неодноразово наголошував, що право на оскарження судових рішень не є абсолютним та підлягає обмеженню з боку держави, що обумовлене статусом та функціями Верховного Суду як найвищого у державі судового органу. Зокрема, легітимними обмеженнями права на доступ до касації визнавалися ціновий поріг оскарження, вимога щодо обов'язкового представництва адвокатом в суді вищої інстанції, обмеження строків касаційного оскарження тощо.

Особливий статус суду касаційної інстанції, яким є Верховний Суд, – фундаментальна умова гармонізації функцій у інстанційній системі судів. Так, у Рекомендації № R(95)5 щодо запровадження та покращення функціонування систем і процедур оскарження у цивільних та господарських справах Комітет Міністрів Ради Європи зазначив, що при розгляді можливих заходів щодо судів третьої інстанції державам слід виходити із того, що справи вже пройшли слухання в двох інших судах. Оскарження в суді третьої інстанції мають передусім відбуватися щодо справ, які заслуговують на третій судовий розгляд, наприклад, справ, які розвиватимуть право або сприятимуть однаковому тлумаченню закону.

Зазначена практика обмеження доступу до провадження у суді найвищої інстанції спостерігається і в інших європейських державах. Наприклад, відповідно до § 543 ЦПК Німеччини подача скарги до Федеральної Судової Палати, що є судом третьої інстанції, допускається у випадках, коли правовий спір має принципове значення або подальший розвиток права чи забезпечення єдності судової практики вимагають прийняття рішення ревізійною судовою інстанцією. Відповідно до ст. 367а Закону про цивільне судочинство Словенії Верховний Суд надає допуск до ревізії, якщо в її рамках розглядаються питання права, що мають фундаментальне значення або якщо зміни в законодавстві чи збереження одноманітності судової

практики вимагають ухвалення рішення Верховним Судом. До таких ситуацій, наприклад, відносять випадки, коли при розгляді правового питання рішення апеляційного суду відрізняється від практики Верховного Суду чи відсутня як судова практика останнього, так і єдина практика апеляційних судів, або ж якщо розглядається правове питання, щодо якого відсутня універсальна практика Верховного Суду.

Ми повинні усвідомити, що без касаційних фільтрів в Україні не буде належної касації, яку ми всі хочемо мати, так як Верховний Суд просто не зможе нормально працювати і виконувати основну функцію – забезпечити єдність й сталість судової практики.

Фільтри касаційного перегляду — це обов'язковий елемент самообмеження юрисдикції ВС, інакше суд касаційної інстанції як екстраординарна стадія процесу перетвориться в ординарну (звичайну) процесуальну діяльність. Не думаю, що всі хочуть, аби в Україні бути три суди – перша, апеляція і касація з однаковими функціями та повноваженнями.

Але це мають бути справедливі касаційні фільтри, зрозумілі не лише суддям, а й споживачам суддівських послуг, без численних оціночних термінів та необмеженого розсуду судді ще на стадії допуску скарги.

По-друге, касаційні фільтри повинні допомагати, а не перешкоджати, виконувати основне завдання судочинства – ефективний захист порушених прав і одночасно забезпечити доступ до правосуддя, а право на подачу і розгляд касаційної скарги це і є тим самим доступом до суду.

І, напевне, найголовніше – нові касаційні фільтри, запроваджені Законом України від 15 січня 2020 року № 460-IX «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України щодо вдосконалення порядку розгляду судових справ» (Закон), який набрав чинності 08 лютого 2020 року, повинні застосовуватись більш формалізовано лише після того, коли належним чином запрацюють суди першої і апеляційної інстанцій, коли суди будуть заповнені суддями, а законодавство протягом певного періоду (не менше 5 років) буде стабільним.

Позитивним, що є у наведеному Законі, – це бажання законодавця чітко визначити критерії допуску справ до Верховного Суду, хоча вони дещо розмиті й неоднозначні. Але це дасть можливість структурувати не лише судове рішення, а й касаційну скаргу, робити її більш виразною, правовою як для рівня та повноважень суду касаційної інстанції.

Разом з тим через неоднозначність деяких спірних питань цього Закону існує, на жаль, різне його правозастосування як серед касаційних судів, так і всередині одного касаційного суду. Але це нові процедури і тому потрібна певна практика й потрібен час, аби уніфікувати правові позиції. Проблема в тому, що при різному підході до вчинення деяких процесуальних дій, касаційний суд не може передати справу на розгляд ні об'єднаній палаті касаційного суду, ні ВП ВС, так як повноваженнями перевірити касаційну скаргу на предмет відповідності її формі і змісту, визначеними процесуальним законом, відкрити касаційне провадження наділена лише колегія суддів касаційного суду.

Надавши загальну характеристику касаційним фільтрам, перейдемо до їх короткого аналізу.

Частина 2 ст. 389 ЦПК, яка врегульовує процедуру касаційних фільтрів, наведеним вище Законом повністю викладена в новій редакції, крім загальних фраз, які існували у минулій редакції.

З точки зору юридичної термінології, для процесуального закону, який і так є імперативним у своєму методі правового регулювання, зазначити термін «виключно», є зайвим. Тим більше таке не можна зазначати щодо повноважень Верховного Суду, який є найвищим у державі судовим органом, і у силу конституційного закону про судоустрій зобов'язаний забезпечити єдність судової практики. Тобто, Закон про судоустрій зобов'язує Верховний Суд забезпечити єдність судової практики, а інший, зазначений вище Закон, – забороняє Верховному Суду у певних випадках відкривати касаційне провадження.

Умови застосування пункту 1 ч. 2 ст. 389 ЦПК:

«а) необхідність врахування подібних правовідносин. Безумовно, враховуючи різноманітність фактичних обставин справи, дати йому чітке законодавче визначення важко, тому діє оціночне поняття. З теорії права відомо, що до складу правовідносин входять: суб'єкт, об'єкт та зміст (взаємні права й обов'язки)».

Судова практика визнає судовими рішеннями у подібних правовідносинах такі рішення, де подібними є: 1) предмети спору, 2) підстави позову, 3) зміст позовних вимог, 4) встановлені судом фактичні обставини, а також має місце 5) однакове матеріально-правове регулювання спірних правовідносин. При цьому зміст правовідносин з метою з'ясування їх подібності в різних судових рішеннях визначається обставинами кожної конкретної справи.

Разом з тим не може відноситись до подібних правовідносин лише посилання на постанови Верховного Суду із загальних питань правозастосування.

«б) суд апеляційної інстанції при ухваленні судового рішення не врахував постанову Верховного Суду при застосуванні норми права. При правозастосуванні виникли питання, мав на увазі законодавець лише постанови нового Верховного Суду, чи і судові рішення Верховного Суду України? Але суд не може їх не враховувати, а, по-друге, згідно Перехідних положень ЦПК від висновку Верховного Суду України можна відступити. Отже, на них можна посилатися, але лише на його постанови, тобто ті, які були прийняті Верховним Судом України як судом четвертої інстанції, які можуть бути перевірені Верховним Судом на предмет необхідності відступлення (п. 7 Перехідних положень ЦПК). Ними не можуть бути рішення чи ухвали Верховного Суду України, ухваленими до 2010 року, коли Суд був касаційним судом, коли він ухвалював саме рішення, а не постанови по суті спору. Не є підставою допуску скарги до касації – це посилання на постанови Пленуму Верховного Суду України, так як вони мають рекомендаційний характер».

«в) необов'язкове зазначення в постанові суду апеляційної інстанції постанови Верховного Суду. Слід звернути увагу на те, що закон передбачає правову конструкцію не «не застосував», а «не врахував». Це різна етимологія. Незазначення постанови Верховного Суду чи номера справи не означає, що апеляційний суд розтлумачив і застосував норму права не у спосіб, визначений Верховним Судом. Помилка касаційних скарг у тому, що нерідко зазначається про те, якщо апеляційний суд не зазначив постанову Верховного Суду, то вказується, що висновку Верховного Суду немає. Але ж судді Верховного Суду знають свої правові висновки і звичайно, що такі скарги, як правило, не проходять за пунктом 3. Навпаки, наявність такого правового висновку є підставою для відмови у відкритті касаційного провадження».

Певним недоліком законодавчої техніки є те, що зазначено лише про суд апеляційної інстанції, а про суд першої інстанції – нічого. Краще було зазначити – в оскаржених судових рішеннях. Адже в касаційному провадженні є маса процесуальних нюансів: перша інстанція зазначила постанову Верховного Суду, а апеляційний суд залишив судове рішення без змін, але змінив деякі мотиви, або апеляційний суд не врахував деякі норми права, але рішення суду є вірним, а з формальних підстав рішення суду не може бути скасовано тощо.

Важливим недоліком для застосування всіх нових касаційних фільтрів є відсутність офіційної систематизації правових висновків Верховного Суду, навіть немає певного класифікатора розглянутих

Судом справ. Цю проблему Верховний Суд технічно сам не може вирішити. Є й певні інші технічні моменти, наприклад Верховний Суд не може день в день направити в реєстр судових рішень ухвалене рішення: є коректура, підписи 5 суддів чи 3 суддів, а у ВП ВС – 21 судді, при цьому можливе ухвалення вступної та резолютивної частин судового рішення, а потім хтось із суддів захворів або у відрядженні тощо. Отже, особа сьогодні подала касаційну скаргу, мотивувала певним висновком Верховного Суду, а завтра чи через кілька днів до реєстру надійшло судове рішення, ухвалене ще до написання скарги, де від цього висновку Суду відступлено. У чому тоді вина автора касаційної скарги? Принцип легітимного очікування порушується.

Інша складність у правотлумаченні і правозастосуванні нових касаційних фільтрів – це питання про те, що таке «правовий висновок» Верховного Суду. У законі немає його поняття, визначення чи форми викладення. Більше того, ЦПК чомусь зобов'язав зазначати висновок щодо застосування норми права лише палату, об'єднану палату та ВП ВС (ч. 2 ст. 416), хоча 99% судових рішень ухвалюється колегіями суддів касаційного суду.

Ще одна практична проблема. Це розуміння висловлення законодавця – відступлення Верховного Суду від висновку. Відомо, що Верховний Суд України, на жаль, дуже часто змінював свою правову позицію, не вказуючи, що відступає від свого попереднього висновку. Проблема і в тому, що об'єднана палата касаційного суду, ВП ВС використовують термін «уточнення правового висновку», не відступаючи від нього, що не заборонено ЦПК. Але у цій редакції Закону законодавець використав формулу «відступлення від висновку». Практика має дати порядок застосування і бажано, аби він був однаковий.

Хотів би наголосити, що нечітке визначення в процесуальному законі касаційних фільтрів, їх переліку може призвести до ситуації, коли право Верховного Суду на дискрецію, яке він безумовно має мати, але коли ще на стадії прийняття скарги (допуску до касації) кожна справа оцінюється суб'єктивно, через незрозумілі оціночні чинники фільтрів, цим не повною мірою буде забезпечуватися реалізація принципу верховенства права.

Умови застосування пункту 2 ч. 2 ст. 389 ЦПК:

«Зразу же постає питання юридичної техніки, так як тут законодавець у цій нормі права використовує вже не «урахування», а «застосування» постанови Верховного Суду, тобто посилання в

оскарженому судовому рішенні має бути обов'язково. Отже, якщо суд апеляційної інстанції з якихось причин не зазначив цей висновок, що погано, тоді автор касаційної скарги має сам його віднайти і вказати у скарзі».

Недоліком цього законодавчого положення є оціночне поняття, розсуд суду на предмет «обґрунтованості» підстав відступлення від висновку Верховного Суду. Згідно з п. 7 Перехідних положень ЦПК при відступленні від його висновку – справа направляється на розгляд ВП ВС. Отже, ще на стадії відкриття касаційного провадження приходиться визначатися із «обґрунтованістю», «умотивованістю», «подібністю правовідносин», тому зазначати, що є підстави для відступлення ще зарано і це може бути використано для обґрунтованого відводу судді за наперед висловлену правову позицію.

Умови застосування пункту 3 ч. 2 ст. 389 ЦПК:

Нерідко у касаційних скаргах зазначається, що у постанові апеляційного суду відсутній висновок щодо застосування норми права у подібних правовідносинах. Це є невірним й такі скарги не приймаються, так як законодавець зазначає, що має бути відсутній висновок Верховного Суду у подібних правовідносинах, а не у судовому рішенні.

Умови застосування пункту 4 ч. 2 ст. 389 ЦПК:

Цей пункт є відсилочним до ст. 411 ЦПК, в якій зазначені процесуальні підстави для судового рішення. При цьому, ч. 1 ст. 411 ЦПК – це безумовні підстави для судового рішення з направленням справи на новий розгляд, а не ухвалення нового рішення, як нерідко зазначається у скаргах. Це має важливе значення, так як інакше Верховний Суд ставить під сумнів доводи касаційної скарги. Наприклад, у скарзі зазначається на неповноважний склад суду чи про участь судді, якому обґрунтовано заявлено відвід, або розглянуто справу без цієї особи, чи її не залучили до участі у справі, а рішенням суду вирішено питання про її права/обов'язки. І якщо при цьому у касаційній скарзі проситься, наприклад, залишити рішення першої інстанції в силі або ухвалити нове рішення, то звичайно, що виникають питання обґрунтованості скарги та її мотивів, адже ця особа не хоче, аби її залучили до участі у справі (значить її права не порушуються), або не хоче, аби справу розглянув належний склад суду, знаючи, що Верховний Суд як суд права нові докази не досліджує, не приймає та не переоцінює обставини.

Частина 3 ст. 411 ЦПК – це процесуальні порушення, які вплинули й унеможливили встановлення фактичних обставин та мають значення для правильного вирішення справи.

Складність в юридичній техніці цієї норми права така. Пункт 1 ч. 3 ст. 411 ЦПК передбачає, що суд не дослідив зібрані у справі докази, але при умові оскарження з підстав, передбачених пунктами 1, 2, 3 ч. 2 ст. 389 ЦПК. Дуже складна юридична конструкція, оскільки в інших пунктах ч. 3 ст. 411 ЦПК такої відсилки немає. Але, якщо суд дослідив докази, але з порушенням порядку його дослідження, адже ЦПК діє чіткий і обов'язковий алгоритм дослідження доказів? Наприклад, порушено порядок допиту свідків, неповнолітніх дітей чи письмові докази невірно досліджені? Суворе дотримання процесуальної процедури при дослідженні судових доказів має глибокий сенс: воно покликане гарантувати отримання якісного доказового матеріалу, на підставі якого не тільки сторони, а й суд може дійти безпомилкових висновків про існування чи відсутність фактів у справі, з якими норми права пов'язують виникнення, зміну та припинення прав і обов'язків.

Умови застосування абзацу 6 ч. 2 ст. 389 ЦПК:

Він стосується виключно процесуальних ухвал, а не постанов по суті спору, навіть якщо апеляційний суд прийняв постанову за наслідками перегляду ухвали районного суду, оскільки за змістом п. 2 ч. 1 ст. 389 ЦПК визначальним є касаційне оскарження ухвали суду першої інстанції після апеляційного перегляду, не вказуючи на те, яке судове рішення прийме апеляційний суд.

При касаційному оскарженні процесуальних ухвал посилання на правові висновки Верховного Суду не є обов'язковим.

Два суперечливі правові наслідки незазначення обов'язкової підстави касаційного оскарження

Вимоги до форми і змісту касаційної скарги викладені у ст. 392 ЦПК, у п. 5 ч. 2 якої вказано про обов'язкове зазначення підстави подання касаційної скарги.

Недоліком Закону є два різні правові наслідки невиконання цієї вимоги закону. Так, у ч. 2 ст. 392 ЦПК зазначається про залишення касаційної скарги без руху у разі незазначення підстави касаційного оскарження, тобто є можливість усунення недоліку скарги (ч. 2 ст. 393 ЦПК). А у п. 4 ч. 4 ст. 393 ЦПК зазначено інший правовий наслідок. Це – автоматичне повернення касаційної скарги. Наслідок – можливий пропуск строку касаційного оскарження при повторному поданні скарги.

Яка норма права має пріоритет? Як забезпечити баланс між цими двома нормами права? Незазначення підстави оскарження – це зловживання процесуальним правом? Це питання, які Верховний Суд має вирішити.

Безумовно, що незазначення підстави оскарження не може бути зловживанням правом. Не використання права – це не зловживання правом. Межа між добросовісним використанням своїх цивільних процесуальних прав і зловживанням ними є доволі умовною.

Зазначивши проблемні питання правотлумачення нових касаційних фільтрів, недосконалість юридичної техніки, вважаю, що на початковому етапі їх застосування, без відповідної й сталої касаційної практики їх розуміння Верховний Суд не повинен формально їх застосовувати і тим самим консервувати помилки попередніх судових інстанцій, допускаючи можливе існування судової практики «харківської», «одеської», «львівської» і т.п.

Загалом погоджуючись із необхідністю удосконалення процесуальних касаційних фільтрів, оскільки проблемою касаційного перегляду, а саме надзвичайної перегруженості суду касаційної інстанції завжди була так звана всеосяжність касаційного оскарження, а не в межах виваженої необхідності для здійснення судом касаційної інстанції завдання щодо забезпечення правильного й однакового застосування судами норм матеріального і процесуального права, вважаю за необхідне звернути увагу до тлумачення процесуальних гарантій у складі верховенства права та реалізації принципу верховенства права у цивільному судочинстві, яке з точки зору верховенство права має стати стандартом судового правотлумачення і судового правозастосування, елементами якого при розгляді справ у порядку цивільного судочинства мають бути такі елементи, як законність (у розумінні правовості законів), правова визначеність, пропорційність і право на справедливий судовий розгляд, а субстантивним елементом повинне стати визнання пріоритетності прав людини.

4. Ліберальна доктрина юридичної аргументації Касаційним цивільним судом у складі Верховного Суду. Аргументація КЦС у складі ВС як елемент права на справедливий суд

Одним із лакмусових папірців громадянського суспільства та правової держави є реальне обмеження державного свавілля і, відповідно, встановлення меж втручання у права людини. Як справедливо зазначає Ф. Фукуяма, наразі ми спостерігаємо універсалізацію ліберальної демократії як кінцевої форми правління, яка визнає і захищає через систему законів невід'ємне право людини на життя і свободу та існує для неї.

Відтак, очевидно, що будь-яка форма правління, в тому числі і ліберально-демократична, потребує певних механізмів оцінки

поставлених державою цілей і засобів їх досягнення. Власне, упродовж багатьох століть таким механізмом є принцип пропорційності, який еволюціонував від концепції пропорційності до загальновизнаного, конституційного принципу, що наразі є основним інструментом оцінки діяльності держави в контексті дотримання та захисту прав людини. Досліджуючи принцип пропорційності в контексті судової практики, насамперед необхідно згадати про таку соціальну і, значною мірою правову категорію, як справедливість, на якій, власне, і засноване ідеальне уявлення про правосуддя.

Таким чином, вбачається, що справедливість є явищем більшою мірою трансцендентним і не може бути пов'язане з писаним текстом та встановлюватись у вигляді певної юридичної міри, а принцип пропорційності є його об'єктивним вираженням. Крім того, справедливість є морально-етичною цінністю, яка будується на інтуїтивних і суб'єктивних уявленнях, в той час як принцип пропорційності, очевидно, є чітко структурованим продуктом юридичної практики, може виступати засобом юридичної аргументації та підлягає застосуванню під час здійснення правотворчої діяльності і правозастосування та, відповідно, під час здійснення правосуддя. Відтак, застосування принципу пропорційності під час здійснення правосуддя є надзвичайно важливим і необхідним, адже останній сприяє досягненню справедливості у кожному окремо взятому випадку та досягненню верховенства права загалом.

Ведучи мову про те, що принцип пропорційності є продуктом судової практики та імпліцитною складовою верховенства права, варто зазначити про те, що одним із аспектів довготривалої судової реформи в Україні було оновлення процесуального законодавства, зокрема, Цивільного процесуального кодексу України, Господарського процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства.

Так, у процесуальних кодексах було вперше закріплено принцип пропорційності у якості однієї з основних засад здійснення судочинства.

Статтею 11 чинного Цивільного процесуального кодексу України визначено, що «суд у межах, встановлених цим Кодексом, визначає порядок здійснення провадження у справі відповідно до принципу пропорційності, враховуючи: завдання цивільного судочинства; забезпечення розумного балансу між приватними й публічними інтересами; особливості предмета спору; ціну позову; складність справи; значення розгляду справи для сторін, час, необхідний для вчинення тих чи інших дій, розмір судових витрат, пов'язаних із відповідними процесуальними діями тощо».

Таким чином, принцип пропорційності трансформувався з об'єкта доктринальних досліджень в повноцінну складову процесуального права України, яка підлягає обов'язковому застосуванню.

Цьому зв'язку варто погодитися із думкою Вікі Джексон, яка зазначає, що принцип пропорційності – це доктрина, що містить переваги структурованого та прозорого аналізу, які прагнуть привести тлумачення та інтерпретації закону ближче до уявлень справедливості, що, власне, і здійснюється судом[1].

Продовжуючи дану думку, Йонас Крістоферсон стверджує, що принцип пропорційності – це найбільш важливий інтерпретаційний інструмент всієї судової гілки влади та Європейського суду з прав людини зокрема[2]. Очевидно, що більшість науковців, як вітчизняних, так і іноземних, сходяться на думці, що принцип пропорційності є неодмінною складовою верховенства права, засобом тлумачення законів крізь призму справедливості та, відповідно, оскільки суд є органом, покликаним захищати права й інтереси, чітким та структурованим інструментом досягнення справедливого балансу прав та інтересів під час здійснення правосуддя.

Аналізуючи сучасні тенденції застосування принципу пропорційності під час здійснення правосуддя, варто насамперед розглянути окремі судові рішення, в яких він і має знаходити своє вираження.

У даному контексті змістовним є рішення Верховного Суду (Касаційного цивільного суду) у справі № 682/1692/17 від 17 квітня 2019 р., де Верховний Суд імпліцитно застосував принцип пропорційності для зважування приватного інтересу та суспільного блага у сфері охорони здоров'я. У цій справі конкурують декілька основоположних прав: на освіту, на безпеку та на охорону здоров'я, які розглядаються крізь призму заборони дискримінації та права на повагу до приватного життя, що включає в себе фізичну та психологічну недоторканність особи. Очевидно, що саме в таких випадках необхідне застосування принципу пропорційності, адже іншого прикладного механізму для зіставлення та зважування декількох прав юридична наука ще не виробила. Відтак, внаслідок конкуренції декількох прав людини та необхідності забезпечення справедливого рішення Верховний Суд вдався до аналізу за

[1] Vicki C. Jackson. Important Developments in Comparative Constitutional Law № 4 (2014). P. 219–230; Key Developments in Constitutionalism and Constitutional Law; Eleven International publishing, The Hague, Netherlands, 2014. – P. 226.

[2] Jonas Christofersen: A Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights., Brill, (2009). – P. 1

допомогою принципу пропорційності. Як зазначається у рішенні Верховного Суду, у справі, яка переглядається, індивідуальне право (інтерес) відмови матері від щеплення її дитини при збереженні обсягу прав дитини на здобуття освіти, у тому числі в дошкільних закладах освіти, протиставляється загальному праву (інтересу) суспільства, інших батьків та їх дітей, які провели у встановленому державою порядку щеплення, зокрема перед направленням дітей до навчального закладу для здобуття освіти. Внаслідок встановлення такого балансу досягається мета – загальне благо у формі права на безпеку та охорону здоров'я, що гарантовано ст. ст. 3, 27 та 49 Конституції України.

Крім того, у аргументації Верховного Суду підкреслюється, що вимога про обов'язкову вакцинацію населення проти особливо небезпечних хвороб, з огляду на потребу охорони громадського здоров'я, а також здоров'я заінтересованих осіб, є виправданою. Тобто в даному питанні превалює принцип важливості суспільних інтересів над особистими, однак лише у тому випадку, коли таке втручання має об`єктивні підстави, тобто було виправданим. Посилаючись на міжнародну судову практику, Верховний Суд зазначив, що Європейський суд з прав людини висловлював думку, що обов'язкове щеплення, як примусовий медичний захід, є втручанням у гарантоване п. 1 ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод право на повагу до приватного життя особи, що включає в себе фізичну та психологічну недоторканність особи. Порушення фізичної недоторканності заявника можна вважати виправданим дотриманням цілей охорони здоров`я населення та необхідністю контролювати поширення інфекційного захворювання параграф 33, 36 рішення у справі («Соломахін проти України» від 15 березня 2012 р.).

Підсумовуючи, Верховним Судом було зроблено висновок, що завданням держави є забезпечення дотримання оптимального балансу між реалізацією права дитини на дошкільну освіту та інтересами інших дітей[1].

Також у даному контексті можна звернути увагу на Ухвалу Великої Палати Верховного Суду щодо пов'язаності виключної правової проблеми та принципу пропорційності. Зокрема, Велика Палата Верховного Суду у своїй ухвалі від 30 жовтня 2018 р. у справі № 757/172/16-ц, зазначила, що виключна правова проблема має оцінюватися з урахуванням кількісного та якісного вимірів.

[1] Постанова Верховного Суду від 17 квітня 2019 р. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/81652333 (дата звернення: 09.05.2021)

З погляду якісного критерію про виключність правової проблеми свідчать такі обставини, як відсутність сталої судової практики в питаннях, що визначаються, як виключна правова проблема; невизначеність на нормативному рівні правових питань, які можуть кваліфікуватися як виключна правова проблема; необхідність застосування аналогії закону чи права; вирішення правової проблеми необхідне для забезпечення принципу пропорційності, тобто належного балансу між інтересами сторін у справі. Відтак, метою вирішення виключної правової проблеми є формування єдиної правозастосовної практики та забезпечення розвитку права[1].

Крім того, принцип пропорційності застосовується також у контексті реалізації права на оскарження судового рішення, що є однією з фундаментальних складових права на суд. Так, у постанові Верховного Суду у складі Об'єднаної Палати Касаційного цивільного суду від 20 червня 2018 р. у справі № 514/134/17 викладено правовий висновок про те, що особа, яка подає скаргу, вправі очікувати застосування норм процесуального законодавства, які надають їй право як безпосереднього подання апеляційної скарги до апеляційного суду, так і подання апеляційної скарги через місцевий суд. Застосування принципу пропорційності при здійсненні судочинства вимагає такого тлумачення пп. 15.5 п. 1 розділу XIII Перехідні положення ЦПК України, що б гарантувало особі право на безпосереднє звернення із апеляційною скаргою до апеляційного суду, яке визначене ст. 355 ЦПК України, оскільки держава не вправі обмежувати права особи без певної мети для захисту якогось суспільного інтересу. Таким чином, при поверненні апеляційної скарги без розгляду суд апеляційної інстанції виявив надмірний формалізм та непропорційність між застосованими засобами та поставленою метою[2].

Відтак, наразі спостерігається значно ширше та практичніше використання принципу пропорційності під час здійснення правосуддя, ніж це було раніше. Це може бути зумовлено двома чинниками.

По-перше, закріплення принципу пропорційності на законодавчому рівні, що створило необхідні (обов'язкові) передумови для його застосування.

По-друге, дослідженню принципу пропорційності стали присвячувати

[1] Ухвала Великої Палати Верховного Суду від 30 жовтня 2018 р. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/77507469 (дата звернення:11.06.2021)

[2] Постанова Об'єднаної Палати Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду від 20 червня 2018 р. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/74963333 (дата звернення: 10.05.2021)

набагато більше уваги і в теоретичному плані, тобто, значно більше наукових праць вітчизняних вчених тією чи іншою мірою стосуються принципу пропорційності як самостійного принципу права, так і базової складової верховенства права. Продовжуючи дану тезу, судді Верховного Суду, на яких покладається обов'язок практичного застосування принципу пропорційності, посилили увагу до принципу пропорційності як складової верховенства права.

Так, суддя Верховного Суду Д.Д. Луспеник вважає, що «пропорційність – це досягнення у правотворчості та правозастосуванні балансу інтересів людини і суспільства, відтак, органи публічної влади не можуть накладати на громадян зобов'язання, що виходять за межі суспільної необхідності» [1]. Таким чином, реалізація принципу пропорційності в Україні переходить із суто теоретичної площини у практичну, до того ж, його застосування відбувається судовою інстанцією, яка покликана забезпечити сталість та передбачуваність судової практики. Важливим також є те, що відповідно до ст. 36 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» «Верховний Суд забезпечує однакове застосування норм права судами різних спеціалізацій у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом, а також забезпечує апеляційні та місцеві суди методичною інформацією з питань правозастосування». У даному контексті можемо прослідкувати зв'язок принципу пропорційності і, наприклад, вирішення виключної правової проблеми, адже воно є необхідним для забезпечення принципу пропорційності, що ми й можемо прослідкувати на прикладі вищезазначеної Ухвали великої Палати Верховного Суду від 30 жовтня 2018 р. у справі № 757/172/16-ц.

Як зазначає С.В. Погребняк, «послідовне і добросовісне застосування судами принципу пропорційності, судова перевірка актів на їх доречність та необхідність, як наслідок, встановлення справедливого балансу є важливою передумовою для забезпечення прав людини, утвердження верховенства права». Більше того, можливість обмеження права людини відповідно до вимог принципу пропорційності відображає певний характер відносин між людиною і державою. Людина і держава пов'язані взаємними правами та обов'язками, а конституційна дійсність прав людини засновується на справедливому балансі між правами людини і потребами суспільства.

Наразі застосування принципу пропорційності в процесі здійснення

[1] Луспеник Д.Д. Верховенство права – «новий» старий принцип цивільного судочинства: співвідношення із принципом законності. *Право України*. 2017. № 8. С. 9–20. С. 17.

правосуддя можна стверджувати, що принцип пропорційності як об'єктивний механізм забезпечення справедливості почав згадуватися у судових рішеннях, що відбувається значно частіше, аніж раніше. Однак необхідно констатувати, що в більшості випадків спостерігається лише цитування відповідної практики Європейського суду з прав людини в контексті пропорційності. Переважна більшість судових рішень побудовані не на сутнісному аналізі принципу пропорційності та його складових, а на формальному посиланні на загаданий принцип з метою підсилення аргументації та дотримання положень відповідного процесуального законодавства. Тому, на нашу думку, суттєвий розвиток теоретичних досліджень принципу пропорційності, в тому числі й суддями, а не тільки науковцями, може стати відчутним поштовхом для експліцитного застосування принципу пропорційності під час здійснення правосуддя та аргументації судових рішень.

5. Аргументація КЦС у складі ВС судових рішень, що «доповнюють» право. «Подолання» офіційного тлумачення норми права в цивільному судочинстві: поняття та правила

Конкретизація норм права забезпечується, як відомо, у процесі правотворчості й правозастосування. У результаті конкретизації стає можливою максимальна визначеність і повнота сенсу правових норм, засобів тлумачення, деталізації, уточнення і розвитку окремих елементів норм для точного і повного правового регулювання.

Від результатів тлумачення цивільно-правових норм багато в чому залежить практика правозастосування. У ході застосування загальні норми перекладаються мовою конкретніших висловлювань, що не викликають сумніву про відношення даної цивільно-правової норми саме до ситуації, що юридично вирішується[1]. Результат тлумачення в процесі правозастосування цивільно-правових норм чинить чималий вплив на правильність вирішення справи по суті. Так С.В. Прийма зазначає, що тлумачення буде справедливим у тому разі, якщо справедливими будуть три його складові: інтерпретаційний процес, його результат і юридичний матеріал, що підлягає тлумаченню. Одним із критеріїв оцінки результату тлумачення він визначає принцип його зрозумілості, який пропонує розуміти як засаду, що відображає якість роз'яснення і визначається як вимога виключення суперечностей і різних тлумачень і тих самих нормативних положень, а також установлення однозначного розуміння сенсу інтерпретованої норми та чіткого визначення способу поведінки її адресата. У цілому принцип

зрозумілості результатів тлумачення відображає якість роз'яснення і вимагає виключення всіх суперечностей і різних тлумачень одних нормативних положень, а також полягає в установленні однозначного розуміння сенсу інтерпретованої норми та в чіткому визначенні способу поведінки її адресата. Результати тлумачення правових норм залежно від певної структури конкретної соціальної умови та суб'єктів тлумачення поділяються на певні види. Так, залежно від структури конкретних соціальних умов правові норми тлумачаться виконавцями у вигляді її буквального і небуквального тлумачення. Буквальне тлумачення (адекватне) – вид розуміння результату тлумачення правових норм, коли правозастосовувач вважає, що зміст норми права, зміст, вкладений в неї законодавцем, збігається з її мовним та текстуальним викладом. Результат тлумачення розрізняється залежно від його видів.

Правова природа результату тлумачення залежно від його видів

З'ясування	направлений «усередину» суб'єкта тлумачення
Роз'яснення	направлений суб'єктом тлумачення «зовні»
Офіційне тлумачення	має загальнообов'язкову силу для всіх суб'єктів права
Офіційне нормативне тлумачення	закріплюється у спеціальному інтерпретаційному акті, який має загальнообов'язкову силу
Офіційне казуальне тлумачення	закріплюється в мотивувальній і резолютивній частинах правозастосовного акта
Неофіційне тлумачення	може бути закріплений у письмовій формі, але обов'язкової сили не має, не має загальнозначущого характеру
Професійне тлумачення	здійснюване прокурором або адвокатом у судовому процесі – його результати не обов'язкові для суду
Доктринальне тлумачення	публікуються в спеціальних збірниках, що містять науково-практич- ні коментарі цивільного законодавства, якими користуються практичні працівники в правозастосовній діяльності
Тлумачення за обсягом	буквальний, обмежувальний та розширювальний

Щодо обов'язковості результатів певного виду тлумачення теж не можна зробити однозначний висновок.

Як слушно зазначає О.Г. Панчак, необов'язковий результат доктринального тлумачення з часом може стати обов'язковим, наприклад, через включення його до рішення Конституційного Суду України, інші законодавчі і судові інтерпретаційні акти[1].

Так, наукові тлумачення знайшли своє відображення в постанові Пленуму Верховного Суду України від 23 грудня 2005 р. № 14 «Про практику застосування судами України законодавства у справах про деякі злочини проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту, а також про адміністративні правопорушення на транспорті» включені окремі положення професійного тлумачення В. А. Мисливого, у постанову Пленуму Верховного Суду України від 23 грудня 2005 р. № 12 «Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності» – Ю. В. Бауліна.

Само поняття тлумачення трактується як результат розумового процесу, виражений у сукупності суджень, в яких розкривається зміст тлумачних норм. Даний зміст також вживається, коли йдеться про поши- рювальне, обмежувальне або буквальне тлумачення, про правильне й неправильне тлумачення. Тут по суті справи дається характеристика результату тлумачення з певних позицій: у першому випадку – з точки зору його відповідності тексту, реальному вислову норми, у другому – з точки зору відповідності отриманого результату загальновизнаним правилам тлумачення. Усі використовувані прийоми тлумачення повинні мати певний результат: розкриття і зміст конкретної правової норми, а також фіксування її в свідомості конкретного правозастосувача як ланцюг суджень про правову норму, що утворює в сукупності індивідуальне розуміння правових норм.

Багато дослідників результатом тлумачення цивільної норми права вважають її повну ясність і точність, відсутність подвійного сенсу, тобто між «духом» і «буквою» закону не повинно бути розбіжностей, між сен- сом норми і її словесним вираженням не повинно бути відмінностей.

[1] Панчак О.Г. Поняття доктринального тлумачення закону про кримінальну відповідальність. *Часопис Академії адвокатури України.* 2011. № 3 (12). С. 1–7.

Отже, результат тлумачення – з'ясування справжнього змісту, закріпленого в письмових правових актах. Проте сенс, зміст норми далеко не завжди збігається з її текстуальним виразом. Єдність мови й мислення, слова й поняття не означає їхньої тотожності. Тому для юридичної практики важливе значення має розмежування видів тлумачення за обсягом.

Як правило, результат тлумачення повинен бути буквальним (адекватним), коли дійсний зміст нормативного акта (воля законодавця) і буквальний текст повністю збігаються один з одним, тобто використання всієї сукупності способів тлумачення дає практично той же результат, що й початкове (граматичне, мовне) тлумачення тексту закону. Результатом тлумачення правових норм має бути визначеність («так», «ні»), а не двозначність («і так, і ні») у висновках того, хто тлумачить зміст юридичних норм. Результати тлумачення не можуть виходити за межі норми, яка тлумачиться. Тлумачення, як правило, становить тільки конкретизуюче судження про норму права, але не новий нормативний припис. Тлумачення норм права за обсягом їх правового змісту – завершальний етап (результат) тлумачення значення і змісту норм права, що настає після застосування способів тлумачення і полягає у встановленні ступеня відповідності змісту правової норми її текстовому оформленню і вираженню, у з'ясуванні співвідношення буквального значення юридичного тексту («букви» закону) і дійсного змісту юридичних норм («духу» закону).

Інтерпретаційний акт виступає результатом тлумачення правових норм, на відміну від нормативного акта, який є результатом правотворчості або правозастосування. На відміну від нормативного він не містить норми права, а лише їх тлумачить та пояснює. Є залежним від нормативного акта – коли він втрачає юридичну силу, то інтерпретаційний акт теж скасовується. Головна відмінність інтерпретаційного акта від правозастосовного полягає в тому, що він пов'язаний з рішенням конкретної справи, а інтерпретаційний має загальний характер. Результати тлумачення випливають із закону, є висновками з чинного законодавства і фіксуються в судовій практиці, набуваючи у результаті значення «нормативних положень, що конкретизують закон», як входять до складу об'єктивного права. Вони можуть бути сформульовані найвищим судовим органом або нижчестоящим судом у конкретній справі. Але рішення, винесене у окремій справі, стає правоположенням лише у тому випадку, якщо

воно сприйняте практикою та слугує зразком для винесення ухвал в однорідних справах, своєрідним прецедентом тлумачення. Найважливіша риса судової практики у цивільних справах – створення в результаті конкретизації закону прецедентів тлумачення за допомогою формулювання правоположень, які здатні настільки удосконалювати законодавство, що можна говорити навіть про правотворчий характер судової практики.

Щодо оцінки результату тлумачення в процесі правозастосування цивільно-правових норм, то тривають постійні суперечки стосовно співвідношення «прецедентів тлумачення» (правоположень) і правових норм. Ряд учених, дотримуючись позиції прирівнювання «прецедентів тлумачення» до правових норм, говорить про те, що у найбільш складних справах у мотивувальній частині судового рішення необхідно посилатися не лише на норми закону, а й на акти казуального тлумачення.

ТЕМА 5. МОДЕЛІ ПРАВОВОЇ АРГУМЕНТАЦІЇ ВЕРХОВНОГО СУДУ

ЛЕКЦІЯ 2. МОДЕЛЬНА АРГУМЕНТАЦІЯ У АДМІНІСТРАТИВНИХ СПРАВАХ

План лекційного заняття:

1. Правова аргументація у зразкових та типових справах.

2. Практичні аспекти застосування аргументації в зразкових та типових справах.

3. Дослідження правової аргументації при розгляді справ в порядку спрощеного позовного провадження.

4. Проблемні питання аргументації у справах спрощеного позовного провадження.

1. Правова аргументація у зразкових та типових справах

Якщо говорити про запровадження інституту типових та зразкових справ в адміністративному судочинстві зокрема, то варто звернути увагу на ті передумови впровадження досліджуваного інституту, що вказувались розробниками змін до процесуального законодавства, а саме: «недосконаліть судового захисту в Україні, на яку неодноразово вказував у своїх рішеннях щодо України Європейський суд з прав людини, зокрема, вказуючи на такі проблеми української судової системи, як недостатня правова визначеність, недотримання розумних строків розгляду справ, обмеження права доступу до суду, недостатнє дотримання принципів незалежності і безсторонності суду тощо. Метою запровадження зразкових справ можна вважати необхідність зменшення завантаженості органів судової влади, що сприятиме забезпеченню швидкого розгляду справ, а також, уникнення неоднакового застосування судами норм права»[1].

Для визначення важливості та необхідності застосування принципу єдності судової практики в Україні, необхідно точно проаналізувати ряд причин, що перешкоджають такому застосуванню. Неоднорідне використання одних і тих самих матеріальних та процесуальних норм права судами у аналогічних правовідносинах, пояснюється багатьма

[1] Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/GH4T400A.html. (дата звернення: 02.02.2022)

чинниками. В першу чергу, це пов'язано з нестабільністю національного законодавства в умовах швидкої розбудови правової держави. Регулярне внесення змін до законодавства, старих та прийняття актів органів державної влади, наявність правових колізій та прогалин створюють основу для неодноманітної судової практики в державі. Крім того, як вказує В. Беляневич, «законодавство не може охопити всіх випадків, що потребують регулювання, і яким би досконалим не було чинне законодавство, життя ставить нові питання, які потребують відповіді суду»[1]. Варто також виділити суб'єктивні причини існування розрізненої судової практики, що лежать в площині самого процесу прийняття судового рішення, праворозуміння окремого судді.

Важливість дотримання принципу єдності судової практики пояснюється тим, що вона є запорукою довіри громадян будь-якої держави до судової влади, проте лише в тому випадку, якщо суди в аналогічних справах щодо різних осіб однаково застосовуватимуть однаковий закон.

Відповідно до нормативних положень законодавства України наразі елементами механізму забезпечення єдності судової практики є:

«1) оскарження й перевірка судових рішень в апеляційному, касаційному порядку (зокрема шляхом формулювання Верховним Судом правових позицій), за нововиявленими або виключними обставинами;

2) аналіз судової статистики, вивчення та узагальнення судової практики;

3) надання апеляційними інстанціями судам нижчого рівня методичної допомоги, спрямованої на однакове розуміння та правильне застосування правових норм;

4) надання Пленумом Верховного Суду рекомендаційних роз'яснень судам нижчих інстанцій з питань правозастосування;

5) офіційне тлумачення Конституції України Конституційним Судом України;

6) функціонування Єдиного державного реєстру судових рішень та доступ до нього»[2].

Повноцінне та якісне застосування цих категорій створює підґрунтя для уніфікації судової практики, нормалізації діяльності судів усіх інстанцій.

---

[1] Беляневич В. Е. Про однаковість судової практики.URL: http://justinian.com.ua/article.php?id=436/ (дата звернення: 29.04.2021)

[2] Бобечко Н.Р. Новели кримінально-процесуального законодавства України в контексті забезпечення єдності судової практики. Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». URL: http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18bnrysp.pdf (дата звернення: 05.11.2021)

Інститут типових та зразкових справ як наслідок реформи процесуального законодавства України та результат попереднього закріплення конституційних норм, що вказують на необхідність дотримання принципу єдності судової практики, є одним з головних важелів в процесі розвитку сталої та єдиної діяльності судових органів з розгляду ідентичних правових спорів.

В процесі реформування процесуального законодавства України, прийнято низку нормативно-правових актів, положення яких містять важливі та суттєві нововведення. Однією з новел Закону від 3 жовтня 2017 року №2147 є введення в КАС України таких процесуальних інститутів як «зразкова справа» та «типова справа». Цю процедуру розроблено за прикладом «пілотних рішень», які ухвалює Європейський суд з прав людини[1].

Спроби України стати повноправним членом Європейського Співтовариства не обмежуються імплементацією норм та їх ратифікацією. Окрім цього, запроваджуються реформи та узгоджується національне законодавство з міжнародними стандартами. Саме зміни в адміністративному судочинстві можуть стати правовою гарантією українців у сфері судового захисту порушених прав і свобод.

За своєю суттю це нововведення передбачає процесуальний нормативно-закріплений порядок розгляду спорів, у яких відносини сторін та правові положення, якими вони регулюються, є аналогічними (типові справи), за прикладом рішення Верховного Суду в одній із таких справ (зразковій справі).Тобто, у випадку, якщо в суду першої інстанції на розгляді перебуває значна кількість справ, вимоги заявників у яких стосуються однотипної сфери суспільних відносин, а заявник відносяться до спільної категорії осіб за відповідними характеристиками, одна зі справ може бути передана до Верховного Суду з метою поставлення зразкового рішення, що вирішує аналогічні спори, значно економлячи час та кошти судів перших інстанцій, що мали б розглядати ідентичні спори в окремих провадженнях.

Кодекс адміністративного судочинства України в редакції Закону України від 3 жовтня 2017 року № 2147-VIII, який набрав чинності 15 грудня 2017 року, на відміну від інших процесуальних кодексів визначив особливості провадження у типових та зразкових справах. Аналіз нормативних положень щодо вказаних справ показує, що розгляд типової справи можливий лише після винесення рішення по зразковій справі. «Верховний Суд розглядає зразкову справу як суд

[1] Пілотні рішення ЄСПЛ. URL: https://helpiks.org/5-92158.html (дата звернення: 05.13.2021)

першої інстанції за поданням одного або декількох адміністративних судів, у провадженні якого перебувають типові адміністративні справи, кількість яких визначає доцільність ухвалення зразкового рішення»[1].

Відповідно до КАС України, «типові адміністративні справи – адміністративні справи, відповідачем у яких є один і той самий суб'єкт владних повноважень (його відокремлені структурні підрозділи), спір у яких виник з аналогічних підстав, у відносинах, що регулюються одними нормами права, та у яких позивачами заявлено аналогічні вимоги»[2].

Реформа процесуального законодавства розпочала дискусію серед вітчизняних науковців, які наголошують, що залишається відкритим питання стосовно підходу ВС до формування ознак типової справи та інших проблем, які виникатимуть у процесі застосування цієї процедури на практиці[3]. Варто зауважити, що подібні неузгодження є природнім наслідком зміни законодавства, що коректуватимуться в процесі розвитку та вдосконалення інституту.

Саме Верховний Суд повинен визначити ознаки типових справ, що надалі дозволить судам інших інстанцій визначати категорію справи як типову і застосовувати під час винесення рішенні по ній висновки зразкових справ. У такому випадку, цілком можливо, що одна зі сторін в типовому правовому спорі може заперечувати ознаки типовості ситуації, якщо висновки зразкової справи є прогнозовано негативними для цієї сторони. Отже, від коректності та однозначності положень ВС у рішеннях, винесених внаслідок розгляду зразкових справ, напряму залежить можливість і системність їх застосування.

При ухваленні рішення в типовій справі, що відповідає ознакам, викладеним у рішенні Верховного Суду за результатами розгляду зразкової справи, суд має враховувати правові висновки Верховного Суду, викладені в рішенні за результатами розгляду зразкової справи.

Типова адміністративна справа, прийнята до провадження Верховним Судом як судом першої інстанції для постановлення зразкового рішення, є зразковою адміністративною справою[4].

Відповідно до ст.290 КАС України, «якщо у провадженні одного або декількох адміністративних судів перебувають типові

---

[1] Кодекс адміністративного судочинства України URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15. (дата звернення: 05.10.2021)

[2] Кодекс адміністративного судочинства України URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15 (дата звернення: 05.10.2021)

[3] Савчук М. Зразкове судочинство: типові та зразкові справи за новим КАС України. Юридична газета. №49 2017. С. 17.

[4] Кравченко О. Зразкові та типові рішення: особливості судочинства та оскарження URL: http://gc.ua/wp-content/uploads/2017/12/Jurist-i-zakon-ukr.pdf. (дата звернення: 09.08.2021)

адміністративні справи, кількість яких визначає доцільність ухвалення зразкового рішення, суд, який розглядає одну чи більше таких справ, може звернутися до Верховного Суду з поданням про розгляд однієї з них Верховним Судом як судом першої інстанції»[1].

Чинним законодавством передбачено можливість судів першої інстанції передавати Верховному Суду типову справу для вирішення правового спору саме як судом першої інстанції. Отже, для прийняття рішення в зразковій справі до ВС можуть бути передані справи, які розглядали адміністративні суди в першій інстанції – окружні адміністративні суди і місцеві загальні суди як адміністративні, а також апеляційні адміністративні суди, які вирішують справи як суди першої інстанції в окремих випадках, передбаченим законодавством.

Потрібно відмітити наступне неузгодження: ВС не має можливості застосувати в повній мірі свої повноваження в рамках інституту зразкового судочинства до тих справ, які будуть передані від ВАСУ та Верховного Суду України до нового Верховного Суду. Це пояснюється тим, що КАС України в новій редакції передбачає окремі категорії справ, що підсудні ВАСУ та ВС як суду першої інстанції. Отже, лише до таких, конкретно визначених справ, що розглядаються ВС як судом першої інстанції, може бути застосовано інститут типових та зразкових справ.

Розглядаючи поняття зразкових справ, варто вказати на їхню відмінність з категорією судового прецеденту. Це пояснюється тим, що для винесення зразкового рішення необхідна наявність у провадженні суду чи судів такої кількості типових справ, яка вказуватиме про необхідність постановлення такого рішення, тоді як інститут судового прецеденту не включає вимогу про наявність у провадженні судів аналогічних справ зі схожими фактичними обставинами.

Натомість, підставою виникнення судового прецеденту може бути навіть одна конкретна справа. В свою чергу, законодавством України не встановлено точної кількості типових справ для ухвалення зразкового рішення, однак зі змісту статті вбачається, що однієї справи буде замало.

Водночас, ці категорії мають і спільні риси, наприклад, інституту зразкової справи притаманна така риса судового прецеденту, як необхідність використання зразкового рішення (викладеної у ньому правової позиції) для розгляду аналогічних справ у майбутньому – адже відповідно до положень ст. 291 КАС України, «при ухваленні

[1] Кодекс адміністративного судочинства України URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15. (дата звернення: 05.05.2021)

рішення у типовій справі, яка відповідає ознакам, викладеним у рішенні Верховного Суду за результатами розгляду зразкової справи, суд має враховувати правові висновки Верховного Суду, викладені у рішенні за результатами розгляду зразкової справи»[1].

Зважаючи на те, що де-факто роль судової практики в Україні значна і формування правової позиції при зверненні в суд часто здійснюється не лише з посиланням на норми закону, а й на основі правових позицій ВС та ВССУ, запровадження зразкових справ в адміністративному судочинстві є позитивним кроком і фактично сприяє закріпленню судового прецеденту в системі джерел права України. Таким чином, зразкова справа не може використовуватись як прецедент у одиничних складних справах, а скоріше покликана створити шаблон для вирішення значної кількості однотипних справ[2].

Неузгодженням розглядуваного інституту є й те, що наразі, на жаль, не уточнено мінімальної кількості адміністративних справ для визначення їх типовими, а застосована дефініція — «кількість яких визначає доцільність прийняття зразкового рішення»[3] – провокує певну невизначеність в ухваленні рішення.

Проте, навіть незважаючи на наявність певних неузгоджень, можливо зробити висновок, що провадження за типовими (зразковими) справами є однією з найцікавіших новел нового КАС України, яка потенційно справляє значний вплив на забезпечення єдності судової практики – однієї з найважливіших ознак ефективного судочинства. Орієнтуючись на зразкове рішення, сторони матимуть велику впевненість у правильності свого розуміння не завжди однозначних норм чинного законодавства[4].

Зокрема, таке нововведення дасть змогу істотно знизити завантаження суддів адміністративних судів та забезпечити єдність судової практики в адміністративних справах, зробить розгляд адміністративних спорів швидшим та ефективнішим.

Основною перевагою процедури розгляду зразкової справи є те, коли виникає хвиля одноманітних справ щодо застосування будь-якої норми, вища судова інстанція відразу висловлює свою правову

---

[1] Кодекс адміністративного судочинства України URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15. (дата звернення: 05.05.2021)

[3] Зразкові справи як новий механізм адміністративного судочинства. URL: http://www.ukrainepravo.com/scientific-thought/legal_analyst/iuainsvk-ftuavy-yan-rsvym-pyesharkip-aepkrkfkhuakhyvrsgs-ftsesyrfkhva/. (дата звернення: 06.06.2021)

[4] Подорожна Т. Зразкові та типові справи як новий механізм адміністративного судочинства. URL: https://sud.ua/ru/news/blog/124220-zrazkovi-ta-tipovi-spravi-yak-noviy-mekhanizm-administrativnogo-sudochinstva. (дата звернення: 06.06.2021)

позицію, яку враховуватимуть у всіх аналогічних справах. Отож, зразкові справи спрямовані на розвантаження судів і слугуватимуть впровадженню судового прецеденту в Україні. Сам факт визнання за Верховним Судом права на створення судового прецеденту є кроком вперед на шляху розвитку України як соціальної, правової держави, насамперед тому, що відбувається зміна сприйняття права і судової практики в суспільстві. Судові рішення у зразкових справах набувають ознак реального носія об'єктивної інформації та джерела права.

Можливо зробити висновок, що зразкові справи спрямовані на розвантаження судів і слугуватимуть упровадженню судового прецеденту в Україні[1]. Проте, такі суттєві наслідки будуть наявними через певний проміжок часу за результатами роботи судових органів у рамках нового інституту.

Якщо порівняти новий механізм з правовими висновками «старого» ВСУ, то потрібно зазначити, що у попередній редакції КАС України рішення Верховного Суду також впливали на рішення нижчих судів, формували судову практику і де-факто могли визначатись формою судового прецеденту. Але до моменту потрапляння справи у ВСУ (як суду 4-ї інстанції) могло минути рік-півтора.

За цей час суди вже розглянули сотні, а то й тисячі аналогічних справ з дуже різними результатами. Зокрема, висновки ВСУ стосувалися специфічних справ, які були пов'язані переважно з неоднаковим застосуванням норм матеріального та процесуального права, тобто мали досить конкретний характер і передбачали усунення неоднаковості застосування, подолання правових колізій.

Водночас висновки зразкових справ мають загальний характер, спрямований на узагальнення типових підходів до вирішення подібних справ. Отож, висновки у зразкових справах спрямовані радше на розвантаження судів, спрощення розгляду справ, а не на вирішення складних правових питань. Із цього погляду, звичайно, варто оцінити цей інститут позитивно, оскільки значну частину судових суперечок можна узагальнити й об'єднати системними підходами до їх вирішення[2].

---

[1] Параниця С. В. Реформування як виклик часу: зразкова та типова справи. новели в Кодексі адміністративного судочинства України. *Порівняльно-аналітичне право*. № 6 2018. С. 286–289.

[2] Оксюта А. Зразкові справи можуть обернутись як зменшенням навантаження, так і невиправданою тяганиною. URL:

Щодо мінусів цього інституту, то цікавою видається позиція головного юридичного управління ВР щодо законопроекту № 6232. Ідеться про те, що «новий інститут може призвести до значної завантаженості ВС через право всіх адміністративних судів звернутися з відповідним поданням.

А це може спричинити доволі поверховий розгляд таких справ ВС» та, як наслідок, знизити якість правосуддя через необхідність урахування таких рішень судами нижчих інстанцій. Як недолік можна розглядати і «затягування» процесу. Адже передання справи до ВС, відкриття провадження та слухання можуть тривати певний час.

Крім того, суд першої інстанції має право зупинити провадження в типовій справі до прийняття рішення ВС, що також може значно затягнути вирішення спору. У чинній редакції КАС України не вказано кількості типових справ, за якої доцільним є ухвалення зразкового рішення. На практиці це може призвести до неоднозначної позиції серед судів нижчих інстанцій та ВС щодо відкриття зразкового провадження. Наприклад, у першій редакції проекту № 6232 право на подання починало діяти з 10 типових справ, що перебувають на розгляді в одному або кількох адміністративних судах»[1].

Серед недоліків цього інституту можна відзначити велику залежність долі сотень суперечок від однієї конкретної справи, яка, можливо, має деякі недоліки з якихось обставин, або якщо позивач буде недостатньо кваліфікований для відстоювання своєї позиції (особливо в разі, якщо це будуть суперечки щодо пенсій, соціальних виплат тощо). Тим паче, що в майбутньому змінити або переглянути таке рішення буде практично неможливо. Цей ризик може бути знівельовано лише якісним і неупередженим розглядом спору суддями, які за необхідності заповнять прогалини[2].

Така новела адміністративного процесу, як інститут зразкових справ за своєю суттю є вдалою спробою початкової інтеграції в національну правову систему такої категорії як судовий прецедент, проте, не в класичному його визначенні, а з відповідністю до реалій

---

http://zib.com.ua/ua/132357-zrazkovi_spravi_mozhut_obernutis_yak_zmenshennyam_navantazhe.html. (дата звернення: 06.06.2021)

[1] Оксюта А. Зразкові справи можуть обернутись як зменшенням навантаження, так і невиправданою тяганиною. URL: http://zib.com.ua/ua/132357-zrazkovi_spravi_mozhut_obernutis_yak_zmenshennyam_navantazhe.html (дата звернення: 06.06.2021)

[2] Подорожна Т. Зразкові та типові справи як новий механізм адміністративного судочинства. URL: https://sud.ua/ru/news/blog/124220-zrazkovi-ta-tipovi-spravi-yak-noviy-mekhanizm-administrativnogo-sudochinstva. (дата звернення: 06.04.2021)

українського правосуддя. Варто припустити, що в процесі майбутнього розвитку судова практика внесе свої логічні зміни і інститут зразкової справи буле розширено саме як форму прецеденту та запроваджено й у інші галузі права[1]. Наразі, вказаний інститут закріплено виключно в рамках адміністративного судочинства.

Поява й утвердження нових явищ, на кшталт зразкової й типової справи, є справжнім зрушенням у вдосконалені процесуальних інструментів захисту, що є нині актуальним[2]. Типові та зразкові справи, за своє суттю, є початком запровадження інституту судового прецеденту в Україні, адже дозволяють вирішувати однотипні спори за прикладом рішення у зразковій справі, винесеному Верховним Судом. Такий порядок дозволяє пришвидшити процес вирішення справ, розвантажити судові органи перших інстанцій. Тому, можливо зробити висновок, про позитивне значення запровадження вказаного інституту для судової практики та правової системи України в цілому.

Процесуальний аспект віднесення справи до категорії типових

Важливо зазначити, що не всі категорії справ наразі можуть бути розглянуті як зразкові. Зокрема, це твердження стосується справ, які, відповідно до КАС України розглядаються Верховним Судом як судом першої інстанції: «справи щодо встановлення Центральною виборчою комісією результатів виборів або всеукраїнського референдуму, справи за позовом про дострокове припинення повноважень народного депутата України, а також справи щодо оскарження актів, дій чи бездіяльності Верховної Ради України, Президента України, Вищої ради правосуддя, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів» [3] . Оскільки відповідно до положень ст. 290 КАС України, «звернення з поданням на розгляд Верховним Судом справи як зразкової здійснює адміністративний суд, то у категоріях справ, що вже розглядаються Верховним Судом як судом першої інстанції відповідно до приписів закону, передати такі справи для постановлення зразкового рішення не вбачається можливим»[4].

---

[1] Бабішена М. Л. Зразкові справи як форма інтеграції судового прецеденту в правову систему України. Реформування господарського та господарсько-процесуального законодавства: тези доповідей круглого столу студентів (Київ, 10 жовтня 2018). 2018. С. 6–11.

[2] Параниця С. В. Реформування як виклик часу: зразкова та типова справи. новели в Кодексі адміністративного судочинства України. Порівняльно-аналітичне право. №6 2018.– С. 286–289.

[3] Кодекс адміністративного судочинства України URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15. (дата звернення: 06.06.2021)

[4] Кодекс адміністративного судочинства України URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15 (дата звернення: 06.06.2021)

За загальним правилом суд відмовляє у відкритті провадження, «якщо адміністративна справа не відповідає ознакам зразкової:

1) відповідачами є різні суб'єкти владних повноважень;

2) неоднакові підстави спору;

3) відмінне нормативне регулювання;

4) різні позовні вимоги».

Найчисельніша категорія справ, які не кваліфікуються Верховним Судом як зразкові, пов'язана зі спорами щодо направлення судом першої інстанції справи, подібної до тих, у яких вже є сформовані позиції Верховного Суду та попередніх судів касаційної інстанції. Варто зазначити, що кількісний критерій для відмови у відкритті провадження за зразковою справою становить другу за чисельністю категорію. Йдеться про невелику кількість типових справ (3–12) у однотипних правових відносинах, що не створює доцільність їх розгляду Верховним Судом як зразкових.

Водночас дотримання виключно кількісного критерію не достатньо для розгляду адміністративної справи по суті як зразкової. Правовій оцінці підлягає, насамперед, критерій типовості.

Справа не має ознак типової за умов:

- спору щодо правильності застосування норми матеріального права немає;

- у випадку постановлення судом рішення по суті позовних вимог буде вирішено спір між позивачем і відповідачем у конкретній справі.

Наприклад, в ухвалі від 22 серпня 2018 року у справі № 826/3783/18 суд постановив, що «винесення рішення по суті позовних вимог про визнання нормативного акта (постанови Уряду) вирішить спір у конкретній справі та вичерпає спірність постанови. До розгляду не приймаються справи, у яких предмет спору є суто індивідуальним і не може вважатися типовим. У конкретних випадках різність обставин залежить від обставин справи (зарахування пенсіонеру пільгового стажу, виплата винагород за участь в АТО тощо)»[1]. Так, в ухвалі від 20 вересня 2018 року встановлено: «Питання виплати винагороди за безпосередню участь в АТО вирішуються судом окремо у кожному конкретному випадку виходячи з наявності підстав (умов), передбачених законодавством.

[1] Ухвала Касаційного адміністративного суду від 22 серпня 2018 року у справі № 826/3783/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/73139306 (дата звернення: 03.07.2021)

Подібність (єдність) предмету позову та ідентичність учасників спору, за умови наявності інших істотних обставин, які підлягають встановленню в ході судового розгляду справи, не свідчать про типовість таких справ та, відповідно, можливість їх однакового вирішення. Верховний Суд не бачить підстав відступати від вищезазначеної правової позиції, а тому приходить до висновку, що у відкритті провадження про розгляд адміністративної справи № 812/1786/18 як зразкової слід відмовити»[1].

Досить часто в основу прийняття рішення про відмову у відкритті провадження покладається кілька визначених процесуальним законодавством підстав, які унеможливлюють віднесення адміністративної справи до зразкової (наприклад, ухвали від 26 лютого 2018 року у справі № 820/617/18; 28 листопада 2018 року у справі № 2340/2681/18).

Насамперед у разі відмови у відкритті провадження Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду оцінює виключне значення постановлення зразкового рішення для встановлення єдності правозастосовної практики, оскільки висновки, викладені в ньому, є обов'язковими для судів першої та апеляційної інстанцій. Цей інститут має підвищити ефективність правосуддя шляхом розвантаження судів та спрощення процедури розгляду справ. Ефективним засобом є той, що призводить до потрібних результатів та наслідків, дає найбільший ефект. Такий спосіб захисту має узгоджуватися з обставинами справи та забезпечувати поновлення порушеного права[2]. Проте, досить зрозумілим є наявність відмов у прийняті до провадження типової адміністративної справи як зразкової, у випадку, порушення процесуальних норм чинних нормативно-правових актів, що не призводить до порушень прав учасників правового спору. Процесуальний аспект розгляду та віднесення справи до категорії типових зводиться до встановлення судом першої інстанції характеристик спору, що дозволяють ініціювання питання про розгляд справи як типової.

Основними ознаками, що дозволяють це виконати є значна чисельність справ з однорідним змістом, схожість учасників спору, значне суспільне значення. Проте, віднесення справи до категорії типових здійснюється виключно за розсудом суду, що є його правом, відповідно до процесуального законодавства України.

---

[1] Ухвала Касаційного адміністративного суду від 20 вересня 2018 року у справі № 812/1786/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/73139306 (дата звернення: 06.04.2021)

[2] Огляд практики Верховного Суду. Інститут зразкової справи URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Zrazkovi_spravi.pdf. (дата звернення: 06.04.2021)

2. Практичні аспекти застосування аргументації в зразкових та типових справах

Касаційний адміністративний суд, що діє у складі Верховного Суду активно розпочав формування судової практики розгляду зразкових справ та ухвалення зразкових рішень. Станом на 19 грудня 2019 року Касаційний адміністративний суд виніс 16 судових рішення у зразкових справах.

Для узагалнення практичних аспектів застосування інституту типових та зразкових справ, нами проаналізовано судові акти, прийняті за результатами розгляду типових та зразкових справ.

Провадження в рамках даного інституту розпочинається з прийняття справи до провадження як типової. Проте, не завжди обставини справи дозволяють визначити її як типову.

Таким чином, суд відмовив у задоволенні клопотання відповідача про зупинення провадження до набранням законної сили рішенням Верховного Суду у зразковій адміністративній справі №160/3586/191. Отже, в даному судовому акті вказано про таке мотивування відмови в прийнятті справи до провадження як типової – неоднаковий період часу, в якому існували спірні правовідносини.

В Ухвалі Восьмого апеляційного адміністративного суду від 12 вересня 2019 року, справа № 857/7912/19, вказано наступне обґрунтування відмови у визначенні справи як типової: Дана справа, яка є предметом розгляду не підпадає під ознаки типової, що викладені в ухвалі Верховного Суду від 21 травня 2019 року про відкриття провадження у зразковій справі №520/3939/19 (№Пз/9901/10/19).

Так, зокрема, позивачем у справі, яка є предметом розгляду є фізична особа-підприємець, яка перебуває на спрощеній системі оподаткування та видом підприємницької діяльності (економічної діяльності) якої є вантажний автомобільний транспорт. Тобто, позивач у даній справі не є самозайнятою особою, яка здійснює незалежну професійну діяльність (наукової, літературної, артистичної, художньої, освітньої, викладацької, медичної практики, адвокатської практики, нотаріальної практики, релігійної (місіонерської) діяльності).

Підсумовуючи викладене, апеляційний суд відмовив у задоволенні клопотання про зупинення провадження у даній справі, внаслідок різного суб'єктного складу учасників справи.

[1] Ухвала Хмельницького окружного адміністративного суду від 31 жовтня 2019 року, у справі № 560/2955/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/85301691 (дата звернення: 06.04.2020)

Дослідивши матеріали адміністративної справи № 540/112/19 на предмет наявності ознак типової справи, в якій Верховним Судом постановлено рішення у зразковій справі, суд встановив наступне:

1) позивач – ОСОБА_1 є особою, якій призначено пенсію за вислугу років відповідно до Закону № 2262-XII "Про пенсійне забезпечення осіб, звільнених з військової служби, та деяких інших осіб";

2) відповідачем є Головне управління Пенсійного фонду України в Херсонській області, на обліку в якому перебуває позивач;

3) предметом спору є зміна відсоткового значення розміру пенсії при здійсненні її перерахунку з 01 січня 2016 року на підставі Постанови КМУ № 103 у зв'язку з підвищенням сум грошового забезпечення, що визначені станом на 01 січня 2016 року відповідно до Постанови КМУ № 988.

З огляду на викладені обставини, суд дійшов висновку про те, що дана адміністративна справа не відповідає ознакам типової справи, по якій постановлено рішення Верховним Судом у зразковій справі № 240/5401/18, оскільки є відмінною за предметом спору[1]. Отже, в даному судовому рішенні основною відмінністю, що дозволила суду відмовити в прийнятті до провадження справи як типової є предмет спору.

Ідентична підстава для відмови викладена в ухвалі Вінницького окружного адміністративного суду від 27 травня 2019 року, справа 120/1469/19-а, відповідно до якої предметом спору є не перерахунок пенсії, а виплата вже перерахованої відповідно до чинного законодавства пенсії у меншому розмірі.

Отже, ця адміністративна справа немає ознак вищезазначеної типової справи, що розглянута Верховним Судом як зразкова адміністративна справа.

З огляду на вищевикладене можливо зробити висновок, що навіть за короткий проміжок функціонування інституту типових та зразкових справ в Україні, вже є наявною певна судова практика, навіть з процесуальних питань, що виникають, наприклад, на етапі відкриття провадження та розуміння судом першої інстанції справи як типової. Проаналізувавши наведені судові рішення, зазначаємо, що причини відмови торкаються безпосередньо обставин правового спору: учасники, зміст, суть справи та термін, в який правові відносини між учасниками існували в часі.

[1] Ухвала Херсонського окружного адміністративного суду від 13 лютого 2019, справа № 540/112/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/79784684 (дата звернення: 06.03.2020)

Проаналізувавши судові акти, винесені Верховним Судом, під час розгляду питання про віднесення справи до категорії зразкової, визначено наступні категорії причин, що лягли в обґрунтування позиції суду для відмови в прийнятті справи до провадження як зразкової:

1) відсутність характеристик типової та зразкової справи у спорі, що розглядається;

2) наявність значної кількості справ за умови вирішення спору в іншому відкритому провадженні Верховним Судом;

3) невелика кількість справ, що стосуються аналогічних відносин;

4) порушення процесуальних норм, що регламентують надання судом першої інстанції подання про розгляд справи як типової.

Розглянемо їх детальніше.

1) Відсутність характеристик типової та зразкової справи у спорі, що розглядається.

Верховний Суд в Ухвалі від 19 лютого 2018 року розглянув питання про відкриття провадження за поданням Окружного адміністративного суду м. Києва про розгляд Верховним Судом адміністративної справи № 826/2396/15 як зразкової.

Судом було відмовлено у задоволені такого подання з огляду на те, що як питання застосування фінансових санкцій до підприємств (порядок та строки їх застосування), так і питання правомірності притягнення їх до відповідальності вирішуються судом окремо у кожному конкретному випадку виходячи з суті, обставин та обсягу виявлених порушень, та інших факторів, передбачених національним та (або) міжнародним законодавством.

В обґрунтуванні відмови Верхового Суду по вищевказаній справі зазначено, що в поданні судом ставиться питання про можливість притягнення ВАТ «Аерофлот» до відповідальності за правопорушення у галузі цивільної авіації, за обставин, що мають місце в кожній з наведених вище справ.

Суд вищої інстанції роз’яснює, що відповідальність у сфері цивільної авіації – це вид юридичної відповідальності, яка полягає у застосуванні до особи, що допустила правопорушення, примусових заходів, передбачених санкцією порушеної норми, у встановленому для цього процесуальному порядку від імені держави і на підставі закону.

Підставами притягнення до юридичної відповідальності (у тому числі за порушення у сфері цивільної авіації) є:

1) факт скоєння правопорушення;

2) наявність складу правопорушення;

3) наявність відповідної правової норми, яка передбачає притягнення до юридичної відповідальності за певне правопорушення;

4) акт застосування права (рішення адміністративного органу тощо)[1].

Перелічені критерії є загальними підставами, що застосовуються до конкретних справ, тому не можуть бути підставою для прийняття справи до провадження як зразкової та, відповідно, бути прикладом для судів першої інстанції під час винесення рішень про притягнення особи до відповідальності.

Відповідно, оскільки специфіка предмету розгляду справ, наведених у поданні Окружного адміністративного суду м. Києва, унеможливлює прийняття по них зразкового рішення, колегія суддів Верховного Суду дійшла висновку про необхідність відмови у відкритті провадження за вказаним поданням.

У виділеній категорії доречно звернути увагу на ухвалу Верховного Суду від 25 квітня 2019 року, справа №540/406/19.

Рішення винесено на підставі подання та рішення суду першої інстанції: суддя Херсонського окружного адміністративного суду, який постановив ухвалу від 11 квітня 2019 року, вважає, що виокремлені ним справи мають всі ознаки типових, а значна їх кількість дає підстави для ухвалення Верховним Судом зразкового рішення.

У вказаному випадку немає індивідуальних спорів щодо того, як застосовувати певну норму матеріального права. По суті йдеться про один спір і остаточне судове рішення у справі № 540/406/19 (якщо суд ухвалить рішення по суті позовних вимог) не лише вирішить спір між позивачами та відповідачем у цій конкретній справі, але вичерпає спірність згаданого рішення Херсонської міської ради (в частині, яка оскаржується) як такого.

Підсумовуючи наведене, у розумінні положень пунктів 21, 22 частини першої статті 4, статті 290 КАС, Верховний Суд вирішив, що обставини адміністративної справи № 540/406/19 не містять ознак та критеріїв для визнання і розгляду її як зразкової[2].

Розглянуте рішення є особливим з огляду на те, що питання про розгляд справи як зразкової було ініційоване лише за поданням, але вже й прийнятим рішенням суду першої інстанції про необхідність

[1] Ухвала Верховного суду від 19.02.2018 року, справа №826/2396/15. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72343774 (дата звернення: 06.05.2020)

[2] Ухвала Верховного Суду від 25 квітня 2019 року, справа №540/406/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81431735 (дата звернення: 04.04.2021)

віднесення справи до категорії типових. Проте, Верховний Суд зазначив про відсутність ознак зразкової справи, а саме – декількох індивідуальних спорів про застосування конкретної матеріальної норми.

2) Наявність відкритих проваджень у зразковій справі за поданням суду першої інстанції, в провадженні якого перебуває одна чи кілька типових справ.

Верховний Суд в Ухвалі від 16 лютого 2018 року, справа № 825/171/18, відмовив у відкритті провадження у справі за позовом ОСОБА_1 до управління Міністерства внутрішніх справ України в Чернігівській області як зразкової з огляду на те, що на момент надходження подання про розгляд справи як зразкової, Верховним Судом вже було відкрито провадження у зразковій справі з аналогічних підстав[1].

Запровадження таких категорій справ як типова та/чи зразкова, регламентування порядку їх відкриття та розгляду спрямовані насамперед на те, щоб для значної кількості спорів, які виникають за подібних між собою фактичних передумов, відповідачем у яких є один і той самий суб'єкт владних повноважень чи його територіальні структурні представництва, незгоду з діями чи рішеннями якого позивач мотивує подібними аргументами, суд найвищої судової інстанції, яким є Верховний Суд, як суд першої інстанції, ухваливши зразкове судове рішення із висновками про правильне трактування фактичних обставин справи та розуміння норм матеріального права, застосування яких зумовлене цими обставинами. Надалі рішення Верховного Суду у зразковій справі має орієнтувати суди, у провадженні яких перебувають типові справи, на однаковий підхід до розгляду справ цієї категорії.

Поряд з цим слід зазначити, що інститут зразкової справи не призначений на те, щоб за кожним поданням суду першої інстанції, Верховний Суд повинен розглядати спір як зразковий. Приміром, якщо відкрито провадження у зразковій справі за поданням суду першої інстанції, в провадженні якого перебуває одна чи кілька типових справ, то такий же суд, але іншої територіальної підсудності, який теж розглядає одну чи кілька справ за ознаками типових, не повинен звертатися до Верховного Суду з поданням про розгляд однієї з них як зразкової, оскільки таке звернення суперечитиме меті та призначенню інституту зразкової справи. Однаковою мірою це має стосуватися й

[1] Ухвала Верховного Суду від 16 лютого 2018 року, справа 825/171/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72290164 (дата звернення: 16.04.2021)

правової ситуації, коли на етапі вирішення питання про розгляд спору як зразкового Верховний Суд з'ясує, що стосовно підстав, наведених у поданні суду, у провадженні якого перебуває типова справа, Верховний Суд раніше у часі вже прийняв рішення про відкриття провадження у зразковій справі.

Наступним судовим актом, в якому судовим органом було відмовлено у розгляді справи як зразкової з аналогічних підстав є Ухвала Верховного Суду від 2 квітня 2018 року, справа № 826/20408/16.

Підставою для звернення до Верховного Суду із поданням про постановлення зразкового рішення у справі № 826/20408/16 стала наявність на розгляді Окружного адміністративного суду міста Києва великої кількості справ, у яких предметом оскарження є рішення, дії та бездіяльність Уповноваженої особи Фонду. Поява такої кількості справ, як зазначається в поданні, зумовлена відсутністю стійкого (сталого) та однакового підходу до розв'язання спорів, що виникають із окреслених правовідносин.

В аспекті наведеного треба зазначити, що інститут зразкових рішень запроваджений з метою підвищення ефективності правосуддя шляхом розвантаження судів та спрощення процедури розгляду справ. Розгляд типової як зразкової справи має відбуватись у правовідносинах, які виникли насамперед внаслідок нового чи зміненого правового регулювання у певній сфері суспільних відносин, що в свою чергу зумовлює необхідність скерування практики застосування таких змін з метою їх правильного сприйняття і реалізації.

В момент подання звернення про розгляд справи як зразкової, на розгляді Великої Палати Верховного Суду знаходяться справи №№ 910/12294/16; 910/24198/16; 818/285/16; 819/353/16; 813/5827/15 та 804/15260/15 з аналогічних правовідносин. Відповідно, Верховним Судом у відкритті провадження у справі № 826/20408/16 було відмовлено[1].

Однорідна позиція викладена в Ухвалі Верховного Суду від 02 квітня 2018 року, справа № 826/20408/16.

У поданні суду по цій справі було зазначено, що у провадженні Окружного адміністративного суду міста Києва перебуває 35 справ, предметом спору яких є аналогічні правовідносини, що регулюються одними й тими самими нормами матеріального права.

[1] Ухвала Верховного Суду від 02 квітня 2018 року, справа №826/20408/16. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73173377 (дата звернення: 06.02.2022)

Зокрема, подібним у цих справах є те, що у кожній з них оскаржується рішення про визнання нікчемними певних операцій фізичних осіб-клієнтів банків:

- з розміщення коштів на депозитних рахунках, що були проведені банком у позаопераційний час і після визнання банку проблемним, наслідком чого стало збільшення гарантованої суми відшкодування Фондом;

- із зняття готівки юридичними особами-клієнтами банку через КАС України банку з власних рахунків для виплати відряджень фізичним особам, які є робітниками цих юридичних осіб, та проведені через КАС України банку операцій таких фізичних осіб для поновлення власних депозитних рахунків за депозитними договорами, наслідком чого стало збільшення гарантованої суми відшкодування Фондом.

З цього суд першої інстанції зробив висновок, що відсутність сталої судової практики із розгляду справ зазначеної категорії призводить до правової невизначеності щодо однакового розуміння і застосування положень законодавства, які регулюють описані в поданні спірні правовідносини.

Підставою для звернення до Верховного Суду із поданням про постановлення зразкового рішення у справі № 826/20408/16 стала наявність на розгляді Окружного адміністративного суду міста Києва великої кількості справ, у яких предметом оскарження є рішення, дії та бездіяльність Уповноваженої особи Фонду. Поява такої кількості справ, як зазначається в поданні, зумовлена відсутністю стійкого (сталого) та однакового підходу до розв'язання спорів, що виникають із окреслених правовідносин.

Понад те, на час надходження подання, на розгляді Великої Палати Верховного Суду знаходились справи №№ 910/12294/16; 910/24198/16; 818/285/16; 819/353/16; 813/5827/15 та 804/15260/15 з аналогічних правовідносин[1].

Відповідно, у подані у справі № 826/20408/16 про розгляд її як зразкової за Верховним Судом було відмовлено.

Потрібно також виділити в даній категорії актів таке судове рішення як Ухвала Верховного Суду від 15 травня 2018 року, справа № 810/1431/18.

У вказаному акті, Суд вказав, що у поданні суду першої інстанції зазначено, що у провадженні Київського окружного адміністративного

[1] Ухвала Верховного Суду від 02 квітня 2018 року, справа №826/20408/16. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73173377 (дата звернення: 06.04.2021)

суду перебуває декілька справ, предметом спору яких є аналогічні правовідносини, що регулюються одними й тими самими нормами матеріального права. У цих справах вимоги позивачів аналогічні, зокрема заявленим ОСОБА_1. З цього суд першої інстанції висновує, що може виникнути правова невизначеність щодо однакового розуміння і застосування положень законодавства, які регулюють описані в поданні спірні правовідносини[1].

Проте, у правових спорах цієї категорії попередні суди вищих інстанцій – Верховний Суд України та Вищий адміністративний суд України – раніше неодноразово ухвалювали судові рішення з вирішення аналогічних ситуацій.

Відповідно, у задоволенні подання про розгляд справи як зразкової у справі № 810/1431/18 було відмовлено.

Тотожна позиція суду викладена в ухвалі Верховного Суду від 11 червня 2018 року, справа № 812/965/18.

У поданні суду першої інстанції зазначено, що у провадженні Луганського окружного адміністративного суду перебуває ще 42 подібні адміністративні справи за позовами Державної служби геології та надр України про анулювання спеціального дозволу на користування надрами з аналогічними підставами, позовними вимогами та з посиланням на ті ж самі норми права, що регулюють спірні правовідносини, а судова практика у вирішенні аналогічних справ є неоднаковою та суперечливою.

Підставою для звернення до Верховного Суду із поданням про постановлення зразкового рішення у справі № 812/965/18 стала наявність на розгляді Луганського окружного адміністративного суду великої кількості справ, у яких предметом оскарження є анулювання спеціального дозволу на користування надрами. Поява такої кількості справ, як зазначається в поданні, зумовлена відсутністю стійкого (сталого) та однакового підходу до розв'язання спорів, що виникають із окреслених правовідносин.

У справах цієї категорії суд вищої інстанції – Верховний Суд – раніше ухвалював судові рішення з висновками про застосування норм матеріального права, що регулюють спірні правовідносини (справа № 812/1074/17, провадження № К/9901/6712/18, постанова Верховного Суду від 03 травня 2018 року), зокрема, певним чином й ті, що описані у поданні, та орієнтують на однакову і правомірну їх реалізацію[2].

---

[1] Ухвала Верховного Суду від 15 травня 2018 року, справа №810/1431/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74029069 (дата звернення: 26.04.2021)

[2] Ухвала Верховного Суду від 11 червня 2018 року, справа № 812/965/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74645659 (дата звернення: 06.04.2021)

Отже, на думку Верховного Суду, обставини справи № 812/965/18 не містять ознак та критеріїв для визнання і розгляду її як зразкової.

Можливо зробити висновок, що підставою для відмови у розгляді справи як зразкової є наявність судового рішення вищої інстанції, зміст якого стосується аналогічних суспільних відносин.

Наступним судовим рішення, в обґрунтування відмови і відкритті провадження справи як зразкової у зв'язку з відсутність ознак зразкової справи є ухвала Верховного Суду від 12 квітня 2019 року, справа №120/311/19-а. Згідно з вказаним судовим актом, підставою для звернення до Верховного Суду із поданням про постановлення зразкового рішення у справі № 120/311/19-а стала наявність на розгляді Вінницького окружного адміністративного суду великої кількості справ, у яких предметом оскарження є вимога про сплату боргу (недоїмки) із єдиного внеску щодо фізичних осіб-підприємців, які фактично не здійснюють підприємницьку діяльність.

У позовній заяві позивач просить: скасувати вимогу про сплату боргу (недоїмки) від 09.11.2018 № Ф-145892-54, видану ГУ ДФС. Позов обґрунтовано тим, що він не є платником єдиного соціального внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування (далі – єдиний внесок), оскільки з 2011 року зупинив підприємницьку діяльність, не здійснював її у тому числі протягом 2017–2018 років та не отримував доходу від такої діяльності. Ці умови є визначальними, за висновком позивача, для сплати ним єдиного внеску.

У поданні суду зазначено, що у провадженні Вінницького окружного адміністративного суду, окрім цієї справи, перебуває 18 справ предметом спору яких є аналогічні правовідносини, що регулюються одними й тими самими нормами матеріального права. Зокрема вказуються справи: № 120/192/19-а, №120/333/19-а, №120/316/19-а, №120/207/19-а, №120/329/19-а, №120/332/19-а, №120/206/19-а, №120/800/19-а. У цих справах вимоги позивачів аналогічні заявленим ОСОБА_2 При цьому у Вінницькому окружному адміністративному суді існує різна правова позиція при розгляді таких спорів, зокрема справи № 120/4436/18-а та № 120/136/19-а. Вказане свідчить про правову невизначеність щодо однакового розуміння і застосування положень законодавства, які регулюють описані в поданні спірні правовідносини. При цьому, суд, який звернувся з поданням, вважає, що виокремленні ним справи мають всі ознаки типових, а означена кількість визначає доцільність ухвалення Верховним Судом зразкового рішення для формування єдиної судової практики у вирішенні справ цієї категорії.

Спірні правовідносини справ, фактичні обставини яких лягли в основу подання, не є новими у судовій правозастосовній практиці. У справі цієї категорії Верховний Суд раніше ухвалював судове рішення з висновками про застосування норм матеріального права, що регулюють спірні правовідносини, зокрема постанову від 27.08.2018 у справі № 496/3425/13-а. Ухвалення вказаного судового рішення спрямоване на однакову і правомірну їх реалізацію судами при розгляді аналогічних спорів при застосуванні норм Закону України «Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування».

Отже у розумінні положень пунктів 21, 22 частини першої ст. 4, ст. 290 КАС обставини адміністративної справи за позовом ОСОБА_2 до ГУ ДФС про вимоги про сплату боргу (недоїмки) від 09.11.2018 № Ф-145892-54 не містять ознак та критеріїв для визнання і розгляду її як зразкової[1].

Розглянувши представлене судове рішення, можливо зробити висновок, що Верховний Суд, відмовивши в задоволенні поданні про розгляд справи як типової, керувався іншим судовим актом, що не відноситься до категорії рішень у зразкових справах, проте є прикладом для судів нижчих інстанцій під час винесення рішень. Отже, Верховним Судом дотримано принцип єдності судової практики, адже він керується раніше винесеним рішенням, що регулює ідентичні суспільні відносини.

До визначеної вище категорії судових рішень відноситься ухвала Верховного Суду від 28 листопада 2018 року, справа № 2340/2681/18.

В поданні про розгляд справи як типової вказано, що справи даної категорії є непоодинокими, не тільки в Черкаській області, а й по всій території України, тому ухвалення Верховним Судом зразкового рішення по даній категорії справ має значний суспільний інтерес.

В обґрунтуванні відмови Верховний Суд вказує, що у своїх постановах (справи № 21-1044а15, № 21-2630а15, № 21-5118а15, № 804/5081/13-а) неодноразово вказував, що невиконання судового рішення в частині виплати грошових коштів за відсутності відповідного фінансового забезпечення та фактичної відсутності коштів не може вважатися невиконанням судового рішення без поважних причин. Накладення штрафу у такому випадку жодним чином не захищає право особи на отримання бюджетних коштів.

[1] Ухвала Верховного Суду від 12 квітня 2019 року, справа №120/311/19-а. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81136753 (дата звернення: 06.04.2021)

Отже, на думку Верховного Суду, у розумінні положень пунктів 21, 22 частини першої статті 4, статті 290 КАС України обставини адміністративної справи за позовом Головного управління Пенсійного фонду України в Черкаській області до Головного територіального управління юстиції у Черкаській області про постанови державного виконавця не містять ознак та критеріїв для визнання і розгляду її як зразкової.

3) Невелика кількість справ, що стосуються аналогічних відносин.

Важливо зазначити, що в чинному процесуальному законодавстві не передбачена мінімальна кількість справ, необхідна для відкриття провадження у зразковій справі. Проте, Верховний Суд, неодноразово відмовляв у розгляді справи як зразкової з огляду на незначну кількість справ, зміст яких регулюється подібними правовідносинами, підтвердженням чого слугують наступні судові акти.

Відповідно до Ухвали Верховного Суду від 29 січня 2018 року, справа № 825/4/18, 04 січня 2018 року до Верховного Суду надійшло подання судді Вінницького окружного адміністративного суду про розгляд типової адміністративної справи № 825/4/18, як зразкової справи.

В обґрунтування подання посилається на наявність у провадженні одного суду чотирьох типових справ, спір у яких виник з аналогічних підстав.

На думку колегії суддів Верховного Суду зазначена у поданні кількість типових справ є незначною та не визначає доцільність ухвалення зразкового рішення, а відомості про наявність типових справ даної категорії у інших судах відсутні[1].

Схожа позиція викладена в ухвалі Верховного Суду від 11 червня 2018 року, справа № 822/1335/18.

Під час вирішення питання про відкриття зразкової справи, судом встановлено, що відповідно до інформації з Єдиного державного реєстру судових рішень дві з трьох зазначених справ вже було розглянуто Хмельницьким окружним адміністративним судом[2]. На думку колегії суддів зазначена у поданні кількість типових справ є незначною та не визначає доцільність ухвалення зразкового рішення, а відомості про наявність типових справ даної категорії в інших судах відсутні.

[1] Ухвала Верховного Суду від 29 січня 2018 року, справа №825/4/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71979085 (дата звернення: 06.05.2022)

[2] Ухвала Верховного Суду від 11 червня 2018 року, справа №822/1335/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74616531 (дата звернення: 06.03.2021)

Відповідно до Ухвали Верховного Суду від 09 квітня 2019 року, справа №340/488/19, у поданні суду першої інстанції було зазначено що, загальна кількість адміністративних справ з аналогічними позовними вимогами, що надійшли на розгляд Кіровоградського окружного адміністративного суду, наразі становить чотири справи: №340/488/19, №340/470/19, №340/471/19, №340/560/19.

До матеріалів подання долучено копії ухвал та рішень в адміністративних справах, що перебувають на розгляді інших адміністративних судів, які на думку судді Кіровоградського окружного адміністративного суду Черниш О.А. мають ознаки типових справ: №360/696/19, №360/777/19, №360/1048/19, №120/617/19, №140/408/19, №620/494/19, №620/635/19, №620/642/19, №520/2510/19, №420/1502/19, №580/758/19 (рішення у яких наразі не прийняті), № 240/856/19, №620/542/19, №480/245/19, №520/1329/19, №360/193/19, №340/403/19 (рішення у яких не набрали законної сили).

Водночас, дослідивши зазначені рішення судів, колегією суддів Верховного Суду встановлено, що одинадцять справ мають ознаки типових, у шести з яких судами ухвалено кінцеві рішення.

Таким чином, загальна кількість невирішених типових справ, про які зазначено у поданні судді Кіровоградського окружного адміністративного суду Черниш О.А., складає дев'ять справ[1].

На думку колегії суддів Верховного Суду така кількість справ є незначною для розгляду справи як зразкової.

Також, тотожна думка висловлена в Ухвалі Верховного Суду від 17 квітня 2019 року, справа № 824/210/19-а. Згідно зі змістом вказаного судового акту, на адресу Верховного Суду надійшло подання Чернівецького окружного адміністративного суду від 26.03.2019 про розгляд справи № 824/210/19-а як зразкової.

У поданні Чернівецького окружного адміністративного суду зазначено, що у провадженні цього суду перебувають адміністративні справи № 824/311/19-а, 824/167/19-а, № 824/293/19-а, № 824/1120/18-а, № 824/338/19-а, спір в яких виник з аналогічних підстав, у відносинах, що регулюються одними нормами права, та у яких позивачами заявлені аналогічні вимоги. Також суд вказав на те, що моніторингом Єдиного державного реєстру судових рішень, шляхом пошуку за контекстом «особа, що провадить незалежну професійну діяльність

[1] Ухвала Верховного Суду від 09 квітня 2019 року, справа №822/1335/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81046589 (дата звернення: 06.04.2021)

фіскальна служба про вимоги про сплату єдиного соціального внеску» встановлено, що станом на 26.03.2019 в Реєстрі наявні 690 документів за зазначеними параметрами, що свідчить про масовість подібних позовів в Україні.

Верховний Суд зазначає, що оскільки справи № 824/167/19-а та № 824/1120/18-а розглянуто судом по суті, суд при вирішенні питання про відкриття провадження про розгляд зразкової справи не бере до уваги посилання у поданні на зазначені справи, як типові.

Колегія суддів звернула увагу, що однією із ключових ознак типової справи є наявність певної кількості індивідуальних спорів осіб із суб'єктом владних повноважень щодо застосування певних норм матеріального права у той чи інший спосіб.

Поряд з цим, кількість зазначених у поданні Чернівецького окружного адміністративного суду справ, матеріали яких надіслано на адресу Верховного Суду, а саме – 3 справи: № 824/293/19-а, № 824/338/19-а та № 824/311/19-а, є незначною та не визначає доцільність ухвалення зразкового рішення.

Здійснений Чернівецьким окружним адміністративним судом моніторинг Єдиного державного реєстру судових рішень за критеріями пошуку «особа, що провадить незалежну професійну діяльність фіскальна служба про вимоги про сплату єдиного соціального внеску» є неконкретним, а отже не дає підстав дійти однозначного висновку про масовий характер таких спорів. В той же час, відомості про наявність типових справ даної категорії в інших судах відсутні[1]. Тому, подання по вказаній справі про розгляд справи як зразкової задоволено не було.

Отже, з наявної судової практики неможливо визначити мінімальну кількість справ, необхідну для відкриття провадження у зразковій справі: це питання вирішується індивідуально Верховним Судом з урахуванням специфічних обставин правового спору.

4) Порушення процесуальних норм, що регламентують надання судом першої інстанції подання про розгляд справи як типової.

Дана категорія судових актів стосується випадків, коли суди першої інстанції, порушуючи норми чинного законодавства України, в неналежному порядку ініціювали питання про віднесення справи до категорії зразкових, що слугувало підставою для відмови Верховним Судом у прийняті справи до провадження як зразкової.

[1] Ухвала Верховного Суду від 17 квітня 2019 року, справа №824/210/19-а. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81215290 (дата звернення: 06.04.2020)

Прикладом є ухвала Верховного Суду від 7 березня 2018 року, справа 826/2568/15. Відповідно до даного рішення, подання про розгляд справи № 826/2568/15 як типової і постановлення у ній зразкового рішення відповідно до статті 290 КАС підписала суддя Окружного адміністративного суду м. Києва Власенкова О.О. як суд, який розглядає типову справу.

За змістом частини першої статті 290 КАС з поданням до Верховного Суду може (має право) звертатися суд, який розглядає типову справу.

Беручи до уваги наведені вище положення законодавства колегія суддів Верховного Суду підкреслила, що законним складом суду є лише той, який визначено автоматизовано системою документообігу суду у порядку, визначеному процесуальним законом.

Закон України від 3 жовтня 2017 року № 2147-VIII, яким, зокрема, КАС викладено в новій редакції, не передбачає ані необхідності, ані підстав для зміни складу суду, визначеного для розгляду конкретної справи автоматизованою системою документообігу суду у відповідності з вимогами КАС в редакції, чинній до 15 грудня 2017 року, шляхом постановлення процесуального судового рішення за правилами адміністративного судочинства, які набрали чинності з 15 грудня 2017 року[1].

Тому колегія суддів Верховного Суду вважає, що одноособове звернення судді Окружного адміністративного суду м. Києва Власенкової О.О. з поданням про розгляд Верховним Судом як судом першої інстанції типової справи № 826/2568/15, зважаючи на те, що для розгляду цієї справи автоматизована система документообігу суду визначила колегіальний склад суду, є достатнім і переконливим свідченням того, що таке подання подано з порушенням вимог частини першої статті 290 КАС, що за змістом частини шостої цієї статті є підставою для відмови у відкритті провадження у зразковій справі.

Отже, підписання подання про розгляд справи як зразкової є підставою для визнання складу суду неналежним та, відповідно, наступної відмови про задоволення вказаного клопотання.

Інші приклади порушення процесуальних норм знаходимо в ухвалі Верховного Суду від 15 лютого 2018 року, справа № 816/2366/17. У задоволенні подання судді Полтавського окружного адміністративного суду було відмовлено через порушення порядку вирішення питання про віднесення справи до категорії зразкових: Полтавський окружний

[1] Ухвала Верховного Суду від 07 березня 2018 року, справа №826/2568/15. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72693140 (дата звернення: 26.01.2021)

адміністративний суд ухвалою від 12 січня 2018 року вирішив звернутися до Верховного Суду з поданням про розгляд адміністративної справи як зразкової і передав її Верховному Суду для вирішення питання про відкриття провадження у зразковій справі[1]. Тоді як формою звернення до Верховного Суду з питанням про відкриття провадження у зразковій справі є подання.

Провадження в рамках інституту типових та зразкових справ розпочинається з прийняття справи до провадження як типової. Проте, не завжди обставини справи дозволяють визначити її як типову. Також, під час розгляду питання про прийняття справи до правадження як зразкової, Верховний суд може відмовити внаслідок таких причин як порушення процесуальних норм під час надання подання судами перших інстанцій, невелика кількість справ, що стосуються аналогічних відносин, наявність значної кількості справ за умови вирішення спору в іншому відкритому провадженні Верховним Судом та інші.

Аналіз судових рішень, винесених в зразкових справах, показує, що суди детально розглядають справи, що заявлені сторонами спору як типові. У випадку недостатності правової аргументації та невідповідності обставин спору тотожному спору, розглянутого в рамках зразкової справи Верховним Судом, суд першої інстанції виносить судовий акт з чіткою аргументацією та поясненнями стосовно причин відмови у прийнятті справи до провадження як типової.

Наразі, не дивлячись на досить короткий термін існування інституту типових та зразкових справ, Верховним Судом та судами нижчих інстанцій винесено велику кількість судових актів в рамках новостворненого інституту. Аналіз судових рішень показує, що рішення суду у зразкових справах використовуються як джерело для майбутніх актів, оскільки, приймаючи рішення у типовій справі, суддя, виклавши факти справи, додає нормативні положення, викладені у рішенні по зразковій справі.

Це є явним та практичним підтвердженням того, що в Україні є наявним застосування принципу єдності судової практики, що є характеристикою правової держави, де дотримуються усі стандарти правосуддя.

[1] Ухвала Верховного Суду від 15 лютого 2018 року, справа №816/2366/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72289634 (дата звернення: 06.04.2021)

3. Дослідження правової аргументації при розгляді справ в порядку спрощеного позовного провадження

Реалізація особою безумовного конституційно закріпленого права на судовий захист завжди відбувається за дотримання низки передбачених процесуальним законодавством умов та вимог. Будучи визнаним та міжнародному рівні, вказане право не абсолютизується і, маючи певну структуру, передбачає низку передумов для своєї реалізації, оскільки, виходячи із сучасних реалій, звернення до суду може виступати не тільки інструментом захисту порушеного права, а й засобом впливу шляхом зловживання таким правом.

Виокремлюється наступні складові права на судовий захист:

- право на незалежний і неупереджений суд;
- право на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом;
- право на участь у судовому розгляді;
- право на задоволення позову;
- право на виконання судового рішення.

Зауважимо, що з них тільки перша складова являє собою те невідчужуване право особи, висування умов для втілення якого означало б нівеілювання права на захист у цілому та позбавляло б значення існування судової системи як такої. Водночас інші складові мають свої особливості реалізації, пов'язані з підставами звернення до суду та процесуальною формою судового захисту.

Право на звернення до адміністративного суду, хоча де-факто є необмеженим (жодна особа не позбавлена фізичної можливості звернутися до адміністративного суду із позовною заявою, навіть якщо відповідна справа не підсудна судам адміністративної юрисдикції), де-юре передбачає низку умов для своєї ефективної реалізації.

У науковій літературі передумови реалізації даного права класифікуються за різними критеріями і найпоширенішими є розподіл таких передумов на суб'єктивні та об'єктивні:

а) суб'єктивні:

- особа повинна вважати, що її права, свободи чи інтереси у сфері публічно-правових відносин порушені, тобто у неї повинна бути впевненість, що її права, свободи чи інтереси потребують захисту адміністративного суду;
- наявність адміністративної процесуальної правоздатності в особи, яка звертається до суду з адміністративним позовом.

б) об'єктивні:

- підвідомчість позовної заяви адміністративному суду;
- додержання порядку реалізації права на адміністративний позов;
- додержання строків звернення до адміністративного суду;
- додержання правил підсудності.

За наявності наведених передумов прийняття справи судом до розгляду як результат використання особою права на звернення до суду передбачає також наявність певних підстав, які являють собою комплекс обставин, необхідних для початку процесуальної діяльності суду. Теоретики умовно поділяють такі обставини на дві групи: нормативні і фактичні (процесуальні), які є загальними та застосовними як до загального адміністративного провадження, так і до спрощеного.

Нормативні підстави являють собою комплекс положень КАС України, яким регламентується процесуальна діяльність судді та учасників процесу після відкриття провадження у справі, а також положення, які визначають дії суду у разі виникнення ускладнення розгляду справи.

Процесуальні підстави розгляду справи адміністративної юрисдикції охоплюють такі обставини, як:

- ініціювання судового процесу особою, яке відповідає усім вимогам законодавства до звернення д судового захисту;
- процесуальне оформлення рішення про відкриття провадження у справі;
- відсутність обставин, передбачених законодавством як ускладнення розгляду і вирішення справи у суді.

Умови, за яких суд має право розглядати справи у загальному або спрощеному позовному провадженні, визначаються КАС України (ч.5 ст.12 КАС України) і за аналогією із класифікацією умов звернення до суду можуть бути поділені на об'єктивні та суб'єктивні.

Об'єктивними умовами застосування спрощеного позовного провадження, виходячи із положень КАС України, є незначна складність справи (типовість і поширеність у судовій практиці) та терміновість як пріоритет її вирішення.

До суб'єктивних умов варто віднести волевиявлення сторін, яке знаходить свій вияв у клопотанні позивача про розгляд справи за правилами спрощеного позовного провадження та запереченнях відповідача проти такого розгляду.

КАС України передбачено, що за правилами спрощеного позовного провадження може бути розглянута:

- справа незначної складності;

- будь-яка справа, віднесена до юрисдикції адміністративного суду, за винятком справ, які розглядаються виключно за правилами загального позовного провадження.

Перелік справ незначної складності закріплений ч.6 ст.12 КАС України і не є вичерпним з огляду на формування п.10 зазначеного положення. Так, справами незначної складності є справи щодо:

1) прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби, окрім справ, в яких позивачами є службові особи, які у значенні Закону України «Про запобігання корупції» займають відповідальне та особливо відповідальне становище;

2) оскарження бездіяльності суб'єкта владних повноважень або розпорядника інформації щодо розгляду звернення або запиту на інформацію;

3) оскарження фізичними особами рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень щодо обчислення, призначення, перерахунку, здійснення, надання, одержання пенсійних виплат, соціальних виплат непрацездатним громадянам, виплат за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням, виплат та пільг дітям війни, інших соціальних виплат, доплат, соціальних послуг, допомоги, захисту, пільг;

4) припинення за зверненням суб'єкта владних повноважень юридичних осіб чи підприємницької діяльності фізичних осіб - підприємців у випадках, визначених законом, чи відміни державної реєстрації припинення юридичних осіб або підприємницької діяльності фізичних осіб - підприємців;

5) оскарження фізичними особами рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень щодо в'їзду (виїзду) на тимчасово окуповану територію;

6) оскарження рішення суб'єкта владних повноважень, на підставі якого ним може бути заявлено вимогу про стягнення грошових коштів у сумі, що не перевищує ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб;

7) стягнення грошових сум, що ґрунтуються на рішеннях суб'єкта владних повноважень, щодо яких завершився встановлений цим Кодексом строк оскарження;

8) типові справи;

9) оскарження нормативно-правових актів, які відтворюють зміст або прийняті на виконання нормативно-правового акта, визнаного судом протиправним і нечинним повністю або в окремій його частині;

10) інші справи, у яких суд дійде висновку про їх незначну складність, за винятком справ, які не можуть бути розглянуті за правилами спрощеного позовного провадження;

11) перебування іноземців або осіб без громадянства на території України.

В цілому п.10 ч.6 ст.12 КАС України дає підстави стверджувати, що загальною умовою застосування спрощеного позовного провадження є розсуд суду, який визначає чи є дана конкретна справа нескладною, незалежно від того, чи передбачена вона КАС України як справа незначної складності. При цьому законодавець встановлює низку факторів, які є обов'язковими для врахування судом при визначенні процесуальної форми розгляду справи, якими, відповідно до ч.3 ст.257 КАС України є:

«1) значення справи для сторін;

2) обраний позивачем спосіб захисту;

3) категорію та складність справи;

4) обсяг та характер доказів у справі, в тому числі чи потрібно у справі призначати експертизу, викликати свідків тощо;

5) кількість сторін та інших учасників справи;

6) чи становить розгляд справи значний суспільний інтерес;

7) думку сторін щодо необхідності розгляду справи за правилами спрощеного позовного провадження».

Розгляд адміністративних справ Верховним Судом як судом першої інстанції здійснюється в порядку спрощеного позовного провадження. Зокрема, ці правила поширюється на розгляд адміністративних справ щодо:

- законності (крім конституційності) постанов Верховної Ради України, указів та розпоряджень Президента України;

- законності дій чи бездіяльності Верховної Ради України, Президента України, Вищої ради правосуддя, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів;

- законності актів Вищої ради правосуддя, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів.

Окрім цього, розсуд суду при вирішенні питання про розгляд справи у тому чи іншому провадженні обмежується переліком справ, які відповідно до закону розглядаються виключно за правилами загального позовного провадження.

Належність справи до однієї із вищевказаних категорій можна назвати негативною умовою застосування спрощеної процесуальної

форми, яка виключає можливість розгляду справи в порядку спрощеного позовного провадження. КАС України передбачає й інші негативні умови, за появи яких справа, розгляд якої вже розпочато за правилами спрощеного провадження, надалі розглядається за правилами загального позовного провадження. До таких умов також належить:

- подання позивачем заяви про збільшення розміру позовних вимог або зміну предмета позову, внаслідок чого справа підпадає під дію ч. 4 ст. 257 КАС України і може бути розглянута виключно за правилами загального позовного провадження;

- подання зустрічного позову у справі, яка розглядається за правилами спрощеного позовного провадження.

Щодо останньої умови варто підкреслити, що відповідно до ч. 1 ст. 177 КАС України правом на пред'явлення зустрічного позову наділений лише відповідач, який не є суб'єктом владних повноважень. При цьому суд позбавлений права на власний розсуд вирішувати питання необхідності переходу до розгляду справ у загальному позовному провадженні, виходячи із формулювання ч. 4 ст. 177 КАС України, - «постановлення ухвали про розгляд справи за правилами загального позовного провадження у разі пред'явлення зустрічного позову є обов'язком суду». У такому випадку розгляд справи починається зі стадії відкриття провадження у справі і повернення до розгляду справи за правилами спрощеного позовного провадження не допускається (ч.6 ст.260 КАС України).

КАС України визначено процесуальні умови розгляду окремих категорій справ незначної складності за правилами спрощеного позовного провадження у письмовому провадженні:

«1) оскарження бездіяльності суб'єкта владних повноважень або розпорядника інформації щодо розгляду звернення або запиту на інформацію;

2) оскарження фізичними особами рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень щодо обчислення, призначення, перерахунку, здійснення, надання, одержання пенсійних виплат, соціальних виплат непрацездатним громадянам, виплат за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням, виплат та пільг дітям війни, інших соціальних виплат, доплат, соціальних послуг, допомоги, захисту, пільг;

3) припинення за зверненням суб'єкта владних повноважень юридичних осіб чи підприємницької діяльності фізичних осіб - підприємців у випадках, визначених законом, чи відміни державної реєстрації припинення юридичних осіб або підприємницької діяльності фізичних осіб - підприємців;

4) стягнення грошових сум, що ґрунтуються на рішеннях суб'єкта владних повноважень, щодо яких завершився встановлений цим Кодексом строк оскарження та сума яких не перевищує ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб;

5) оскарження фізичними особами рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень щодо в'їзду (виїзду) на тимчасово окуповану територію».

Справи з цього переліку можна вважати такими, що розглядаються у скороченому спрощеному позовному провадженні, оскільки законодавець зменшив строк розгляду судом таких справ та скоротив вчинення низки процесуальних дій учасниками справи у порівнянні з розглядом інших справ за правилами спрощеного позовного провадження (ч. 6 ст. 12 КАС України).

Порядок розгляду справ за правилами спрощеного позовного провдження в адміністративному судочинстві.

Рекомендацією R (81)7 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам стосовно шляхів полегшення доступу до правосуддя пропонується, зокрема, спростити, прискорити та здешевити судовий розгляд у цивільних, торгових, адміністративних, соціальних та податкових справах. Серед принципів, якими держави-члени мають керуватися при реформуванні судового розгляду зазначених категорій справ, закріплено принцип застосування особливої процедури до позовних вимог на незначну суму, задля чого варто передбачити спрощене судочинство, уникати непотрібних судових засідань та обмежити право на оскарження.

Українським законодавцем було враховано вказані рекомендації при розробці нової редакції КАС України, якою вперше передбачалося застосування спрощеного позовного провадження, і в пояснювальній записці до проекту Закону № 2147-VIII зауважено, що забезпечення дотримання розумних строків розгляду справ, процесуальної економії та зменшення навантаження на суди має бути здійснено саме за рахунок спрощення процедури та прискорення розгляду нескладних та менш значних справ, а у визначених законом випадках - розгляду спраив без виклику сторін.

Концепція спрощення судового процесу передбачає низку особливостей судового розгляду справ за правилами спрощеного позовного провадження: відповідно до ч. 1 ст. 262 КАС України розгляд справи за правилами спрощеного позовного провадження здійснюється судом за правилами, встановленими цим Кодексом для розгляду справи за правилами загального позовного провадження, з особливостями, визначеними главою 10 КАС України «Розгляд справ за правилами спрощеного позовного провадження».

У контексті дослідження варто приділити увагу особливостям порядку розгляду справ за правилами спрощеного позовного провадження порівняно із загальним позовним провадженням.

Вказані особливості проявляються вже на стадії відкриття провадження у справі: так, положеннями статей 168, 259 КАС України передбачено право позивача заявити клопотання про розгляд справи за правилами спрощеного позовного провадження; таке клопотання може бути подано в письмовій формі одночасно з поданням позовної заяви або може міститися у ній та повинно стосуватися розгляду за правилами спрощеного позовного провадження всієї справи і не може стосуватися лише певної частини позовних вимог, інакше суд повертає його без розгляду, про що зазначає в ухвалі про відкриття провадження у справі.

У випадку задоволення клопотання позивача про розгляд справи за правилами спрощеного позовного провадження в ухвалі про відкриття провадження визначається строк відповідачу для подання заяви із запереченнями щодо обраної форми розгляду справи, який не може бути меншим п’яти днів з дня вручення ухвали. Якщо відповідач в установлений судом строк подасть заяву із запереченнями проти розгляду справи за правилами спрощеного позовного провадження, суд залежно від обґрунтованості заперечень відповідача протягом двох днів з дня її надходження до суду постановляє ухвалу про розгляд справи за правилами загального позовного провадження та заміну засідання для розгляду справи по суті підготовчим засіданням або залишення заяви відповідача без задоволення. Якщо відповідач не подасть у встановлений судом строк такі заперечення, він має право ініціювати перехід до розгляду справи за правилами загального позовного провадження лише у випадку, якщо доведе, що пропустив з поважних причин.

Однак викладений вище порядок застосовується не у всіх випадках – у 9 із 11 визначених законодавцем категорій справ, які є справами незначної складності і належать до найбільш поширених, відповідач позбавлений права на подання заяви про заперечення проти розгляду справи за правилами спрощеного позовного провадження.

Відповідно до ч. 9 ст. 171 КАС України в «ухвалі про відкриття провадження у справі, яка розглядатиметься за правилами спрощеного позовного провадження, вказується строки для подання відповіді на відзив та заперечення», проте ст. 263 КАС України визначено п’ять категорій справ, у яких заявами по суті справи є лише позов та відзив, що, відповідно, виключає необхідність визначення в ухвалі про відкриття провадження у справі вищевказаних строків (оскарження

бездіяльності суб'єкта владних повноважень або розпорядника інформації щодо розгляду звернення або запиту на інформацію; оскарження фізичними особами рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень щодо обчислення, призначення, перерахунку, здійснення, надання, одержання пенсійних виплат, соціальних виплат непрацездатними громадянами, виплат за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням, виплат та пільг дітям війни, інших соціальних виплат, доплат, соціальних послуг, допомоги, захисту, пільг; припинення за зверненням суб'єкта владних повноважень юридичних осіб чи підприємницької діяльності фізичних осіб - підприємців у випадках, визначених законом, чи відміни державної реєстрації припинення юридичних осіб або підприємницької діяльності фізичних осіб - підприємців; стягнення владних повноважень, щодо яких завершився встановлений цим Кодексом строк оскарження та сума яких не перевищує ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб; оскарження фізичними особами рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень щодо в'їзду (виїзду) на тимчасово окуповану територію).

Варто зазначити, що виключення відповіді на відзив та заперечення з переліку заяв по суті не у повній мірі відповідає розумінню принципу змагальності процесу Європейським судом з прав людини. Зокрема, у рішенні у справі «*Руїс-Матеос проти Іспанії*» від 23.06.1993 (заява № 12952/87, п. 63) Суд, наголошує, що кожній стороні повинна бути надана можливість ознайомитися з усіма доказами та зауваженнями, наданими іншою стороною, і відповісти на них.

Строк подання відповідачем відзиву на позовну заяву визначений ч. 1 ст. 263 КАС України і складає п'ятнадцять днів з дня вручення відповідачу ухвали про відкриття провадження у справі. Треті особи мають право подати пояснення щодо позову у строк, встановлений судом в ухвалі про відкриття провадження у справі, а щодо відзиву - протягом десяти днів з дня його отримання. При цьому якщо питання про залучення третіх осіб було вирішено при відкритті провадження у справі, позивач не пізніше двох днів з дня вручення копії ухвали про відкриття провадження у справі повинен направити таким третім особам копії позовної заяви з додатками, а докази такого направлення надати суду до початку розгляду справи по суті (ч. 11 ст. 171 КАС України).

Характерною рисою спрощеного позовного провадження є відсутність стадії підготовчого засідання та початок розгляду справи по суті з відкриттям першого судового засідання. За загальним правилом суд розглядає справу без повідомлення сторін за наявними у справі матеріалами, однак за клопотанням однієї зі сторін або з власної

ініціативи суд може розглянути справу в судовому засіданні з повідомленням (викликом) сторін. Відповідно до ч. 7 ст. 262 КАС України таке клопотання відповідач має подати в строк для подання відзиву, а позивач - разом з позовом або не пізніше п'яти днів з дня отримання відзиву.

Обсяг дискреції суду щодо вирішення питання про проведення розгляду з викликом сторін є досить широким, оскільки законодавець не визначає жодної категорії справ, що можуть розглядатися за правилами спрощеного позовного провадження для, вирішення яких судовий розгляд із повідомленням сторін є обов'язковим. Так, відповідно до ч. 6 ст. 262 КАС України суд може відмовити в задоволенні клопотання про розгляд справи в судовому засіданні з повідомлення сторін:

1) у випадках, визначених статтею 263 КАС України;

2) якщо характер спірних правовідносин та предмет доказування у справі незначної складності не вимагають проведення судового засідання з повідомленням сторін для повного та всебічного встановлення обставин справи.

Тобто, фактично суд наділений правом розглянути будь-яку справу незначної складності без повідомлення сторін, оцінивши ступінь її складності за внутрішнім переконанням. З одного боку, розгляд нескладних поширених справ без виклику сторін цілком вкладається в логіку спрощення адміністративного судочинства і дозволяє значно пришвидшити розгляд таких справ, проте, з іншого боку, сторони позбавляються можливості довести свою позицію, пояснити та деталізувати свої аргументи, опонувати іншій стороні.

Як зазначають науковці, право на участь у судовому засіданні є одним із чинників юридичної конструкції права на судовий захист, яке логічно випливає із права на звернення до адміністративного суду з адміністративним позовом. Відповідно до пункту 30 рішення «*Kraska v. Switzerland*» Суд повинен вирішити, чи розглядаються спірні справи в цілому як справедливі за змістом Конвенції. Дія пункту 6 статті 6. 1 (стаття 6 (1)), зокрема, зобов'язаний «суд» здійснити ретельну перевірку поданих сторонами подань, аргументів та реєстрацій, не зачіпаючи оцінку їх відповідності його рішенню. При цьому такі аргументи мають бути почуті, тобто ретельно розглянуті судом; іншими словами, має обов'язок провести ретельний розгляд подань (копотань), аргументів та доказів, поданих сторонами. Аналогічне положення міститься у пункті 68 рішення «*Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*» як загальне правило, національні суди, зокрема суд першої інстанції, має оцінювати докази, що їх висуваються, а також

відповідність доказів, які обвинувачений прагне викласти. Однак Суд повинен визначити - і в цьому чи він погоджується з Комісією, чи було розглянуто провадження в цілому, включаючи спосіб винесення доказів обвинувачення та захисту. З огляду на наведену позицію ЄСПЛ відповідні положення КАС України, що надають найширшу дискрецію суду при вирішенні питання щодо проведення судового розгляду справ за правилами спрощеного позовного провадження без повідомлення сторін, потребують законодавчого доопрацювання.

На практиці при розгляді питання про доцільність розгляду справи із повідомленням сторін суди враховують й іншу практику ЄСПЛ з питань гарантій публічного характеру провадження у судових органів. Так, наприклад, в ухвалі про відкриття спрощеного позовного провадження без повідомлення учасників справи (у письмовому провадженні) від 04.04.2016 у справі № 640/5617/19 Окружний адміністративний суд міста Києва зазначає наступне: «... публічний розгляд справи може бути виправданим не у кожному випадку (Case «*Alex v. Germany*» пан Алекс скаржився на те, що Федеральний суд не проводив публічних слухань і стверджував, що Федеральний суд, відхиляючи його апеляцію як позачерговий, мав неправильно застосував закон. Він спирався на пункт 1 статті 6. 1, 17 і 18 (ст. 1, ст. 6-1, ст. 17, ст. 18) Конвенції. Заявник скаржився на те, що Федеральний суд відхилив апеляційну скаргу без попереднього проведення слухань та не оголосив публічно своє рішення від 8 березня 1977 року . Він стверджував, що було порушення пункту 6 статті 6. 1 (ст. 6-1) Конвенції, яка гласить: При визначенні своїх цивільних прав та обов'язків ... кожен має право на справедливі та громадські слухання ... судом [а] суду. Судове рішення виноситься публічно але преса та громадськість можуть бути виключені з повного або часткового судового розгляду в інтересах мораль, громадський порядок або національна безпека в демократичному суспільстві, де інтереси неповнолітніх або захист приватного життя сторін цього вимагають, або в тій мірі. Вкрай необхідна, на думку суду, в особливих обставинах, коли публічність зашкодив би інтересам справедливості. До Суду заявник жодного не піднімав скаргу щодо попередньої процедури, Люнебургського обласного суду та апеляційний суд Целле виніс рішення, яке було публічно виконане після слухання, що проводяться публічно; у рішенні «*Valero Assalino v. Portugal»*, Заявник скаржиться, що не отримав публічного слухання у двох суперечках. Суд вважає, що цю скаргу слід розглядати з точки зору статті 6 § 1 Конвенції, інші положення, на які посилається заявник очевидно, не стосується. Це положення частково звучить так: Кожен має право на

справедливе слухання [і] публічно (...) судом (...), який вирішить (...) суперечки щодо його прав та цивільно-правові зобов'язання (...) Судове рішення повинно бути оприлюднено, але доступ до судової зали може бути заборонений для преси та громадськості під час проведення все або частина провадження в інтересах моралі, громадського порядку або національна безпека в демократичному суспільстві, де інтереси неповнолітніх або захист конфіденційності сторін провадження цього вимагає або в тій мірі, яку вважає Суворо необхідний судом, коли в особливих обставинах реклама, ймовірно, може підірвати інтереси справедливості). Так, у випадках, коли мають бути вирішені тільки питання права, то розгляд письмових заяв, на думку ЄСПЛ, є доцільнішим, ніж усні слухання, і розгляд справи на основі письмових доказів є достатнім. Заявник (в одній із зазначених справ) не надав переконливих доказів на користь того, що для забезпечення справедливого судового розгляду після обміну письмовими заявами необхідно було провести також усні слухання. Зрештою, у певних випадках влада має право брати до уваги міркування ефективності й економії. Зокрема, коли фактичні обставини не є предметом спору, а питання права не становлять особливої складності, та обставина, що відкритий розгляд не проводився, не є порушенням вимоги п.1 ст.6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод про проведення публічного розгляду справи. Оскільки за характером спірних правовідносин та предметом доказування дана справа підлягає вирішенню за правилами спрощеного позовного провадження без повідомлення учасників справи (у письмовому провадженні), а також враховуючи, що відповідно до статей 47, 162 КАС України позивач наділений правом на подачу доказів та пояснень по справі у письмовому вигляді, про що позивачу роз'яснено в ухвалі про відкриття провадження у справі, а бажання сторони у справі викласти під час проведення судового засідання свої аргументи не зумовлюють необхідність призначення до розгляду справи з викликом її учасників та приймаючи до уваги, що спірні правовідносини не зумовлюють необхідність такого розгляду, будь-яких інших достатніх причин, з яких вбачається необхідність проведення судового засідання за участі представників сторін позивачем не наведено та доведено, суд дійшов висновку про відсутність підстав для задоволення заяви позивача та розгляду справи в судовому засіданні за участі сторін».

Розгляд справи по суті за правилами спрощеного позовного провадження починається з відкриття першого судового засідання. Якщо судове засідання не проводиться розгляд справи по суті

розпочинається через тридцять днів, а у передбачених ст. 263 КАС України, яка закріплює перелік справ, які розглядаються у письмовому провадженні, - через п'ятнадцять днів з дня відкриття провадження у справі.

Постановою Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 19 лютого 2019 року справа № 800/331/16 (800/13/16), адміністративне провадження № А/9901/79/18 Суд розглянув адміністративну справу: за позовом ОСОБА_1 до Вищої ради юстиції про визнання незаконним і рішення від 17 грудня 2015 року № 1192/0/15-15 «Про внесення до Верховної Ради України подання про звільнення з посади судді Дарницького районного суду міста Києва за порушення присяги», провадження по якій відкрито за заявою ОСОБА_1 про перегляд Верховним Судом України постанови Вищого адміністративного суду України від 13 липня 2017 року, ухваленої у складі колегії суддів: головуючого судді Швеця В.В., суддів Пасічник С.С., Рецебуринського Ю.Й., Стародуба О.П., Штульмана І.В.. Суд встановив, що у січні 2016 року ОСОБА_1 звернувся до Вищого адміністративного суду України як до суду першої інстанції з позовом, в якому просив визнати незаконним та скасувати рішення Вищої ради юстиції (далі також ВРЮ) від 17 грудня 2015 року про внесення до Верховної Ради України подання про звільнення судді Дарницького районного суду міста Києва ОСОБА_1. за порушення присяги.

В обґрунтування позову зазначив, що спірне рішення прийнято відповідачем поза межами річного строку, протягом якого можливе його прийняття. Вказував, що відповідач не вправі був здійснювати повторну оцінку процесуального рішення та обставин його ухвалення.

Також позивач наголошував, що відповідачем порушено порядок розгляду дисциплінарної справи стосовно судді Дарницького районного суду міста Києва ОСОБА_1., оскільки 26 листопада 2015 року під час розгляду справи позивач надав пояснення та відповіді на всі наявні запитання за наслідками цього розгляду, однак ВРЮ прийняла рішення про відкладення розгляду справи з підстав необхідності витребування додаткових матеріалів, які, на його думку, не стосуються дисциплінарного провадження та стали вирішальними для прийняття оскаржуваного рішення. Вважає, що відповідач всупереч частини другої статті 19 Конституції України та частини першої статті 25 Закону України «Про Вищу раду юстиції» розглянув питання на свій розсуд, що не були порушені у встановленому порядку перед ним, у зв'язку з чим вийшов за межі перевірки та предмету розгляду дисциплінарної справи.

Вищий адміністративний суд України постановою від 14 березня 2016 року позов задовольнив. Визнав незаконним та скасував рішення Вищої ради юстиції від 17 грудня 2015 року щодо внесення до Верховної Ради України подання про звільнення судді Дарницького районного суду м. Києва ОСОБА_1.

Верховний Суд України постановою від 26 квітня 2016 року постанову Вищого адміністративного суду України від 14 березня 2016 року скасував, а справу направив на новий розгляд до цього ж суду. Скасовуючи постанову суду першої інстанції та направляючи справу на новий розгляд, Верховний Суд України зазначив, що після набрання чинності Законом України «Про судоустрій і статус суддів» від 07 липня 2010 року № 2453-VI (у редакції Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд» від 12 лютого 2015 року № 192-VIII), тобто після 28 березня 2015 року, уповноважений орган має вирішувати питання про притягнення судді до відповідальності за порушення присяги, в тому числі вчинені до набрання цим Законом чинності, протягом строку, встановленого частиною четвертою статті 96 зазначеного Закону, тобто не пізніше трьох років із дня вчинення проступку без урахування часу тимчасової непрацездатності або перебування судді у відпустці. Верховний Суд України дійшов висновку, що Вищий адміністративний суд України неправильно застосував зазначені норми права і дійшов помилкового висновку про те, що строк притягнення позивача до відповідальності за порушення присяги судді закінчився. Перед тим як застосувати строки давності, суд мав з'ясувати наявність чи відсутність підстав для притягнення судді до відповідальності за пушення присяги судді, оскільки строки давності можуть бути застосовані лише у разі встановлення судом таких підстав.

У липні 2017 року представник позивача подав до Верховного Суду України заяву про перегляд постанови Вищого адміністративного суду України від 13 липня 2017 року з підстави, встановленої пунктом 4 частини першої статті 237 Кодексу адміністративного судочинства України, в якій просить скасувати постанову та ухвалити нове рішення про задоволення позову. Свої вимоги обґрунтовує тим, що Вищий адміністративний суд України порушив норми матеріального та процесуального права, що призвело до неправильного вирішення спору. Вказує, що ВРЮ не довела належним чином склад вчиненого позивачем проступку, не зазначила, яким чином позивачем порушено присягу судді.

Керуючись статтями 242, 243 Кодексу адміністративного судочинства України (у редакції, яка діяла до 15 грудня 2017 року),

підпунктом 1 пункту 1 Розділу VII «Перехідні положення» Кодексу адміністративного судочинства України (у редакції Закону України від 03 жовтня 2017 року № 2147-VIII), суд постановив: заяву ОСОБИ_1 задовольнити частково. Постанову Вищого адміністративного суду України від 13 липня 2017 року скасувати, а справу направити на новий розгляд до суду першої інстанції.

Відповідно до ч. 8 ст. 262 КАС України у випадку розгляду справи з повідомленням (викликом) учасників справи суд заслуховує їхні усні пояснення, а судові дебати не проводяться. Варто наголосити, що в ординарному процесі судові дебати відіграють вкрай важливу роль, оскільки по суті представляють собою підбиття підсумків з'ясування обставин справи та є вирішальною частиною розгляду перед виходом суду до нарадчої кімнати для ухвалення рішення. Позбавлення спрощеного позовного провадження даного етапу судового розгляду виглядає цілком логічним з огляду на мету спрощення адміністративного провадження, однак, із урахуванням наведеної вище позиції ЄСПЛ, видається не у повній мірі виправданим.

Судовий розгляд завершується винесенням судом рішення або постанови іменем України, які у відповідності до вимог ст. 243 КАС України приймаються, складаються і підписуються в нарадчій кімнаті складом суду, який розглянув справу. У виняткових випадках залежно від складності справи складення рішення, постанови у повному обсязі може бути відкладено на строк не більше як п'ять днів з дня закінчення розгляду справи.

В цілому строк розгляду справи за правилами спрощеного позовного провадження не повинен перевищувати шістдесяти днів із дня відкриття провадження у справі, а у перелічених вище категоріях справ, закріплених ст. 263 КАС України, - тридцяти днів із дня відкриття провадження у справі. Загальним критерієм визначення строку розгляду кожної конкретної справи у межах вказаних строків є принцип розумності строків (ст.258 КАС України), який, виходячи із п. 11 ч. 1 ст. 4 КАС України, полягає у розгляді й вирішенні адміністративної справи протягом найкоротшого строку, достатнього для надання своєчасного (без невиправданих зволікань) судового захисту порушених прав, свобод та інтересів у публічно-правових відносинах.

З аналізу практики ЄСПЛ щодо тлумачення положення «розумний строк» вбачається, що строк, який можна визначити розумним, не може бути однаковим для всіх справ і було б неприродньо встановлювати один строк у конкретному цифровому виразі для всіх випадків. Таким чином, у кожній справі виникає проблема оцінки

розумності строку яка залежить від певних критеріїв, вироблених практикою ЄСПЛ: складність справи, поведінка заявника, поведінка державних органів та значущість питання для заявника.

У держави з'являється позитивне зобов'язання створити засіб правового захисту в межах будь-якої справи, щ дозволятиме пришвидшити процедуру, яка затягнулася, у цілях статті 6.

У зв'язку з недоліками правозастосування протягом тривалого часу великою проблемою для реалізації принципу розумності строків розгляду справ та принципу процесуальної економії були масові звернення осіб, наділених певним соціальним статусом, до суду із однаковими позовними вимогами з аналогічних підстав. Дане питання було вирішене з прийняттям Закону України № 2147-VIII та запровадженням в адміністративне судочинство процесуального інституту типових і зразкових справ, який не є характерним для інших видів судочинства.

Відповідно до п. 21 ч. 1 ст. 4 КАС України «типовими є адміністративні справи, відповідачем у яких є один і той самий суб'єкт владних повноважень (його відокремлені структурні підрозділи), спір у яких виник з аналогічних підстав, у відносинах, що регулюються одними нормами права, та у яких позивачами заявлено аналогічні вимоги».

Зразковою справою відповідно до п. 22 ч. 1 цієї ж статті КАС України є «типова адміністративна справа, прийнята до провадження Верховним Судом як судом першої інстанції для постановлення зразкового рішення. Так, якщо у провадженні одного або декількох адміністративних судів перебувають типові адміністративні справи, кількість яких визначає доцільність ухвалення зразкового рішення, суд, який розглядає одну чи більше таких справ, може звернутися до Верховного Суду з поданням про розгляд однієї з них Верховним Судом як судом першої інстанції. Таке подання має містити виклад адміністративним судом підстав, з яких суд вважає, що справа має бути розглянута Верховним Судом як зразкова, в тому числі посилання на типові справи».

Особливістю порядку розгляду зразкової справи порівняно із порядком розгляду інших справ за правилами спрощеного позовного провадження є обов'язкова публікація ухвали про відкриття Верховним Судом провадження у зразковій справі на офіційному веб-порталі судової влади України, а також в одному із загальнодержавних друкованих засобів масової інформації не пізніше ніж за десять днів до дати судового засідання для розгляду зразкової справи (ч. 7 ст. 290 КАС України). КАС України висуває низку вимог

до змісту такої ухвали, зумовлених суспільним значенням розгляду та вирішення зразкової справи, зокрема, відповідно до ч. 8 ст. 290 КАС України в ухвалі про відкриття провадження у зразковій справі зазначається:

1) найменування, склад суду, номер справи;

2) найменування та місцезнаходження відповідача;

3) стисла інформація щодо предмета та підстав зразкової справи;

4) ознаки типової справи;

5) дата, час та місце судового розгляду зразкової справи;

6) стисла інформація щодо правових наслідків судового рішення, ухваленого у зразковій справі;

7) порядок одержання заінтересованими особами рішення у зразковій справі та порядок його оскарження.

З моменту опублікування оголошення вважається, що всі заінтересовані особи належним чином повідомлені про розгляд зразкової справи.

У випадку, якщо Верховним Судом відкрито провадження у відповідній зразковій справі, суд, який розглядає типову справу, має право зупинити провадження за клопотанням учасника справи або за власною ініціативою. У такому разі провадження у типовій справі підлягає відновленню з дня набрання законної сили рішенням Верховного Суду у відповідній зразковій справі.

Суд відмовляє у відкритті провадження, якщо адміністративна справа не відповідає ознакам зразкової:

- відповідачами є різні суб'єкти владних повноважень;
- неоднакові підстави спору;
- відмінне нормативного регулювання;
- різні позовні вимоги.

Додаткові підстави для винесення ухвали про відмову у відкритті провадження у зразковій справі переважно є формальними. Разом з тим окремі підстави потребують від суду аналізу матеріалів за змістом:

- направлення до Верховного Суду справи з метою вирішення ним спору щодо юрисдикції, у якій він має розглядатись, а не по суті;
- судом не встановлено фактичних обставин у справі, що мають визначальне значення для розгляду справи;
- наявність різних істотних обставин, які підлягають встановленню під час судового розгляду справи та не свідчать про типовість справ і, відповідно, можливість їх однакового вирішення;
- не наведено підстав необхідності розгляду зазначеної справи як зразкової;

- направлення справи до Верховного Суду суддею-доповідачем на підставі ухвали, а не подання, як це визначено процесуальним законом;

- підписання подання про розгляд справи як зразкової одноособово суддею доповідачем у справі, коли розгляд здійснюється в складі колегії, або підписання подання головою суду замість судді-доповідача;

- направлення до Верховного Суду справи, провадження у якій зупинено суддею доповідачем, що унеможливлює здійснення подальших процесуальних дій суддями Верховного Суду (наприклад, до прийняття рішення Конституційним Судом України);

- відмова у відкритті провадження внаслідок того, що Верховний Суд вже відкрив провадження у зразковій справі у подібних правовідносинах;

- відмова у відкритті провадження через те, що Верховний Суд вже прийняв рішення у зразковій справі у подібних правовідносинах;

- до подання додаються окремі документи (або їх копії), а не усі матеріали справи, що обумовлює невідповідність такого подання вимогам Кодексу адміністративного судочинства України;

- невиконання судом першої інстанції вимог ухвали Верховного Суду про витребування матеріалів справ;

- недоцільність відкриття провадження у зразковій справі до прийняття Конституційним Судом України рішення, що матиме значення для вирішення справи.

Виходячи із судових рішень, внесених до Єдиного державного реєстру судових рішень, до типових належать, насамперед, справи щодо пенсійних і соціальних виплат, розміру суддівської винагороди.

Перше рішення у зразковій справі щодо перерахунку пенсії колишньому співробітнику органів внутрішніх справ з урахуванням грошового забезпечення поліцейських було ухвалено Верховним Судом 15.02.2019 року. Неможливо оминути увагою структуру викладу вказаного рішення, яке побудовано за структурою ЄСПЛ, і включає наступні розділи:

- короткий зміст позовних вимог;
- аргументи учасників справи;
- обставини справи;
- джерела права й акти їх застосування;
- позицію Верховного Суду.

Останній розділ даного рішення містить окремий підрозділ, який виокремлює ознаки типових справ, при вирішенні яких мають бути враховані правові висновки Верховного Суду, викладені у рішенні за

результатами розгляду даної зразкової справи, а саме конкретні характеристики позивача, відповідача та предмету спору:

1) позивач: пенсіонер органів внутрішніх справ; фізична особа, якій призначено пенсію згідно із Законом України «Про пенсійне забезпечення військовослужбовців, осіб начальницького та рядового складу органів внутрішніх справ»;

2) відповідач: суб'єкт владних повноважень - територіальний орган Пенсійного фонду України, на обліку якого стоїть позивач та який здійснює виплату пенсії позивачу;

3) предмет спору: бездіяльність відповідача (відмова вчинити дії) щодо перерахунку та виплати пенсії пенсіонеру органів внутрішніх справ з 01 січня 2016 року згідно із Законом України від 23 грудня 2015 року № 900-VIII «Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення гарантій соціального захисту колишніх працівників органів внутрішніх справ України та членів їх сімей», статтею 63 Закону України «Про пенсійне забезпечення осіб, звільнених з військової служби, та деяких інших осіб», постановою Кабінету Міністрів України від 11 листопада 2015 року № 988 «Про грошове забезпечення поліцейських Національної поліції», на підставі наданих відповідними органами/особою-пенсіонером довідок про розмір грошового забезпечення з дотриманням Порядку проведення перерахунку пенсій, призначених відповідно до Закону України «Про пенсійне забезпечення осіб, звільнених з військової служби, та деяких інших осіб», затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 13 лютого 2008 року № 45.

Наведена вище загальна кількість зразкових судових рішень свідчить про недостатню реалізацію Верховним Судом процесуальних можливостей для розгляду типових справ. Тобто інститут типових і зразкових справ упроваджується у національну судову практику повільно, хоча під час проведення судово-правової реформи і реформи процесуального законодавства у 2016-2017 роках неабияку роль було відведено доцільності таких новацій.

4.Проблемні питання аргументації у справах спрощеного позовного провадження

Сучасні виклики і загрози, що стоять перед Україною, повинні віднаходити адекватне та своєчасне реагування з боку органів публічної влади, на які Основним Законом покладена відповідальність за стабільний демократичний і соціальний розвиток держави, утвердження й захист основоположних прав та свобод людини і громадянина.

Ключовим елементом формування ефективної державної політики у галузях державного і суспільного розвитку є законодавча діяльність Верховної Ради України. Зміни, що відбуваються у правовій системі України, стосуються якісного оновлення і реформування законодавства. Зміст та соціальний характер таких змін повинні стверджуватися позитивними результатами парламентської діяльності з прийняття законодавчих актів, на які існує суспільний запит та державні потреб.

Зазначимо, що у вітчизняній теорії законотворчості починаючи з кінця 1990-х років, актуальним питанням є запровадження на державному рівні правового моніторингу, оскільки законотворчий процес є складним акумулятивним процесом, що поєднує у собі якісні ознаки юридичної технології й техніки як невід'ємних атрибутів ефективності законодавства. Забезпечення ефективної законодавчої діяльності Верховної Ради України є одним із важливих завдань державної правової політики.

Галузевий правовий моніторинг є обов'язковою складовою експертної діяльності з питань сучасного стану розвитку законодавства та підготовки нових законодавчих актів у конкретній сфері правового регулювання. Якщо брати до уваги виокремлення галузевого правового моніторингу, то його головним завданням має бути забезпечення фахової оцінки стану законодавчого регулювання суспільних відносин за сферами суспільного розвитку.

Пропоновані у даній дипломній роботі теоретичні виклади мають важливе значення й у контексті проведення галузевого моніторингу застосування положень КАС України. З огляду на це, пропонуємо огляд актуальних питань реалізації упровадження спрощеного позовного провадження у практичній діяльності адміністративних судів.

Попри те, що Законом №2147-VIII процесуальні кодекси було викладено в редакції, яка є значно наближеною до законодавства Європейського Союзу і відповідає рекомендаціям Комітету міністрів Ради Європи, чинний КАС України містить окремі неузгодженості та проблемні моменти, зокрема, в частині регламентації розгляду адміністративних справ за правилами спрощеного позовного провадження.

Першим проблемним питанням є дублювання норм та часткова неузгодженість їх змісту: так, КАС України містить дві норми, які включають в себе перелік справ, які не розглядаються у спрощеному позовному провадженні: ч.4 ст.12, яка містить формулювання «Виключно за правилами загального позовного провадження

розглядаються справи у спорах...» та ч. 4 ст. 257, яка містить формулювання «За правилами спрощеного позовного провадження не можуть бути розглянуті справи у спорах». При цьому перелік справ, закріплений у ч. 4 ст. 257 КАС України, складається із чотирьох пунктів і не включає до справ, які не можуть бути розглянуті за правилами спрощеного позовного провадження, справи у спорах щодо оскарження рішень Національної комісії з реабілітації у правовідносинах, що виникли на підставі Закону України «Про реабілітацію жертв репресій комуністичного тоталітарного режиму 1917-1991 років».

З огляду на той факт, що чинний КАС України передбачає виключно дві форми адміністративного судочинства - загальне і спрощене позовне провадження - вищевказана категорія справ не може бути розглянута за правилами спрощеного позовного провадження, і не включення її законодавцем до ч. 4 ст. 257 Кодекс видається безпідставним (як і дублювання однакових положень) та не відповідає таким загальним засадам законодавчої техніки як юридична визначеність та узгодженість норм між собою.

Другим проблемним моментом можна визначити наділення суду широкою дискрецією щодо вирішення питань, які стосуються розгляду справи за правилами спрощеного позовного провадження, насамперед, щодо визначення за правилами якого провадження буде розглядатися справа.

Відповідно до положень КАС України суд на власний розсуд вирішує розглядати справу за правилами спрощеного позовного провадження (яке передбачає звужений обсяг прав учасників та відсутність судових дебатів) незалежно від того, чи заявляє позивач відповідне клопотання. Аналогічним чином суд вирішує питання розгляду справи без виклику сторін та проведення судового засідання у письмовому провадженні. Така законодавча регламентація повноважень суду не повністю узгоджується із позиціями ЄСПЛ. Більше того, відмова суду у розгляді справи за правилами загального позовного провадження та проведення судового розгляду із повідомленням сторін є додатковою підставою для оскаржування сторонами винесеного рішення з наведених підстав, що невиправдано збільшує навантаження на апеляційні суди.

Дана проблема потребує свого вирішення на законодавчому рівні із попереднім ґрунтовним науковим опрацюванням з урахуванням необхідності досягнення мети спрощення адміністративного судочинства шляхом розвантаження судів першої інстанції, зменшенням обсягу апеляційних скарг та проваджень апеляційних судів.

Третім проблемним питанням спрощеного позовного провадження є неконкретизованість окремих положень, які врегульовують новий для українського адміністративного процесу інститут типових і зразкових справ. Зокрема, КАС України пов'язує право суду на звернення до Верховного Суду з поданням про розгляд типової справи Верховним Судом як судом першої інстанції із певною кількістю таких типових справ, які перебувають у провадженні цього суду або цього та інших судів, яка визначає доцільність ухвалення зразкового рішення.

Законодавцем не визначено приблизної кількості таких справ, натомість вжито оціночне поняття «кількість, яка визначає доцільність ухвалення зразкового рішення». Ситуація, що склалася, може призвести до неоднозначної практики судів нижчих інстанцій з даного питання та неузгодженості між собою позицій різних колегій Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду стосовно відкриття провадження у зразкових справах.

Дана проблема може бути вирішена на законодавчому рівні шляхом внесення відповідних змін до ч. 1 ст. 290 КАС України або шляхом висловлення Верховним Судом правової позиції з даного питання на основі аналізу та узагальнення даних щодо кількостей справ, які були розцінені судами нижчих інстанцій як такі, що достатніми у розумінні ч. 1 ст. 290 КАС України.

Четверта проблема стосується наукового доопрацювання та детальнішого законодавчого врегулювання процесуального механізму апеляційного оскарження рішень у типових справах, оскільки відповідно до положень КАС України такі рішення оскаржуються у загальному порядку без будь-яких умов та обмежень, що видається нелогічним з огляду на обов'язковість врахування судами першої інстанції правових висновків Верховного Суду, викладених у рішенні за результатами розгляду зразкової справи.

П'ятим проблемним питанням є вживання законодавцем великої кількості оціночних понять, тлумачення яких судами може суттєво відрізнятися. В.М. Бевзенко зауважує, що «у контексті кардинального оновлення правових засад адміністративного судочинства в Україні, невід'ємною складовою яких залишаються положення з оціночними поняттями, які, в свою чергу, слугують підставою для прояву суб'єктивного підходу та розсуду у процесі їх тлумачення, нагальності набуває потреба формування єдиної усталеної практики такого тлумачення та правозастосування. Вирішити окреслене завдання можна завдяки розробці сучасної теорії тлумачення адміністративно-процесуального законодавства». Як складову такої теорії запропоновано розглядати дефініцію «оціночні поняття в

адміністративному судочинстві», що являє собою виражену в адміністративно-процесуальній нормі абстрактну характеристику реальних або потенційних фактів, яка підлягає обов'язковій конкретизації під час їх застосування у межах адміністративного розсуду з метою надання суб'єкту правозастосування мінімально необхідних повноважень для максимального врахування індивідуальних особливостей адміністративної справи, справедливого, неупередженого та своєчасного її розгляду.

Найбільшу кількість таких понять містять положення, що регламентують порядок касаційного оскарження рішень, винесених у справах, що розглядалися за правилами спрощеного позовного провадження. Як уже зазначалося, КАС України надає касаційному суду право вирішувати питання про відкриття провадження у справі на основі оціночних понять та оцінки ступеня очевидності правильності застосування норм права апеляційним судом, що являє собою потенційну можливість для порушення права на доступ до суду шляхом поверхневого перегляду касаційних скарг на предмет їх відповідності критеріям винятковості для учасника, фундаментального значення для формування єдиної правозастосовної практики.

ТЕМА 5. МОДЕЛІ ПРАВОВОЇ АРГУМЕНТАЦІЇ ВЕРХОВНОГО СУДУ

ЛЕКЦІЯ 3. МОДЕЛЬНА АРГУМЕНТАЦІЯ У ГОСПОДАРСЬКИХ СПРАВАХ

План лекційного заняття:

1. Аргументація господарських судів щодо застосування положень ГПК України.

2. Роз'яснення рішення суду на прикладі аналізу ухвали КГС ВС від 31.10.2018 у справі № 917/1400/16.

3. Практика КГС: проблеми аргументації за категоріями спорів (2020 р.)

1. Аргументація господарських судів щодо застосування положень ГПК

При визначенні способу захисту відповідно до наведеної норми слід ураховувати положення ч. 1 ст. 14, п. 4 ч. 3 ст. 162 ГПК України, згідно з якими спосіб захисту, який може застосувати суд при вирішенні справи, обирає позивач, тому суд позбавлений можливості на власний розсуд обирати і захищати права позивача у спосіб, який ця особа не просить застосувати. За загальним правилом (ч. 1 ст. 5 ГПК України) суд, здійснюючи правосуддя, захищає права, свободи та інтереси фізичних і юридичних осіб, державні та суспільні інтереси у спосіб, визначений законом або договором. Викладене слід розуміти так, що суд захищає права, свободи та інтереси осіб у спосіб, який прямо передбачено нормою матеріального права або договором. При цьому позивач, обираючи спосіб захисту, який він просить суд застосувати для захисту його прав, свобод чи інтересів, може обирати між кількома способами захисту (передбаченими законом або договором), якщо це не заборонено законом. Якщо ж законом або договором не передбачено способу захисту, який би ефективно захищав права, свободи чи інтереси позивача, суд може захистити їх у спосіб, що не суперечить закону (ч. 2 ст. 5 ГПК України). Наведене з урахуванням положень ч. 1 ст. 2 ГПК України означає, що спосіб захисту, який позивач може обрати, а суд застосувати при здійсненні судочинства, у будь-якому випадку має бути ефективним, тобто таким, що відповідає змісту порушеного права, характеру його порушення та наслідкам, спричиненим цим порушенням, і дає змогу забезпечити реальне поновлення у порушених правах. Отже, обираючи спосіб захисту, позивач насамперед повинен перевірити, чи не передбачає закон або договір ефективного способу захисту. Якщо такий спосіб

захисту законом або договором передбачено, позивач повинен обрати саме цей спосіб. Якщо у зазначеному випадку позивач обрав інший спосіб захисту, суд має відмовити у задоволенні позову, крім випадку, коли з урахуванням положень ч. 2 ст. 5 ГПК України дійде висновку, що «обраний позивачем спосіб захисту спроможний більш ефективно захистити порушені права, свободи чи інтереси особи, але за умови, що такий спосіб захисту є адекватним обставинам справи». Якщо ефективного способу захисту законом або договором не передбачено і позивач обирає інший ефективний спосіб захисту його прав, свобод чи інтересів, у позовній заяві має бути наведено відповідне обґрунтування необхідності застосування такого способу захисту, інакше суд залишає позовну заяву без руху на підставі ч. 1 ст. 174 ГПК України.

Згідно з ч. 6 ст. 11 ГПК України «якщо суд доходить висновку, що закон чи інший правовий акт суперечить Конституції України, суд не застосовує такий закон чи інший правовий акт, а застосовує норми Конституції України як норми прямої дії. У такому випадку суд після ухвалення рішення у справі звертається до Верховного Суду стосовно внесення до Конституційного Суду України подання щодо конституційності закону чи іншого правового акта, вирішення питання про конституційність якого належить до юрисдикції Конституційного Суду України». Частиною 2 ст. 36 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» передбачено, що Верховний Суд, зокрема, звертається до Конституційного Суду України щодо конституційності законів, інших правових актів, а також щодо офіційного тлумачення Конституції України. При цьому за змістом п. 5 ч. 2 ст. 46 зазначеного Закону саме Пленум Верховного Суду приймає рішення про звернення до Конституційного Суду України з питань конституційності законів та інших правових актів, а також щодо офіційного тлумачення Конституції України. Згідно зі ст. 50 Закону України «Про Конституційний Суд України» формами звернення до Суду є конституційне подання, конституційне звернення, конституційна скарга. Частиною 1 ст. 52 цього Закону встановлено, що відповідно до Конституції України суб'єктами права на конституційне подання є: Президент України, щонайменше сорок п'ять народних депутатів України, Верховний Суд, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Верховна Рада Автономної Республіки Крим. За змістом ч. 1 ст. 51 Закону України «Про Конституційний Суд України» конституційним поданням є подане до Суду письмове клопотання щодо: 1) визнання акта (його окремих положень) неконституційним; 2) офіційного тлумачення Конституції України. Отже, системний аналіз наведених норм чинного законодавства дає підстави вважати, що надане суду право на звернення до Верховного Суду для вирішення питання стосовно внесення до Конституційного Суду України подання щодо конституційності закону чи іншого правового акта стає його обов'язком у випадку, коли суд, розглядаючи справу, дійде висновку,

що закон чи інший правовий акт суперечить Конституції України, при цьому суд не має права застосовувати такий закон чи інший правовий акт, а повинен застосувати норми Конституції України як норми прямої дії. Таке звернення суду передається на розгляд Пленуму Верховного Суду, який і приймає рішення про звернення чи незвернення до Конституційного Суду України з питань конституційності законів та інших правових актів. Формою такого звернення є відповідне конституційне подання, вимоги до якого встановлено ст. 51 Закону України «Про Конституційний Суд України». При цьому зазначене конституційне подання може стосуватися визнання того чи іншого акта неконституційним як у цілому, так і окремих його положень.

2. Роз'яснення рішення суду на прикладі аналізу ухвали КГС ВС від 31.10.2018 у справі № 917/1400/16

Право роз'яснення рішення належить суду, який його ухвалив, якщо рішення ще не виконане або не закінчився строк, протягом якого рішення може бути пред'явлене до примусового виконання.

Зі змісту ст. 245 ГПК України убачається, що може бути роз'яснено судове рішення, яке підлягає примусовому виконанню, тобто судове рішення, яким спір вирішено по суті. Залишення постановою суду касаційної інстанції без змін судових рішень судів попередніх інстанцій не означає ухвалення нового рішення по суті спору касаційним судом. Отже, постанова Верховного Суду, якою залишено без змін рішення судів попередніх інстанцій і щодо якої порушено питання про роз'яснення, не належить до рішень, право на роз'яснення яких передбачено ст. 245 ГПК України. Таким судовим рішенням у наведеному випадку є рішення суду першої інстанції.

Аналогічну правову позицію викладено Великою Палатою Верховного Суду в ухвалах від 10.07.2018 у справі № 461/1930/16-ц, від 03.09.2018 у справі № 638/11634/17 (К/9901/4439/17).

Пунктом 1 ч. 1 ст. 175 ГПК України передбачено, що суддя відмовляє у відкритті провадження у справі, якщо заява не підлягає розгляду за правилами господарського судочинства. Оскільки постанова Верховного Суду, якою залишено без змін рішення судів попередніх інстанцій, не може бути об'єктом роз'яснення у розумінні положень господарського процесуального закону, суд у такому випадку відмовляє у прийнятті до розгляду заяви про роз'яснення цієї постанови. Наявність ухвали Верховного Суду про відмову в прийнятті до розгляду заяви про роз'яснення постанови суду касаційної інстанції, якою залишено без змін рішення судів попередніх інстанцій, не позбавляє заявника права звернутися із заявою про роз'яснення рішення суду першої інстанції (ухвала КГС ВС від 31.10.2018 у справі № 917/1400/16)

3. Практика КГС: проблеми аргументації за категоріями спорів (2020 р.)

Спори, що виникають із корпоративних відносин

Щодо прав учасників (акціонерів) господарських товариств

Підписання виконавчим органом товариства договору з іншою особою без передбаченої статутом згоди учасників цього товариства може свідчити про порушення прав та інтересів самого товариства у його відносинах з іншою особою – стороною договору, а не корпоративних прав його учасника, оскільки директор у цьому випадку діяв саме від імені товариства, а не від імені його учасника. Детальніше з текстом постанови КГС ВС від 04.02.2020 у справі № 910/1935/19 можна ознайомитись за посиланням http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87396584.

Відповідачем у справах про визнання недійсним рішення загальних зборів є господарське товариство, а не його окремі учасники (акціонери), оскільки відповідне рішення – результат волевиявлення не окремого учасника, а загальних зборів учасників як органу товариства. Детальніше з текстом постанови КГС ВС від 13.02.2020 у справі № 916/524/19 можна ознайомитись за посиланням http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87735378.

Рішення загальних зборів господарського товариства можуть бути визнані недійсними в судовому порядку у випадку недотримання процедури їх скликання, встановленої статтею 61 Закону України «Про господарські товариства». Зокрема, права учасника товариства можуть бути визнані порушеними внаслідок недотримання вимог закону про скликання і проведення загальних зборів, якщо він не зміг узяти участі у загальних зборах, належним чином підготуватися до розгляду питань порядку денного, зареєструватися для участі в загальних зборах тощо. Детальніше з текстом постанови КГС ВС від 12.05.2020 у справі № 910/3722/18 можна ознайомитись за посиланням http://reyestr.court.gov.ua/Review/89269310.

Щодо аудиторської перевірки діяльності акціонерного товариства на вимогу акціонера

Право акціонера вимагати проведення аудиту не залежить від бажання самого товариства чи його посадових осіб або доцільності проведення такої перевірки, натомість обов’язок товариства забезпечити аудитору можливість провести перевірку виникає відповідно до прямої вказівки закону. Детальніше з текстом постанови КГС ВС від 29.04.2020 у справі № 922/1859/19 можна ознайомитись за посиланням http://reyestr.court.gov.ua/Review/89008496.

Щодо державної реєстрації речових прав на нерухоме майно

Державна реєстрація речових прав на нерухоме майно є юридичним фактом, який полягає в офіційному визнанні та підтвердженні державою набутого особою речового права на нерухомість та є елементом в юридичному складі (сукупності юридичних фактів), який призводить до виникнення речових прав. При цьому, реєстрація права власності хоча і є необхідною умовою, з якою закон пов'язує виникнення речових прав на нерухоме майно, однак реєстраційні дії є похідними від юридичних фактів, на підставі яких виникають, припиняються чи переходять речові права, тобто державна реєстрація сама по собі не є способом набуття права власності. Детальніше з текстом постанови КГС ВС від 20.05.2020 у справі № 911/1902/19 можна ознайомитись за посиланням http://reyestr.court.gov.ua/Review/89402201.

Щодо способу захисту порушеного права

Особа, яка вважає, що майно, на яке накладено арешт, належить їй, а не боржникові, може звернутися до суду з позовом про визнання права власності на це майно і про зняття з нього арешту. Детальніше з текстом постанови КГС ВС від 03.02.2020 у справі № 910/16236/18 можна ознайомитись за посиланням http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87624626.

Щодо визнання недійсним договору про поділ нерухомого майна з підстав невключення до його предмета приналежної речі

За змістом статей 186, 190, 316 ЦК України приналежні речі, які призначені для обслуговування належного сторонам нерухомого майна, не є окремими об'єктами права власності, а лише слідують за головною річчю, якщо інше не встановлено договором або законом. Співвласники нерухомого майна набувають речових прав на приналежності пропорційно належним їм часткам відповідної головної речі, а окреме погодження порядку володіння та користування приналежностями здійснюється за взаємною згодою співвласників. Відсутність окремої домовленості співвласників щодо порядку користування приналежностями не нівелює набутого одночасно з придбанням головної речі речового права на них у відповідних частках, а отже, не порушує права власності співвласників нерухомості і, відповідно, не може бути підставою для визнання недійсним договору про поділ нерухомого майна Детальніше з текстом постанови КГС ВС від 17.06.2020 у справі № 910/12712/19 можна ознайомитися за посиланням http://reyestr.court.gov.ua/Review/90025249.

Щодо визначення у договорі способу нарахування процентів за неправомірне користування чужими коштами

Системний аналіз частини другої статті 536, частини другої статті 625 та статті 627 ЦК України дає змогу дійти висновку, що

законодавцем не обмежено право сторін визначити у договорі розмір процентів за неправомірне користування чужими коштами. Однак диспозитивний характер цих норм у цілому обмежується положенням частини другої статті 625 ЦК України, яка зазначає про стягнення трьох процентів річних, що має наслідком визначення таких процентів саме як річних, а не у будь-який інший спосіб обчислення процентів за умовами договору. Отже, законодавцем передбачено, що договором може бути встановлено інший розмір процентів річних, а не інший спосіб їх обчислення (зокрема, в розмірі певного проценту за кожний день прострочення). Проценти за користування чужими коштами, які відповідно до договору нараховуються за кожен день прострочення виконання зобов'язання, за своєю правовою природою підпадають під визначення пені, передбаченої статтею 549 ЦК України.

Детальніше з текстом постанови ОП КГС ВС від 05.06.2020 у справі № 922/3578/18 можна ознайомитися за посиланням http://reyestr.court.gov.ua/Review/89910829.

Щодо стягнення безпідставно збережених коштів у розмірі орендної плати за використання земельної ділянки без укладення договору оренди землі

Згідно з частиною другою статті 120 ЗК України не є правопорушенням відсутність у власника будинку, будівлі, споруди зареєстрованого права оренди на земельну ділянку, яка має іншого власника і на якій ці будинок, будівля, споруда розташовані. У цьому випадку відсутність у власника будинку, будівлі, споруди документів, що посвідчують право користування земельною ділянкою, не може бути визнане як її самовільне використання, однак не надає права на її безоплатне використання.

До моменту оформлення власником об'єкта нерухомого майна права оренди земельної ділянки, на якій розташований цей об'єкт, відносини з фактичного користування земельною ділянкою без укладеного договору оренди та недоотримання її власником доходів у вигляді орендної плати є за своїм змістом кондикційними. Фактичний користувач земельної ділянки, який без достатньої правової підстави за рахунок власника цієї ділянки зберіг у себе кошти, які мав сплатити за користування нею, зобов'язаний повернути ці кошти власнику земельної ділянки відповідно до частини першої статті 1212 ЦК України.

Детальніше з текстом постанови КГС ВС від 02.06.2020 у справі № 922/2417/19 можна ознайомитися за посиланням http://reyestr.court.gov.ua/Review/89767942.

ТЕМА 5. МОДЕЛІ ЗАСТОСУВАННЯ АРГУМЕНТАЦІЇ ВЕРХОВНИМ СУДОМ

ЛЕКЦІЯ 4. МОДЕЛЬНА АРГУМЕНТАЦІЯ У КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕННЯХ

План лекційного заняття:

1. Обмеження касаційного оскарження як процесуальні фільтри у кримінальному процесі та межі повноважень касаційного суду у кримінальному провадженні. Складання схеми аргументації.

2. Порушення правил територіальної підсудності: аналіз практики ККС.

3. Правова позиція ККС в постанові колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 31 травня 2018 року у справі № 127/27182/15-к.

4. Аналіз Постанови ВП ВС від 03 липня 2019 р, № 288/1158/16-к

5. Проблеми аргументованості правових висновків ККС.

6. Встановлення міжнародною судовою установою порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом як підстава для перегляду судових рішень за виключними обставинами у кримінальному провадженні.

1. Обмеження касаційного оскарження як процесуальні фільтри у кримінальному процесі та межі повноважень касаційного суду у кримінальному провадженні. Складання схеми аргументації

Не всі рішення можуть бути оскаржені у кримінальному суді. Так, можна оскаржити рішення про застосування або відмову у застосуванні примусових заходів медичного або виховного характеру. Слід пам'ятати, що ухвали слідчих суддів у суді першої інстанції не оскаржуються. І у касаційному кримінальному суді може бути оскаржено не все. Проте можна оскаржити вироки першої та апеляційної інстанцій, винесені на підставі угод: коли призначене більш суворе покарання, ніж було узгоджено сторонами, ухвалення вироку без згоди засудженого на призначення покарання, а також порушення судом вимог, встановлених частинами 4–7 статті 474 КПК України.

Оскарження про продовження запобіжного заходу під час судового розгляду можливе, проте апеляційний суд призначає її на той термін, коли розгляд втрачає сенс. Проте це дає підстави оскаржити справедливість судового розгляду в ЄСПЛ.

Касаційний кримінальний суд – це суд права, а не факту, і наголосила на відмінностях у складанні касаційних та апеляційних скарг.

В касаційній скарзі потрібно посилатися лише на порушення норм права, не вдаватися до дослідження доказів та обставин, робити висновки з вказівкою на аркуші матеріалів провадження або посилатися на час і дату з відтворення запису судового засідання.

Касаційна скарга подається безпосередньо до касаційного суду, тобто її не потрібно направляти до суду першої інстанції. На подання касаційної скарги із залученням усіх документів відведено три місяці, таким чином це висуває посилені вимоги до чіткості викладу суті справи у касаційній скарзі, оскільки суд буде не в змозі за ті п'ять днів, що даються йому на винесення рішення про прийняття чи відмову у прийнятті скарги, проаналізувати всі матеріали.

Слід не нехтувати можливістю ознайомитися зі справою в касаційному суді, оскільки відмітки та закладки, навіть стікери у матеріалах справи, зроблені під час розгляду поданих матеріалів, дають підказку, які епізоди потребують додаткової аргументації.

У разі коли під час касаційного розгляду Касаційний кримінальний суд вбачатиме якусь проблему, важливу для узагальнення практики, він може передати її на розгляд Великої Палати Верховного Суду. Передача скарги до Великої Палати може відбутися і за клопотанням сторони, проте остаточне рішення все ж ухвалюватиме суд.

Застосування судової аргументації в судах загальної юрисдикції:

Застосування прийомів судової аргументації має поетапний характер, що зрештою впливає на вибір найбільш актуального аргументу.

Судова аргументація, на відміну від наукової, спирається на ситуацію, коли йде боротьба думок, ідей, позицій, на відміну від випадку, коли наукова аргументація намагається зібрати інформацію та узгодити спірні позиції.

Особливістю використання аргументації в судах загальної юрисдикції є диспут, у результаті якого суддя повинен обрати позицію, яка є найбільш переконливою

Оскільки аргументація базується на елементах риторики, то визначальним у цьому плані є елемент аудиторії, звертання до якої впливає на вирішення справи.

Іншою особливістю судової аргументації є використання діалогічної моделі, що ґрунтується на різних типах судової комунікації. Значною мірою це має відношення до так званих «складних справ» («*hard cases*»).

Особливістю судової аргументації є також використання правила раціональної дискусії, де суддя під час розгляду справи не керується відповідним приписом, наприклад застосуванням нормативно-правового акта, а враховує раціональні та позараціональні моменти, що, наприклад, відображено в практиці Європейського суду з прав людини.

Аргументація, яка використовується в судах загальної юрисдикції, має свої відмінності від конституційної та адміністративної, де поряд з принципом змагальності переважне значення має дослідницький принцип.

Таким чином, незважаючи на різні прийоми аргументації, в судах загальної юрисдикції вирішальним є психологічно-емоційний момент, який має відмінності в порівнянні з аргументацією в судах конституційної та адміністративної юрисдикції, де переважає раціональний зміст і де аргументація рішення базується на логічних правилах.

Незалежно від того, яка методологія обирається для побудови рішення, – чи то застосування прецеденту, аналогії, чи використання специфічної форми логічного силогізму, – важливо зазначити, що ключовим є принцип забезпечення верховенства права.

Діючим механізмом є складання схеми аргументації. Розмаїття теоретичних та практичних підходів до аргументації дозволяє використати той чи інший спосіб до конкретної ситуації, проте, загалом для формування схеми потрібно визначити наступні елементи:

1. суб'єктний склад;
2. предмет правовідносин;
3. підбір правових аргументів (наприклад судова практика);
4. очікувані результати.

Після визначення даних елементів, слід обирати найбільш доцільну та вигідну схему правової аргументації. Важливою в даному випадку є стадія підбору правових аргументів. Для цього здійснюється пошук та формування правових елементів (наприклад рішення суду, нормативно-правові акти тощо).

2. Порушення правил територіальної підсудності: аналіз практики ККС

Аналіз рішень Касаційного кримінального суду викрив чергову правову колізію. Виявилося, в його колегіях немає єдності позицій щодо наслідків порушення місцевими судами правил територіальної підсудності розгляду кримінальних справ.

Безумовна підстава

Так, одна група суддів ККС обстоює позицію: якщо порушено правила підсудності, то рішення підлягає перегляуд в будь-якому разі.

Інша вважає, що у випадку помилкового визначення територіальної юрисдикції розгляд справи повинен продовжуватись і порушення права засудженого в тому немає.

Так, постановою від 21.01.2020 у справі № 264/5559/18 колегія ККС розглянула обвинувальний вирок суду першої та ухвалу апеляційної інстанції та призначила новий розгляд у суді першої інстанції. При цьому касаційний суд послався на положення п.6 ч.2 ст.412 Кримінального процесуального кодексу та сформулював правовий висновок, що порушення правил територіальної підсудності являє собою істотне порушення вимог кримінального процесуального закону і є безумовною підставою для рішення в порядку п.1 ч.1 ст.438 КПК.

Аналогічний підхід до цієї правової дилеми спостерігається й в іншої колегії другої судової палати ККС. У постанові від 23.01.2020 (справа № 335/3479/13-к) вона висловила тотожну правову позицію: порушення встановлених правил підсудності відповідно до п. 6 ч. 2 ст. 412 КПК є безумовною підставою для рішення.

Натомість інша колегія постановою від 3.03.2020 у справі № 569/6966/16 залишила касаційну скаргу сторони захисту без задоволення, а обвинувальний вирок суду першої інстанції й ухвалу апеляційного суду – без змін.

Привертає увагу аргументація в цій справі.

Відхиляючи доводи сторони захисту з приводу незаконності складу суду першої інстанції через порушення останнім правил територіальної підсудності, ККС зробив такі правові висновки.

У п. 1 ч. 1 ст. 34 КПК передбачено, що кримінальне провадження передається на розгляд іншого суду тоді, якщо до початку судового розгляду виявилося, що провадження надійшло до суду з порушенням правил підсудності. Адже відповідно до п. 4 ч. 3 ст. 314 КПК на стадії підготовчого засідання суд має право направити обвинувальний акт до відповідного суду для визначення підсудності, якщо виявлена непідсудність провадження.

Далі зазначено: навіть якщо погодитися, що кримінальне провадження помилково направлено до певного місцевого суду, цю хибу не виявлено до початку судового розгляду. Тому відповідно до положень ст.34 КПК (оскільки порушення виявлено після початку судового розгляду) це не є підставою для передачі справи до іншого, територіально компетентного, суду.

Тому ККС не вважає, що розгляд справи з порушенням принципу територіальної підсудності свідчить про порушення права засудженого. Бо, навіть припускаючи помилкове визначення територіальної юрисдикції, суд першої інстанції діяв відповідно до встановлених у КПК правил, тобто продовжив розгляд справи, розпочатий у цьому суді.

Ця колегія суддів тотожно обґрунтувала своє рішення -- залишити в силі обвинувальний вирок щодо особи – і в постанові від 19.05.2020 (справа № 490/10025/17). ККС послався на правову позицію, сформульовану даною колегією в постанові від 3.03.2020, і ще раз наголосив: помилка у визначенні підсудності, виявлена після початку судового розгляду, не може бути підставою для передання провадження до іншого суду.

Колегія ККС, позиція якої аналізується, також стверджує: якщо й погодитися, що провадження помилково направлено до територіально неуповноваженого суду, це не свідчить про порушення права засудженого на розгляд справи законним складом суду.

Отже, існує два діаметрально протилежні підходи ККС до правових наслідків порушення місцевим судом правил територіальної підсудності. Невизначеність самого касаційного суду щодо зазначеної проблематики замість стабілізації та створення єдності правозастосовної практики породжує пласт нових гострих проблем.

Який з двох правових підходів повинен обирати апеляційний суд, якщо з боку місцевого суду виявиться факт порушення територіальної підсудності?

Обидва варіанти є правовими висновками, які відповідно до положень ч. 6 ст. 13 закону «Про судоустрій і статус суддів» мають ураховуватися іншими судами при застосуванні таких норм права.

До речі, ККС у постанові від 25.02.2020 (справа № 619/1205/17) прямо наголосив: Верховний Суд у своїх рішеннях висловлює правову позицію щодо правозастосування, орієнтуючи в такий спосіб судову практику на однакове застосування норм права.

Виникає й питання щодо права особи на справедливий суд. Адже не повинна існувати ситуація, коли за одних вихідних умов результати розгляду кримінальних справ для різних суб’єктів абсолютно різні, причому - разюче різні.

Знов-таки, за тотожної ситуації (існування факту порушення судом першої інстанції правил територіальної підсудності) ККС у справі № 264/5559/18 прийняв остаточне рішення на користь сторони захисту, скасував обвинувальний вирок і направив справу на новий розгляд до першої інстанції.

У справі № 335/3479/13-к касаційний суд погодився з позицією і захисту, і обвинувачення, що порушення територіальної підсудності - безумовна підстава для рішень. Однак через дотримання місцевим судом розглядуваних правил залишив касаційну скаргу без задоволення.

Водночас у справах №№ 569/6966/16 і 490/10025/17 ККС при порушенні місцевими судами правил територіальної підсудності відкинув посилання сторони захисту на ці порушення й залишив обвинувальні вироки в силі.

Інститут підсудності - це не якийсь формальний, абстрактний, теоретизований кримінально-процесуальний інститут. Його значення настільки велике, що виходить за рамки виключно процесуальних інтересів.

Законодавець, установлюючи правила підсудності, виходить із того, що правовий статус суду, його функції та суворо визначений порядок діяльності – запорука точного й неухильного додержання процесуальної форми кримінального провадження, гарантія забезпечення правосуддя стосовно всіх учасників розгляду.

Інститут підсудності – публічний інститут кримінального процесуального права. Адже дотримання правил підсудності – обов'язок суду, який не залежить від особистого волевиявлення сторін. За рахунок його запровадження забезпечується оптимальне функціонування судової системи, створюються умови для вирішення поставлених перед нею завдань щодо забезпечення прав людини та громадянина, захищається державний інтерес у справедливому судочинстві.

Натомість порушення правил підсудності, зокрема територіальної, породжує всеосяжний спектр несприятливих для всієї системи правосуддя наслідків.

Певний масив дисциплінарної практики Вищої ради правосуддя припадає на категорію справ, коли суддів притягають до дисциплінарної відповідальності за порушення правил територіальної підсудності при вирішенні, зокрема, цивільних справ. Водночас ККС неодноразово доводив до юридичної спільноти позицію, що порушення територіальної підсудності не є грубим навіть у кримінальних провадженнях і що винесені в умовах порушення підсудності обвинувальні вироки є легітимними. Тож виникає питання щодо обґрунтованості притягнення до дисциплінарної відповідальності суддів за порушення підсудності в цивільних справах. Адже, як зазначалося, висновки щодо застосування норм права, викладені в постановах ВС, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права.

Може, тоді правовий висновок ККС, який відображений у постановах у справах №№ 569/6966/16 та 490/10025/17, повинен бути орієнтиром для ВРП при прийнятті рішень щодо суддів, котрі допустили порушення принципу територіальної підсудності при розгляді, зокрема, цивільних справ? І чи може тоді суддя аргументувати відсутність факту дисциплінарного проступку, посилаючись на відповідний правовий висновок ВС, який допускає розгляд судом «не своїх» справ?

Відсутність єдності підходів у питанні територіальної підсудності спотворює ідею дискреційних повноважень суду. На місце дискреції приходить невиправданий суб'єктивізм, який не має нічого спільного із законністю.

Окремим недоброчесним суб'єктам надається реальний інструмент для маніпуляції законом. Адже, прикриваючись рішенням ВС, стає можливим передати «потрібну» справу на розгляд «правильному, слухняному» суду й отримати від цього, наприклад, корупційний зиск.

3. Правова позиція ККС в постанові колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 31 травня 2018 року у справі № 127/27182/15-к

ККС ВС: поняття «закон», яке використав законодавець у ст. 263 КК, має розширене тлумачення і включає в себе законодавство у цілому, в тому числі нормативні акти, що регулюють відповідні правовідносини, порушення яких утворює об'єктивну сторону складу злочину, передбаченого цією статтею кримінального закону.

Означена правова позиція викладена в постанові колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 31 травня 2018 року у справі № 127/27182/15-к (провадження № 51-3305км18).

Надалі, підтримуючи означений підхід, колегія суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду в постанові від 4 грудня 2018 року у справі № 161/3885/16-к (провадження № 51-967км18) зупинилася на цьому питанні детальніше.

Так, у касаційній скарзі захисник, посилаючись на пункти 1 та 2 ч. 1 ст. 438 КПК, просив скасувати оскаржені судові рішення, звільнити засудженого за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 263 КК України, від кримінальної відповідальності відповідно до ч. 3 ст. 263 КК і закрити кримінальне провадження на підставі п. 1 ч. 2 ст. 284 КПК. На переконання захисника, відсутність спеціального закону, який регулює правовий режим права власності на зброю, виключає наявність у діянні засудженого об'єктивної сторони складу злочину,

передбаченого ч. 1 ст. 263 КК. Крім того, він стверджував, що висновки судів про відсутність у засудженого наміру добровільно здати зброю та боєприпаси не відповідають фактичним обставинам кримінального провадження, оскільки засуджений повідомив про наявність у нього заборонених предметів до початку обшуку, а отже, на думку захисника, працівники СБУ мали би задокументувати факт добровільної здачі зброї.

Не погоджуючись із доводами захисника, Суд, з урахуванням практики ЄСПЛ та беручи до уваги структуру самої норми, зазначив таке.

Відсилка до іншого «закону» міститься не в диспозиції цієї норми, а у формулюванні умови, яка визначає, коли її диспозиція може бути застосована: «без передбаченого законом дозволу». Якщо «дозвіл» відсутній – умова виконана і діє диспозиція ч. 1 ст. 263 КК, тобто заборона «носіння, зберігання, придбання, передачі чи збуту вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв». І навпаки, наявність відповідного дозволу свідчить про відсутність передбаченої законом умови, за якої диспозиція цього положення може бути застосована.

Умови, що визначають застосування диспозиції норми, в теорії права відносять до гіпотези норми. Таким чином, слова у ч. 1 ст. 263 КК «без передбаченого законом дозволу» визначають один із елементів гіпотези норми, який - поряд із загальними елементами умов настання кримінальної відповідальності, що містяться в Загальній частині Кримінального кодексу України, - визначає можливість застосування диспозиції і, відповідно, санкції ч. 1 ст. 263 КК.

У цій частині положення ч. 1 ст. 263 КК справді відсилає за своїм змістом до інших законів, вимагаючи, щоб дозвіл, який виключає кримінальну відповідальність за дії зі зброєю, був передбачений законом. Аналогічні конструкції норм, що містять визначену диспозицію і бланкетну гіпотезу норми, містяться також в інших статтях КК (див. наприклад, статті 265, 267-1, 268, 290, 321 КК), що є поширеним у кримінальному законодавстві прийомом конструювання складу злочину.

Сторона захисту наполягала на тому, що при тлумаченні слова «закон» у ч. 1 ст. 263 КК належить виходити з вузького розуміння цього терміну, що виключає посилання на нормативний акт нижчого рівня. Але, виходячи із зворотнього, якщо дотримуватися цієї логіки, «дозвіл», виданий не на підставі «закону» у вузькому розумінні, а на підставі підзаконного акта, не може вважатися «передбаченим законом дозволом» у значенні ч. 1 ст. 263 КК. Іншими словами, за такого

тлумачення, особа, яка має дозвіл, виданий на підставі відомчого нормативного акта, має притягатися до кримінальної відповідності за ч. 1 ст. 263 КК, оскільки такий дозвіл не відповідає вимозі, визначеній цим положенням.

Суд зазначає, що відповідно до усталеної судової практики, дозвіл, отриманий відповідно до законодавства в широкому розумінні цього терміну, виключає застосування ч. 1 ст. 263 КК. У Суду немає правових підстав змінювати такий усталений підхід, підтверджений, у тому числі, й останніми рішеннями Верховного Суду (див. постанову від 31 травня 2018 року в справі № 127/27182/15-к, провадження № 51-3305км18).

Більше того, за обставин цієї справи питання про те, чи відповідає «дозвіл» вимогам ч. 1 ст. 263 КК, не має практичного значення, оскільки засуджений не мав жодного дозволу на «носіння, зберігання, придбання, передачу чи збут вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв».

Таким чином, Суд зробив висновок, що диспозиція ч. 1 ст. 263 КК, за якою засудженого було визнано винуватим, сформульована з достатньою чіткістю, щоб дозволити йому передбачати, що діяння, за яке його було засуджено, є злочинними з огляду на це положення.

Щодо добровільності здачі зброї і боєприпасів. Сторона захисту також наполягала, що засуджений здав зброю добровільно. Зокрема, захисник зазначав, що коли працівники СБУ запитали, чи має він зброю, засуджений виявив намір добровільно здати зброю та боєприпаси. Як на підтвердження добровільності наміру здати зброю, захист посилається на те, що, хоч правоохоронці і мали дозвіл слідчого судді на обшук домоволодіння, де зберігалася зброя і боєприпаси, засуджений міг не допускати обшуку через помилки в ухвалі суду.

У свою чергу Суд зазначив, що відповідно до ч. 3 ст. 263 КК добровільна здача означає, що людина має можливість і надалі безперешкодно зберігати зброю, проте за власним бажанням (незалежно від причин та мотивів) передає її відповідному державному органу. У цьому ж випадку, як свідчать встановлені судами обставини, у правоохоронних органів була інформація про те, що засуджений зберігає зброю і боєприпаси, у зв’язку з чим ними був отриманий дозвіл на обшук домоволодіння, де вони могли зберігатися. Таким чином, засуджений визнав факт зберігання ним зброї і боєприпасів за умов, коли він уже не мав можливість і надалі безперешкодно зберігати зброю. Аналогічну позицію висловив і Верховний Суд України в ухвалі від 30 січня 2007 року (провадження № 5-125к07).

4. Аналіз Постанови ВП ВС від 03 липня 2019 р., № 288/1158/16-к

ВП ВС погодилась із ККС, що під «передбаченим законом дозволом» на поводження зі зброєю у розумінні ст. 263 КК, варто вважати дозвіл, що може бути встановлений будь-яким НПА, у тому числі підзаконним (Постанова від 03 липня 2019 р, № 288/1158/16-к).

Фабула судового акту: Велика Палата Верховного Суду погодилась із висновком Касаційного кримінального суду, що у розумінні ст. 263 КК під «передбаченим законом дозволом» на поводження зі зброєю варто вважати дозвіл, що може бути встановлений будь-яким нормативно-правовим актом, у тому числі підзаконним

Про це йдеться у пункті 71 постанови Великої Палати Верховного Суду від 3 липня 2019 року у справі № 288/1158/16-к, провадження № 13-28кс19.

Нагадаємо, що 31 травня 2018 року колегія суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду у своїй постанові (справа № 127/27182/15-к, провадження № 51-3305км18) зазначила, що поняття «закон», вжите законодавцем у ст. 263 КК, має розширене тлумачення і включає в себе законодавство у цілому, в тому числі нормативні акти, що регулюють відповідні правовідносини, порушення яких утворює об'єктивну сторону складу злочину, передбаченого цією статтею кримінального закону.

Крім того, колегія суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду в постанові від 4 грудня 2018 року у справі № 161/3885/16-к, провадження № 51-967км18, поділяючи таку точку зору, додала аргументації щодо її правильності і таким чином засвідчила одностайність позиції Касаційного кримінального суду з наведеного питання.

Між тим дискусійності це питання не втратило і час від часу слугувало приводом для оскарження судових рішень стороною захисту з підстав неправильного застосування судами закону про кримінальну відповідальність.

Так, захисник у касаційній скарзі, яка була предметом розгляду Великої Палати Верховного Суду, з-поміж іншого, зазначив, що відсутність спеціального закону, який би регламентував порядок поводження з вогнепальною зброєю, і регулювання цих питань лише підзаконним нормативно-правовим актом Міністерства внутрішніх справ України не дає правових підстав для притягнення особи до кримінальної відповідальності за вчинення визначених диспозицією ч. 1 ст. 263 КК дій без передбаченого законом дозволу.

У свою чергу Велика Палата Верховного Суду, розглядаючи питання кваліфікації дій засудженого за ч. 1 ст. 263 КК, доводи захисника визнала необґрунтованими та зазначила таке.

«54. Об'єктивну сторону злочину, передбаченого частиною першою статті 263 КК, утворює носіння, зберігання, придбання, передача чи збут вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв (далі – зброя) без передбаченого законом дозволу. Конструкція наведеної правової норми є бланкетною, тобто містить відсилання до спеціального закону, яким установлено одержання дозволу на зазначені вище дії.

55. Поняття «закон» на нормативному рівні не визначено. У теорії права існують два основних підходи до визначення цього терміна, що ґрунтуються на широкому та вузькому розумінні його змісту.

У вузькому значенні законом є письмовий нормативно-правовий акт, прийнятий Верховною Радою України або всеукраїнським референдумом, підписаний та оприлюднений у порядку, встановленому Конституцією України та Законом України «Про регламент Верховної Ради України».

У широкому значенні поняття «закон» охоплює все законодавство і включає як закони у вузькому розумінні, так і підзаконні нормативно-правові акти - постанови Верховної Ради України, укази Президента України, декрети і постанови Кабінету Міністрів України, накази міністерств та інших органів виконавчої влади тощо.

56. У КК термін «закон» використовується як у широкому, так і у вузькому значенні.

57. Якщо в КК поняття «закон» вжито у вузькому розумінні, нормативно-правовий акт конкретизується - обов`язково зазначається назва закону або ж за словом «закон» слідує слово «України».

У зазначений спосіб сконструйовані бланкетні норми, що містяться, зокрема, в абзаці другому частини першої статті 55 (строк позбавлення права обіймати певні посади як додаткового покарання у справах, передбачених Законом України «Про очищення влади»), частині третій статті 59 (визначення законом України переліку майна, що не підлягає конфіскації), частині першій статті 74 і частині першій статті 86 (застосування амністії на підставі закону України), пункті другому Примітки до статті 218-1 (вживання терміна «пов`язана з банком особа» у значенні, визначеному Законом України «Про банки і банківську діяльність»), статті 366-1 (подання завідомо недостовірних відомостей у декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, передбаченої Законом України «Про запобігання корупції»).

58. Коли ж у тексті КК слово «закон» вживається лише як узагальнююче поняття, воно використовується у широкому значенні, тобто може охоплювати як власне закони, так і інші акти чинного законодавства.

59. У такому значенні слово «закон» вжито у статті 263 КК. У розумінні цієї статті «передбаченим законом дозволом» на поводження зі зброєю варто вважати дозвіл, що може бути встановлений будь-яким нормативно-правовим актом, у тому числі підзаконним.

60. Виходячи зі змісту статті 92 Конституції України правовий режим обігу зброї не належить до кола питань, які визначаються виключно законами України, тобто законами у вузькому розумінні.

61. Порядок поводження зі зброєю, в тому числі підстави і процедуру одержання спеціальних дозволів на її придбання, носіння і зберігання, на даний час установлено Положенням про дозвільну систему, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 12 жовтня 1992 року № 576 з наступними змінами (далі – Положення), та Інструкцією про порядок виготовлення, придбання, зберігання, обліку, перевезення та використання вогнепальної, пневматичної і холодної зброї, пристроїв вітчизняного виробництва для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями метальними снарядами несмертельної дії, та зазначених патронів, а також боєприпасів до зброї та вибухових матеріалів, затвердженою наказом Міністерства внутрішніх справ України від 21 серпня 1998 року № 622 (далі – Інструкція).

Зазначені Положення та Інструкція, зміст яких не суперечить Конституції України та іншим нормативно-правовим актам вищого рівня, у контексті застосування статті 263 КК охоплюються поняттям «закон».

62. Тлумачення правових норм не може здійснюватись ізольовано від наслідків, які воно спричинить, зокрема з погляду захисту найвищих охоронюваних законом цінностей. Адже право не є «річчю в собі», а має бути чутливим до соціального контексту, в якому існує. На цьому акцентував увагу Конституційний Суд України в Рішенні від 02листопада 2014 року № 15-рп/2004.

63. Верховенство права вимагає звернення насамперед до суті нормативних актів, покладених у їх основу принципів і мети в системному зв’язку з іншими джерелами національного законодавства і міжнародними стандартами. Зазначений підхід вимагає надання пріоритету внутрішньому наповненню правової норми над зовнішньою формою її вираження.

64. Зміст і призначення закріпленої у статті 263 КК кримінально-правової заборони полягає насамперед у захисті суспільства й держави від найтяжчих насильницьких злочинів, умови для вчинення яких створює неконтрольований обіг зброї. Такі злочинні діяння є особливо небезпечними, адже ставлять під загрозу життя і здоров'я невизначеного кола осіб. Натомість згідно зі статтею 3 Конституції України людина, її життя, здоров'я та безпека належать до найвищих соціальних цінностей. З огляду на викладене, поводження з вогнепальною зброєю як предметом, пов`язаним із підвищеними ризиками, вимагає державного регулювання у спеціальнодозвільний спосіб.

65. Водночас закону у вузькому розумінні, який би регулював питання, пов'язані з обігом зброї, в Україні станом на сьогодні не прийнято. За таких обставин критерієм законності/незаконності поводження із зазначеними предметами є дотримання/недотримання вимог, установлених Інструкцією та Положенням.

За умови ж застосування вузького підходу до розуміння поняття «закон» у статті 263 КК всі дозволи на зброю, що були видані і видаються на підставі Інструкції та Положення, не вважатимуться передбаченими законом, а всі без винятку дії щодо зброї, в тому числі санкціоновані відповідними дозволами, набудуть протиправного характеру. Або ж межу між законним і незаконним поводженням із цими предметами буде втрачено, абсолютно весь обіг зброї, здійснюваний до прийняття спеціального закону як акта парламенту, опиниться поза сферою юридичного регулювання і фактично стане вседозволеним, що є несумісним із верховенством права й іншими принципами правової держави.

Зазначені вище аргументи підсилюються тією обставиною, що поняття вогнепальної зброї охоплює не лише мисливську і спортивну зброю, а й бойову: як стрілецьку, так і гранатомети, а також важке артилерійське озброєння (міномети, гармати, гаубиці, реактивні системи залпового вогню тощо). З огляду на викладене, з урахуванням суспільно-політичної обстановки в Україні, вільний обіг зброї може унеможливити належне виконання державою свого міжнародного зобов'язання щодо захисту права людини на життя, гарантованого статтею 2 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі - Конвенція).

66. Разом з тим відсутність закону як акта парламенту, що визначав би порядок поводження зі зброєю, не означає правомірності такого поводження. За наведених обставин притягнення до кримінальної відповідальності за статтею 263 КК не призведе до погіршення

правового становища осіб, котрі не мали жодного дозволу на зброю (ні встановленого законом у вузькому розумінні, ні передбаченого підзаконним нормативно-правовим актом), порівняно із ситуацією, якби такий дозвіл вимагався джерелом права вищого рівня - законом.

67. Застосування бланкетної норми статті 263 КК у взаємозв'язку з правилами, викладеними у Інструкції та Положенні, не суперечить вимогам статті 7 Конвенції, пункту 22 частини першої статті 92 Конституції України щодо застосування кримінальної відповідальності, зокрема вирішення питання про злочинність діяння, лише на підставі закону.

68. Конституційний Суд України в Рішенні № 6-рп/2000 від 19 квітня 2000 року (справа про зворотну дію кримінального закону в часі) розмежував загальний і конкретизований зміст бланкетної диспозиції норми кримінального закону.

Як зазначено в цьому рішенні, загальний зміст бланкетної диспозиції передається словесно-документарною формою відповідної статті (частини статті) Особливої частини КК і включає положення інших нормативно-правових актів у тому вигляді, в якому вони сформульовані безпосередньо в тексті цієї статті (частини статті). Саме із загальним змістом відповідних правових норм пов'язана необхідність дотримання конституційних вимог про те, що виключно законом може визначатися діяння, яке є злочином, і положень статті 3 КК щодо того, що злочинність діяння визначається тільки цим Кодексом.

Конкретизований зміст бланкетної диспозиції Конституційний Суд України пов'язує з її деталізацією іншими нормативно-правовими актами, які наповнюють кримінально-правову норму більш конкретним змістом, однак не впливають на її загальне формулювання, закріплене у відповідній статті (частині статті) Особливої частини КК.

69. Зміст бланкетної диспозиції статті 263 КК полягає у встановленні переліку дій щодо зброї, які за умови відсутності передбаченого законом дозволу визнаються злочинами. Вимоги Інструкції та Положення доповнюють зазначену кримінально-правову заборону детальною регламентацією підстав і процедури одержання дозволу, тобто встановлюють спеціальні критерії його законності. Таким чином, зазначені підзаконні нормативно-правові акти конкретизують зміст відповідних положень КК, проте не підміняють їх як підставу кримінальної відповідальності.

70. Норми Інструкції та Положення, оприлюднених в установленому законом порядку, чітко визначають умови, за яких придбання, зберігання, носіння та інші дії щодо зброї санкціонуються

державою і таким чином набувають правомірного характеру. З положень частини першої статті 263 КК особа має можливість з достатньою точністю наперед передбачити, що за відсутності дозволу наведені дії становитимуть злочин і спричинять передбачені цим Кодексом правові наслідки.

З огляду на викладене, зміст диспозиції статті 263 КК узгоджується з такими критеріями якості закону, як доступність і передбачуваність.

71. Аналогічний висновок зробив Касаційний кримінальний суд у постановах від 04 грудня 2018 року у справі № 161/3885/16-к та від 31 травня 2018 року у справі № 127/27182/15-к,з яким Велика Палата погоджується.»

З урахуванням викладеного, Велика Палата Верховного Суду визнала кваліфікацію судом дій особи, що виразились у незаконному зберіганні й носінні вогнепальної зброї (ч. 1 ст. 263 КК, правильною.

5. Проблеми аргументованості правових висновків ККС

У порівнянні з адміністративною чи цивільною юрисдикцією, кількість висновків у кримінальних справах відносно невелика. Разом із тим, з огляду на небезпечність діянь, які є об'єктом розгляду в кримінальних справах, та суворість наслідків, застосовуваних до осіб, котрі їх вчинили, кожна з правових позицій Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду (далі – ККС) набуває життєво важливого значення.

У професійному правничому середовищі ставлення до результатів діяльності Верховного Суду (України) не є однозначним. У діяльності цього органу існує чимало проблем, зокрема пов'язаних з оприлюдненням і систематизацією правових висновків, надмірним навантаженням на суддів-«верховників» тощо, однак у цій публікації йдеться про проблеми аргументації правових позицій на прикладі окремих постанов. Завдання - звернути увагу на об'єктивну необхідність у чіткій та несуперечливій аргументації.

Важливість аргументації ККС обумовлена тим, що сформульований у конкретній справі правовий висновок імпліцитно включає в себе й правову аргументацію запропонованого судом варіанту застосування норми права.

Мотиви суду в цьому зв'язку не лише описують детермінанти відповідного висновку, але й підлягають врахуванню при застосуванні цієї норми, а в разі неоднакового її застосування – можуть слугувати підставою для подальшого оскарження іншого судового рішення.

1. Розмежування насильницького грабежу та розбою.

На перший погляд звернення до цього питання при критичному розгляді практики вищої судової інстанції може здатися дивним. Здавалося б, ну що може бути незрозумілим у розмежуванні цих злочинів, особливо зважаючи на роз'яснення в постанові пленуму Верховного Суду України (далі – ВСУ) від 6 листопада 2009 року № 10. Однак судова практика вказує на труднощі при співвідношенні цих злочинів.

За ч. 2 ст. 186 КК карається, зокрема, грабіж, поєднаний із насильством, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або з погрозою застосування такого насильства (далі – насильницький грабіж). Розбій за визначенням ч. 1 ст. 187 КК полягає в нападі з метою заволодіння чужим майном, поєднаним із насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу, або з погрозою застосування такого насильства. Тобто центральним розмежувальним критерієм є характер насильства, з яким поєднуються дії, спрямовані на негайне заволодіння майном.

За роз'ясненнями пленуму ВС, що міцно вкоренилися в судовій практиці, насильство при грабежі включає в себе умисне заподіяння легкого тілесного ушкодження, що не спричинило короткочасного розладу здоров'я або незначної втрати працездатності, а також вчинення інших насильницьких дій (завдання удару, побоїв, незаконне позбавлення волі) за умови, що вони не були небезпечними для життя чи здоров'я в момент заподіяння (п. 5 постанови пленуму ВС).

Насильство ж при розбої – це умисне заподіяння потерпілому легкого тілесного ушкодження, що спричинило короткочасний розлад здоров'я або незначну втрату працездатності, середньої тяжкості або тяжкого тілесного ушкодження, а також інші насильницькі дії, які не призвели до вказаних наслідків, але були небезпечними для життя чи здоров'я в момент їх вчинення (п. 9 постанови пленуму ВСУ).

Зважаючи на це, в судовій практиці систематично виникають проблеми в кваліфікації викрадення майна, поєднаного з насильницькими діями, які за своїми наслідками не тягнуть на розбій (напр., побої або «просте» легке тілесне ушкодження), однак за способом (характером) є небезпечними для життя в момент їх учинення (постанови ККС від 31.07.2018 р. у справі № 405/3734/16-к, від 11.12.2018 р. у справі № 638/5312/16-к, від 28.03.2019 р. у справі № 753/ 2814/15-к, від 02.07.2019 р. справі № 316/1251/17, від 10.09.2019 р. у справі № 235/10531/15-к, від 04.12.2019 р. у справі № 203/ 4147/17).

Пленум ВСУ у своїх роз'ясненнях через зрозумілі причини дає тільки приблизний перелік видів такого насильства: насильство, що призвело до втрати свідомості чи мало характер мордування, придушення за шию, скидання з висоти, застосування електроструму, зброї, спеціальних знарядь тощо. ККС спробував окреслити критерії віднесення насильницьких дій до таких, що характеризують розбій.

Так, у постанові від 28 березня 2019 року (справа № 753/2814/15-к), було описано наступні критерії:

1) у разі вчинення розбою посягання відбувається як на основний безпосередній об'єкт – право власності, так і на додатковий – життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу; наявність додаткового безпосереднього об'єкту й дає підстави для розмежування розбою та грабежу;

2) відмінною (від грабежу) ознакою розбою є агресивність, раптовість, небезпечність і спрямованість таких дій на подолання опору по відношенню до особи, яка зазнала нападу;

3) визначальним є не тільки наслідки, що настали в результаті застосування насильства до потерпілого, але й сам спосіб дії винних осіб.

Така аргументація ККС більшою мірою є помилковою, а за великим рахунком навіть вводить в оману, що ніяк не спрощує розв'язання проблеми кваліфікації, а навпаки – шкодить цьому. Насамперед дивує висновок про відсутність при вчиненні насильницького грабежу додаткового безпосереднього об'єкта злочину. У постанові від 31 липня 2018 року (справа № 405/3734/16-к) ККС взагалі вказав, що при насильницькому грабежі відбувається незначний вплив на потерпілого, а тому «не може бути й мови про існування ще одного об'єкту – життя і здоров'я особи». Але насильницький грабіж є складеним злочином, обов'язковою об'єктивною ознакою складу якого є саме додатковий безпосередній об'єкт. При цьому такий об'єкт є хоча й альтернативним, але обов'язковим (не факультативним): здоров'я особи, її тілесна недоторканність або особиста воля.

Натомість ККС мав сформулювати розглядуваний критерій у такий спосіб: і насильницький грабіж, і розбій характеризуються додатковим обов'язковим об'єктом злочину, яким для обох злочинів може бути здоров'я особи, однак життя особи (безпека життя особи) може бути додатковим об'єктом виключно при розбої.

Помилковим є й другий із цитованих критеріїв, який відмінною9 ознакою розбою називає агресивність, раптовість та небезпечність як такі.

Напевно ККС послуговується при цьому своїм власним (відірваним від загальноприйнятого та усталеного) розумінням цих характеристик. Хіба при вчиненні грабежу грабіжник спочатку попереджає потерпілого про майбутні дії, або своє поведінкою демонструє, що зараз почне застосовувати насильство? Не є таємницею, що більшість грабежів, у тому числі й насильницьких, також є раптовими. Далі, чи може бути насильницький грабіж не агресивним? Звісно, що ні, так як навіть найменші прояви насильства є агресією за визначенням, що, тим самим, вказує на створення ним небезпеки для здоров'я особи, тілесної недоторканності і її особистої волі. Нарешті, вказівка на спрямованість насильницьких дій при розбої на подолання опору по відношенню до особи, яка зазнала нападу, як на відмінну ознаку, також є помилковою. З цього приводу пленум ВСУ ще в 2009 році у своїх роз'ясненнях вказав на те, що застосовуване насильство не може вважатися поєднаним з грабежем, якщо винна особа вже отримала реальну можливість розпорядитися чи користуватися протиправно вилученим майном, але застосовує насильство лише з метою уникнення затримання (абз. 4 п. 4). А звідси безсумнівним є положення, що насильство при насильницькому грабежі так само має бути спрямовано на подолання потенційного чи реального опору осіб, що заважають (будуть заважати) відкрито вилучати майно, а так само на утримання вилученого майна. В інакшому випадку таке насильство буде кваліфікуватися окремо (за сукупністю з грабежем).

Не викликає заперечення хіба що останній із цитованих критеріїв: «визначальними є не тільки наслідки, що настали в результаті застосування насильства до потерпілого, але й сам спосіб дії винних осіб». Це обумовлено тим, що на насильство, небезпечне для життя і здоров'я, можуть вказувати діяння, які:

а) фактично спричинили настання відповідних наслідків («кваліфіковане» легке тілесне, середньої тяжкості чи тяжке тілесне ушкодження або смерть особи),

б) були безпосередньо спрямовані на їх настання (напр., замах на тяжке тілесне ушкодження), чи

в) такі, котрі не призвели до вказаних наслідків і не були безпосередньо спрямовані на їх настання, але при цьому були небезпечними для життя в момент їх учинення.

Останнє означає, що винний обрав такий спосіб виконання насильницьких дій, який створює за конкретних умов реальну можливість настання смерті. Але вказане не означає, що додатковим об'єктом при вчиненні таких насильницьких дій обов'язково є життя особи, бо інакше самі собою такі дії, як, наприклад, придушування за

шию чи удар пляшкою по голові, що спричинив втрату свідомості, автоматично б кваліфікувалися як замах на умисне вбивство.

2. Пасивна змова на вчинення грабежу

Проблем кваліфікації грабежу (а побічно також розбою та будь-якого іншого злочину, вчинюваного за попередньою змовою групою осіб) стосується ще один правовий висновок ККС. Ідеться про постанову від 14 листопада 2019 року (справа № 710/439/17).

Фактичні обставини цієї справи (в оспорюваній частині) можуть бути зведені до наступної фабули:

А. разом з Б. підійшли до потерпілого П. А., застосувавши насильство до П., після чого забрав його речі (продукти харчування, одяг та телефон). При цьому Б. стояв в стороні, спостерігав і не брав у вказаному участі, однак забрав собі телефон (вартість – понад 0,2 нмдг), який у потерпілого вилучив А. У результаті Б. визнано винним у вчиненні насильницького грабежу, вчиненого за попередньою змовою групою осіб (ч. 2 ст. 186 КК).

Доведеність вини Б. у вчиненні цього епізоду, як і доведеність вини в іншому епізоді, породжує величезні сумніви, проте ККС у силу ч. 1 ст. 433 КПК не мав права досліджувати докази, встановлювати та визнавати доведеними обставини, що не були встановлені в оскарженому судовому рішенні, вирішувати питання про достовірність того чи іншого доказу. Разом із тим, в межах касаційної скарги ККС висловився щодо аргументів засудженого проти визнання його учасником групи осіб, що вчинила грабіж за попередньою змовою між собою. Спершу ККС спирається на контрадикторну (суперечну) аргументацію в принциповому питанні про час досягнення змови: «домовитись про спільне вчинення злочину заздалегідь – означає дійти згоди щодо його вчинення до моменту виконання його об'єктивної сторони. Таким чином, ця домовленість можлива на стадії до готування злочину, а також у процесі замаху на злочин». Суперечність проявляється в тому, що виникнення змови виключно до початку виконання об'єктивної сторони виключає домовленість у процесі замаху. Загальноприйнятим є положення, що змова може відбутися задовго до вчинення злочину чи безпосередньо перед його вчиненням, але виключно до замаху на нього.

Далі ККС вказує, що «…домовленість повинна стосуватися спільності вчинення злочину (узгодження об'єкта злочину, його характеру, місця, часу, способу вчинення, змісту виконуваних функцій тощо)… Така домовленість може відбутися у будь-якій формі – усній, письмовій, за допомогою конклюдентних дій тощо. При цьому конклюдентними вважають мовчазні дії, з яких можна зробити

висновок про дійсні наміри особи. Це, наприклад, обмін жестами, мімікою, певними рухами, внаслідок чого дії співучасників стають узгодженими». Проте ККС не зміг вказати на які-небудь мовчазні дії, які б вказували на конклюдентну домовленість в аналізованій ситуації; нічого про це не зазначили і суди попередніх інстанцій.

Обставини, які на думку ККС, доводять таку домовленість, зводяться до того, що

1) потерпілий сприймав дії засуджених як такі, що діють разом,

2) Б. не перешкоджав діям А. і не припиняв його дії,

3) Б. забрав собі одну з речей.

Усі ці обставини за часом виникли вже в процесі замаху. Перша з них взагалі немає ніякого значення, оскільки об'єктом кваліфікації в цьому випадку є дії А. та Б., а не потерпілого з його суб'єктивними уявленнями про те, що відбувається. Таке суб'єктивне ставлення потерпілого може мати значення тільки в контексті встановлення сприйняття ним реальності погрози застосування насильства, що в цій справі доведено не було.

Друга – не може свідчити про змову, бо за відсутності в особи спеціального обов'язку, вона не зобов'язана перешкоджати злочинній діяльності інших осіб.

Третя – вказує хіба на заздалегідь не обіцяне отримання майна, одержаного злочинним шляхом (ст. 198 КК), яке як відомо є формою причетності до злочину та виключає співучасть у ньому. Ця обставина могла б вказувати на застосування відомих положень про переростання ненасильницького грабежу в насильницький, згідно яких якщо група осіб за попередньою змовою мала намір вчинити крадіжку чи грабіж, а один з її учасників застосував насильство, то дії цього учасника належить кваліфікувати як насильницький грабіж чи розбій, а дії інших осіб – відповідно як крадіжку чи грабіж, але тільки за умови, що вони безпосередньо не сприяли застосуванню насильства або не скористалися ним для заволодіння майном потерпілого. Однак, те що Б. скористався насильством А. для заволодіння майном потерпілого, у цьому контексті втрачає своє значення, оскільки передумовою такого переростання є наявність змови на грабіж як такий, що жодна із судових інстанцій так і не змогла аргументувати.

3. Умисел в необережності та необережність як форма причинного зв'язку

Такий підзаголовок сам собою вже викликає подив та нерозуміння. Однак це не «абракадабра», а de facto цитати з постанови ККС від 25 вересня 2018 року (справа № 684/766/15к).

У цій справі А. було засуджено за необережне тяжке тілесне ушкодження (ст. 128 КК), вчинене за таких обставин:

А. на власному автомобілі прибув на місце масового заходу в селі та особисто привіз із собою саморобну гармату й порох із метою використання їх для проведення салютних пострілів. А. самостійно встановив і зарядив саморобну гармату та попросив Б. запалити ґніт зарядженої гармати, що останній і зробив. Унаслідок вибуху гармату розірвало й одна з її частин влучила в К., завдавши йому тяжке тілесне ушкодження. Захисник А. зазначив, що оскільки ґніт, який був пусковим механізмом гармати, запалила інша особа, а не засуджений, то причинного зв'язку між діями останнього та наслідками, спричиненими вибухом гармати, немає, а діям іншої особи не було надано правової оцінки.

У межах касаційної скарги ККС взявся вирішити питання, чи виключає та обставина, що ґніт гармати запалив не сам засуджений, а інша особа за його командою, причинний зв'язок між діями засудженого та наслідками, які настали від розриву гармати.

Проте замість того, щоб вдатися до аналізу об'єктивної сторони вчиненого, до ознак якої, власне, й належить причинний зв'язок, який ставився під сумнів захисником, ККС вдався до аналізу суб'єктивної сторони злочину та навів міркування про «особливості» необережної форми вини.

На думку ККС, «необережний злочин включає як умисне вчинення особою певної дії або послідовності дій (…), з одного боку, так і наслідки, які не охоплювалися умислом винної особи, з іншого боку. Отже, необережний злочин відрізняється від умисного лише з огляду на ставлення винної особи до наслідків своїх дій, хоча самі дії в обох випадках вчиняються свідомо», а також «послідовність подій без сумніву свідчить про те, що здійснення пострілу з гармати передбачалося й охоп- лювалося умислом засудженого, а інша особа, яку він залучив, діяла відповідно до його наміру та вказівок». Саме ці міркування лягли в основу висновку, що причинний зв'язок між діями засудженого та здійсненням запланованого ним пострілу з гармати мав місце.

Причинний зв'язок, як відомо кожному криміналісту, ознака об'єктивна і не залежить від психічного ставлення кого-небудь до вчиненого діяння та його наслідків. Більше того, часто справедливо відмічають, що встановлення причинного зв'язку є передумовою встановлення вини, або іншими словами – у злочинах з матеріальним складом спершу слід встановити об'єктивні ознаки, а потім на їх основі – суб'єктивні.

Але ККС має іншу логіку, за якою об'єктивні ознаки схоже визначаються суб'єктивною стороною.

Насправді ж, ключ до відповіді на поставлене в цій справі питання лежить у площині розуміння суспільно небезпечного діяння в разі спільної участі декількох осіб у його виконанні (вчиненні).

Незалежно від того, є злочин умисним чи необережним, факт спільного його вчинення впливає на визначення обсягу поняття «виконання об'єктивної сторони злочину». Адже значна кількість злочинів з об'єктивної сторони характеризуються діянням, яке, як правило, технічно (з точки зору його виконання) безпосередньо може вчинити лише одна особа. Наприклад, вбити шляхом пострілу з одного пістолета або одержати неправомірну вигоду «з рук у руки», натиснути на кнопку, ввімкнути певний прилад чи механізм, запалити гніт тощо. Подальше встановлення форми вини не здатне вплинути на зміст ознак об'єктивної сторони, а лише може вказувати, у разі встановлення умисної участі в умисному злочині, на співучасть, що потягне відповідні наслідки для кваліфікації та призначення покарання.

Саме у зв'язку з такими особливостями спільного вчинення злочину при співучасті пленум ВСУ у своїй постанові від 7 лютого 2003 року № 2 вказав на доволі широке розуміння «співвиконавства», тобто «спільного виконання об'єктивної сторони» в разі вчинення умисного вбивства за попередньою змовою групою осіб: «за цей злочин несуть відповідальність і ті особи, котрі хоча й не вчинювали дій, якими безпосередньо була заподіяна смерть потерпілому, але (…) виконали хоча б частину того обсягу дій, який група вважала необхідним для реалізації цього умислу. (…) до таких дій належать: подолання опору потерпілого з метою полегшити заподіяння йому смерті іншим співучасником; усунення певних перешкод, що в конкретній ситуації заважають іншій особі заподіяти потерпілому смерть або істотно ускладнюють це; надання особі, яка згідно з домовленістю заподіює смерть потерпілому, конкретної допомоги під час учинення вбивства у вигляді порад, передачі зброї тощо (…)».

Подібно цьому в постанові ВСУ від 12 грудня 2013 року (справа № 5-47кс13) викладено наступний висновок: «Дії винуватих кваліфікуються за частиною другою статті 368 КК незалежно від того, всі чи лише одна особа виконала (не виконала) обумовлені хабарем дії. Одержання хабара за попередньою змовою групою осіб вважається закінченим злочином з моменту прийняття хабара хоча б одним її учасником».

Відмінність наведених прикладів від розглядуваної справи лише у формі вини, встановлення якої проте відбувається після встановлення ознак об'єктивної сторони і не впливає на наявність чи відсутність останніх. Допомога інших осіб у вигляді запалення гніту є вирішальною частиною сукупності дій з точки зору об'єктивної сторони, частиною de-facto спільного її виконання. Саме тому виконання іншою особою команди засудженого має розглядатися як складова діяння останнього, що й вирішує проблему встановлення причинного зв'язку.

Аргументація ж ККС стосовно того, що необережність включає в себе умисел щодо діяння і необережність щодо наслідків, узагалі суперечить закону та призводить до появи змішаної форми вини там, де закон констатує відсутність різного психічного ставлення до різних ознак об'єктивної сторони та чітко вказує тільки на необережну форму вини.

4. Крадіжка чи шахрайство?

Проблем кваліфікації злочинів проти власності стосується і правовий висновок, зроблений у постанові ККС від 2 квітня 2019 року (справа № 655/289/17), аргументованість якого видається достатньо суперечливою та сумнівною.

ОСОБА_1 засуджена за крадіжку (ч. 2 ст. 185 КК) за таких обставин: коли ОСОБА_1 перебував на платформі автовокзалу і чекав на прибуття рейсового автобусу, біля нього присіла невідома жінка, яка також чекала на цей автобус, щоб через водія передати сумку. Після прибуття рейсового автобуса він допоміг жінці донести та поставити в салон автобуса сумку, а жінка домовилась із водієм та оплатила перевезення сумки в інший населений пункт. Після того, як жінка пішла з автовокзалу, він підійшов до водія автобуса, назвався сином тієї жінки та сказав, що він забере сумку й сам передасть її за призначенням. ОСОБА_1 вийшов з автобуса на своїй зупинці та забрав із собою вказану сумку.

Прокурор вважав, що засуджений вчинив не крадіжку, а шахрайство (ст. 190 КК), оскільки заволодів майном потерпілої шляхом обману водія автобуса.

ККС натомість підтримав місцевий суд: «потерпіла добровільно не передавала своєї сумки ОСОБА_1, що є обов'язковою ознакою шахрайства. Фактично ОСОБА_1 використав обставини, що об'єктивно склалися на момент крадіжки, то ж обман водія у конкретному випадку був лише способом доступу до чужого майна, вилучаючи яке у присутності сторонніх осіб, ОСОБА_1 розраховував

на те, що його дії не будуть сприйматися цими особами як протиправні. Оскільки обман за таких обставин не є способом неправомірного вилучення чужого майна, то вчинене ОСОБА_1 суспільно небезпечне діяння не може утворювати шахрайства». Така позиція ККС у цілому узгоджується з положеннями постанови пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 року № 10 стосовно шахрайства. Однак чи узгоджується вона з іншими правовими позиціями ККС щодо застосування статті 190 КК?

Останнім часом ККС вніс уточнення щодо розуміння такої ознаки шахрайства, як «добровільна передача майна чи права на майно потерпілим», яка у згаданій постанові пленуму ВСУ описується як відмінна ознака шахрайства, особливо в порівнянні із крадіжкою. Нагадаю, що особливістю шахрайства вважається те, що:

1) особа, яку зазвичай позначають як потерпілого і воля якої сфальсифікована обманом чи зловживанням довірою, бере безпосередню участь у передачі майна чи права на нього;

2) потерпілий добровільно передає майно чи права на нього шахраю (така добровільність має умовний характер);

3) між діянням винного і помилкою потерпілого, який передає майно, повинен бути такий собі причиновий зв'язок.

Спершу у постанові ВСУ від 24 листопада 2016 року (справа № 5-250кс16) було окреслено відомий в доктрині концепт «опосередкованого шахрайства»: «до суб'єктів обману при вчиненні шахрайства належать не лише власники, а й інші особи, уповноважені на вчинення юридично значущих дій стосовно майна. Введення таких осіб в оману дає підстави говорити про опосередковане вчинення шахрайства. Оскільки стаття 190 КК не вимагає, щоб особа, яка вводиться в оману при вчиненні шахрайства, і потерпілий від цього злочину (тобто той, кому заподіюється майнова шкода) збігались». Зазначена правова позиція була підтверджена в постанові ККС від 7 лютого 2019 року (справа № 489/4597/14-к).

Неправильне застосування кримінального закону полягає у невідповідному застосуванні норм як Особливої, так і Загальної частини КК, передусім у неправильній кваліфікації діяння особи, у порушенні правил призначення покарання і може призвести не лише до призначення, яке не відповідає тяжкості злочину і особі засудженого, але й до необґрунтованого засудження або виправдання підсудного, незаконного звільнення від кримінальної відповідальності, покарання та відбуття покарання.

6. Встановлення міжнародною судовою установою порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом як підстава для перегляду судових рішень за виключними обставинами у кримінальному провадженні

Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК) до завдань кримінального провадження відносить захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорону прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення їх швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду (ст. 2 КПК) .

Форма і зміст такої діяльності мають відповідати загальним засадам кримінального провадження (ст. 7 КПК), які є результатом імплементації міжнародних стандартів у сфері захисту прав і свобод людини в національне законодавство. Останні з огляду на сферу застосування можуть вважатися міжнародними стандартами кримінального переслідування або кримінальної процесуальної діяльності.

Разом із тим складність відтворення всіх існуючих нині міжнародних стандартів в окресленій сфері в їх повному обсязі в нормах чинного КПК спонукала законодавця до визначення системи кримінального процесуального законодавства України шляхом включення до неї відповідних положень міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України (ст. 1 КПК).

Крім норм міжнародних договорів, міжнародні стандарти кримінального переслідування можуть визначатися положеннями резолюцій, директив і рекомендацій міжнародних організацій, їх структурних підрозділів, рішеннями міжнародних судових установ, які аналогічно стандартам у галузі прав людини включають як універсальні стандарти – розроблені в межах Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН), так і регіональні – сформовані регіональними міжнародними організаціями. Наприклад, до регіональних належать Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (далі – КЗПЛ) і практика Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) (ч. 2 ст. 8, ч. 5 ст. 9 КПК), які під час тлумачення і застосування норм кримінального процесуального законодавства України набувають особливого значення, що зумовлено виконанням Україною зобов'язань з дотримання європейських стандартів у сфері захисту прав і свобод людини, взятих державою на себе з моменту ратифікації КЗПЛ. Сьогодні ЄСПЛ продовжує констатувати порушення Україною міжнародних зобов'язань у сфері прав і свобод людини, особливо щодо кримінального судочинства. Тому і сьогодні у кримінальному

процесі актуальною залишається проблема виконання рішень ЄСПЛ щодо України. Разом із тим п. 2 ч. 3 ст. 459 КПК, який указує, що підставою перегляду судового рішення, що набрало законної сили, за виключними обставинами є встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення нею міжнародних зобов'язань, викликає питання.

По-перше, вимагає конкретизації визначення поняття «міжнародна судова установа» (ст. 90, п. 2 ч. 3 ст. 459, ст. 614 КПК та ін.), а також перелік таких установ, рішення яких є підставою для перегляду судового рішення за виключними обставинами (статті 459–467 КПК) або можуть бути визнані та виконані в Україні відповідно до ст. 614 КПК.

По-друге, законодавча конструкція норми п. 2 ч. 3 ст. 459 КПК переконує в тому, що кожне констатоване міжнародною судовою установою порушення Україною міжнародних зобов'язань є безумовною підставою для перегляду судового рішення. Водночас у правозастосовній практиці склалася інша ситуація, яка вказує, що п. 2 ч. 3 ст. 459 КПК не має безумовного характеру, що вимагає комплексного наукового аналізу.

Одночасно процесуальна реформа в Україні, а також створення і початок функціонування Верховного Суду (далі – ВС) привели до оновлення процесуального механізму перегляду судових рішень, що набрали законної сили у кримінальному провадженні, у тому числі й у випадках констатації міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушень державою міжнародних зобов'язань, що спонукає до його наукового переосмислення.

Ліквідація Верховного Суду України (далі – ВСУ) та початок функціонування нового ВС як єдиної касаційної інстанції зумовили виключення провадження з перегляду судових рішень ВСУ як частини судового провадження (п. 24 ч. 1 ст. 3 КПК) і відповідно виключення гл. 33 КПК. Одночасно визначення повноважень новоствореного ВС у кримінальному судочинстві, а також перерозподіл повноважень ліквідованого ВСУ (гл. 33 КПК), відповідно до нової системи судоустрою України, детермінували оновлення глав 32 «Провадження в суді касаційної інстанції» та 34 «Провадження за нововиявленими або виключними обставинами» КПК. Так, перша була трансформована частково, а зміни в її нормах пов'язані з:

1) розподілом повноважень з перегляду судових рішень у касаційному порядку серед структурних підрозділів самого ВС: колегій суддів, судових палат, об'єднаної палати Касаційного кримінального суду та Великої Палати ВС. КПК було доповнено двома новими статтями 4341 та 4342;

2) процесуальним оформленням результатів діяльності касаційної інстанції. Відповідні зміни внесені до статей 441 і 442 КПК, присвячених судовим рішенням ВС. В іншій частині порядок провадження в суді касаційної інстанції не змінився. Отже, повноваження ВССУ, передбаченні КПК, були передані ВС у повному обсязі та перерозподілені між його структурними підрозділами.

Відповідно до ч. 2 ст. 459 КПК України до числа нововиявлених обставин законодавець відносить: 1) штучне створення або підроблення доказів, неправильність перекладу висновку і пояснень експерта, завідомо неправдиві показання свідка, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого, на яких ґрунтується вирок; 2) судового рішення, яке стало підставою для ухвалення вироку чи постановлення ухвали, що належить переглянути; 3) інші обставини, які не були відомі суду на час судового розгляду при ухваленні судового рішення і які самі по собі або разом із раніше виявленими обставинами доводять неправильність вироку чи ухвали, що належить переглянути.

Аналіз таких положень і зіставлення редакцій ст. 459 КПК «до» і «після» набрання чинності Законом № 2147 дають змогу стверджувати, що законодавець не змінив власного підходу до визначення нововиявлених обставин. Одночасно варто зауважити, що з ч. 2 ст. 459 КПК було виключено п. 2 і п. 4, де йшлося про «зловживання слідчого, прокурора, слідчого судді чи суду під час кримінального провадження» та «визнання Конституційним Судом України неконституційності закону України, іншого акта (їх окремих положень) або надання Конституційним Судом України офіційного тлумачення положень Конституції України, що є відмінним від того, як їх застосував суд при вирішенні справи», як підстави перегляду судових рішень. Окреслені положення Законом № 2147 були віднесені до числа підстав для перегляду судових рішень, які набрали законної сили, за виключними обставинами, а колишній п. 5 ч. 2 ст. 459 КПК трансформований у п. 4 ч. 2 цієї ж статті.

Згідно з ч. 3 ст. 459 КПК виключними обставинами перегляду судових рішень, що набрали законної сили, є:

1) встановлена Конституційним Судом України неконституційність, конституційність закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого судом при вирішенні справи;

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

3) встановлення вини судді у вчиненні злочину або зловживання слідчого, прокурора, слідчого судді чи суду під час кримінального провадження, внаслідок якого було ухвалено судове рішення. Нагадаємо, що обставина, передбачена п. 2 ч. 3 ст. 459 КПК була підставою для здійснення провадження ВСУ (ч. 1 ст. 445 КПК). Звернемося до правового аналізу порядку перегляду судових рішень, які набрали законної сили, за п. 2 ч. 3 ст. 459 КПК. Передусім слід зауважити, що ні в КПК, ні в Кримінальному кодексі України (далі – КК) зміст поняття «міжнародна судова установа» не розкривається. Так, відповідно до Указу Президента України «Про Порядок здійснення захисту прав та інтересів України під час урегулювання спорів, розгляду у закордонних юрисдикційних органах справ за участю іноземного суб'єкта та України» від 26 червня 2002 р. № 581/2002 під закордонним юрисдикційним органом розуміється міжнародний судовий, міжнародний арбітражний орган, згода на здійснення юрисдикції яким щодо України надана відповідно до міжнародного договору або в інший спосіб згідно із законами України, а також судовий, арбітражний орган іноземної держави. Аналізуючи таке визначення, Ю. Аленін та А. Підгородинська звернули увагу, що на позначення досліджуваного явища не лише в науці, а й у національному та міжнародному законодавстві використовуються різні терміни: «міжнародна судова установа», «міжнародний судовий орган», «міжнародний суд», «міжнародний трибунал» тощо.

Учені ж визначають поняття міжнародної судової установи як судового або іншого органу, наділеного повноваженнями на здійснення кримінального провадження, створеного на підставі міжнародного договору або рішення міжнародної організації, членом яких є Україна, згода на юрисдикцію якого надана Україною, у встановленому законодавством порядку, з яким можна погодитися. У міжнародному праві до міжнародних судових установ відносять постійні й тимчасові міжнародні суди (трибунали), які мають специфічну предметну, територіальну, часову та персональну юрисдикції.

Так, залежно від характеру спору, який вирішує міжнародний судовий орган, виокремлюють:

1) суди, що вирішують міждержавні спори (наприклад, Міжнародний суд ООН);

суди, що вирішують спори між фізичними, юридичними особами та окремими країнами чи міжнародними організаціями (наприклад, ЄСПЛ);

2) суди, що забезпечують притягнення до кримінальної відповідальності фізичних осіб (Нюрнберзький спеціалізований військовий трибунал, Токійський спеціалізований військовий трибунал, Міжнародний військовий трибунал щодо Югославії, Міжнародний трибунал щодо Руанди тощо); суди, що вирішують трудові спори в межах міжнародних організацій (наприклад, Міжнародний адміністративний трибунал);

3) суди, що вирішують різні категорії справ (Суд Європейського Союзу).

Зокрема, найбільш відомими й активно діючими на міжнародній арені сьогодні є Міжнародний Суд ООН (далі – МС ООН), Міжнародний трибунал з морського права, Суд Європейського Союзу, ЄСПЛ, Міжнародний комерційний арбітраж (далі – МКА), Міжамериканський суд з прав людини, Міжнародний кримінальний суд (далі – МКС) тощо. Аналіз підписаних і ратифікованих Україною міжнародних договорів дає змогу стверджувати, що до міжнародних судових установ, юрисдикція яких визнана Україною, слід віднести ЄСПЛ, МКА і МС ООН.

Складніша ситуація з визнанням Україною юрисдикції МКС, адже процес приєднання України до міжнародного кримінального правосуддя було розпочато ще 20 січня 2000 р. (підписання Римського статуту МКС Україною), проте і досі не завершено. Сьогодні Україна лише скористалася правом частково визнати юрисдикцію МКС шляхом подачі заяв відповідно до ч. 3 ст. 12 Римського статуту МКС.

Таким чином, щодо сфери кримінального судочинства найбільший інтерес становлять рішення МС ООН, ЄСПЛ, МКС, а також вироки деяких тимчасових судових установ, персональна кримінальна юрисдикція яких поширюється на фізичних осіб. Наприклад, Міжнародний трибунал для колишньої Югославії є єдиною міжнародною судовою установою, вирок якої може виконуватися в Україні (ч. 4 ст. 10 КК, ст. 614 КПК).

Так, якщо рішення ЄСПЛ є підставою для здійснення провадження за виключними обставинами, тобто перегляду судового рішення, яке набрало законної сили, з підстави встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення нею міжнародних зобов'язань при вирішенні даної справи судом (п. 2 ч. 3 ст. 459 КПК), то вироки МКС і Міжнародного трибуналу для колишньої Югославії – міжнародних судових установ, які мають персональну кримінальну юрисдикцію щодо фізичних осіб, за умови що їх предметна юрисдикція охоплює діяння, криміналізовані в КК, – теоретично можуть бути виконанні у порядку, передбаченому

ч. 4 ст. 10 КК та ст. 614 КПК. Згідно з ч. 3 ст. 463 КПК у разі встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення нашою державою міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом заява про перегляд судового рішення завиключними обставинами подається до ВС для її розгляду у складі Великої Палати. Така заява може подаватися особою, на користь якої постановлено рішення міжнародною судовою установою, не пізніше ніж через 30 днів із дня, коли особа дізналася або могла дізнатися про набуття цим рішенням статусу остаточного (п. 2 ч. 5 ст. 461 КПК). Відповідно до Закону України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» Україна повністю визнає на своїй території дію ст. 25 КЗПЛ щодо визнання компетенції Європейської комісії з прав людини приймати від будь-якої особи, неурядової організації або групи осіб заяви на ім'я Генерального Секретаря Ради Європи про порушення Україною прав, викладених у КЗПЛ, та ст. 46 КЗПЛ щодо визнання обов'язковою і без укладення спеціальної угоди юрисдикції ЄСПЛ в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування КЗПЛ. З моменту ратифікації КЗПЛ Україна взяла на себе низку зобов'язань у сфері захисту прав людини, невід'ємною складовою яких є визнання Україною юрисдикції ЄСПЛ, яка поширюється на всі питання тлумачення і застосування КЗПЛ та протоколів до неї, а також виконання остаточних рішень у справах проти України (статті 32, 46 КЗПЛ). У Рекомендаціях Комітету міністрів Ради Європи «Щодо перегляду справ і відновлення провадження справ на внутрішньодержавному рівні у зв'язку з рішенням Європейського суду з прав людини» від 19 січня 2000 р. № R(2000)2 (далі – Рекомендації) Комітет міністрів Ради Європи (далі – КМРЄ), який має здійснювати нагляд за виконанням рішень ЄСПЛ, наголосив, що КЗПЛ не містить положень, які зобов'язують Договірні Сторони передбачати у національному законодавстві можливість для перегляду справ і відновлення провадження у справі, проте наявність таких можливостей була б за певних обставин надзвичайно важливою, а в деяких справах – дійсно єдиним засобом досягнення restitutio in integrum. КМРЄ закликав усі Договірні Сторони переконатися, що в їх національних правових системах існують необхідні можливості для досягнення, наскільки це можливо, restitutio in integrum, а також забезпечити відповідні можливості для перегляду справ, включаючи і відновлення провадження у справі. КМРЄ вказав, що згідно зі ст. 46 КЗПЛ Договірні Сторони взяли на себе зобов'язання виконувати остаточні

рішення ЄСПЛ у будь-якій справі, сторонами якої вони є, та нагадав, що за певних обставин такі зобов'язання включають вжиття інших заходів, окрім справедливої сатисфакції, яку присуджує ЄСПЛ, згідно зі ст. 41 КЗПЛ, та/ або загальних заходів, якими потерпілій стороні забезпечується, наскільки це можливо, відновлення попереднього правового становища, яке сторона мала до порушення КЗПЛ. КМРЄ наголосив, що «компетентні органи держави-відповідача самі вирішують, які заходи, зважаючи на наявні в національній правовій системі засоби, є найбільш відповідними для досягнення restitutio in integrum», і вказав, що у виняткових випадках повторний розгляд справи або поновлення провадження є найбільш ефективним, якщо не єдиним засобом досягнення restitutio in integrum. Тому КМРЄ рекомендував забезпечити на національному рівні «адекватні можливості досягнення, наскільки це можливо, restitutio in integrum» та закликав до перегляду національних правових систем з метою забезпечення адекватних можливостей повторного розгляду справи, включаючи поновлення провадження, у випадках, коли Суд визнав порушення КЗПЛ, особливо:

і) коли потерпіла сторона далі зазнає значних негативних наслідків рішення, ухваленого на національному рівні, – наслідків, щодо яких справедлива сатисфакція не була адекватним засобом захисту і які не можна виправити інакше ніж через повторний розгляд чи поновлення провадження;

іі) коли рішення Суду спонукає до висновку, що a) оскаржене рішення національного суду суперечить КЗПЛ по суті або b) в основі визнаного порушення були суттєві процедурні помилки чи недоліки, які ставлять під серйозний сумнів результат оскарженого провадження на національному рівні.

У коментарі до положень Рекомендацій КМРЄ вказав, що у сферу дії КЗПЛ підпадають будь-які категорії справ, що задовольняють критерії, викладені у підпунктах «і» та «іі». Метою введення додаткових критеріїв є визначення тих виняткових випадків, коли захист прав особистості та імплементація рішень ЄСПЛ превалюють над принципами доктрини resjudicata, особливо щодо правової визначеності, при цьому ніяк не применшуючи важливість зазначених принципів. Так, у підп. «і» визначаються випадки, коли потерпіла сторона продовжує відчувати вплив несприятливих наслідків від рішення національної інстанції, що не забезпечує справедливу сатисфакцію.

При цьому повинен існувати причинний зв'язок між виявленими порушеннями і несприятливими наслідками. Разом із тим у підп. «іі»

вказується на характер порушень у справах, що відповідають вищезазначеним умовам, за якими перегляд справи та поновлення провадження у справі мають особливу важливість.

Прикладами таких ситуацій відповідно до:

1) підп. «a» можуть бути кримінальне засудження, що порушує ст. 9 або ст. 10 КЗПЛ;

2) підп. «b» можуть бути випадки, коли потерпіла сторона не мала часу або можливості підготувати свій захист у ході розгляду кримінальної справи в разі, якщо обвинувачення ґрунтувалося на матеріалах, здобутих під тортурами або які потерпіла сторона не могла підтвердити, або якщо в рамках цивільного процесу по відношенню до сторін, які беруть участь у справі, був порушений принцип рівності.

Будь-які порушення повинні, як випливає з тексту Рекомендацій, бути настільки серйозними, щоб виникали обґрунтовані сумніви щодо внутрішньонаціональних процедур.

На виконання аналізованих Рекомендацій КМРЄ був прийнятий Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV (далі – Закон № 3477), яким врегульовано відносини, що виникають у зв'язку з обов'язком держави виконати рішення ЄСПЛ у справах проти України. Так, у ст. 1 Закону вказано, що виконання Рішення ЄСПЛ може здійснюватися шляхом:

а) виплати Стягувачеві відшкодування та вжиття додаткових заходів індивідуального характеру;

б) вжиття заходів загального характеру.

Стягувачем визнається особа, за заявою якої ЄСПЛ постановлено Рішення, а відшкодуванням – сума справедливої сатисфакції, визначена у такому рішенні (ст. 41 КЗПЛ). З метою забезпечення відновлення порушених прав Стягувача, крім виплати відшкодування, згідно зі ст. 10 Закону № 3477, передбачені додаткові заходи індивідуального характеру, до числа яких належать:

а) відновлення настільки, наскільки це можливо, попереднього юридичного стану, який Стягувач мав до порушення Конвенції (restitutio in integrum).

Це досягається шляхом: 1) повторного розгляду справи судом, включаючи відновлення провадження у справі; 2) повторного розгляду справи адміністративним органом; б) інші заходи, передбачені у Рішенні.

Практика ухвалення ЄСПЛ рішень проти України, в яких констатуються порушення прав людини, у більшості випадків установлює зобов'язання держави щодо виплати відшкодування

заявнику (Стягувачу) за порушення його прав та основоположних свобод. Тому виконання рішень ЄСПЛ, як правило, зводиться до виплати грошової компенсації.

Проте непоодинокими є випадки ухвалення рішень, що містять констатацію порушення прав людини у кримінальному провадженні у матеріальному та/або процесуальному аспектах, негативні наслідки якого продовжують впливати на заявника.

Убачається, що саме в таких випадках, згідно з ч. 1 ст. 10 Закону № 3477, у процесі виконання рішення ЄСПЛ, винесеного проти України, з метою забезпечення відновлення порушених прав Стягувача, крім виплати відшкодування, можуть вживатися додаткові заходи індивідуального характеру, тобто забезпечення відновлення настільки, наскільки це можливо, попереднього юридичного стану, який Стягувач мав до порушення КЗПЛ (restitutio in integrum), зокрема, шляхом повторного розгляду справи судом, включаючи відновлення провадження у справі. У цьому контексті авторами зауважено, що норма п. 2 ч. 3 ст. 459 КПК вимагає вдосконалення.

Так, установлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення нею міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом як підстава для здійснення провадження за виключними обставинами у Великій Палаті ВС не враховує всього спектра та характеру порушень міжнародних зобов'язань, які можуть встановлюватися міжнародною судовою установою. Така теза підтверджується і практикою виконання рішень ЄСПЛ в Україні.

Установлено, що не кожне таке порушення усувається шляхом перегляду судового рішення. Це пов'язано у першу чергу з природою допущених порушень, класифікація яких не була врахована законодавцем під час формулювання п. 2 ч. 3 ст. 459 КПК. Порушення міжнародних зобов'язань Україною під час вирішення справи національним судом, які встановлені міжнародною судовою установою, можуть класифікуватися за такими критеріями:

1) залежно від характеру порушеної норми міжнародного зобов'язання – матеріальні, процесуальні або змішані;

2) залежно від тривалості порушення у часі – закінчені, триваючі або продовжувані;

3) залежно від підстави порушення – спричинені рішеннями, діями або бездіяльністю уповноважених на здійснення кримінального провадження осіб або недосконалістю національного законодавства;

4) залежно від наслідків порушень для особи – порушення, що продовжують зумовлювати шкідливі наслідки для особи або негативний вплив яких на юридичний стан особи був одномоментним;

5) з огляду на серйозність впливу порушення на справедливість здійснення кримінального провадження в цілому на національному рівні – такі, що ставлять під сумнів справедливість вирішення кримінальної справи та ухваленого судового рішення, або такі, що не впливають на них;

6) з огляду на можливість досягнення на національному рівні restitutio *in integrum*, тобто відновлення настільки, наскільки це можливо, попереднього правового стану, який особа мала до порушення КЗПЛ, – такі, що унеможливлюють відновлення вказаного становища (стану), й такі, що надають можливість відновити попереднє правове становище (стан) особи. Запропонована класифікація не претендує на вичерпний перелік і має умовний характер. Разом із тим вона має важливе практичне значення.

У випадках, коли ЄСПЛ у своїх рішеннях констатує порушення норм КЗПЛ, які:

а) на момент розгляду заяви у ЄСПЛ мають завершений характер і надалі не зумовлюють шкідливі наслідки для юридичного становища (стану) особи;

б) були спричинені дефектами та/або колізіями національного законодавства;

в) унеможливлюють відновлення правового становища (стану) особи, яке існувало до порушення КЗПЛ;

г) не ставлять під серйозний сумнів результат кримінального провадження на національному рівні (як справедливість судового рішення, так і процедури в цілому), вбачається, що перегляд судового рішення, яке набрало законної сили, у порядку провадження за виключними обставинами є неефектним засобом відновлення порушених прав, адже такі порушення надалі не зумовлюють шкідливі наслідки для особи та не можуть бути усунуті за допомогою перегляду судового рішення.

У цьому випадку допущені порушення можуть бути усунуті (виправлені) в інший спосіб, зокрема шляхом виплати компенсації (відшкодування), присудженої ЄСПЛ, або вжиттям загальних заходів.

Зазначене відповідає практиці ВСУ. Так, у постановах № 5-4кс11 від 16 травня 2001 р., № 6-89цс13 від 27 січня 2014 р., № 5-46кс(15)17 від 3 липня 2017 р. та інших ВСУ сформулював таку правову позицію: якщо заява стосується рішень, які не були предметом розгляду ЄСПЛ, й у випадку, коли законність ухвалених у справі остаточних рішень не могла бути піддана сумніву у зв'язку з ухваленим рішенням ЄСПЛ з інших питань, у задоволенні заяви суд відмовляє. Так, постановою ВСУ № 5-168кс(15)17 від 30 жовтня 2017 р. було відмовлено у

задоволенні заяви особи про постановлених щодо неї судових рішень і закриття справи або направлення її на новий розгляд до суду першої інстанції. Підставою звернення до ВСУ заявника стало рішення ЄСПЛ у справі «Архіпов та інші проти України» від 12 січня 2017 р., яким констатовано порушення п. 1 ст. 6 та ст. 13 КЗПЛ – надмірна тривалість кримінального провадження щодо заявника (7 років 8 місяців та 4 дні), неефективність засобів правового захисту і присуджена виплата грошової компенсації. ВСУ вказав, що стосовно заявника були допущені порушення КЗПЛ, які за даних обставин неможливо відновити у вигляді стану (становища), що існували до їх вчинення, а судових рішень чи повторний розгляд справи не приведе до сатисфакції заявника в розумінні вимог КЗПЛ і національного законодавства. Аналогічна правова позиція висловлена ВСУ в постанові № 5-46кс(15)17 від 3 липня 2017 р.

Натомість постановою ВСУ № 5-455кс(15)16 від 6 лютого 2017 р. заяву особи про перегляд судового рішення було задоволено, судові рішення скасовано, а справу направлено на новий розгляд до суду першої інстанції.

Підставою перегляду судового рішення ВСУ стало рішення ЄСПЛ у справі «Зякун проти України» від 25 лютого 2016 р., яким було констатоване порушення ст. 3 КЗПЛ – заявник зазнав тілесних ушкоджень внаслідок жорстокого поводження, яке кваліфікували як нелюдське та таке, що принижує гідність. ЄСПЛ вважав установленим факт, що заявник зазнав тілесних ушкоджень, перебуваючи під контролем органів влади, тому констатував, що показання-зізнання заявника були отримані в результаті жорстокого поводження. У зв'язку з тим, що останні дані не були вилучені з доказової бази цієї справи, ЄСПЛ був вимушений констатувати й порушення п. 1 ст. 6 КЗПЛ. Аналізуючи це рішення, ВСУ вказав, що його висновки дають підстави вважати вирок суду першої інстанції щодо заявника незаконним і необґрунтованим, постановленим з істотним порушенням кримінального процесуального закону, яке суд касаційної інстанцій не усунув, тому заява підлягає задоволенню.

Таким чином, порушення міжнародних зобов'язань Україною під час вирішення справи національним судом, які встановлені міжнародною судовою установою, можуть класифікуватися за такими критеріями:

1) залежно від характеру порушеної норми міжнародного зобов'язання – матеріальні, процесуальні або змішані;

2) залежно від тривалості порушення у часі – закінчені, триваючі або продовжувані;

3) залежно від підстави порушення – спричинені рішеннями, діями або бездіяльністю уповноважених на здійснення кримінального провадження осіб або недосконалістю національного законодавства;

4) залежно від наслідків порушень для особи – порушення, що продовжують зумовлювати шкідливі наслідки для особи або негативний вплив яких на юридичний стан особи був одномоментним;

5) з огляду на серйозність впливу порушення на справедливість здійснення кримінального провадження в цілому на національному рівні – такі, що ставлять під сумнів справедливість вирішення кримінальної справи та ухваленого судового рішення, або такі, що не впливають на них;

6) з огляду на можливість досягнення на національному рівні restitutio in integrum, тобто відновлення настільки, наскільки це можливо, попереднього правового стану, який особа мала до порушення КЗПЛ, – такі, що унеможливлюють відновлення вказаного становища (стану), й такі, що надають можливість відновити попереднє правове становище (стан) особи.

Тому, коли ЄСПЛ у рішеннях констатує порушення норм КЗПЛ, які:

а) на момент розгляду заяви у ЄСПЛ мають завершений характер і надалі не зумовлюють шкідливі наслідки для правового становища (стану) особи;

б) були спричинені дефектами та/або колізіями національного законодавства;

в) унеможливлюють відновлення правового становища (стану) особи, яке існувало до порушення КЗПЛ;

г) не ставлять під серйозний сумнів результат кримінального провадження на національному рівні (як справедливість судового рішення, так і процедури в цілому), вбачається, що перегляд судового рішення, яке набрало законної сили, у порядку провадження за виключними обставинами є неефектним засобом відновлення порушених прав, адже такі порушення надалі не зумовлюють шкідливі наслідки для особи та не можуть усуватися за допомогою перегляду судового рішення. У цьому випадку допущені порушення можуть бути усунуті (виправлені) в інший спосіб, зокрема шляхом виплати компенсації (відшкодування), присудженої ЄСПЛ, або вжиттям загальних заходів.

ТЕМА 6. ПРАВОВА АРГУМЕНТАЦІЯ У ПОДАТКОВИХ СПОРАХ

План лекційного заняття:

1. Поняття та види стандартів доказування у податкових спорах.

2. Стадійність вирішення податкових спорів та її вплив на предмет доказування.

3. Обов'язок доказування та предмет доказування на адміністративній (досудовій) стадії вирішення податкових спорів.

4. Формування предмета доказування на адміністративній (досудовій) стадії вирішення податкових спорів.

5. Предмет доказування на судовій стадії вирішення податкових спорів.

6. Стандарт об'єктивної істини у податкових спорах. Три стандарти доказування: баланс імовірностей; перевага доказів; «поза розумними сумнівами».

1. Поняття та види стандартів доказування у податкових спорах

Чинним законодавством України, а саме п. 56.1 ст. 56 Податкового кодексу України, передбачено, що рішення, прийняті контролюючим органом, можуть бути оскаржені в адміністративному або судовому порядку. Така дворівнева структура оскарження дій та рішень контролюючих органів у податковій сфері притаманна не лише Україні, а й Німеччині, США тощо. Причому, як правило, доказування на цих двох стадіях відбувається з дотриманням різних процедур, а самі процедури врегульовані різними нормативно-правовими актами. В Україні питанню доказування в податкових спорах на досудовій (адміністративній) стадії, як відомо, присвячено ряд норм Податкового кодексу України та інших підзаконних нормативно-правових актів. Розгляд податкового спору в порядку адміністративного судочинства відбувається відповідно, на підставі Кодексу адміністративного судочинства України. У Німеччині питання щодо оскарження рішень контролюючих органів у податковій сфері, в досудовому порядку (до податкових офісів), висвітлюються Законом про податки та збори (Abgabenordnung) . При зверненні платника податків до суду спірні податкові правовідносини будуть вже розглядатися на підставі Фінансовопроцесуального кодексу ФРН (*Finanzgerichtsordnung*)[1].

[1] Фінансово-процесуальний кодекс ФРН (Finanzgerichtsordnung) від 06.10.1965 у ред. від 28.03.2001 // BGBL. I S. 442, 2262; 2002 I S. 679.

Складність і значний обсяг податкового законодавства США зумовлений насамперед тим, що Міністерству фінансів США надано розгалужені повноваження щодо видання постанов, які роз'яснюють положення Кодексу Служби внутрішніх доходів. Такі постанови можуть мати як законодавчий, так і роз'яснювальний характер. З цього приводу суддя Податкового суду США Девід Ларо зазначає, що така тонка межа між законодавчим та роз'яснювальним характером постанов Міністерства фінансів США є причиною великої кількості податкових спорів у федеральних судах США [1]. Звичайно, така ситуація накладає і відбиток певної невизначеності на доказування у спорах із податковими органами США.

Ще І. Бентам писав, що мистецтво судочинства полягає саме в умінні суб'єктів доказової діяльності користуватися доказами[2]. На сьогодні спостерігаються різні наукові підходи щодо визначення суб'єктів, які називаються «учасниками процесу», «суб'єктами доказування». У першу чергу це зумовлено різними напрямами функціональної спрямованості їх діяльності Аналіз існуючих наукових поглядів на осіб, які є суб'єктами доказової діяльності, дозволяє виділити дві групи таких суб'єктів. По-перше, це суб'єкти, які виступають у процесі доказування з метою захисту своїх прав і законних інтересів. До них можна віднести позивача, відповідача, свідків, третіх осіб. По-друге, це суб'єкти, які своєю активною діяльністю формують масив доказової інформації по конкретній справі. Діяльність таких суб'єктів повинна відбуватися в межах чинного законодавства та може виражатися у збиранні, перевірці, дослідженні та оцінці доказів. Звичайно, якщо йдеться про судовий розгляд податкового спору, то таким суб'єктом буде суд, експерт, спеціаліст. Насправді розгляд податкових спорів в Україні відрізняється активною діяльністю суду, яка виражається не тільки у визначенні предмета доказування, а й у тому, що суд може витребувати докази, які не можуть бути надані особою, яка бере участь у справі, а також самостійно збирати докази з власної ініціативи. З огляду на викладене при доказуванні в податкових спорах найбільш цікавим вбачається питання щодо процесуального статусу суду та його діяльності як суб'єкта доказової діяльності. «Теорія справедливості» Дж. Роулза вимагає від суду безсторонності та незалежності. Вивчення законодавства зарубіжних країн дозволяє виокремити певні специфічні

[1] Ларо Д. Актуальные налоговые споры в США. Налоговед. – № 6 (102). – 2010. – С. 71 – 79.

[2] Бентам И. О судебных доказательствах: монография: переводчик И. Горонович. Киев: тип. М. П. Фрица, 1876. – с. 421.

риси щодо доказування в таких країнах. Наприклад, у Німеччині обов'язок доказування покладається на суд. Цікаво, що в Німеччині існує лише дві судові інстанції, які уповноважені розглядати податкові спори. На нижчому рівні створено 18 податкових (фінансових) судів першої інстанції, які встановлюють фактичні обставини справи та вирішують загальноправові питання. Другою інстанцією є Федеральний фінансовий суд ФРН у Мюнхені. (*Bundesfinanzhof*), який входить до п'яти вищих судів Німеччини та є останньою інстанцією за податковими та митними спорами. Пасивна роль суду, обтяжена лише аналізом доказів, характерна для законодавства США. За загальним правилом, у процесі розгляду податкового спору в Податковому суді США обов'язок доказування покладається на платника податків. Саме він повинен довести, що рішення відносно його податкових зобов'язань є швидше помилковим, аніж правильним. Але можливі й винятки із цього загального правила. Так, у деяких ситуаціях обов'язок доказування може бути покладено на уряд США. Для того, щоб перекласти обов'язок доказування на уряд, платник податків повинен: 1) довести, що ведення обліку та наявність документального підтвердження відповідає встановленим вимогам; 2) співпрацювати з урядом; 3) надавати достовірні докази фактів, пов'язаних із визначенням його податкових зобов'язань.

А в Україні повноваження адміністративного суду щодо витребування та збирання доказів не є підставою для нівелювання засад змагальності сторін спору. Вказані повноваження суду жодним чином не перешкоджають сторонам обґрунтовувати власні вимоги та заперечення доказами, які вони вважають за потрібне надати суду.

Принцип з'ясування обставин справи може бути тим критерієм, за допомогою якого можна визначити роль суду при вирішенні податкових спорів. Актуальність цього принципу повною мірою розкривається саме в адміністративному судочинстві, де суд є реально активним учасником процесу. Активність суду в процесі реалізації адміністративного судочинства, на думку Ю.П. Битяка, повинна супроводжуватися і реальним дотриманням верховенства прав особи над публічними державними інтересами. питання щодо балансу приватних та публічних інтересів є актуальним не лише для науки податкового права, а й для наближених до неї галузей. Беззаперечно, оподаткування є однією з найбільш конфліктних сфер із точки зору співвідношення інтересів. З огляду на це досягнення балансу публічного та приватного інтересів в оподаткуванні та у процесі вирішення податкових спорів набуває особливої актуальності. Будучи активним учасником доказування при вирішенні податкових спорів,

для адміністративних судів важливе є врахування практики Європейського суду з прав людини.

Частина 2 ст. 8 Кодексу адміністративного судочинства України, визначає, що суд застосовує принцип верховенства права з урахуванням судової практики Європейського суду з прав людини. Отже, можна говорити про ще один інструмент забезпечення балансу інтересів у податковій сфері, і використовувати практику Європейського суду з прав людини та положення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод як один із важелів у процесі доказування в податкових спорах. Європейський суд з прав людини при розгляді спорів проводить оцінку співвідношення приватного та публічного інтересу. Важливу роль при цьому відіграє реальне дотримання розумного балансу інтересів органами законодавчої та виконавчої влади, судовими органами щодо підприємств, установ, організацій та фізичних осіб. Як приклад позитивної судової практики Європейського суду з прав людини щодо балансу публічного та приватного інтересів у податковій сфері можна навести рішення у справі «Інтерсплав проти України».

Адміністративні суди, беручи активну участь у доказовій діяльності при здійсненні правосуддя, повинні використовувати весь перелік передбачених законом можливостей для правильного вирішення справи. Суди зобов'язані провадити справедливе й неупереджене вирішення податкового спору, забезпечуючи сторонам такого спору рівні можливості щодо доказування. Активна позиція адміністративного суду в процесі доказування розкривається і через принцип офіційного дослідження обставин справи. Указаний принцип, знайшов своє законодавче закріплення в ст. 11 Кодексу адміністративного судочинства України, де зазначається, що суд вживає передбачені законом заходи, необхідні для з'ясування всіх обставин у справі, у тому числі щодо виявлення та витребування доказів із власної ініціативи. Також суд повинен запропонувати особам, які беруть участь у справі, подати докази або з власної ініціативи витребувати докази, яких, на думку суду, не вистачає. Ще одним принципом, який підтверджує важливу роль суду в процесі доказування в податкових спорах, є принцип змагальності сторін. Цей принцип відомий не лише адміністративному судочинству. Він передбачає, що сторони можуть на рівних умовах надавати суду інформацію, яка містить відомості про факти, що мають значення для правильного вирішення справи. Звичайно, активність суду в такому випадку виявляється в тому, що доказова інформація може набути статусу доказів лише у ході її дослідження судом.

Проблема вивчення судового доказування при вирішенні податкових спорів на сьогодні ще не виступає остаточно вирішеною як на рівні законодавчого регулювання, так і в наукових дослідженнях. Є кілька підходів до з'ясування сутності судового доказування. Принципове розмежування двох підходів до природи судового доказування фактично зводиться до визначення місця суду в цьому процесі. Цей критерій базується на ще більш узагальненому посиланні, коли роль суду в установленні обставин по справі, ролі судового доказування визначається загальними соціокультурними особливостями суспільства, що і визначає систему судочинства.

Виходячи з цього критерію, склалися індивідуалістична та колективістська моделі судового доказування.

Індивідуалістична концепція основну активну роль закріплює за учасниками процесу, якими виступають дві сторони спору. В межах цієї моделі активність сторін і зумовлює активність і послідовність судового доказування. Роль суду зводиться до спостерігача та передбачає мінімальну активну роль.

Колективістська концепція виходить із активного місця суду в судовому доказуванні, при якому можливі й окремі прояви пасивності щодо участі сторін у судовому доказуванні. Суд безпосередньо входить до активних учасників діяльності, що пов'язана з доказуванням. Прибічники індивідуалістичної концепції розуміють процесуальну діяльність сторін спору. Ця діяльність стосується лише фактичних обставин справи, надання доказів щодо власної позиції, висловленню й аргументації суперечностей стосовно позиції та доказів іншої сторони спору. При цьому суд не включається як учасник відносин щодо судового доказування, його не розглядають як суб'єкта доказування.

Деякі фахівці будують свої докази на базі колективістської моделі та виходять із більш розширеного кола учасників доказування в судових спорах. Полемізуючи з представниками першого підходу, прибічники цієї наукової конструкції акцентують увагу на тому, що в першому випадку судове доказування набуває дуже вузького сенсу і зводиться лише до процесуальної діяльності сторін, яка спрямована на те, щоб переконати суд в істинності їх тверджень. У сенсі підходу першої групи авторів такі твердження зводяться винятково до доведення наявності чи відсутності юридичних фактів, на яких базується вимога позивача чи заперечення відповідача.

Фактично йдеться про таку побудову процесуальної правосуб'єктності учасників спору, де їх роль може бути зведена до рівня експерта або фахівця.

Представники розширеного уявлення щодо змісту поняття судового доказування підкреслюють, що в цій ситуації йдеться не про механічний збір матеріалу, свідчень для доказування, а про досить складно структуровану діяльність усіх учасників відносин судового доказування, але насамперед – суду.

Сравді, судове доказування в цьому сенсі передбачає не лише надання сторонами певних доказів чи заперечень, а й правову оцінку їх судом. Тобто це приводить до з'ясування та визначення правових наслідків наявності саме такого аргументу чи доказу та корегування правового становища учасника спору (зміни майнового стану, втрата спеціальних ознак і т. д.). Суд при цьому робить чіткі аргументовані висновки на базі наданих доказів, на підставі чого й обґрунтовується відповідне рішення. Безумовно, у податкових спорах суд безпосередньо належить до суб'єктів доказування. Саме судом не лише оцінюються юридичні факти, які надаються сторонами як докази, а й визначаються питання, по яких узагалі мають бути доведені ті чи інші юридичні факти, акцентується на переліку засобів доказування та джерелах отримання такої інформації. Доцільним при цьому здається посилання на уточнення перспектив впливу сторін спору на судове рішення.

Сторони податкового спору можуть допускати певні неточності, визначаючи коло фактів, які потребують доказування. Під впливом цього та враховуючи публічно-правовий характер податкових правовідносин, пропонується виокремити одного суб'єкта, який би відповідав за визначення тих фактів, які формують предмет доказування.

Такий науковий підхід до визначення кола фактів, які входять у предмет доказування, неправильниЙ. Звичайно, при доказуванні в податкових спорах суд може орієнтувати сторони на певні обставини та факти, які потребують включення у предмет доказування, виступати регулятором указаних процесів. Але віддати суду весь спектр повноважень щодо формування предмета доказування неможливо хоча б із тієї точки зору, що в такому випадку взагалі виключається розумова діяльність сторін податкового спору, а сам спір буде набувати тих рис, яких забажає судовий орган.

Розгляд питання щодо предмета доказування в податкових спорах неможливий без розгляду наукових думок суміжних галузей права доказування є процесом логічним та динамічним. Динаміка доказування супроводжується мисленням особи, формуванням певних логічних позицій та конструкцій.

Проводячи аналіз указаних категорій, Т.В. Степанова, поряд із поняттям «предмет доказування» виокремлює поняття «межі доказування». На її думку, межі доказування формують таку кількість зібраних доказів по конкретній справі, наявність яких дозволяє провести повне та правильне вирішення справи.

Досить часто визначення предмета доказування формується не лише за рахунок певних юридичних фактів, а й за рахунок віднесення до такої категорії норм права, які підлягають доказуванню, правовідносин сторін. Як вважає Л.М. Ніколенко, такі твердження викликають певні заперечення. На думку науковця, правовідносини сторін, наприклад, становлять таку конструкцію, яка не може бути ані доведена, ані пізнана. Такі правовідносини є ідеальною конструкцією[1].

Доказування правових норм не потребується. Таке твердження можливо зробити в силу того, що правовими нормами, як правило, можуть обґрунтовуватися вимоги та заперечення сторін, на підставі правових норм здійснюється правозастосовна діяльність суду. Але навіщо проводити доказування певної правової норми, якщо вона санкціонована державою та підлягає застосуванню. У цьому випадку ми можемо мати на увазі лише те, що певні правові норми можуть бути оскаржені сторонами в окремо визначеному порядку.

Саме такий широкий підхід до визначення поняття «предмет доказування» в податкових спорах на судовій стадії є найбільш виправданим насамперед у силу того, що вказані визначення фактично збігаються за змістом із нормативним визначенням «предмета доказування», закріпленого Кодексом адміністративного судочинства України.

Законодавець на рівні процесуального закону формує лише «родові ознаки» певної справи, які деталізуються вже в практичному процесі.

Така ситуація до певної міри характерна і для податкових спорів. По-перше, податкові спори можуть виникати під впливом значної кількості обставин. Звичайно, такі обставини об'єднані конкретно визначеною сферою – оподаткуванням. Але ведучи мову про оподаткування, чи можна наперед визначити, що саме стане причиною виникнення конфлікту, що конкретно буде предметом доказування? Напевно, що ні. По-друге, судовий порядок вирішення податкових спорів регулюється Кодексом адміністративного судочинства України, відповідно до специфіки якого розглядаються не лише податкові, а й інші справи. Звичайно, в порядку адміністративного судочинства розглядаються справи, учасником яких є суб'єкт владних повноважень,

[1] Ніколенко Л. М. Доказування в господарському судочинстві : навчальний посібник. Одеса : Фенікс ; Суми : ВТД Університетська книга, 2007. – с. 224

але такі ж суб'єкти, також не є однорідними. Так, вони об'єднуються наявністю таких повноважень, але їх реалізація здійснюється зовсім у різних сферах, із притаманною лише конкретно визначеному органу специфікою.

Під теорією доказів (доказовим правом) науковцем розумілася система норм, які здійснюють регулювання протягом усього процесу єдиних принципів доказування й оцінки фактів, які мають значення для розглядуваної судової справи, а також практика їх застосування. Поряд з цим М.Л. Шифманом підкреслювалася і центральна роль теорії доказів як головної проблеми судового права.

Наслідками неправильного обмеження предмета доказування є неповний та поверховий розгляд справи. Напевно, потрібно підтримати таку точку зору, хоча б у тому, що обмеження законодавчої конструкції визначення поняття «предмет доказування» неминуче призведе до викривленого розгляду справ судовими органами, так само, як і вільне трактування поняття «предмет доказування» самими судовими органами. Звичайно, у цьому разі потрібно зробити зауваження з приводу того, що така ситуація не стосується позитивних роз'яснень спеціалізованих вищих судів, судових доктрин тощо. У будь-якому випадку неможливо заздалегідь точно передбачити сукупність обставин і фактів, які потрібно дослідити по конкретній справі. Адже у кожній окремій ситуації предмет доказування буде наповнюватися різними обставинами з урахуванням специфіки справи, особи порушника тощо. Наведене ще раз доводить тезу про те, що на законодавчому рівні потрібно максимально плідно працювати над удосконаленням саме загального поняття «предмет доказування». Конкретизація ж такої категорії вже буде відбуватися на стадіях судового розгляду конкретної справи.

Навіть у Кодексі адміністративного судочинства України законодавець, вміщуючи у поняття «предмет доказування» багато аспектів, зрештою, все одно робить посилання на те, що предметом доказування, серед іншого, є обставини, які потрібно встановити при ухваленні судового рішення.

Предметом доказування за будь-якою справою завжди є певна сукупність обставин. Такими обставинами сторони процесу обґрунтовують свої вимоги та заперечення, і, як уже говорилося, такі обставини повинні бути встановлені для винесення правильного рішення у справі. Водночас у наведеному визначенні поняття «процес доказування» предмет доказування виступає кінцевою метою для обох сторін спору. І така мета (предмет доказування) досягається, на думку автора, лише за рахунок «фактів, істинність яких не викликає

сумнівів». Але процес доказування першочергово спрямований саме на дослідження та всебічне вивчення різних доказів, жодні з яких не мають для суду наперед установленого значення. Не викликає сумнівів той факт, що суть процесу доказування розкривається в динамічній діяльності сторін доказування. Тобто відбувається поетапний перехід від невідомого до відомого. Варто звернути увагу й на те, що для доказування саме в податкових спорах характерний зворотній процес, коли певний відомий факт чи обставина, породжують обставину невідому. Така ситуація, наприклад, може скластися у випадку, коли начебто реальна та підтверджена первинними бухгалтерськими документами операція (тобто відома) з купівлі-продажу товарів при її детальній перевірці (наприклад, при дослідженні можливості перевезення проданої кількості товарів продавцем тощо) виявляється, на думку контролюючого органу чи суду, фіктивною.

Важливим моментом при дослідженні питання щодо предмета доказування в податкових правовідносинах, пов'язаних з оскарженням рішень, дій чи бездіяльності контролюючих органів, звичайно є визначення ролі такої категорії.

У випадку вирішення податкових спорів ті обставини, які пізнаються платниками податків, контролюючими органами, не завжди будуть використовуватися ними при формуванні предмета доказування по конкретній справі. Це означає, що стверджувати про стовідсоткове поєднання понять «предмет доказування» та «предмет пізнання» неможливо, хоча б у силу того, що, пізнаючи ті чи інші факти та обставини, сторони, за рахунок власних суб'єктивних поглядів та оцінок включатимуть до предмета доказування лише ті факти та обставини, які вважатимуть за потрібне, звичайно в межах та відповідно до чинного законодавства. Аналіз наведеного дозволяє певною мірою констатувати, що і в податкових правовідносинах, які встановлюються при вирішенні податкових спорів, предмет доказування насамперед спрямований на правильне та повне вирішення справи незалежно від етапу такого доказування (досудовий, у порядку адміністративного судочинства). І якщо на першій (досудовій) стадії розв'язання податкового спору предмет доказування має лише певне формальне забарвлення, в силу передбаченої законом (Податковим кодексом України) структури доказування, то на другій (судовій) стадії предмет доказування набуває дуже важливого значення, адже доказування на цій стадії відбувається вже на підставі Кодексу адміністративного судочинства України, який надає сторонам спору розгалужені права щодо можливості доведення власної позиції. Саме на цій стадії найбільш чітко виявляється важливість предмета

доказування щодо реалізації завдань адміністративного судочинства. Але і при вирішенні податкового спору в адміністративному суді відбувається певна формалізація не лише щодо предмета доказування, а й щодо процедури доказування взагалі. Так, загальновідомо, що обов'язок доказування, відповідно до ст. 71 Кодексу адміністративного судочинства України, за загальним правилом, покладається на сторони, які повинні довести ті обставини, на яких ґрунтуються їх вимоги та заперечення. Водночас для податкової сфери при вирішенні податкових спорів у більшості випадків характерним є оскарження рішень, дій та бездіяльності контролюючих органів. І в цьому разі доказування вже набуває дещо іншого змісту.

2. Стадійність вирішення податкових спорів та її вплив на предмет доказування

Важливими при дослідженні предмета доказування є і його складові елементи. Такими елементами, як уже зазначалося, є певні обставини. Деякі науковці, продовжуючи наведений поділ, серед обставин, які становлять предмет доказування, виокремлюють «головний факт» та «доказові факти».

Докази повинні відповідати певній сукупності ознак, які впливають на їх зміст та значення, наближаючи їх до доказового. На сучасному етапі розвитку наукової думки найбільш традиційним є поділ ознак доказів за такими критеріями: 1) належність та допустимість; 2) достатність і достовірність.

Дослідженню питань належності та допустимості доказів присвячено багато наукових праць учених як у галузі фінансового права, так і інших галузей та підгалузей права. Значний вплив на сферу доказів і доказування при вирішенні податкових спорів має судова практика та, на сучасному етапі, формування судових доктрин. Так, відповідно до п. 19 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» від 01 листопада 1996 №9, докази повинні визнаватись такими, що одержані незаконним шляхом, зокрема тоді, коли їх збирання й закріплення здійснено або з порушенням гарантованих Конституцією України прав людини і громадянина, встановленого законодавством порядку, або не уповноваженою на те особою чи органом, або за допомогою дій, не передбачених процесуальними нормами.

Вивчення досвіду зарубіжних країн із питань доказування, зокрема у спорах із податковими органами, дозволяє виокремити певну специфіку такої діяльності. Наприклад, у США сформувався такий

підхід до розуміння належності доказів, за якого докази визнаються належними у тому випадку, коли вони впливають на ступінь імовірності обставин і роблять його достатнім для правильного розгляду справи. Причому цей вплив повинен виражатися таким чином: 1) між обставиною та доказом має існувати певний матеріально-правовий зв'язок; 2) обставина повинна відігравати важливу роль; 3) доказ повинен мати такий вплив на суд, за якого останній буде переконаний у наявності обставини[1].

Такий підхід досить виправданий, а теза щодо переконливості доказу саме для суду знаходить своє підтвердження у практиці вирішення податкових спорів США. Так, при розгляді справ в апеляційному (досудовому) порядку органами Федеральної податкової служби США завжди вивчається та враховується судова практика з аналогічних питань і прогнозується, яке рішення може винести суд у поточній справі[2].

Вищий адміністративний суд України у своїй Постанові від 07 липня 2011 по справі № К-25801/08, вирішуючи питання щодо належності доказів при визначенні права платника податків на віднесення до валових витрат, витрат на придбання послуг і до податкового кредиту сум ПДВ по операціях з їх придбання, вказує на те, що правило належності доказів не підміняє вимоги щодо достовірності та достатності доказів, висновок стосовно чого повинен зробити суд у ході оцінки доказів.

Умовою достовірності доказів щодо придбання послуг у сфері управлінського консультування, вартість яких врахована позивачем у податковому обліку з метою зменшення податкових зобов'язань з податку на прибуток і з податку на додану вартість, зв'язку цих послуг з власною господарською діяльністю позивача є перш за все конкретизація змісту, обсягу, результату цих послуг. Натомість акти приймання-передачі, надані позивачем для підтвердження правомірності включення до валових витрат вартості цих послуг, мають узагальнений характер, неконкретні за змістом, містять формулювання, що повторюються з акта в акт. Позивач не надав під час перевірки та в ході судового процесу платіжні документи, які б підтверджували сплату вартості послуг і використання їх результатів Отже, при доказуванні в податкових спорах, відповідно до наведеної позиції Вищого адміністративного суду, не можуть включатися обставини, які

[1] Решетникова И. В. Доказательственное право Англии и США/ под. ред. И.В. Решетниковой. – 2-е изд., перераб. и доп. - М. : Городец, 1999. – с. 79-80.

[2] Буряк С. В. Податкові апеляції. Досудове врегулювання спорів з податковими органами. К.: ІВЦ ДПА України; Х. : Фактор, 2008. – с. 135.

не підтверджені розрахунковими, платіжними та іншими 53 документами, обов'язковість ведення яких вимагається правилами податкового і бухгалтерського обліку.

Питання щодо доказування та предмета доказування в податкових спорах, у судовому порядку, врегульовано нормами Глави 5 «Докази і доказування» Кодексу адміністративного судочинства України.

Характерною особливістю адміністративного судочинства є специфічний об'єкт публічно-правових відносин, який потрібно відмежовувати від предмета доказування[1].

Таке відмежування можливе насамперед на підставі того, що, звертаючись до суду, зобов'язаний суб'єкт оскаржує адміністративно-правову діяльність суб'єкта владних повноважень. Наведена діяльність опосередковується прийняттям суб'єктом владних повноважень певних рішень, учиненням певних дій або бездіяльністю. Отже, предметом оскарження у будь-якому випадку буде дія, бездіяльність або рішення суб'єкта владних повноважень[2].

Ще однією особливістю предмета доказування в адміністративному судочинстві є те, що, відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 19 Кодексу адміністративного судочинства України, юрисдикція адміністративних судів поширюється на публічно-правові спори фізичних чи юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії), дій чи бездіяльності. Саме адміністративне судочинство надає зобов'язаному суб'єкту податкових правовідносин, у випадку звернення до суду, розгалужений перелік можливостей щодо оскарження дій та рішень суб'єкта владних повноважень.

В основу податкового спору може бути покладено не лише реальне, а й можливе порушення прав і законних інтересів осіб.

Поділ обов'язків щодо доказування є центральною проблемою предмета доказування кожного учасника процесу.

Особливістю адміністративного судочинства є те, що у процесі його справляння приватними особами, поряд із захистом суб'єктивних приватних інтересів, захищається і публічний інтерес.

Для доказування в податкових спорах специфічною ознакою предмета доказування є обставини, за яких приймалося відповідне рішення владного суб'єкта, вчинялися дії чи виявлялася бездіяльність.

---

[1] Демський Є. Ф. Адміністративне процесуальне право України : навч. посіб. К.: Юрінком Інтер, 2008. – с. 269.

[2] Лученко Д. В. Про правову природу оскарження рішень, дій або бездіяльності суб'єктів владних повноважень. *Вісник Академії правових наук України* : зб. наук. пр. Академія правових наук України. – Х. : Право, 2011 - № 4 (67). – С. 155.

У податкових правовідносинах, які складаються при вирішенні податкових спорів, предмет доказування насамперед спрямований на правильне та повне вирішення справи незалежно від етапу такого доказування (досудовий, у порядку адміністративного судочинства). І якщо на першій (досудовій) стадії розв'язання податкового спору предмет доказування має лише певне формальне забарвлення, в силу передбаченої законом (Податковим кодексом України) структури доказування, то на другій (судовій) стадії предмет доказування набуває дуже важливого значення, адже доказування на цій стадії відбувається вже на підставі Кодексу адміністративного судочинства України, який надає сторонам спору широкі права щодо можливості доведення власної правової позиції.

Найбільше надходження позовних заяв і матеріалів традиційно посідають справи зі спорів з приводу адміністрування податків, зборів, платежів і контролю за дотриманням вимог податкового законодавства. Найпоширенішими зверненнями податкових органів були спори щодо припинення юридичної особи (припинення підприємницької діяльності фізичної особи-підприємця) та стягнення податкової заборгованості. Отже, серед характерних прикладів із судової практики варто виділити адміністративні спори про податкових повідомлень – рішень, винесених у зв'язку з відсутністю, на думку податкового органу, у платника податку права на податковий кредит або неправомірністю формування валових витрат. Аналіз зазначеної категорії справ показав, що найчастіше протиріччя виникають у зв'язку з неоднаковим застосуванням норм, що регулюють питання належності та допустимості доказів, а також самої оцінки доказів при встановленні факту реальності господарських операцій, фактичності їх здійснення. Зокрема, розбіжності мають місце при наданні судами оцінки таким доказам як Акт перевірки контрагента платника податку про неможливість проведення зустрічної звірки у зв'язку з відсутністю за місцезнаходженням, експертний висновок щодо підпису неуповноваженої особи на податковій накладній, відсутність товарно-транспортних накладних і факту перевезення товару власним транспортом, ненадання довіреностей на отримання товару.

Специфіка доказування в адміністративному судочинстві полягає у тому, що у справах про протиправність рішень, дій чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень обов'язок щодо доведення правомірності свого рішення, дії чи бездіяльності покладено на відповідача, якщо він заперечує проти адміністративного позову.

Результати дослідження судових доказів та їх оцінки повинні відображатися у мотивувальній частині судового рішення. Порушення даних вимог спричиняє судових рішень вищестоящим судом.

Вважаємо, що предметом доказування на стадії вирішення податкових спорів є обставини, якими обґрунтовуються позовні вимоги чи заперечення; обставини, які мають інше значення для правильного вирішення справи, а також обставини, які належить установити при ухваленні судового рішення. Особливістю предмета доказування під час розгляду і вирішення податкових спорів є обставини, за яких приймалося рішення суб'єкта владних повноважень – податкового органу, вчинялися дії чи проявлялася бездіяльність. Саме такі рішення, дії чи бездіяльність порушили права та законні інтереси платника податків. Як слушно в цьому аспекті відзначає О.Ю. Щербакова, центральною ланкою забезпечення належного формування предмета доказування на адміністративній (досудовій) стадії вирішення податкових спорів є податковий контроль. На її думку, саме за допомогою перевірок і звірок контролюючими органами формується найбільший масив доказової інформації, який має значення не лише для визначення предмета доказування, а й для прийняття по суті правильного рішення у справі.

3. Обов'язок доказування та предмет доказування на адміністративній (досудовій) стадії вирішення податкових спорів

Відповідно до п. 17.1.7 ст. 17 Податкового кодексу України, платник податків має право на оскарження рішень, дій (бездіяльності) контролюючих органів (посадових осіб), надані контролюючими органами податкові консультації.

Аналіз положень чинного Податкового кодексу України дозволяє вести мову про одночасне оскарження рішень контролюючих органів у судовому та адміністративному порядку.. Водночас законодавець, в п. 56.18 ст. 56 Податкового кодексу України встановив заборону на адміністративне оскарження рішень контролюючих органів, оскаржених у судовому порядку. Процедура адміністративного оскарження вважається досудовим порядком вирішення спору.

Щодо визначення процедури адміністративного оскарження використовується такий термін як «податкова апеляція».

Аналізуючи суть поняття «податкова апеляція» у різних країнах світу, простежується деяка спільність, що вивляється в оскарженні платником податків рішень органів податкової служби, прийнятих за результатами відповідної перевірки.

Початок процедури адміністративного оскарження виводить конфлікт, який виник між сторонами матеріальних правовідносин на процесуальний рівень.

Оскарження рішень контролюючих органів регламентується положеннями ст. 56 Податкового кодексу України. Так, у разі, коли платник податків вважає, що контролюючий орган неправильно визначив суму грошового зобов'язання або прийняв будь-яке інше рішення, що суперечить законодавству або виходить за межі повноважень контролюючого органу, встановлених Податковим кодексом або іншими законами України, він має право звернутися до контролюючого органу вищого рівня з скаргою про перегляд цього рішення.

Потрібно зауважити, що розв'язання податково-правових спорів можливе в позасудовому або судовому порядку.

До обставин, що підлягають доказуванню в конкретній адміністративній справі, належать будь-які факти, необхідні для правильного вирішення цієї справи, для прийняття законного й справедливого акта правозастосування. Надання певному колу осіб повноважень на участь у пізнавальній діяльності та порядок її здійснення визначаються законодавцем.

При аналізі обставин справи посадові особи управлінських органів використовують весь арсенал прийомів і методів доказування.

У теорії права склалися два підходи до обсягу доказування. Одна група авторів включає в доказування тільки збір і дослідження доказів, залишаючи оцінку за межами доказування, оскільки, на їхню думку, оцінка проводиться тільки за законами мислення.

Друга група розглядає доказування як єдність збирання, дослідження та оцінки доказів, єдність практичної та розумової діяльності, що спрямовується і регулюється в певних межах законом.

Дослідження інформації у процесі доказування не є самоціллю. Вона добувається для використання при винесенні рішення у справі. А це стає можливим тільки тоді, коли поряд зі збором і дослідженням інформації одночасно йде і їх оцінка. Дослідження відповідної інформації та її оцінка завжди йдуть паралельно й нерозривно. Так само неможливо розривати дослідження й оцінку отриманої інформації у процесі доказування з конкретного правового питання. У зв'язку з цим доказування в адміністративному процесі являє собою складне поняття, що охоплює практичну і розумову діяльність зі збирання, дослідження й оцінки необхідної для вирішення справи інформації. Процес доказування в адміністративному процесі може здійснюватися або безперервно, або з перервами, викликаними передачею справи для розгляду іншій особі, яка здійснює правозастосування, або передачею справи особі, правомочній прийняти по ній остаточне рішення. Тому для того, щоб визнати особу суб'єктом доказування, зовсім не

обов'язково наділяти її всім обсягом повноважень зі збирання, дослідження та оцінки необхідної для справи інформації. Для цього потрібно брати участь у доказуванні або за допомогою збирання, або за допомогою дослідження інформації. На відміну від кримінального і цивільного процесів, де коло суб'єктів доказування обмежується посадовими особами системи спеціально створених органів (суду, органів слідства, прокуратури) й особами, зацікавленими в результаті справи, в адміністративному процесі кількість суб'єктів доказування значно ширша. До них належать посадові особи державних і громадських органів і громадяни. Але не можна не бачити того, що інтереси і функції суб'єктів доказування нерівнозначні. Одні суб'єкти, будучи наділені державно-владними повноваженнями, несуть відповідальність за доказування і його результати. Вони зобов'язані вжити всіх передбачених законом заходів для всебічного, повного й об'єктивного дослідження всіх обставин справи. Це органи управління та їх посадові особи, які володіють повноваженнями на застосування норм адміністративного права. Вони збирають і досліджують докази або упродовж адміністративного процесу, або на якійсь певній стадії залучають інших осіб до участі у процесі як суб'єктів доказування і, оцінивши зібрану по справі інформацію, виносять відповідне рішення.

Усі інші суб'єкти доказування: 1) громадяни; 2) особи, зацікавлені в результатах справи; 3) особи, зобов'язані подавати інформацію про обставини, які є підставою правозастосування. І хоча вони не несуть відповідальності за доказування і його результати, їм не відводиться роль простих глядачів активних дій представників суб'єктів першої групи. Вони сприяють їм у збиранні та використанні інформації, висловлюють свої міркування про обставини справи, джерела, місце знаходження інформації тощо. Тільки в результаті спільної діяльності всіх суб'єктів доказування можливе встановлення всіх обставин справи, які є підставою для правозастосування.

Фактично, це означає, що питанням пов'язаним із формуванням предмета доказування на адміністративній (досудовій) стадії вирішення податкового спору, також буде опікуватися контролюючий орган. Але як відбувається таке формування? Відповідь на це запитання у площині контролюючих повноважень податкових органів. Однією з цілей проведення податкового контролю є збирання відомостей про відповідність податкової звітності господарської діяльності платника податків. В обмежений тимчасовими рамками період податковий орган повинен визначити всі юридично значущі факти, що свідчать про наявність (відсутність) правопорушення. Юридичний факт – факт реальної дійсності, з яким законодавство про податки і збори пов'язує

певні правові наслідки. Винесенню рішення податкового органу передує кілька етапів визначенням кола значущих юридичних фактів, їх збирання, закріплення в акті податкової перевірки. Вихідну інформацію для перевірки правильності виконання основного обов'язку платника податків – обов'язку зі сплати податків – посадові особи податкового органу як зовнішні користувачі отримують на підставі показників бухгалтерського обліку платника податків, що характеризують результати його господарської діяльності. При проведенні виїзних податкових перевірок посадові особи податкових органів безпосередньо досліджують первинні облікові документи. На стадії судового розгляду первинні облікові документи виступають письмовими доказами, і, відповідно, вже на стадії податкової перевірки необхідно враховувати, що дані документи повинні відповідати тим вимогам, які пред'являються до доказів. Вони повинні бути відносними, допустимими, достовірними, достатніми.

Необхідно виділити два етапи податкового контролю.

По-перше, посадові особи податкових органів, безпосередньо проводячи перевірку, є тими суб'єктами, котрі визначають, які факти, виявлені при її проведенні, вказують на вчинення податкового правопорушення, а які – ні. Від повноти зібраної інформації на цьому етапі залежить, наскільки повними будуть ті матеріали, які в подальшому стануть предметом дослідження керівником (заступником керівника) податкового органу при винесенні рішення в рамках провадження у справі про податкове правопорушення, а також судом. Посадові особи податкових органів у ході проведення перевірки збирають, досліджують, оцінюють, закріплюють доказами (переважно письмовими) юридичні факти. Цей етап починається з моменту, коли уповноважені посадові особи отримали доступ до документів (фінансові, установчі документи, бухгалтерські книги, первинні документи, накази і т. д.), і до складання акта податкової перевірки за встановленою формою.

Окрім цього, посадові особи, які проводять податкові перевірки, як правило, не оцінюють зібраний фактичний матеріал з урахуванням вимог доказового права. Нерідко це призводить до того, що при оцінці рішення податкового органу в суді факти предмета доказування не можуть бути доведені. Причина такого становища багато в чому пов'язана з тим, що податкова перевірка, яку в цілому можна охарактеризувати як роботу зі збирання доказів, здійснюється, як правило, особами, які не є професіоналами, що мають достатнє уявлення про закріплення доказів. Іншими словами, повнота визначення предмета доказування на стадії судового розгляду

залежить від того, які обставини перевіряючі визнали такими, що мають значення, в ході проведення податкової перевірки.

Ведення бухгалтерського обліку не є довільним, господарські операції відображаються в первинних облікових документах, складених відповідно до вимог законодавства. Це дозволяє закріпити на рівні інструкцій або інших нормативних документів, які факти свідчать про вчинення конкретного правопорушення. Значення даного етапу дуже велике, оскільки в разі невиявлення фактів, значимих з точки зору законодавства про податки і збори, їх подальше застосування або утруднюється, або унеможливлюється в силу того, що закон обмежує проведення податкового контролю часовими рамками. Саме на етапі виявлення посадовими особами податкових органів фактів, що вказують на вчинення податкового правопорушення, формується інформаційна база для винесення владного акта державного органу.

Другий етап пов'язаний із розглядом матеріалів перевірки керівником (заступником керівника) податкового органу. Для прийняття законного рішення контролюючий орган повинен отримати істинне знання про обставини справи, застосовувану норму, правовідносини, права й обов'язки сторін правового конфлікту (здійснити юридичне пізнання).

Аналіз практики вирішення податкових спорів свідчить, що посадовими особами податкових органів не завжди використовуються ті широкі повноваження, які надаються їм при проведенні податкового контролю (можливість проведення огляду територій, приміщень платника податків, витребування, виїмки документів, проведення експертизи). Унаслідок цього не виявляються значущі для справи обставини, не дається правильна кваліфікація правопорушень.

Отже, вищевикладене дозволяє зробити такі висновки. По-перше, законодавство про податки і збори передбачає самостійну сплату податків платниками податків. Отже, спочатку самі платники податків за конкретними фактами реальної дійсності визнають властивість юридичних, тобто пов'язують із ними наслідки у вигляді сплати податків. Розрахунки за податками містять інформацію про суму належних до сплати обов'язкових платежів і є формами звітності. По-друге, посадові особи податкових органів при проведенні податкового контролю зобов'язані виявити всі юридично значущі факти. По-третє, при проведенні податкового контролю (від моменту отримання доступу до документів платника податків та до складання акта податкової перевірки) повинні збиратися тільки такі докази, кожний з яких у майбутньому може бути визнано судом відносним, допустимим і достовірним. Відповідно, вся робота посадових осіб податкових органів щодо визначення юридично значимих фактів і

відображення їх у відповідних доказах повинна будуватися з урахуванням вимог процесуального закону про докази. Проте в наш час законодавство про податки і збори не регламентує питання про те, які факти свідчать про податкове правопорушення, якими засобами доказування вони повинні закріплюватися. І все ж таки, що представляє собою предмет доказування на адміністративній (досудовій) стадії вирішення податкового спору? Як уже зазначалося, відповідно до п. 56.4 ст. 56 Податкового кодексу України, обов'язок доказування того, що будь-яке нарахування, здійснене контролюючим органом у випадках, передбачених чинним податковим законодавством, або будь-яке інше рішення контролюючого органу є правомірним, покладається на контролюючий орган. Водночас час варто відзначити, що скарга на рішення, дії та бездіяльність контролюючого органу подається до контролюючого органу вищого рівня. Це означає, що суб'єктом доказування, а отже, і суб'єктом, який найбільше зацікавлений у правильному та повному формуванні предмета доказування, виступає саме контролюючий орган. Поряд з цим, проводячи аналіз положень чинного Податкового кодексу України, маємо змогу спостерігати ситуацію, коли платник податків при поданні відповідної скарги додає до неї відповідні документи, докази та розрахунки і фактично також виступає суб'єктом доказування на адміністративній (досудовій) стадії вирішення податкового спору. Варто відзначити, що відповідно до приписів п. 56.3 ст. 56 Податкового кодексу України, надання вказаних документів та пояснень є правом, а не обов'язком особи. І таким правом платник податків може користуватися на власний розсуд. Контролюючі органи, у свою чергу, здійснюючи розгляд відповідної скарги платника податків, фактично виконують доказову діяльність, і це не дивно з огляду на законодавчо встановлений обов'язок щодо доказування саме такими органами.

А як контролюючому органу зібрати докази, які і будуть становити предмет доказування? Певно, що в такому випадку вказані органи будуть використовувати розгалужений перелік повноважень наданих їм Податковим кодексом України в частині здійснення податкового контролю. Важливо враховувати і те, що при формуванні предмета доказування можуть використовуватися відомості, набуті не лише при здійсненні податкового контролю. Із наведеного досить важливого значення набуває питання щодо систематики податкових спорів на адміністративній (досудовій) стадії, з приводу чого вони виникають, та що взагалі платник податків може оскаржувати. Відповідь на це питання міститься в п. 56.2 ст. 56 Податкового кодексу України, де говориться, що оскарженню підлягають: 1) рішення про визначення

суми грошового зобов'язання; 2) інші рішення контролюючого органу, які суперечать законодавству; 3) вихід контролюючого органу за межі власних повноважень, встановлених чинним законодавством.

4. Формування предмета доказування на адміністративній (досудовій) стадії вирішення податкових спорів

Щоб почати процедуру оскарження рішення контролюючого органу, платнику податків достатньо лише вважати, що контролюючий орган прийняв рішення, яке є неправильним, або таке рішення порушує норми податкового законодавства. Оскарження дій та бездіяльності контролюючих органів у сфері оподаткування відбувається вже на підставі того, що контролюючий орган, знову ж таки, на думку платника податків, виходить за межі власних повноважень. У такій ситуації, платником податків повинні наводитися конкретні ситуації такого виходу, а також норми закону, які порушуються такою діяльністю чи бездіяльністю контролюючого органу. Отже, із наведеного виходить, що платники податків наділені правом на оскарження всіх рішень, дій та бездіяльності контролюючих органів, які суперечать закону. В такій ситуації, враховуючи покладення обов'язку щодо доведення правомірності власних дій на контролюючий орган, особливого значення набуває, як вже зазначалося, предмет доказування. Звичайно, формування предмета доказування по конкретній справі контролюючим органом на адміністративній (досудовій) стадії вирішення податкового спору є діяльністю інтелектуальною, діяльністю, яка потребує врахування та вивчення всіх обставин, що потрібні для прийняття повного та об'єктивного рішення по справі. Як відомо, збирання та вивчення вказаних фактів та обставин провадиться контролюючими органами за допомогою податкового обліку, контролю та звітності. Указані напрями діяльності податкових органів дозволяють повною мірою забезпечити збирання достатнього рівня фактів та обставин для належного формування предмета доказування по конкретній справі. Так, основним документом у податковій звітності платника податків, який може бути джерелом доказів, є податкова декларація такого платника. Згідно з п. 46.1 ст. 46 Податкового кодексу України податкова декларація, розрахунок – документ, що подається платником податків (у тому числі відокремленим підрозділом) контролюючому органу у строки, встановлені законом, на підставі якого здійснюється нарахування та/або сплата податкового зобов'язання, чи документ, що свідчить про суми доходу, нарахованого (виплаченого) на користь платників податків – фізичних осіб, суми утриманого та/або сплаченого податку. Платник

податку на прибуток подає разом із відповідною податковою декларацією квартальну або річну фінансову звітність (крім малих підприємств) у порядку, передбаченому для подання податкової декларації. Платники податку на прибуток, малі підприємства, віднесені до таких відповідно до Господарського кодексу України, подають разом із річною податковою декларацією річну фінансову звітність у порядку, передбаченому для подання податкової декларації. У складі фінансової звітності платник податків має право зазначати тимчасові та постійні податкові різниці за формою, встановленою центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну фінансову політику.

Центральною ланкою забезпечення належного формування предмета доказування на адміністративній (досудовій) стадії вирішення податкових спорів є податковий контроль. Відповідно до п. 61.1 ст. 61 Податкового кодексу України, податковий контроль – це система заходів, що вживаються контролюючими органами з метою контролю правильності нарахування, повноти і своєчасності сплати податків і зборів, а також дотримання законодавства з питань регулювання обігу готівки, проведення розрахункових і касових операцій, патентування, ліцензування та іншого законодавства, контроль за дотриманням якого покладено на контролюючі органи.

При встановленні перевіркою порушень податкового законодавства за кожним відображеним в акті фактом порушення посадовій особі контролюючого органу необхідно: 1) чітко викласти зміст порушення з посиланням на конкретні пункти і статті законодавчих актів, що порушені платником податків, зазначити період (місяць, квартал, рік) діяльності платника податків та операцію, в результаті якої здійснено це порушення, при цьому додати до акта письмові пояснення платника податків або його законних представників щодо встановлених порушень; 2) зазначити первинні документи, на підставі яких вчинено записи з обліку, та інші документи, пов’язані з обчисленням і сплатою податків і зборів, і докази, що підтверджують наявність факту порушення; 3) у разі відсутності первинних документів або ненадання їх чи інших документів, що підтверджують факт порушення, зазначити інші докази, що достовірно підтверджують наявність факту порушення; 4) у разі відмови платника податків або його законних представників надати копії документів посадовій (службовій) особі органу державної податкової служби така особа складає акт у довільній формі, що засвідчує факт відмови, із зазначенням прізвища, імені, по батькові платника податків (його законного представника) та переліку документів, які йому запропоновано подати, факт про складання такого акта відображається в акті документальної перевірки; 5) у разі

надання платником податків або його законними представниками посадовим (службовим) особам органу державної податкової служби письмових пояснень щодо встановлених порушень податкового законодавства та/або причин ненадання первинних та інших документів, що підтверджують встановлені порушення, або їх копій, факти про надання таких пояснень необхідно відобразити в акті.

Відповідно до ст. 83 Податкового кодексу України, для «посадових осіб контролюючих органів під час проведення перевірок підставами для висновків є: 1) документи, визначені Податковим кодексом України; 2) податкова інформація; 3) експертні висновки; 4) судові рішення; 5) інші матеріали, отримані в порядку та у спосіб, передбачені Податковим кодексом України або іншими законами, контроль за дотриманням яких покладений на контролюючі органи».

У своїй доказовій діяльності, спрямованій на встановлення предмета доказування, контролюючі органи повинні використовувати тільки ті документи, які визначені Податковим кодексом України.

Щоб документ був належним, у ньому повинно забезпечуватися поєднання часових і фактичних критеріїв. Часовим критерієм виступає нормативна вимога про те, що первинні документи повинні бути складені під час здійснення господарської операції, а якщо це неможливо – безпосередньо після її закінчення. Фактичним критерієм первинного документа виступають його реквізити, до яких належить: 1) назва документа (форми); 2) дата і місце складання документа; 3) назва підприємства, від імені якого складено документ; 4) зміст і обсяг господарської операції, одиницю виміру господарської операції; 5) посада осіб, відповідальних за здійснення господарської операції, та правильність її оформлення; 6) особистий підпис або інші дані, що дають змогу ідентифікувати особу, яка брала участь у здійсненні господарської операції.

Отже, у власній доказовій діяльності контролюючі органи можуть використовувати ті документи, які не лише містять інформацію щодо певних обставин, пов'язаних з оподаткуванням, а й відповідають наведеним вимогам. Усі інші документи не можуть залучатися контролюючими органами до доказування. Документи, складені платником податків із порушенням чинного законодавства, будуть вже самостійним об'єктом оскарження. Правам контролюючого органу щодо витребування документів відповідає обов'язок платника податків щодо надання таких документів. Така зв'язка повноважень податкового органу та обов'язків платника взагалі є характерною для податкового права. Ведучи мову про надання платником податків документів, потрібно пам'ятати, що такий обов'язок не є безумовним. Так, платник

податків зобов'язаний надати посадовим (службовим) особам контролюючих органів у повному обсязі всі документи, що належать або пов'язані з предметом перевірки. Такий обов'язок виникає у платника податків після початку перевірки. Отже, коло документів, які має право вимагати контролюючий орган обмежене предметом конкретно визначеної перевірки та не може стосуватися інших документів, не пов'язаних із таким предметом. Це означає, що контролюючий орган, розпочинаючи перевірку, повинен чітко визначити її межі та повідомити про це платника податків. При проведенні перевірок посадові особи контролюючого органу мають право отримувати у платників податків належно завірені копії первинних фінансово-господарських, бухгалтерських та інших документів, що свідчать про приховування (заниження) об'єктів оподаткування, несплату податків, зборів, платежів, порушення вимог іншого законодавства, контроль за дотриманням якого покладено на контролюючі органи

У своїй доказовій діяльності, спрямованій на встановлення предмета доказування, контролюючі органи можуть також використовувати податкову інформацію. Чинний на сьогодні Податковий кодекс України у пп. 14.1.171 п. 14.1 ст. 14 містить відсильну норму щодо визначення такої категорії.

Найбільший інтерес, на нашу думку, при доказуванні в податкових спорах, саме на адміністративній (досудовій) стадії їх вирішення, становлять експертні висновки. Залучення у разі потреби експерта є правом податкового органу, яке передбачене пп. 20.1.7 п. 20.1 ст. 20 Податкового кодексу України. Тобто у випадку, коли для здійснення податкового контролю професійних навичок та знань посадових осіб контролюючих органів є недостатньо, такі органи можуть залучати відповідних експертів. Чинним податковим законодавством встановлюється, що до проведення експертизи можуть залучатися експерти з наявністю спеціальних знань у галузі науки, мистецтва, техніки, економіки та в інших галузях.

Важливе значення для доказування контролюючими органами мають і судові рішення. Вони можуть використовуватися податковими органами як преюдиції, які не потребують додаткового доведення. Звичайно, для доказування та формування предмета доказування по конкретній справі такі судові рішення набудуть преюдиційного характеру за умови, що вони стосуються тих же сторін податкового спору, відповідають змісту конкретних спірних правовідносин та набрали законної сили. Але, на відміну від адміністративного судочинства, де преюдиційні обставини є обов'язковими для адміністративного суду, який розглядає справу про правові наслідки

дій чи бездіяльності особи, щодо якої ухвалений вирок або постанова суду, для контролюючого органу на адміністративній (досудовій) стадії вирішення податкового спору, законодавчо передбаченого обов'язку щодо врахування таких рішень немає. Фактично це призводить до того, що контролюючий орган у процесі вирішення податкового спору на адміністративній (досудовій) стадії може і не брати до уваги такі рішення, через відсутність указаного положення в чинному податковому законодавстві.

Збирання, вивчення фактів та обставин, які мають значення для належного вирішення податкового спору на адміністративній (досудовій) стадії, провадиться контролюючими органами за допомогою розгалуженого переліку повноважень з податкового обліку, контролю та звітності. Указані напрями діяльності контролюючих органів дозволяють цілком забезпечити збирання достатнього рівня фактів та обставин для належного формування предмета доказування по конкретній справі. Обов'язок доказування законності рішення або дії контролюючого органу покладається на такий орган після виконання платником податків первинного обов'язку доказування, що охоплює дії із пред'явлення вимог, які дозволяють усвідомити, в якій частині платник податків не згоден із винесеним рішенням; зазначенням обставин, на яких засновані вимоги; поданням відповідних доказів

5. Предмет доказування на судовій стадії вирішення податкових спорів

Природа податкових спорів зумовлює те, що доказові факти можуть корегувати процедури виконання податкового обов'язку і відповідно до цього його розміри. У цьому сенсі треба погодитися з тим, що при вирішенні питання про віднесення доказових фактів до предмета доказування важливо з'ясувати, чи є такий факт значущим для вирішення спору, чи ні.

При позитивній відповіді він, безумовно, є складовою предмета доказування. Предмет доказування, базуючись на головних матеріально-правових фактах, не виключає доказових фактів, і вони мають непряме відношення до спору, що розглядається, але у певний спосіб доповнюють системну процедуру вирішення справи. Мета останньої - встановлення як головних, так і додаткових обставин, до яких і відносяться доказові факти. Особливої важливості ця логіка набуває саме при вирішенні податкових спорів. Вирішення справи в цьому сенсі передбачає необхідність з'ясування судом широкого кола

доказових фактів, які не завжди безпосередньо визначені в податковому законодавстві, мають оціночне значення. Вихідними засадами при вирішенні спору щодо обґрунтованості нарахування суми будь-якого податку є дослідження низки фактів у деяких напрямах. Перш за все це стосується правового статусу платника податку – визначення фактів, які обумовили б момент виникнення такого обов'язку у відповідної особи. Обґрунтованість нарахування податку базується і на з'ясуванні такого факту, як об'єкт оподаткування. У той же час це передбачає і визначення кола доказових фактів, на підставі яких робиться висновок щодо наявності чи відсутності тих чи інших складових об'єкта оподаткування. Такі факти обумовлювали б не лише виникнення податкового обов'язку, а й чіткий кількісний критерій (базу оподаткування), до якого можна застосувати ставку і взагалі визначити – сплатив платник податок у повному обсязі та своєчасно, чи доказові факти свідчать про такі дії платника, в яких міститься склад правопорушення. У цій ситуації предметом судового доказування має бути не з'ясування чіткості віднесення тієї чи іншої складової витрат або доходів, а відповідність ознакам обґрунтованості такого відображення руху коштів та документального підтвердження цих процесів. Тобто суд виступає в цій ситуації певним дослідником у двох площинах: з одного боку – чи відповідає та чи інша операція законодавчій нормі, згідно з якою вона здійснюється; з другого – чи документально підтверджується така дія з фактично заявленою. При цьому така дослідницька роль суду базується як на вивченні законодавчих норм, так і позиціях позивача та відповідача. Дуже часто передумовою виникнення податкових спорів є різні погляди та уявлення сторін на ті самі факти. Саме тому суд має з'ясувати та узгодити суперечності позицій суб'єктів доказування щодо обсягу та змісту фактів у конкретному спорі. Отримавши документ, суд або податкова, якщо мова йде про податковий контроль, оцінює його з точки зору належності, самостійно або в сукупності з іншими документами. Доказ можна вважати відносним і долучити до матеріалів справи (або матеріалів податкової перевірки), якщо він підтверджує або спростовує факти, які є предметом доказування. Але є ще варіант, коли доказ можна вважати відносним, незважаючи на те, що прямого відношення до предмета доказування він не має. Це може статися, якщо доказ ставить під сумнів факт, який уже вважається доведеним.

Продовжуючи наведену думку, потрібно констатувати, що правові позиції судів виступають базисом для формування судових доктрин. У теоретичному розумінні вказані доктрини можуть розглядатися як

загальні підходи до вирішення судами справ із податкових правовідносин, засновані на узагальненні судової практики з розв'язання податкових спорів. Що ж до практичного змісту, то судова доктрина, за такого підходу пропонує спеціальні інструменти, які використовуються сторонами спору в процесі доказування. З огляду на викладене вплив судових доктрин на предмет доказування саме при вирішенні податкових спорів призводить до включення в нього обставин, які не передбачені нормами матеріального права, але, незважаючи на це, потребують доведення, спираючись на існуючу судову практику. Звичайно, наведені позиції можуть викликати деякий подив та дискусії. Але, ставлячи собі за мету досягнення підвищеного рівня довіри громадян (платників податків) до держави (судової влади), така держава повинна повною мірою відповідати всім критеріям добросовісності, з власного боку, стосовно власних громадян.

Включення в предмет доказування фактів, які не передбачені нормою права, відбувається в тому числі і під впливом судових доктрин. У такому випадку варто зауважити, що наведена система використання «нових фактів» формується судовою владою самостійно.

У структурі судового доказування виділяють такі елементи: збирання доказів, дослідження доказів та їх оцінку.

Основні риси судового доказування.

По-перше, доказування є розумовою та процесуальною діяльністю. По-друге, суб'єктами такої діяльності виступають відповідні учасники судочинства. По-третє, напрями діяльності вказаних суб'єктів спрямовані на встановлення обставин судової справи. По-четверте, засобами такого процесуального встановлення виступають судові докази[1].

У випадку, якщо процедурі розгляду податкового спору в порядку адміністративного судочинства передувала апеляційна адміністративна процедура узгодження, за результатами якої було прийнято відповідне рішення, яке оскаржується, суду необхідно оцінювати не лише законність вказаного рішення, а і його обґрунтованість. Це означає, що суд повинен перевіряти не лише законність процедурних моментів прийняття оскаржуваного рішення, а й проводити оцінку того, які докази надавалися, чи правильною була їх оцінка контролюючим органом.

Доказова діяльність осіб при вирішенні податкових спорів починається при судовому розгляді справи. Тут усуваються недоліки підготовчого провадження. Оскільки ця частина судового засідання

[1] Тертишніков Р. В. Доказування і докази в судочинстві України: Науковопрактичний посібник. – Харків : ФІНН, 2009. – с. 36.

пов'язана безпосередньо з дослідженням доказів, видається важливим визначити насамперед коло юридично значимих фактів. Для цілей своєчасного і правильного вирішення податкового спору суду потрібно визначити, які юридично значимі факти і в якій послідовності мають бути досліджені.

Дотримання контролюючим органом вимог актів законодавства щодо порядку та способу проведення перевірки входить у предмет доказування при розгляді спору про правомірність рішення про застосування штрафних санкцій. У разі встановлення судом факту перевищення контролюючим органом встановлених законом повноважень чи вчинення дій у спосіб, який не передбачений законом, таке може бути самостійною підставою для рішення як протиправного.

Учасники адміністративного процесу не зобов'язані повторно доказувати ті обставини, встановлені чинним судовим рішенням в іншій адміністративній, цивільній або господарській справі, якщо в цій справі брали участь особи, щодо яких відповідні обставини встановлені. Наведене стосуються перш за все обставин, що входять до кола предмета доказування у справі, тобто тих, якими обґрунтовуються позовні вимоги чи заперечення або які мають інше значення для вирішення справи (причини пропущення строку для звернення до суду тощо) та які належить установити при ухваленні судового рішення у справі. З урахуванням того, що вимогою конкретного позову було стягнення штрафних санкцій, предметом доказування у даній справі мали бути обставини, які свідчать про наявність підстав, з якими законом пов'язує можливість стягнення штрафних санкцій у судовому порядку, зокрема встановлення факту їх сплати у добровільному порядку або встановлення відсутності такого факту тощо.

Для вирішення податкового спору суд повинен установити такі факти предмета доказування: 1) процедурні факти провадження у справі про податкове правопорушення; 2) факт податкового правопорушення; 3) наявність суб'єкта податкового правопорушення; 4) винуватість особи; 5) обставини, що пом'якшують і обтяжують відповідальність за вчинення податкового правопорушення.

Незважаючи на обов'язок податкових органів доводити правомірність своїх рішень, аналіз судової практики показує, що платник податків не звільняється повністю від доказування юридично значимих фактів, що становлять предмет доказування. У наш час в окремих судових актах прямо формулюються правила, які уточнюють загальне правило про обов'язок доведення обставин податковим органом. Убачається, що при розподілі обов'язків із доказування в податковому спорі важливим є розгляд питання про так звані обов'язки первинного доказування.

Можна зробити висновок про те, що обов'язок доказування законності оспорюваного акта податкового органу покладається на даний державний орган після виконання платником податків первинного обов'язку доказування, що охоплює дії із пред'явлення вимог, які дозволяють усвідомити, в якій частині платник податків не згоден із винесеним рішенням; вказівкою обставин, на яких засновані вимоги; поданням відповідних доказів. При зверненні податкового органу із заявою про стягнення податкової санкції обов'язок первинного доказування покладається на заявника. У разі наявності заперечень з боку платника податків на нього переходить обов'язок доведення відповідних обставин.

Аналіз предмета доказування на стадії судового розгляду дозволяє зробити такі висновки.

1. Для цілей правильного та швидкого вирішення податкового спору в одному судовому засіданні потрібне чітке уявлення про склад юридично значимих фактів, що становлять предмет доказування за податковим спором. Для вирішення податкового спору суд повинен установити такі факти предмета доказування: процедурні факти провадження у справі про податкове правопорушення; факт податкового правопорушення; наявність суб'єкта податкового правопорушення; винуватість особи; обставини, що пом'якшують і обтяжують відповідальність за вчинення податкового правопорушення.

2. Суд при визначенні предмета доказування за податковим спором і дослідженні відповідних доказів не повинен заповнювати прогалини в рішенні податкового органу. Зокрема, до таких дефектів належать: не відображення або неповне відображення обставин податкового правопорушення, відсутність посилань на відповідні докази. Думка про те, що за таких недоліків податковий спір обов'язково має бути вирішений по суті, оскільки факти правопорушення підтверджуються матеріалами проведеної перевірки, є помилковим. При вирішенні спору суд перевіряє законність рішень і дій (бездіяльності) податкового органу і не повинен підміняти собою цей державний орган.

3. Закріплене в процесуальному законі правило про те, що обов'язок доведення обставин, що стали підставою для прийняття державним органом оспорюваних рішень, вчинення дій (бездіяльності), покладається на державний орган, не є свідченням пасивної ролі платника податків у податковому спорі. Зокрема, при зверненні з вимогою визнати недійсним ненормативний акт податкового органу обов'язок первинного доказування покладається на платника податків.

4. При наявності сумнівів у достовірності доказів суд самостійно може поставити питання при їх перевірці.

Розгляд спору по суті означає, що суд повинен зробити все для того, щоб установити обставини, які мають значення для справи. Водночас, у випадку неподання доказів однією і з сторін спірних правовідносин це не повинно руйнувати змагальний базис процесу та призводити до затягування строків розгляду конкретної справи. У такій ситуації суд може не лише зробити висновки про обставини справи на підставі оцінки наявних доказів, а й самостійно витребувати такі докази (в адміністративному судочинстві).

Звичайно такий підхід може бути перенесений і на певний розсуд, свободу оцінки судом наявних у справі доказів. Але в такому випадку потрібно мати на увазі, що такий розсуд повинен існувати лише в межах предмета доказування. У такій ситуації треба наголосити, що предмет доказування зовсім не можна віднести до явища, яке засноване на інтуїції. Предмет доказування є винятково логічним явищем, і логічність цього явища розкривається не лише в розумовій діяльності сторін щодо формування предмета доказування, а й у тому, що він підкріплений логікою закону.

Питання, пов'язані з визначенням предмета доказування при судовому вирішенні спорів, дискусійні не лише у вітчизняній науці, а й у зарубіжній. Так, предмет доказування посідає одне з центральних місць у судовому процесі Англії, а його визначення відбувається ще до початку розгляду справи. Але факти, які входять до предмета доказування в Англії, систематизуються на підставі їх значення для справи. Першу групу складають принципові факти. Тобто ті факти, які є основними та на які в першу чергу потрібно звернути увагу при вирішенні справи. Другу групу формують ті факти, за допомогою яких знаходяться (доказуються) принципові факти. Такі факти ще мають назву «доказових».

Продовжуючи розгляд питань, пов'язаних із фактами та предметом доказування в англійській правовій науці, варто більш детально зупинитися на тому, які ж саме факти складають такий предмет. Серед фактів, які входять до предмета доказування, англійські науковці виділяють: породжуючі факти, припиняючі факти, змінюючі факти, юридичні факти. Причому всі наведені факти безпосередньо чи опосередковано впливають на права й обов'язки сторін.

Неможливо оминути увагою і теорію відносності доказів, яка має неабияке значення саме для правильного визначення предмета доказування. Отже, теорія доказів поділяє факти, які складають предмет доказування, на: facts in issue (які підлягають безпосередньому вирішенню) та facts relevants to the issue (які належать до вирішення).

Усі інші факти мають характер irrelevant facts (які не належать до суті спору). Такі факти виключаються із процесу їх дослідження судом та, відповідно, не підлягають віднесенню до предмета доказування. Із наведеними особливостями тісно пов'язана і доктрина «Res gestae», відповідно до якої англійські судові органи вирішують питання допустимості доказів. Зміст указаної доктрини полягає в тому, що докази формує сторона, яка доводить, що вони є допустимими і доказують ту чи іншу фактичну дію.

Доказування в податкових спорах істотно відрізняється від доказування у спорах цивільно-правового характеру. Як правило, у першому випадку доказова база більш об'ємна і містить документи різного характеру: не тільки документи податкового обліку та документи, що оформлюються у процесі податкового контролю, а й цивільно-правові, первинні облікові документи, регістри бухгалтерського обліку, організаційно- розпорядчі документи організацій, довідки компетентних органів, експертні висновки тощо. На практиці застосовуються два основних підходи до визначення предмета доказування і, як наслідок, формування доказової бази – вузький і широкий. При вузькому підході предмет доказування визначається як обставина, яка безпосередньо оспорюється або піддається сумніву податковим органом. Наприклад, зі спору про правомірність прийняття до відрахування сум вхідного ПДВ за послугами, які, на думку податкового органу, не пов'язані із здійсненням діяльності, що обкладається податком, предметом доказування для платника податків може стати наявність зв'язку придбаних послуг з оподатковуваною ПДВ діяльністю. Нерідко сторони стикаються з недобросовісністю учасників судового засідання, яка виражається в поданні фальсифікованих документів. Ідеться про додрукування тексту, заміну внутрішніх аркушів у документах, внесення до них перекручених даних. Як правило, сторони заявляють про фальсифікацію підписів. Податкові органи теж часто використовують цей аргумент. При цьому їх доказування зводиться до такого: на стадії проведення перевірки інспекція витребує реєстраційну справу, яка містить документи, підписані засновником. Далі підписи, що містяться на документах реєстраційної справи, візуально порівнюються з підписами на рахунках-фактурах, за якими пред'являється ПДВ до заліку, на договорах і накладних. Якщо такі підписи очевидно різняться, то інспекція вказує, що підписи були сфальсифіковані і, як наслідок, документи, підписані неуповноваженими особами, що позбавляє платника податків права на відшкодування ПДВ і виключає можливість врахувати ряд витрат із метою обчислення податку на прибуток.

Предметом доказування у цих спорах є дві обставини: невідповідність закону прийнятого ненормативного акта та порушення прийнятим ненормативним актом прав платника податків. Суд намагається з'ясувати ці обставини на стадії попереднього засідання, щоб при проведенні основного засідання підтвердити або засумніватися у зроблених висновках. Крім того, на стадії попереднього судового засідання доцільно представити документи, на яких ґрунтується правова позиція платника податків. Безперечно, існує така адвокатська практика, коли всі «козирі» видаються в останньому засіданні так, щоб у опонентів не було можливості повноцінно відреагувати на наведені докази. Інакше кажучи, багато чого в тактиці ведення суперечки залежить від самої категорії справи.

Беззаперечний той факт, що доказування характеризується певною стадійністю. Так, серед стадій доказування у більшості випадків виділяють: формування предмета доказування, збір і подання доказів, дослідження й оцінку доказів.

Процедури вирішення податкових спорів стосуються саме публічно-правового регулювання. У будь-якому разі вони виходять із протистояння представника владної сторони податкових правовідносин та представника зобов'язаної сторони. У той же час принципово розрізняються як процедури розв'язання спорів, так і законодавство, які застосовуються при розв'язанні податкових спорів у режимі апеляційного оскарження та на етапі вирішення такого спору в суді. Якщо в першому випадку йдеться про застосування суто податкового законодавства то в другому випадку ми стикаємося з певною комплексною межею використання податкового та адміністративного законодавства.

Формування предмета доказування на судовій стадії вирішення податкових спорів. Доказами в адміністративному судочинстві є будь-які дані, на підставі яких суд установлює наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення осіб, які беруть участь у справі, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи Ці дані встановлюються судом на підставі пояснень сторін, третіх осіб та їхніх представників, показань свідків, письмових і речових доказів, висновків експертів. Фальшивість документа, що надає права або звільняє від обов'язків, може бути перевірено як за допомогою висновків експертизи, порівняння його з іншими письмовими чи речовими доказами, поясненнями свідків, зокрема посадових осіб, котрі його виготовили, так і шляхом кримінального переслідування за наявності підстав для порушення кримінальної справи. У разі підтвердження доводів податкового органу про безтоварність операцій визначення

податкового кредиту було б безпідставним і податок на додану вартість не підлягав би відшкодуванню з бюджету. При цьому неважливі були наявність чи відсутність у платника податку податкової накладної та доказів сплати продавцю вартості товару з податком на додану вартість. Визнання недійсними установчих документів юридичної особи та подальше анулювання свідоцтва платника податку на додану вартість самі по собі не призводять до недійсності всіх угод, укладених із моменту державної реєстрації такої особи до моменту виключення її з державного реєстру. Це не позбавляло правового значення виданих за цими господарськими операціями податкових накладних. У разі якщо на час здійснення господарських операцій (за якими податкова інспекція не визнавала обґрунтованим віднесення позивачем до податкового кредиту сум податку на додану вартість), постачальники були включені до Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців, мали свідоцтво про реєстрацію платника податку на додану вартість, покупець не міг нести відповідальність ні за несплату податків продавцями, ні за можливу недостовірність відомостей про них. При цьому треба було виходити з того, що відомості, які підлягають внесенню до Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців, були внесені до нього, вважалися достовірними та використовувались у спорі з третьою особою, доки до них не внесені відповідні зміни. Якщо відомості, які підлягають внесенню до цього реєстру, є недостовірними і були внесені до нього, то третя особа може посилатися на них у спорі як на достовірні, за винятком випадків, коли вона знала або могла знати про те, що такі відомості є недостовірними. Предмет доказування у справах, пов'язаних із формуванням сум податкового кредиту з податку на додану вартість і бюджетного відшкодування з цього податку, становлять обставини, що підтверджують або спростовують обґрунтованість визначення податкового кредиту та відшкодування податку на додану вартість з бюджету.

Про безпідставність вимоги щодо бюджетного відшкодування податку на додану вартість могли свідчити операції, враховані на підставі удаваних правочинів, операції, підтверджені доказами доводи податкового органу. Саме тому, якщо судом було встановлено, що головною метою платника податку є одержання доходу винятково або переважно за рахунок податкової вигоди, зокрема відшкодування податку на додану вартість з бюджету, за відсутності наміру здійснювати реальну підприємницьку діяльність, то у визнанні обґрунтованості одержання такої вигоди відмовлялося. Верховним Судом України у справі за позовом Приватного підприємства

«Ібрис» до Державної податкової інспекції у м. Дніпродзержинську Дніпропетровської області про визнання недійсними податкових повідомлень-рішень зазначалося, що передумовою визначення податкового зобов'язання з податку на прибуток та податку на додану вартість у цій справі була угода на поставку ячменю (загальний обсяг поставки – понад 7 тис. тонн), укладена між позивачем і Приватним підприємством «Лани Придніпров'я».

Останнім було виписано відповідні податкові накладні на користь підприємства. Ця операція визначена податковим органом як безтоварна із посиланням на відсутність товарнотранспортних накладних, які підтверджували б факт перевезення товарно-матеріальних цінностей за указаною угодою. Верховний Суд України виходив із того, що податкова накладна є водночас звітним податковим і розрахунковим документом, який за умови його належного оформлення, є підставою для включення до податкового кредиту сум податку на додану вартість, сплачених у ціні товару. При цьому докази, на які послалися суди в ухвалених рішеннях, визначалися ним обов'язковими, але не вичерпними. Предмет доказування у цій справі становили обставини, що підтверджують або спростовують обґрунтованість визначення податкових зобов'язань. Податковий орган, приймаючи податкові повідомлення-рішення, про яких заявлено позов, виходив із того, що позивач товар не придбавав і ці операції були безтоварними. Суди повинні були з урахуванням суті заперечень податкового органу проти позову витребувати у позивача докази, які підтверджують віднесення сум податку на додану вартість до податкового кредиту та збільшення сум валових витрат.

6. Стандарт об'єктивної істини у податкових спорах. Три стандарти доказування: баланс імовірностей, перевага доказів та «поза розумними сумнівами»

Від того, наскільки чіткими будуть правила або стандарти доведення в спорі, залежить не тільки обґрунтованість судового рішення, а й право в цілому. Адже сам собою процес судочинства за своїм змістом є процесом правотворчості. Відштовхуючись від стандартів, можна не прийняти той чи інший формально бездоганний доказ.

Об'єктивні суперечності

Життя повне очевидних суперечностей. Філософи, починаючи з Георга Гегеля, це звуть діалектикою. Ми всі прагнемо істини, проте вважаємо цілком припустимим домагатися правди брехнею. Нас не тільки не бентежить, а й надихає красивий образ. Але ж образи - це брехня. Чим красивіший образ, тим страшніший обман.

За своєю суттю, право - продукт творчості в певних, заздалегідь установлених рамках. Матерія права – це образ, створений в уяві художника-дослідника, яким є законодавець або суддя, і об'єктивований у вигляді правових норм, відповідних правовим принципам (основній нормі, як першому ступеню становлення права за Кауфманом). Правову реальність являють собою юридичні фікції, презумпції, механізми й універсалії, які приводяться в дію юридичними фактами, що породжують правовідносини між відповідними сторонами.

Однією з найважливіших юридичних універсалій є категорія об'єктивної істини. Згідно з радянською правовою доктриною, саме її суд повинен установити в процесі розгляду спору між сторонами. Сам собою підхід правильний, хоч і дещо ідеалістичний, адже встановити істину можливо далеко не в кожній справі. І суддя, як, до слова, і чиновник з органу виконавчої влади, у більшості випадків повинен задовольнятися відносним ступенем істинності обставин, що лежать в основі рішення у справі.

Стандарт об'єктивної істини, попри всю його привабливість, можна розглядати лише як мету, ідеал, до якого може прагнути суд у процесі розгляду податкових спорів.

В адміністративному судочинстві вкрай складно забезпечити встановлення повної та точної відповідності висновків суду про обставини вирішуваної справи об'єктивній дійсності. Орган контролю просто позбавлений повноважень, наданих органам кримінальної юстиції, щодо встановлення обставин здійснення тих чи інших оподатковуваних операцій. Крім того, сам собою обсяг здійснюваних підприємством (та й просто платником податків — фізичною особою) операцій може бути настільки великим, що перевірка кожної з метою встановлення об'єктивної істини може зайняти невиправдано багато часу.

У теорії права розглядають 3 основні стандарти доказування, властиві англо-американській системі права:

- баланс імовірностей (*balance of probabilities*; аналогічний американський стандарт - preponderance of the evidence, «перевага доказів»),
- «поза розумними сумнівами» (beyond reasonable doubt)
- і «чітких та переконливих доказів» (*clear and convincing evidence*).

На практиці трапляються й інші стандарти доказування: «поза тінню сумнівів» (*beyond the shadow of a doubt*), «окремі достовірні докази» (*some credible evidence*) та ін.

«Поза розумними сумнівами»

Новий Кодекс адміністративного судочинства не встановлює стандартів доказування при вирішенні податкових та інших спорів. Хоча КАС у ст.78 побіжно згадує категорію «обґрунтовані сумніви», відсутність яких є підставою для звільнення від доведення визнаних сторонами обставин, він не формулює стандартів доказування як таких.

Це призвело до того, що на рівні суду касаційної інстанції тривалий час існували 2 різні правові підходи при виборі стандарту доведення в податкових спорах - «поза розумним сумнівом» і «встановлення об'єктивної істини». Так, у своїх постановах від 13.12.2017 (справа № 815/4319/16), 1.11.2017 (№ 1570/3741/2012), 11.10.2017 (№ 804/4399/16), 27.09.2017 (№2 а/0570/2104/11), 20.09.2017 (№ 813/2642/16), 20.09.2017 (№ 826/23795/15), 20.09.2017 (№ 816/5451/13-а)

Вищий адміністративний суд неодноразово підкреслював необхідність дотримуватися позиції, викладеної в п.53 рішення Європейського суду з прав людини у справі «Федорченко і Лозенко проти України». Відповідно до вказаної позиції суд при оцінці доказів керується критерієм доведення «поза розумними сумнівами».

ВАС також акцентував увагу на тому, що в адміністративних справах про протиправність рішень, дій або бездіяльності суб'єкта владних повноважень обов'язок доведення правомірності свого рішення, дії або бездіяльності покладається на відповідача, якщо він заперечує проти позову.

Згідно з іншою позицією, ВАС в умовах дії такого принципу адміністративного судочинства, як офіційне з'ясування всіх обставин справи, суди не повинні обмежуватися заявленими сторонами доводами й наданими ними доказами. Вони повинні відігравати активну роль у встановленні об'єктивної істини, уживаючи всіх можливих заходів для перевірки та встановлення всіх фактичних даних у спорі, сприяючи сторонам у наданні й витребуванні необхідних для цього доказів.

Офіційне з'ясування обставин

Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду не використовує стандарту «поза розумним сумнівом», підкреслюючи необхідність установлення об'єктивної істини. Так, у постановах від 30.05.2018 (справа № 815/2143/16), 30.05.2018 (№ 826/1917/17), 13.04.2018 (№ 826/26667/15), 7.03.2018 (№ 825/1682/15-а), 23.05.2018 (№ 821/2239/16) ВС відзначив, що виконання завдань адмінсудочинства залежить від установлення судом об'єктивної істини та правильного застосування норм матеріального й процесуального права. А тому

в ст.9 КАС на суд покладено обов'язок уживати передбачених законом заходів, необхідних для правильного з'ясування всіх обставин справи, зокрема щодо виявлення й витребування доказів за власною ініціативою. Дієвість адмінсудочинства залежить від того, наскільки повно та всебічно будуть підтверджені доказами обставини, що мають значення для правильного вирішення справи.

Кодекс розподіляє обов'язки щодо доведення й надання доказів між особами, котрі беруть участь у справі, і передбачається активна роль суду в процесі збору доказів та їх застосування, а забезпечення повного з'ясування обставин справи базується на поєднанні принципів змагальності й офіційності. Проте суд не є пасивним спостерігачем у збиранні доказів і в разі потреби може брати активну участь у такому процесі.

Незважаючи на те що обов'язок доказування правомірності оскаржуваного акта органу контролю процесуальним законом покладено саме на такий орган, ВС іноді кладе цей тягар на платника податків. Зокрема, у постанові від 11.06.2018 (справа № 26/4565/14) зауважено: у разі надання податковим органом доказів стосовно того, що долучені платником документи містять інформацію, яка не відповідає дійсності, останній повинен спростовувати ці доводи.

І хоча висновки ВС повинні застосовуватися судами нижчих інстанцій, вони суперечать нормам чинного КАС, що створює очевидну проблему правозастосування. Так, нова редакція кодексу (як і попередня) справді передбачає принцип офіційного з'ясування обставин справи (ч. 4 ст. 9 КАС). У той же час, на відміну від попередньої редакції, нова редакція КАС містить винятки із зазначеного «правила». Згідно із ч. 4 ст. 77 КАС, суд не може витребувати докази в позивача у справах про протиправність рішень, дій або бездіяльності суб'єкта владних повноважень, окрім доказів на підтвердження обставин, за яких, на думку позивача, відбулося порушення його прав, свобод або інтересів.

З огляду на ч. 2 ст. 19 Конституції, суди не мають права витребувати докази від позивача - платника податків у справах про протиправність рішень, дій або бездіяльності органу контролю, крім доказів порушення прав заявника. Більше того, згідно із ч. 2 ст.77 КАС у справах про протиправність рішень, дій або бездіяльності суб'єкта владних повноважень такий суб'єкт не може посилатися на докази, які не були покладені в основу оскаржуваного рішення. Винятками є випадки, коли він доведе, що були вжиті всі можливі заходи для їх отримання до ухвалення оскаржуваного рішення, але вони не були отримані з не залежних від нього причин.

Така ж позиція викладена в рішенні ЄСПЛ від 23.07.2002 у справі «*Västberga taxi aktiebolag and Vulic v. Sweden*». Зокрема, у Страсбурзі визначили, що адміністративні суди, які розглядають скарги заявників стосовно рішень податківців, мають повну юрисдикцію в цих справах і повноваження скасувати оскаржені рішення. Справи повинні бути розглянуті на підставі наданих доказів, а довести наявність підстав, передбачених відповідними законами, для призначення податкових штрафів мусять саме податківці.

Отже, і суд не має права враховувати докази, які не були покладені в основу рішення органу контролю. У нашому випадку при розгляді податкових спорів проблема посилюється тим, що ні суду, ні платникові з тексту податкового повідомлення-рішення, як правило, фактично не відомо, які обставини покладені в основу прийнятого ним ППР. Адже ст.58 Податкового кодексу не вимагає від структури ППР мотиваційної частини.

«Перевага доказів»

Разом з тим для більшості податкових спорів не прийнятний стандарт «перевага доказів» (*preponderance of the evidence*), установлений системою загального права для цивільно-правових спорів. Стандарт прийнятний там, де сторони відносин рівні, а інтерес, що захищається судом, - приватний.

Зауважимо, що предметом податкових спорів, як правило, є ППР (або дії) органів контролю. Такі спори розглядаються, як правило, за позовом платника податків, а тягар доказування правомірності ППР лежить на органі контролю. Враховуючи вказане, можемо наголосити: застосування стандарту «перевага доказів» дозволила б значно знизити рівень доведення обставин справи з боку органу контролю. Це призвело б до високого ризику порушення прав платників податків і недосягнення мети адмінсудочинства.

Стандарт доказування «поза розумними сумнівами» явно викликає відповідальніший та обережніший підхід судді до оцінки правдивості обставин справі, йде на користь платника податків і зменшує ймовірність помилки, яка заподіює шкоду не лише платникові, а й суспільству в цілому. Також звертаємо увагу на пов’язаність адміністративних податкових справ із кримінальними провадженнями, підставами для яких може стати одне й те саме неправомірне діяння.

Водночас, якщо мова йде про іншу категорію податкових спорів, де тягар доказування лежить на платникові (наприклад, про стягнення збитків з держави, пені за невчасне відшкодування ПДВ і т.п.), суд абсолютно обґрунтовано може використовувати стандарт «перевага доказів», що відповідатиме цілям адмінсудочинства. Цей стандарт

дозволяє зробити рівноймовірною можливість помилки на користь як позивача, так і відповідача. Проте навіть у США в деяких штатах встановлюється підвищений стандарт доказування для цивільно-правових спорів - «чітких і переконливих доказів».

Не можна не звертати уваги й на презумпційну істину – категорію дуже поширену в податковому праві через велику кількість презумцій, якими переповнений ПК. Це породжує на практиці питання про спростовність або неспростовність тієї чи іншої презумпції.

Внутрішнє переконання судді

З поняттям стандартів доказування пов'язана й інша категорія - внутрішнє переконання судді. Згідно з ч.1 ст.90 КАС, суд оцінює докази «за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на їх безпосередньому, всебічному, повному та об'єктивному дослідженні». У той же час указана стаття сама собою не дає можливості розкрити категорію «внутрішнє переконання» стосовно тієї чи іншої категорії спорів.

Якщо сприймати норму буквально, то суддя, ухвалюючи рішення, не обмежений у формуванні свого переконання на основі яких-небудь доказів. Стандарт доказування дозволяє, з одного боку, обмежити свавілля судді, а з другого - дає йому критерій для визначення ступеня доказування, достатнього для формування його внутрішнього переконання.

У будь-якої людини повинні завжди залишатися сумніви в її висновках. Проте які сумніви не є прийнятними, щоб не брати їх до уваги? Стандарт «поза розумними сумнівами» визначає, що відсутність розумних сумнівів має місце тоді, коли всі альтернативні пояснення наданих доказів надзвичайно малоймовірні.

Наприклад, документи спростовують безтоварність операції, свідчать, що товар був поставлений з Києва в Одесу протягом доби. Проте простий математичний розрахунок підтверджує, що для доставлення такої кількості товару за цей проміжок часу знадобилося б стільки транспортних засобів, скільки навіть теоретично не могли надати ні сторона операції, ні будь-який інший перевізник в Україні. Отже, постачання фактично не відбулось, операція є безтоварною, а накладні - підробленими. Тобто сумніви в судді залишились, але очевидно, що саме постачання - надзвичайно малоймовірне.

Критерії без абсолюту

Так чи інакше, але наведене свідчить, що стандарт «установлення об'єктивної істини» (у радянському його розумінні), як правило, не може бути використаний при розгляді й вирішенні податкових спорів.

Це зумовлено:

• покладанням тягаря доказування на податковий орган;

• неможливістю витребування від платника податків інших, ніж на підтвердження порушення права доказів;

• відсутністю підстав для обліку судом доказів, не покладених в основу оскаржуваного рішення органу контролю.

Водночас установлення об'єктивної істини не відкидається в разі надання учасниками процесу всіх доказів за власною ініціативою та їх урахування податковим органом в оскаржуваному рішенні. Адже ми не ставимо сполучник «або» між стандартом «об'єктивної істини» і «поза розумними сумнівами». Швидше мова може йти про уточнення першого стандарту шляхом установлення чіткіших критеріїв і меж предмета доказування, усувається його абсолют.

Окремим питанням є необхідність закріплення стандартів доказування на рівні закону. Внесення таких змін до тексту КАС було б доречним, що, проте, не позбавляє можливості визначення стандартів на рівні судової доктрини.

ТЕМА 7. ПРАВОВА АРГУМЕНТАЦІЯ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

План лекційного заняття:

1. Поняття та етапи доказування в цивільному процесі України. Предмет і межі доказування.

2. Процесуальний естопель як вимога заборони суперечливої поведінки в процесі.

3. Темпоральні межі доказової діяльності в цивільних справах. Нові засоби доказування у цивільних справах.

4. Процесуальний порядок встановлення належності доказів. Теорія і практика аргументації при вирішенні питань належності доказів в цивільному судочинстві.

1. **Поняття та етапи доказування в цивільному процесі України. Предмет і межі доказування**

Доказування є центральним інститутом цивільного процесуального права, що відбиває фундаментальні особливості національної моделі цивільного судочинства. Не дивно, що цей інститут зазнав значних змін у процесі реформування цивільного процесуального законодавства внаслідок конституційної реформи у сфері правосуддя, яка заклала підвалини для нової філософії відправлення правосуддя у цивільних справах.

Модернізація цивільного процесуального законодавства в Україні відбувається у світлі загальних світових глобалізаційних процесів у сфері права, що останнім часом стають усе більш помітними та мають своїм результатом зближення елементів континентальної та англо-саксонської систем права, і, як наслідок, інтернаціоналізацію національних систем цивільного судочинства.

Так, серед основних змін в інституті доказування варто згадати такі:

– розширення переліку засобів доказування за рахунок виокремлення електронних доказів (п. 1 ч. 2 ст. 76 ЦПК);

– закріплення поряд із належністю та допустимістю також таких вимог до доказів, як достовірність і достатність (ст. ст. 78-79 ЦПК);

– більш жорстку регламентацію правил подання доказів (ст. 83 ЦПК);

– введення складових процедури обміну змагальними паперами (ст. 83 ЦПК);

– часткове впровадження елементів процесуального естопелю (ч. 2 ст. 82 ЦПК);

– розширення дискреційних повноважень суду у сфері доказування, зокрема наділення його можливістю збирання доказів за власною ініціативою у виключних випадках (ч. 2 ст. 13, ч. 7 ст. 81 ЦПК);

– застосування заходів процесуального примусу у випадках зловживання процесуальними правами і невиконання обов'язків щодо доказів (ч. 8 ст. 84, ч. 1 ст. 143, ст. 146 ЦПК, п.п. 1, 2 ч. 1 ст. 148 ЦПК) тощо.

З упевненістю можна сказати, що ці та інші нововведення у сфері доказування передусім спрямовані на підвищення ефективності цивільного судочинства та забезпечення кожному права на справедливий судовий розгляд. Поряд із цим, окремі новели потребують більш детального аналізу та висвітлення, адже можуть викликати складнощі у процесі правозастосування.

Традиційно проблеми доказування у цивільному судочинстві розглядаються через призму вимог принципу змагальності. Попередня редакція ЦПК тяжіла до регламентації моделі чистої змагальності, за якої тягар доказування цілком покладався на сторін, а суд не мав права збирати докази за власною ініціативою, а лише міг у випадку наявності у сторін складнощів в отриманні доказів за їх клопотанням витребувати останні.

У чинній редакції ЦПК законодавець дещо по-іншому відбиває співвідношення функцій сторін та суду під час доказової діяльності. Зокрема, поряд із класичними постулатами про те, що цивільне судочинство здійснюється на засадах змагальності сторін (ч. 1 ст. 12 ЦПК), обов'язок доказування покладається на сторін (ч. 3 ст. 12, ч. 1 ст. 81 ЦПК) і збирання доказів у цивільних справах за загальним правилом не є обов'язком суду (ч. 2 ст. 12 ЦПК), суд наділений можливістю у виключних випадках збирати докази за власною ініціативою (ч. 7 ст. 81 ЦПК).

Такими випадками, окрім добре відомої можливості суду витребувати необхідні докази за власною ініціативою у справах окремого провадження (ч. 2 ст. 294 ЦПК), є:

1) право суду збирати докази, що стосуються предмета спору, з власної ініціативи у випадках, коли це необхідно для захисту малолітніх чи неповнолітніх осіб або осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена (ч. 2 ст. 13 ЦПК);

2) право суду витребувати за власною ініціативою докази, коли він має сумніви у добросовісному здійсненні учасниками справи їхніх процесуальних прав або виконанні обов'язків щодо доказів (ч. 7 ст. 81 ЦПК).

Проте зазначені новели процесуального законодавства можуть мати різне трактування, зокрема вони можуть бути розцінені як порушення принципу змагальності, відхід від змагальної моделі у бік слідчої моделі цивільного судочинства. Але, такі твердження дещо передчасні, виходячи з такого.

Загальне правило щодо розподілу функцій сторін та суду у доказовій діяльності випливає із системного тлумачення положень ЦПК. Так, кожна сторона повинна довести обставини, які мають значення для справи і на які вона посилається як на підставу своїх вимог та заперечень, крім випадків, встановлених цим Кодексом (ч. 2 ст. 12 ЦПК). А роль суду зводиться до керування ходом судового процесу; роз'яснення у випадку необхідності учасникам судового процесу їхніх процесуальних прав та обов'язків, наслідків вчинення або невчинення процесуальних дій, сприяння учасникам судового процесу в реалізації ними прав, передбачених ЦПК (п.п. 1, 3, 4 ч. 5 ст. 12 ЦПК).

Відповідно до п. 2. ч. 1 ст. 43 ЦПК, учасники справи мають право подавати докази, яке у взаємозв'язку з положеннями ст. 44 повинно використовуватись добросовісно, а не всупереч завданню судочинства. Відповідно до п. 2 та 4 ч. 2 ст. 43 ЦПК, учасники справи зобов'язані подавати усі наявні у них докази в порядку та строки, встановлені законом або судом, не приховувати докази.

Завдання законодавця при регламентації конструкції доказування полягає у забезпеченні гармонійного поєднання активності сторін і суду в цивільному судочинстві. При цьому активність сторін відображає приватноправові засади змагального процесу, а активність суду – публічно-правовий інтерес у ефективності відправлення правосуддя. І якщо раніше приватноправовим інтересам заінтересованої особи у цивільному судочинстві віддавалася перевага у регламентації інституту доказування, то наразі законодавець зважає і на публічно-правові інтереси в межах зазначеного інституту. Передусім це проявляється у чіткому закріпленні обов'язків учасників справи та наслідків їх невиконання, забороні зловживань процесуальними правами та наділенні суду ефективними засобами боротьби із такими зловживаннями.

Так, чинна редакція ЦПК, на відміну від попередньої, прямо закріплює низку обов'язків учасників процесу у сфері доказування, до яких належать:

по-перше, сприяти своєчасному, всебічному, повному та об'єктивному встановленню всіх обставин справи (п. 2 ч. 2 ст. 43 ЦПК);

по-друге, подавати усі наявні у них докази в порядку та строки, встановлені законом або судом, не приховувати докази (п. 4 ч. 2 ст. 43 ЦПК);

по-третє, надавати суду повні і достовірні пояснення з питань, які ставляться судом, а також учасниками справи в судовому засіданні (п. 5 ч. 2 ст. 43 ЦПК).

Обов'язок сторін сприяти процесу прямо закріплений в цивільному процесуальному законодавстві деяких зарубіжних держав (пар. 282 (1) Цивільного процесуального уложення Німеччини, пар. 178 (2) Цивільного процесуального уложення Австрії, ст. 1.1 (1), 1.3 Правил цивільного судочинства Англії). Поряд із цим, якщо норми зарубіжних держав мають скоріше декларативний характер, то вітчизняне законодавство йде далі, закріплюючи не лише обов'язок учасників справи сприяти суду у з'ясуванні обставин справи, ал і їх обов'язок подавати усі наявні у них докази.

Зазначена правова регламентація повертає нас до давньої дискусії щодо розуміння подання доказів як права або як обов'язку сторін, що набуває нової актуальності, виходячи із положень чинного ЦПК. Справді, на перший погляд, положення ЦПК дещо суперечливими. Так, п. 2 ч. 1 ст. 43 ЦПК передбачає право учасників справи подавати докази, п. 4 ч. 2 ст. 43 ЦПК – їх обов'язок подавати усі наявні у них докази в порядку та строки, встановлені законом або судом, не приховувати докази, а ст. 81 ЦПК регламентує правило розподілу обов'язків із доказування (тягаря доказування) між сторонами.

У даному випадку треба виходити із різної природи обов'язків щодо доказування, регламентованого ч. 1 ст. 81 ЦПК, відповідно до якої кожна сторона має довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень, та обов'язку учасників справи подавати усі наявні у них докази, закріпленому у п. 4 ч. 2 ст. 43 ЦПК. Положення ст. 81 ЦПК відображають приватноправові засади змагальності цивільного процесу, відповідно до чого тягар доказування цілком покладається на сторін. У такому контексті зазначений обов'язок із доказування характеризується специфічністю та виникає тоді, коли особа реалізує своє право на судовий захист. При цьому особа наділена правом самостійно обирати коло доказів, на які вона посилається і які подає до суду, виходячи із своєї процесуальної заінтересованості та позиції у справі. Поряд із цим, таке право сторони також має свої межі. Тоді, коли особа використовує свої процесуальні права у сфері доказування всупереч їх меті, діє недобросовісно, то починає зачіпатися загальний публічно-правовий інтерес в ефективному відправленні правосуддя, що повинно привести до відповідної реакції суду.

Інший випадок, крім окремого провадження, про що йдеться в ч. 7 ст. 81 ЦПК, відповідно до якої суд має право збирати докази у випадку, коли він має сумніви у добросовісному здійсненні учасниками справи їхніх процесуальних прав або виконанні обов'язків щодо доказів, буде мати місце, наприклад, коли суд дійде висновку про те, що позов має штучний характер, а спір є так званим «міжсобойчиком». Тоді суд, установивши, що в такому випадку цивільне судочинство (всупереч принципу добросовісності здійснення процесуальних прав) використовується не за призначенням, має право витребувати всі, на якого думку, потрібні докази для підтвердження своїх «підозр». Це був приклад недобросовісного здійснення процесуального права.

Інший випадок буде мати місце, коли суд має сумніви, що учасник недобросовісно виконав обов'язок щодо доказу, — це, наприклад, коли учасник подав доказ (на вимогу суду або закону), який, на думку суду, підроблений.

По тексту ЦПК можна знайти низку випадків, коли суд може з власної ініціативи збирати докази (ч. 7 ст. 85, ч. 6 ст. 95, ч. 5 ст. 100, ст. 103, ч. 2 ст. 456 ЦПК тощо).

Що ж стосується положень ст. 43 ЦПК, то вони відобрадають публічно-правові засади цивільного судочинства та спрямовані на забезпечення добросовісності процесуальної поведінки учасників справи в умовах змагальної моделі судочинства, виходячи із принципу пропорційності, що покликаний забезпечити баланс приватних та публічних інтересів під час відправлення правосуддя у цивільних справах.

Тому положення щодо можливості збирання доказів судом за власною ініціативою за чинним ЦПК мають обґрунтовуватися не виключно через призму змагальності, однак і з урахуванням принципу пропорційності в контексті завдань та мети цивільного судочинства.

Положення процесуального законодавства щодо можливості витребування доказів за ініціативою суду у випадку недобросовісної поведінки сторони щодо доказів покликане зберегти баланс між змагальністю сторін, що забезпечує реалізацію приватноправового інтересу у цивільному судочинстві, та активністю суду в контексті принципу суддівського керівництва процесом, що відбиває публічно-правовий інтерес в ефективності цивільного судочинства. Необхідність збереження відповідного балансу прямо випливає із норми, що регулює завдання цивільного судочинства, якими є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою ефективного захисту порушених, невизнаних

або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави (ч. 1 ст. 2 ЦПК).

Зважаючи на те, що суд та учасники судового процесу зобов'язані керуватися завданням цивільного судочинства, яке превалює над будь-якими іншими міркуваннями в цивільному процесі, розширення дискреційних повноважень суду за рахунок можливості збирати докази за власною ініціативою у випадках, коли має місце недобросовісне здійснення процесуальних прав або невиконання обов'язків щодо доказів, видається цілком обґрунтованим і дієвим засобом боротьби із недобросовісної процесуальною поведінкою сторони в інтересах збереження балансу між приватними та публічними інтересами під час відправлення правосуддя в цивільних справах.

На практиці трапляються численні випадки недобросовісної поведінки учасників справи під час процедури доказування, наприклад:

– несвоєчасне розкриття доказів;

– дії, направлені на перешкоджання встановленню дійсних обставин справи або затягування судового розгляду;

– вибіркове подання доказів з метою зловживання правом на позов тощо.

Фактично у даному випадку йдеться про можливість використання повноваження суду щодо витребування доказів за власною ініціативою скоріше як засіб боротьби із недобросовісною поведінкою учасників цивільного судочинства, а не механізм сприяння стороні у збиранні процесуального матеріалу.

На відміну від цього, виключення щодо можливості збирання доказів за ініціативою суду для захисту інтересів малолітніх, неповнолітніх, обмежено дієздатних та недієздатних осіб, передбачене у ч. 2 ст. 13 ЦПК, покликане забезпечити належний захист прав, свобод та інтересів цих незахищених категорій осіб та урівноважити їх нерівне становище поряд із їх процесуальними опонентами, що також може обґрунтовуватися з точки зору необхідності забезпечення публічних та приватних інтересів під час відправлення правосуддя у цивільних справах.

При цьому, безсумнівно, норми, які закріплюють основні положення щодо змагальності сторін, мають розглядатися як базові, а норми, які передбачають можливість збирання доказів судом за власною ініціативою, слід розглядати як винятки, що мають застосовуватися за наявності виключних умов з належним мотивуванням суду у кожному конкретному випадку.

Останнім часом збільшення активності суду є все більш помітною тенденцією як для країн континентальної, так і для країн англо-саксонської правових систем, проте роль суду в цивільному процесі країн континентальної системи традиційно все більш значуща. Наприклад, відповідно до пар. 142, 144 ЦПУ Німеччини, для забезпечення кращого розуміння судового розгляду справи, суд має право розпорядитися про надання доказів, на які посилалася одна зі сторін, незалежно від того, у кого вони знаходяться (erweiterte Vorladeanordnungen). Відповідно до ст. 143 ЦПУ Німеччини суд зобов'язує сторони надати наявні у них офіційні документи, які стосуються розгляду та вирішення справи. Крім того, суд зобов'язаний сприяти тому, щоб сторони надавали докази у повному обсязі (пар. 139-1 ЦПУ Німеччини) та вказувати на обставини, які суд має враховувати за власною ініціативою (пар. 139-3 ЦПУ Німеччини).

У даному випадку можна говорити про використання судом повноважень із керівництва [1] судовим процесом, відомого у зарубіжних державах як case management. Зазначений інструмент неодноразово схвально оцінювався Радою Європи.

Так, у Рекомендації Комітету міністрів Ради Європи № R(84) 5 від 28.02.1984 щодо принципів цивільного судочинства, направлених на удосконалення судової системи, зазначається, що суд має, принаймні в ході попереднього засідання, а якщо це можливо, то і в усьому перебігу провадження, відігравати активну роль у забезпеченні швидкого здійснення провадження із додержанням прав сторін.

Тенденція створення інструментів, направлених на боротьбу із будь-якими проявами недобросовісної поведінки у цивільному судочинстві простежується і в інших положеннях законодавства. Наприклад, привертає увагу можливість таких наслідків неподання доказів, витребуваних судом, як застосування заходів процесуального примусу (ч. 8 ст. 84 ЦПК); визнання обставини, для з'ясування якої витребувався доказ, або відмова у її визнанні, розгляд справи за наявними доказами або залишення позовної заяви без розгляду у випадку неподання доказів позивачем (ч. 10 ст. 84 ЦПК).

[1] І. Ізарова, В. Вебрайте, Р. Флейшар. Case Management у цивільному судочинстві: порівняльне дослідження законодавства Литви, Польщі й України. *Право України*. – 2018.-№10,-с.129-146.

2. Процесуальний естопель як вимога заборони суперечливої поведінки в процесі

Із принципом добросовісності у цивільному судочинстві також пов'язана вимога заборони суперечливої поведінки у процесі, що у всьому світі відома під назвою процесуального естопелю. Процесуальний естопель становить собою принцип, відповідно до якого сторона не повинна мати можливість отримати переваги від своєї непослідовної поведінки в процесі на шкоду іншій стороні. По суті йдеться про заборону відмови від попередніх процесуальних дій, вчинених стороною під час провадження, та зміни процесуальної поведінки сторони на шкоду іншій стороні. Очевидно, вітчизняний законодавець намагався фрагментарно відтворити елементи процесуального естопелю шляхом регламентації можливості відмови від визнання обставин у справі лише у виключних випадках. Так, за загальним правилом обставини, які визнаються учасниками справи, не підлягають доказуванню, якщо суд не має обґрунтованого сумніву щодо достовірності цих обставин або добровільності їх визнання. Відмова від визнання обставин приймається судом, якщо сторона, яка відмовляється, доведе, що вона визнала ці обставини внаслідок помилки, що має істотне значення, обману, насильства, погрози чи тяжкої обставини, або що обставини визнано у результаті зловмисної домовленості її представника з другою стороною (ч.ч. 1, 2 ст. 82 ЦПК). Зазначене положення, безперечно, спрямоване на забезпечення передбачуваності процесуальної поведінки сторін спору й унеможливлення отримання процесуальних переваг недобросовісної сторони спору.

Крім того, варто звернути увагу на те, що наразі в рамках цивільного судочинства не розглядаються заяви про фальшивість доказів (у класичному розумінні, як було передбачено ч. 2 ст. 185 старої редакції ЦПК), адже зазначене діяння було криміналізоване. Зокрема, ст. 384 КК України передбачає кримінальну відповідальність за введення в оману суду або іншого уповноваженого органу, що може виражатися, серед іншого, у поданні завідомо недостовірних або підроблених доказів.

Розширення дискреційних повноважень суду щодо можливості витребування доказів у випадку недобросовісної поведінки учасників справи, фрагментарне закріплення правила процесуального естопелю, можливість застосування негативних наслідків у випадку порушення обов'язку із надання суду доказів та криміналізація відповідальності за фальшування доказів свідчить про підвищену увагу законодавця до інституту доказування, що, без сумніву, займає центральне значення у

всій процесуальній діяльності, та про обґрунтовані очікування щодо підвищення якості доказової діяльності та дотримання процесуальної дисципліни учасників процесу з метою підвищення ефективності відправлення правосуддя у цивільних справах.

Ще однією тенденцією у сфері реформування інституту доказування у цивільному судочинстві України є намагання забезпечити концентрацію процесу, що наразі визнається одним із принципів судочинства провідними європейськими державами. Так, у Рекомендації Комітету міністрів Ради Європи № R(84) 5 від 28.02.1984 щодо принципів цивільного судочинства, направлених на удосконалення судової системи, наголошується на тому, що судочинство зазвичай має складатися не більше, ніж з двох судових засідань: перше засідання має бути попереднім слуханням підготовчого характеру, а в ході другого засідання можуть досліджуватися докази, заслуховуватися доводи сторін і, якщо це можливо, ухвалюватися рішення. Саме із такого підходу виходив вітчизняний законодавець при конструюванні нової моделі цивільного судочинства, в якій ключове значення в забезпеченні ефективності цивільного судочинства, в тому числі й у сфері доказування надається саме підготовчому провадженню.

Передусім варто звернути увагу на темпоральні межі доказової діяльності під час відправлення правосуддя у цивільних справах. Стаття 131 ЦПК у попередній редакції закріплювала положення про те, що сторони зобов'язані подати свої докази суду до або під час попереднього судового засідання у справі, а якщо попереднє судове засідання у справі не проводиться, – до початку розгляду справи по суті (ч. 1 ст. 131 ЦПК). Докази, подані з порушенням вказаних вимог, не приймалися, якщо сторона не доведе, що докази подано несвоєчасно з поважних причин (ч. 2 ст. 131 ЦПК). Поряд з цим, на практиці, часто зазначене правило порушувалося і суди, віддаючи перевагу повноті та всебічності розгляду справи порівняно із своєчасністю подання доказів, часто приймали докази, подані з порушенням строків.

Чинна редакція ЦПК надає більш детальну регламентацію строків подання доказів, що об'єктивно мінімізує можливі випадки зловживання правами у сфері доказування. Зокрема, позивач, особи, яким законом надано право звертатися до суду в інтересах інших осіб, повинні подати докази разом з поданням позовної заяви (ч. 2 ст. 83 ЦПК), а відповідач, третя особа, яка не заявляє самостійних вимог щодо предмета спору, – разом із поданням відзиву або письмових пояснень третьої особи (ч. 3 ст. 83 ЦПК). Отже, строки подання доказів більш скорочені порівняно із попередньою редакцією ЦПК.

Крім того, законодавством передбачена необхідність доведення доказів до відома учасників справи. Зокрема, копії доказів (крім речових доказів), що подаються до суду, заздалегідь надсилаються або надаються особою, яка їх подає, іншим учасникам справи. Суд не бере до уваги відповідні докази у разі відсутності підтвердження надсилання (надання) їх копій іншим учасникам справи, крім випадку, якщо такі докази є у відповідного учасника справи або обсяг доказів надмірний, або вони подані до суду в електронній формі, або публічно доступні (ч. 9 ст. 83 ЦПК). Варто звернути увагу, що зазначена законодавча регламентація схожа на процедуру розкриття доказів (*discovery*), притаманну країнам англо-саксонської правової системи. По суті, зазначені норми спрямовані на зміщення акценту зі стадії розгляду справи по суті на стадію підготовчого провадження, під час якого і має відбуватися збір процесуального матеріалу і так званий обмін змагальними паперами, що забезпечує розгляд справи у розумні строки у більшості розвинених демократій. Зазначене свідчить про посилення ролі підготовчого провадження у структурі загального позовного провадження цивільного судочинства в Україні.

У такому контексті варто згадати ще одне нововведення, яким є можливість письмового опитування учасників справи як свідків, передбачене ст. 93 ЦПК. Із переліку засобів доказування у чинній редакції ЦПК було виключено такий засіб доказування, як пояснення сторін, третіх осіб, їх представників, допитаних як свідків (ч. 2 ст. 76 ЦПК). Наразі законодавство передбачає, що зазначені особи можуть бути допитані як свідки про відомі їм обставини справи за їхньою згодою (ст. 92 ЦПК), а у випадках письмового опитування учасників справи як свідків – дають відповіді на поставлені запитання у формі заяви свідка (ч. 3 ст. 93 ЦПК). Схожа практика письмового опитування учасників справи широко відома у країнах англо-саксонської системи (наприклад, *Request for Further Information* в Англії, *Interrogatories* у США) та становить собою можливість надання однією стороною переліку письмових запитань іншій стороні з метою з'ясування фактичних обставин справи та визначення тих обставин, які мають бути встановлені під час розгляду справи по суті.

Зазначене нововведення наразі, на жаль, не досить активно застосовується сторонами, проте має значні переваги, адже дозволяє вже на початку судового провадження визначитися із тактикою та стратегією ведення процесу, спрогнозувати поведінку свого процесуального опонента, визначитися із фактами, які не потребують доказування тощо. Більше того, у зарубіжних країнах, наприклад у США, зазначені опитувальники за певними категоріями справ стандартизовані та налічують у різних штатах можливість постановки

до 35 запитань (правило 2030.030 Кодексу цивільного судочинства Каліфорнії). Їх використання визнається достатньо ефективним, адже дозволяє сторонам зорієнтуватися в особливостях визначення предмета доказування й окреслення кола фактів, що мають бути встановлені в конкретній справі. Зазначена практика стандартизованих запитань з часом могла бути б перейнята і у нашій державі.

Зазначені нововведення також зумовлені загальною реконструкцією цивільного судочинства, що відбиває світові тенденції до спрощення цивільного судочинства та диференціації його проваджень. Нова редакція ЦПК передбачає введення поряд із загальним позовним провадженням спрощеного позовного провадження, що розраховане на малозначні справи та відрізняється усіченою процедурою розгляду справи, зокрема відсутністю підготовчого засідання та судових дебатів, а також можливістю розгляду справи без повідомлення сторін за наявними у справі матеріалами. У таких умовах запропонована у новому ЦПК модель доказування спроможна забезпечити дотримання принципу змагальності та гарантувати ефективність цивільного судочинства як у межах загального, так і у межах спрощеного позовних проваджень.

3. Темпоральні межі доказової діяльності в цивільних справах. Нові засоби доказування у цивільних справах

ЦПК також характеризується введенням нових засобів доказування. У цьому контексті нами вже зверталася увага на особливості та проблемні питання використання електронних доказів у цивільному судочинстві[1].

Також варто згадати про можливість отримання висновку експерта у галузі права, який хоча і не визнається доказом та має допоміжний характер, однак може справити позитивний вплив на динаміку судової практики у складних випадках застосування норм вітчизняного та зарубіжного законодавства. До недавнього часу вітчизняна доктрина виходила із того, що експертиза у галузі права проведена бути не може, адже суддя сам є фахівцем у галузі права, а тому наділений усіма необхідними компетентностями для з'ясування обставин справи та надання їм відповідної правової кваліфікації. Проте наразі такий підхід був дещо змінений та ЦПК відтепер передбачає можливість отримання висновку експерта у галузі права із виключного переліку питань, а саме: застосування аналогії закону чи аналогії права, а також

[1] Луспеник Д. Д. Новелізація цивільного процесу позитивно вплинула на судову практику. *Судебно-юридическая газета*. 2018. 3 вересня.

змісту норм іноземного права згідно з їх офіційним або загальноприйнятим тлумаченням, практикою застосування і доктриною у відповідній іноземній державі (ч. 1 ст. 114 ЦПК). Враховуючи обмежений характер застосування, зазначений інститут не становить собою загрозу суддівській незалежності та неупередженості під час вирішення справи, однак на практиці виникає низка питань стосовно кваліфікаційних вимог до особи, яка може виступати експертом з питань права, зокрема, тлумачення вимоги «визнаності» фахівця у галузі права відповідно до ч. 1 ст. 73 ЦПК, можливості залучення зарубіжних фахівців у галузі права та доказів їх відповідності вимогам національного законодавства, що ставляться до експерта з питань права, тощо.

Стандарт доказування

Незважаючи на певні новели у сфері процесуального доказування, сприйнятті та запровадженні досить ефективних інститутів цивільного судочинства, притаманних країнам англо-саксонської правової системи, на жаль, так і залишалася невирішеною на рівні ЦПК проблема стандарту доказування у цивільних справах, що прямо пов'язана і з проблемою оцінки доказів. Цивільне процесуальне законодавство закріплює положення щодо того, що суд оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному, об'єктивному та безпосередньому дослідженні наявних у справі доказів. При цьому жодні докази для суду не мають для суду заздалегідь встановленої сили. Суд оцінює належність, допустимість та достовірність кожного доказу окремо, а також достатність і взаємний зв'язок доказів у їх сукупності (ч.ч. 1, 2 ст. 89 ЦПК). Чинний ЦПК уперше закріпив достовірність і достатність як вимоги до доказів поряд із звичною регламентацією таких вимог, як належність та допустимість доказів (ст. ст. 79, 80 ЦПК). Разом із тим, зазначена правова регламентація все ще не дозволяє виробити чіткі критерії оцінки доказів у вітчизняному законодавстві, адже фактично аналогом стандарту доказування у вітчизняному цивільному судочинстві є внутрішнє переконання судді під час оцінки доказів. У цьому контексті корисним було б вироблення певних універсальних стандартів доказування як певних критеріїв, відповідно до яких суддя виносить рішення у справі, що має місце у країнах англо-саксонської правової системи. Вдалим прикладом запровадження стандарту доказування може слугувати вітчизняний кримінальний процес, де вже вироблені складові стандарту доказування «поза розумним сумнівом». Що стосується практики цивільного судочинства, то в Англії для цивільних справ використовується стандарт доказування «баланс імовірностей» (balance of probabilities), а у США – два стандарти: класичний стандарт «перевага доказів» (*preponderance of the evidence*)

та більш жорсткий стандарт «ясні та переконливі докази» (*clear and convincing evidence*). Стандарт доказування дозволяє оцінити, наскільки вдало сторони виконали вимоги щодо тягаря доказування і наскільки вони змогли переконати суддю у своїй позиції, що робить оцінку доказів більш алгоритмізованою та обґрунтованою. Із можливістю введення стандарту доказування у цивільних справах пов'язане і більш специфічне питання використання так званих статистичних, або ймовірнісних, доказів у цивільному процесі, що наразі залишається неможливим у межах національної правової системи, однак визнано ефективним у багатьох зарубіжних державах.

Підсумовуючи вищевикладене, можна з упевненістю сказати, що реформи вітчизняного цивільного процесуального законодавства у сфері доказування спрямовані на переосмислення функцій сторін та суду у процесі доказування з точки зору підвищення ефективності цивільного судочинства, забезпечення добросовісності поведінки учасників цивільного судочинства та концентрації процесуального матеріалу. Загалом реформування вітчизняного цивільного процесуального законодавства у частині доказування здійснене з врахуванням європейських і загальносвітових тенденцій у сфері відправлення правосуддя в цивільних справах. Проте нововведення у цій сфері ще мають пройти випробування на практиці, результатом чого має стати напрацювання сталих підходів до застосування відповідних положень вітчизняного цивільного процесуального законодавства з метою забезпечення кожному права на справедливий судовий розгляд.

4. Процесуальний порядок встановлення належності доказів. Теорія і практика аргументації при вирішенні питань належності доказів в цивільному судочинстві

У правовій доктрині та судовій практиці не існує єдиного підходу до процедури встановлення належності доказів. Розробка загального алгоритму послідовних дій учасників цивільного процесу дозволить уникнути неоднозначності в аналізі доказового матеріалу та сприятиме зменшенню кількості суперечливих правових висновків у судових рішеннях. Формула перевірки належності доказу у справі запропонована С.Я. Фурсою: якщо доказ підтверджує певну юридичну обставину, то ця обставина має бути зазначена у позовній заяві або у запереченнях проти позову, а також збігатися з відповідною обставиною в законодавчій нормі, на яку також має зробити посилання той суб'єкт, який подає відповідний доказ. У протилежному випадку такий доказ не стосується справи.

Оцінка доказів може здійснюватися не тільки за достатністю доказів для підтвердження конкретних обставин справи, а провадитись стосовно мінімальної обґрунтованості заявлених вимог ще на стадії подання заяви. Оцінка доказів може здійснюватися й на стадії підготовки справи до розгляду та в порядку забезпечення доказів на предмет їх належності до справи та допустимості як засобів доказування. При цьому, в разі неприйняття доказу, що пропонується стороною, можна однозначно говорити про остаточну оцінку судом, оскільки в разі відмови суду, наприклад, у виклику конкретного свідка, суд не може змінювати своєї позиції, якщо не зміняться причини, за яких настала відмова.

Зокрема, згідно зі ст. 91 ЦПК України «у заяві про виклик свідка зазначаються його ім'я, місце проживання (перебування) або місце роботи, обставини, які він може підтвердити. Заява про виклик свідка має бути подана до або під час підготовчого судового засідання, а якщо справа розглядається в порядку спрощеного позовного провадження – до початку першого судового засідання у справі».

Відповідно до п. 4 ч. 1 ст. 117 ЦПК України «у заяві про забезпечення доказів зазначаються докази, забезпечення яких є необхідним, а також обставини, для доказування яких вони необхідні». При цьому ч. 3 ст. 116 ЦПК України передбачається «можливість подання заяви про забезпечення доказів як до, так і після подання позовної заяви».

Отже, процедура оцінки належності доказів судом може розпочинатися ще до подання позовної заяви, у якій мають зазначатися обставин, якими позивач обґрунтовує свої вимоги, та докази, що підтверджують вказані обставини (п. 5 ч. 3 ст. 175 ЦПК України). Процесуальне законодавство не визначає чіткої послідовності дій та стадій визначення належності доказу. Принцип змагальності та обов'язок доведення сторонами обставин, на які вони посилаються, право обґрунтувати належність конкретного доказу для підтвердження їхніх вимог або заперечень вказують на значну роль учасників судового процесу у визначенні належності доказів або підстав для їх відхилення. Відповідно до ст. 83 ЦПК України позивач, особи, яким законом надано право звертатися до суду в інтересах інших осіб, повинні подати докази разом з поданням позовної заяви. Відповідач, третя особа, яка не заявляє самостійних вимог щодо предмета спору, повинні подати суду докази разом з поданням відзиву або письмових пояснень третьої особи. Якщо доказ не може бути поданий у встановлений законом строк з об'єктивних причин, учасник справи повинен про це письмово повідомити суд та зазначити: доказ, який не може бути подано; причини, з яких доказ не може бути подано у

зазначений строк; докази, які підтверджують, що особа здійснила всі залежні від неї дії, спрямовані на отримання вказаного доказу.

Убачається, що діяльність з формування предмета доказування та збору доказів розпочинається особами до моменту подання позовної заяви або відзиву.

Очевидно, що саме суд наділений повноваженнями визначати предмет доказування та остаточно вирішити питання про належність доказів, на що звернути увагу у мотивувальній частині судового рішення. Уявлення суду про обставини, що становлять предмет доказування та мають значення для справи, може відрізнятися від уявлення сторін та інших учасників справи, проте такий суб'єктивний фактор не має ставати перешкодою для якісного судового розгляду та ухвалення обґрунтованого рішення справі. Обґрунтованою є позиція Н.Ю. Сакари стосовно того, що сторони повинні виступати активними учасниками судочинства. Їх ініціатива має проявлятися у всьому тому, що стосується матеріального боку процесу, тобто визначення вимог та заперечень, які зачіпають спірне право, заходів захисту та способів доказування, що впливають на переконання суду. Процедура розгляду справи, за деякими виключеннями, які пов'язані з диспозитивним характером цивільного судочинства та правами сторін, повинна перебувати під контролем судової влади.

У підготовчому засіданні суд може роз'яснювати учасникам справи, які обставини входять до предмета доказування, які докази мають бути подані тим чи іншим учасником справи (п. 5 ч. 2 ст. 197 ЦПК України), а у разі проведення врегулювання спору за участю судді під час проведення спільних нарад суддя, зокрема, роз'яснює сторонам предмет доказування по категорії спору, який розглядається (ч. 4 ст. 203 ЦПК України).

Тобто суд, попередньо з'ясувавши зміст позовних вимог і заперечень має визначити норми права, які підлягають застосуванню, та факти, що мають бути встановлені в рішенні. Зазначене дасть можливість сформувати уявлення судді про предмет доказування у справі. Незважаючи на те, що протягом розгляду справи по суті такі уявлення судді можуть піддаватися змінам, саме вони мають основний вплив на оцінку доказів і, як наслідок кінцевий результат розгляду справи. Оскільки суд оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням та відграє ключову роль у визначенні предмета доказування, то логічним є закріплення за судом права роз'яснювати учасникам справи, які обставини входять до предмета доказування, які докази мають бути подані тим чи іншим учасником справи. Убачається, що суд з власної ініціативи фактично може сприяти повному і всебічному з'ясуванню обставин справи, що підвищує якість судочинства. Проте

за загальним правилом суд не має компетенції збирати докази, а витребування доказів судом можливе лише за наявності чітко передбачених цивільним процесуальним законодавством вимог. Так, учасник справи у разі неможливості самостійно надати докази, вправі подати клопотання про витребування доказів судом (ч. 1 ст. 84 ЦПК України). У клопотанні повинно бути зазначено: 1) який доказ витребовується; 2) обставини, які може підтвердити цей доказ, або аргументи, які він може спростувати; 3) підстави, з яких випливає, що цей доказ має відповідна особа; 4) вжиті особою, яка подає клопотання, заходи для отримання цього доказу самостійно, докази вжиття таких заходів та (або) причини неможливості самостійного отримання цього доказу (ч. 2 ст. 84 ЦПК України). У разі задоволення клопотання суд своєю ухвалою витребовує відповідні докази (ч. 3 ст. 84 ЦПК України).

Отже, ініціатива учасника справи та наявність вказаних вище умов у справах позовного провадження є обов'язковими для витребування судом доказів, на відміну від справ окремого провадження. Під час розгляду справ окремого провадження з метою з'ясування обставин справи суд може за власною ініціативою витребувати необхідні докази (ч. 2 ст. 294 ЦПК України).

Тобто у справах окремого провадження суд має можливість впливати на формування доказового матеріалу, будучи активно задіяним у процесі доказування на стадії збору доказів, у справах позовного провадження суд зобов'язаний займати пасивну позицію, а уся відповідальність щодо забезпечення правосуддя належними доказами покладається на сторін та інших учасників справи. Законодавче регулювання доказування в справах окремого провадження зумовлює висновки науковців про те, що, крім сприяння в доказуванні, на суд покладено специфічний обов'язок: відступаючи від положень щодо змагальності, вжити заходів щодо всебічного, повного й об'єктивного з'ясування обставин справи, а порушення цього принципу є безумовною підставою для рішення суду в апеляційному порядку.

Проте дотримання принципу всебічного, повного й об'єктивного з'ясування обставин справи обов'язкове й для позовного провадження. Законодавцем передбачено лише деякі випадки, коли суд з власної ініціативи може вжити заходів до збирання доказів. Збирання доказів у цивільних справах не є обов'язком суду, крім випадків, встановлених цим Кодексом. Суд має право збирати докази, що стосуються предмета спору, з власної ініціативи лише у випадках, коли це необхідно для захисту малолітніх чи неповнолітніх осіб або осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена, а також в інших

випадках, передбачених цим Кодексом (ч. 2 ст. 13 ЦПК України). Суд не може збирати докази, що стосуються предмета спору, з власної ініціативи, крім витребування доказів судом у випадку, коли він має сумніви у добросовісному здійсненні учасниками справи їхніх процесуальних прав або виконанні обов'язків щодо доказів, а також інших випадків, передбачених цим Кодексом (ч. 7 ст. 81 ЦПК України). До таких випадків, наприклад, належить право витребувати оригінал електронного доказу (ч. 5 ст. 100 ЦПК України); викликати експерта для надання усних пояснень щодо його висновку (ч. 5 ст. 102 ЦПК України); повторно допитати свідка (ч. 12 ст. 230 ЦПК України).

Зазначені вище можливості прояву ініціативи суду щодо збору доказів спрямована у більшості випадків на сприяння підтвердження достовірності доказів, залучення достатніх доказів або захисту окремих категорій осіб. Крім того, щодо подання доказів існують достатньо жорсткі процесуальні обмеження: позивач, особи, яким законом дано право звертатися до суду в інтересах інших осіб, повинні подати докази разом з поданням позовної заяви; відповідач, третя особа, яка не заявляє самостійних вимог щодо предмета спору, повинні подати суду докази разом з поданням відзиву або письмових пояснень третьої особи.

Указані вище процесуальні вимоги й обмеження видаються виправданими, оскільки, оптимізуючи процес доказування відповідно до принципів диспозитивності та змагальності, спрямовані на скорочення строків судового розгляду та звуження простору для зловживань сторін. Така позиція законодавця, напевно, зумовлена розумним розподілом обов'язків у процесі доказування, де сторони збирають докази, а суд їх досліджує та дає оцінку. У цій ролі фактично суд є арбітром, який спостерігає за змаганням сторін і виносить рішення на користь того, хто найкраще підготується до процесу доказування.

Що стосується наказного провадження, то серед його основних проблем, на які звертають увагу вчені, є процес доказування. Імовірно, йдеться саме про зазначені вище особливості процесуального порядку вирішення справ у наказному провадженні – у зв'язку зі спрощеним порядком вирішення справ наказного провадження спрощеним є й процес доказування. На відміну від справ позовного й окремого проваджень, у яких на формування та корегування предмета доказування впливають інші особи, які беруть участь у справі, у справах наказного провадження предмет доказування (сукупність фактів та обставин) формується судом, а впливає на їх формування лише заявник (кредитор). Основу предмета доказування в цьому випадку складають факти та обставини, які обґрунтовують вимоги

кредитора (заявника) і разом із достовірними доказами свідчать про можливість видачі судом судового наказу.

У заяві про видачу судового наказу, зокрема, повинен бути зазначений перелік доказів, якими заявник обґрунтовує обставини, на яких ґрунтуються його вимоги (п. 5 ч. 2 ст. 163 ЦПК України). До заяви про видачу судового наказу додаються: копія договору, укладеного в письмовій (у тому числі електронній) формі, за яким пред'явлено вимоги про стягнення грошової заборгованості; інші документи або їх копії, що підтверджують обставини, якими заявник обґрунтовує свої вимоги (пункти 3, 4 ч. 3 ст. 163 ЦПК України).

Ураховуючи характерні для наказного провадження високий ступінь достовірності доказів і спрощений порядок вирішення справи, встановлення судом належності доказів відбувається на етапі відкриття наказного провадження. Установивши, що заявником не надані належні докази на підтвердження обставин, якими він обґрунтовує свої вимоги, суд відмовляє у видачі судового наказу з посиланням на те, що заява подана з порушеннями вимог ст. 163 цього Кодексу (п. 1 ч. 1 ст. 165 ЦПК України).

При цьому заявник не позбавляється можливості повторно звернутися з такою самою заявою в порядку наказного провадження, після усунення її недоліків (ч. 1 ст. 166 ЦПК України)

Такий шлях виправлення аналогічної помилки після подання позивачем неналежних доказів у позовному провадженні неможливий.

Одним і з способів судового сприяння у поданні належних доказів сторонами можна вважати вказівку суду на відповідні недоліки позовної заяви в ухвалі. Суддя, встановивши, що позовну заяву подано без додержання вимог, викладених у статтях 175 і 177 цього Кодексу, протягом п'яти днів з дня надходження до суду позовної заяви постановляє ухвалу про залишення позовної заяви без руху (ч. 1 ст. 185 ЦПК України)

Наприклад, у справі за позовом Акціонерного товариства комерційний банк «Приватбанк» до ОСОБА_1 про стягнення заборгованості, Шевченківський районний суд м. Києва залишив позовну заяву без руху, посилаючись на п. 5 ч. 3 ст. 175 ЦПК України, оскільки позивачем не викладено обставини, якими він обґрунтовує свої вимоги, не надано доказів видачі кредитної картки та не зазначено доказів, що підтверджують вказані обставини. Умови кредитного договору передбачають надання кредиту у вигляді встановленого кредитного ліміту на картковий рахунок, проте в позовній заяві не зазначено строку дії відповідної банківської картки, а також не зазначено відомостей чи надавалась відповідачу нова банківська картка, у зв'язку зі спливом строку дії попередньої банківської картки,

не вказано відсотків за користування кредитом, порядок їх погашення та збільшення.

Так, суд ще до відкриття провадження у справі, може взяти участь у формуванні предмета доказування та визначенні орієнтовного кола належних доказів, що в свою чергу дозволить позивачу виправити допущенні при поданні позовної заяви помилки та винести обґрунтоване рішення з дотриманням принципів справедливості, забезпечивши ефективний захист порушеного права. Отже, спостерігається чітка тенденція по соціалізації судової процедури та збільшення в ній публічності, оскільки стара схема, що передбачала змагальність сторін під контролем суду вже не відповідає сучасним вимогам щодо якісної судової процедури.

Як слушно зазначає С.С. Бичкова, збирання доказів за ініціативою суду порушуватиме один із основних принципів цивільного судочинства – принцип диспозитивності, відповідно до якого суд розглядає цивільні справи в межах заявлених вимог і на підставі доказів сторін та інших осіб, які беруть участь у справі. Збирання доказів за ініціативою суду може призвести до з'ясування нових обставин, на які сторони не посилалися для обґрунтування своїх вимог і заперечень, та, як наслідок, до розширення заявлених сторонами вимог.

У випадку добросовісного виконання судом та учасниками справи своїх процесуальних обов'язків докази проходять такі стадії оцінки на предмет їх відповідності критерію належності:

- Підготовча стадія – оцінка доказів здійснюється учасниками справи у процесі викладення обставин, якими обґрунтовуються їх вимоги або заперечення, із зазначенням доказів, що підтверджують такі обставини.

- Попередня (формальна) стадія – оцінка доказів здійснюється судом та учасниками справи у процесі судового доказування під час формування предмета доказування та збирання доказів, у процесі вирішення судом питань щодо відкриття провадження у справі, забезпечення доказів та збирання доказів з ініціативи суду у випадках, передбачених цивільним процесуальним законодавством. Наприклад, у позовному провадженні така оцінка здійснюється у підготовчому провадженні.

- Остаточна стадія – оцінка доказів здійснюється судом на завершальному етапі доказування на підставі дослідження усіх наявних у справі доказів (кожного окремо, а також усіх у сукупності та взаємозв'язку). Результати остаточної оцінки відображаються у судовому рішенні, у якому суд має зазначити докази, на підставі яких встановлені фактичні обставини справи, відхилені докази та мотиви їх відхилення. Суди апеляційної та касаційної інстанцій також оцінюють

докази на предмет їх належності. У цьому випадку йдеться про контрольну оцінку під час перегляду цивільної справи у судах вищих інстанцій. Зокрема, в апеляційній скарзі має бути зазначено, у чому полягає незаконність і (або) необґрунтованість рішення або ухвали (неповнота встановлення обставин, які мають значення для справи), та (або) неправильність установлення обставин, які мають значення для справи, внаслідок необґрунтованої відмови у прийнятті доказів, неправильного їх дослідження чи оцінки, неподання доказів з поважних причин та (або) неправильне визначення відповідно до встановлених судом обставин правовідносин тощо; нові обставини, що підлягають встановленню, докази, які підлягають дослідженню чи оцінці, обґрунтування поважності причин неподання доказів до суду першої інстанції, заперечення проти доказів, використаних судом першої інстанції (пункти 5, 6 ч. 2 ст. 356 ЦПК України).

Отже, суд апеляційної інстанції може перевірити правильність застосування критерію належності судом першої інстанції шляхом оцінки доказів, що ґрунтується на дослідженні доказів у межах апеляційного розгляду справи згідно зі ст. 367 ЦПК України. Вирішуючи питання за клопотанням сторін та інших учасників справи про виклик свідків, призначення експертизи, витребування доказів, судових доручень щодо збирання доказів (п. 6 ч. 1 ст. 365 ЦПК України) суд апеляційної інстанції має керуватися критерієм належності. Разом з тим, у першу чергу суду апеляційної інстанції необхідно переконатися у поважності причин неподання відповідних доказів до суду першої інстанції, а вже потім здійснити їх попередню (формальну) оцінку на предмет належності. Результати ж остаточної контрольної оцінки доказів унаслідок їх дослідження необхідно відобразити у рішенні суду апеляційної інстанції. Перевірити законність рішення суду першої інстанції або встановити недоведеність обставин, що мають значення для справи, які суд першої інстанції визнав встановленими, суд апеляційної інстанції може здійснивши оцінку доказів з урахуванням обмежень, передбачених законодавством для апеляційного провадження. Так, суд апеляційної інстанції перевіряє законність і обґрунтованість рішення суду першої інстанції в межах доводів та вимог апеляційної скарги (ч. 1 ст. 367 ЦПК України), а тому під час апеляційного перегляду суд може оминути дослідження усіх наявних у справі доказів.

У силу вимог ст. 400 ЦПК України суд касаційної інстанції не вправі встановлювати нові обставини та переоцінювати докази.

Проте критерій оцінки належності доказів також має значення під час касаційного розгляду справи. Так, підставою для судового рішення та направлення справи на новий розгляд є також порушення норм

процесуального права, що унеможливило встановлення фактичних обставин, які мають значення для правильного вирішення справи, якщо: 1) суд не дослідив зібрані у справі докази; або 2) суд необґрунтовано відхилив клопотання про витребування, дослідження або огляд доказів, або інше клопотання (заяву) учасника справи щодо встановлення обставин, які мають значення для правильного вирішення справи (пункти 1, 2, ч. 3 ст. 411 ЦПК України).

Відповідно до ч. 2 ст. 417 ЦПК України «постанова суду касаційної інстанції не може містити вказівок для суду першої або апеляційної інстанції про достовірність чи недостовірність того чи іншого доказу, про переваги одних доказів над іншими, про те, яка норма матеріального права повинна бути застосована і яке рішення має бути прийнято за результатами нового розгляду справи. Зі змісту цієї процесуальної норми вбачається, що суд касаційної інстанції не обмежений у наданні правового висновку щодо належності доказів у певній категорії справ». Ми вважаємо, що розглядаючи питання складу належних доказів у певній справі, суд касаційній інстанції має давати виключно обґрунтовані вказівки та, уникаючи порівняння одних доказів з іншими, відобразити у рішенні свою правову позицію стосовно орієнтовного кола належних доказів, які мають бути досліджені при новому розгляді справи, та які мають значення для справи. Особливістю контрольної оцінки належності доказів судом касаційної інстанції є те, що така оцінка здійснюється виключно на основі тих обставин, що були встановленні судами попередніх інстанцій, з метою перевірки правильного застосування норм матеріального права та дотриманням процесуальних норм. Отже, порядок встановлення належності доказів у процесі доказування передбачає проходження процесуальних стадій оцінки доказів з урахуванням розумової і процесуальної діяльності суду та інших учасників процесу, особливостей різних форм судового провадження та інстанцій з метою об'єктивного з'ясування обставин, які мають значення для ухвалення законного рішення у справі.

Процес дослідження й оцінки доказів на предмет їх допустимості, що вимагає від суду встановлення наявності чи відсутності певних змістовних елементів відповідного критерію, а саме: законності джерела походження доказу; підтвердження конкретної обставини визначеним у законі засобом доказування; дотримання закріпленої у нормативних актах процедури подання доказів до суду, що включає кілька деталізуючих критеріїв: подання доказів суб'єктом, що наділений відповідним правом, або витребування доказів судом; дотримання визначених законом строків подання доказу до суду; подання доказів у встановленому процесуальному порядку.

Стадії виконання судом та учасниками справи своїх процесуальних обов'язків щодо оцінки доказів на предмет їх відповідності критерію належності:

- підготовча стадія – оцінка доказів учасниками справи на початкових стадіях доказування у процесі викладення обставин, якими обґрунтовуються їх вимоги або заперечення, зазначаються докази, що підтверджують такі обставини;

- попередня (формальна) стадія – оцінка доказів судом та учасниками справи у процесі судового доказування під час формування предмета доказування та збирання доказів у процесі вирішення судом питань щодо відкриття провадження у справі, забезпечення доказів та збирання доказів з ініціативи суду у випадках, передбачених цивільним процесуальним законодавством;

- остаточна стадія – оцінка доказів судом на завершальному етапі доказування, на підставі дослідження усіх наявних у справі доказів (кожного окремо і всіх разом в сукупності та взаємозв'язку).

Стадії вирішення питання про допустимість доказів у цивільному процесі:

перша стадія – оцінка доказу на предмет його відповідності критерію допустимості суб'єктом подання доказу до суду під час збирання доказів до моменту їх подання;

друга стадія – оцінка доказу на предмет його відповідності критерію допустимості усіма учасниками справи (окрім суб'єкта подання доказу) одразу після отримання доказів від суб'єкта їх подання та протягом усього часу розгляду справи (у разі виявлення ознак недопустимості – направлення відповідного клопотання до суду про неможливість врахування судом поданого доказу через його недопустимість);

третя стадія – вирішення судом питання про допустимість доказу з урахуванням позицій учасників справи;

четверта стадія (наявна у випадку, коли учасники справи скористались своїм право на апеляційне чи касаційне оскарження рішення суду) – перевірка правильності вирішення судами першої та/або апеляційної інстанції питання про допустимість доказів в порядку апеляційного та касаційного провадження.

ТЕМА 8. ПРАВОВА АРГУМЕНТАЦІЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ

План лекційного заняття:

1. Стандарти доказування у кримінальному провадженні.

2. Прямі на непрямі докази в кримінальному провадженні. Використання електронних засобів доказування у кримінальному провадженні.

3. Проблеми допустимості доказів у кримінальному провадженні.

4. Оцінка доказів у кримінальному провадженні на стадії досудового розслідування.

5. Кримінальні процесуальні гарантії для давання свідком достовірних показань, їх об'єктивної перевірки й оцінки.

6. Проблемні питання застосування технічних засобів фіксування та їх результатів у доказуванні у кримінальному провадженні в аспекті реформування кримінальної юстиції в Україні.

1. Стандарти доказування у кримінальному провадженні

У сучасному кримінальному процесі України склалася тенденція до формалізації пізнавальної діяльності суб'єктів правозастосування, що пов'язано із закріпленням стандартів доказування у Кримінальному процесуальному кодексі. Серед таких стандартів доказування - й «обґрунтована підозра» (reasonable suspicion).

Законодавець передбачив широку сферу застосування цього стандарту при прийнятті низки процесуальних рішень, серед яких про:

• вжиття заходів забезпечення кримінального провадження (п. 1 ч. 3 ст. 132 КПК), у тому числі при вирішенні питання про арешт майна (п. 3 ч. 2 ст. 173 КПК);

• обрання запобіжних заходів (ч. 2 ст. 177; п. 1 ч. 1 ст. 194 КПК);

•проведення окремих негласних (слідчих) розшукових дій (ч. 1 ст. 2691 КПК).

Системне тлумачення норм кодексу також дозволяє стверджувати, що стандарт доказування «обґрунтована підозра» має виконуватися при повідомленні особи про підозру відповідно до ст.276 КПК.

Більше того, у п. «с» §1 ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року передбачено, що законний арешт або затримання особи мають здійснюватися «за наявності обґрунтованої підозри у вчиненні нею правопорушення». Оскільки конвенція є частиною національного законодавства України та має

надзаконодавчий (supra-legislative) характер, слід зробити висновок, що затримання за ст.ст. 207, 208 КПК також здійснюється на підставі стандарту доказування «обґрунтована підозра», хоча цього прямо й не передбачено в кодексі.

Відсутність нормативного визначення змісту стандарту доказування «обґрунтована підозра» в КПК зумовлює труднощі в правозастосуванні та покладає тягар тлумачення відповідного стандарту на суди.

Євросуд, рішення якого визнаються джерелом права в Україні, має значну прецедентну практику щодо застосування стандарту доказування «обґрунтована підозра» в кримінальному провадженні. При цьому значна кількість справ стосується України.

Однак національні суди продовжують неправильно застосовувати прецеденти ЄСПЛ або взагалі нехтують їх вимогами. У зв'язку із цим склалася прикра ситуація, за якої станом на 2018 р. Україна посідає 2-ге місце після Російської Федерації серед порушниць ст. 5 Конвенції (45 справ, де встановлено порушення).

Більше того, нерозуміння вітчизняними суддями суті стандарту доказування «обґрунтована підозра» та умов його виконання призводить до порушення дисциплінарних проваджень Вищою радою правосуддя. Наприклад, у рішенні ВРП від 16.11.2017 № 3692/1дп/15-17 щодо притягнення до відповідальності слідчого судді Наталії Кириченко у вигляді подання про звільнення з посади дисциплінарна палата з посиланням на рішення ЄСПЛ у справі «Хайредінов проти України» встановила, що «тримання особи під вартою буде свавільним, оскільки національні суди не обґрунтували необхідності такого тримання й не було розглянуто можливості застосування більш м'якого запобіжного заходу». Усе це зумовлює актуальність дослідження критеріїв поняття «обґрунтована підозра» у практиці ЄСПЛ.

Формалізація та суб'єктивність

Класично концепція стандартів доказування (standards of proof) притаманна системі загального права, де вони визначаються як рівень імовірності, за якого факти вважаються доведеними. Тоді як для континентальної системи права характерна оцінка доказів за внутрішнім переконанням (interim conviction), де доведеність розуміється як суб'єктивне враження у свідомості судді.

Характерною рисою вітчизняного змішаного кримінального процесу є поєднання формалізованих стандартів доказування з принципом вільної оцінки доказів суб'єктами правозастосування відповідно до ст. 94 КПК. Таке поєднання, однак, не є еклектичним,

адже стандарти доказування лише з певною умовністю можна вважати об'єктивними. Оцінка доказів суб'єктами правозастосування так чи інакше є процесом суб'єктивним. Тоді як стандарти доказування формують певний соматичний маркер, який вказує на ступінь внутрішнього переконання, що його мають досягти суб'єкти правозастосування для прийняття відповідного процесуального рішення.

ЄСПЛ також використовує стандарти доказування при прийнятті рішень. При цьому страсбурзький суд, діючи як міжнародна судова установа, не запозичує концепції, властиві національному правопорядку, а концептуалізує стандарти доказування як критерії оцінки доведеності порушення статей конвенції (див. рішення у справі «Avsar v. Türkey», пп. 283—284).

Європейська практика

Дотримання стандарту доказування «обґрунтована підозра» оцінюється ЄСПЛ при встановленні порушення п. «с» §1 ст. 5 та §3 ст. 5 конвенції щодо права на свободу та особисту недоторканність при затриманні особи та обранні стосовно неї запобіжних заходів, пов'язаних з обмеженням свободи. Уперше Суд дав визначення цьому стандарту в 1990 р. у рішенні у справі «Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom». Так, стандарт доказування «обґрунтована підозра» передбачає існування фактів чи інформації, які б переконали об'єктивного спостерігача, що відповідна особа могла вчинити кримінальне правопорушення.

Пізніше це визначення Суд не раз повторював при розгляді інших справ («Selahattin Demirtaş v. Turkey», п. 161; «Ilgar Mammadov v. Azerbaijan», п. 88; «Erdagöz v. Türkey», п. 51). Інакше кажучи, обмеження права на свободу та особисту недоторканність може мати місце лише за наявності обґрунтованої підозри, тільки суб'єктивного переконання (bona fide) недостатньо.

Перше, на що треба звернути увагу. «Обґрунтована підозра» існує тоді, коли факти, якими обґрунтовується затримання, можна «розумно» вважати такими, що підпадають під опис одного з правопорушень, визначених у законі про кримінальну відповідальність. Тобто явно не може йтися про наявність «обґрунтованої підозри», якщо дії, у вчиненні яких підозрюється особа, не становлять кримінального правопорушення на момент учинення (рішення у справі «Wloch v. Poland», п. 109).

Так, у п. 178 рішення у справі «Нечипорук і Йонкало проти України» ЄСПЛ установив, що п. «с» §1 ст. 5 Конвенції буде порушено, якщо до особи формально застосовано адміністративне

затримання, а мало місце її тримання під вартою як підозрюваного у вчиненні кримінального правопорушення без забезпечення процесуальних прав як підозрюваного, inter alia, права на захист. У пп. 55—56 рішення у справі «Доронін проти України» Суд наголосив на тому, що «така поведінка органів влади суперечить принципу юридичної визначеності, є свавільною та несумісною з принципом верховенства права».

А у практиці ЄСПЛ відсутній універсальний підхід, за якого підозра вважається обґрунтованою. Це визначається конкретними обставинами (рішення у справі «Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom», п. 32; «Merabishvili v. Georgia», п. 184), а також пов'язується зі ступенем суспільної небезпечності діяння.

Наприклад, у справах про тероризм вимоги щодо обґрунтованості підозри знижено порівняно зі «звичайними» кримінальними правопорушеннями у зв'язку зі значною суспільною небезпечністю відповідних кримінально караних діянь (рішення у справі «Murray v. United Kingdom», пп. 60—63). Однак навіть при розслідуванні злочинів, пов'язаних із терористичною діяльністю, добросовісної підозри (genuine suspicion) компетентних органів у вчиненні особами кримінального правопорушення, яка зумовлена знанням про попередню терористичну діяльність суб'єктів, недостатньо, аби переконати об'єктивного спостерігача, що особи могли вчинити відповідне кримінальне правопорушення (рішення у справі «Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom», п. 35). Іншими словами, стандарт доказування «обґрунтована підозра» не виконується, коли єдиним доводом у необхідності затримання особи є її попередня злочинна діяльність.

Щодо рівня імовірності, за якого підозра вважається обґрунтованою, то цей стандарт доказування не передбачає, що уповноважені особи мають оперувати доказами, достатніми для пред'явлення обвинувачення чи ухвалення обвинувального вироку, які необхідні на наступних етапах кримінального провадження. Це пов'язано з тим, що на ранніх етапах кримінального провадження такі докази неможливо було здобути або, беручи до уваги характер кримінальних правопорушень, в яких підозрюється особа, ці докази неможливо надати суду, щоб не поставити під загрозу життя інших осіб.

Якби відповідні докази, що підтверджують підозру, можна було зібрати відразу, то органи слідства, імовірно, відразу ж пред'явили б обвинувачення й передали особу до компетентного органу (рішення у справі «Brogan and others v. United Kingdom», п. 53). Тут вираз «компетентний орган» має те саме значення, що й «суддя чи інша особа, уповноважена законом виконувати судові функції» (рішення у справі «Schiesser v. Switzerland», п. 29).

Тобто стандарт доказування «обґрунтована підозра» є найнижчим стандартом доказування в кримінальному процесі й не передбачає наявності достовірного знання про вчинення особою кримінального правопорушення.

Незважаючи на невисокі вимоги до дотримання стандарту доказування «обґрунтована підозра», ЄСПЛ неодноразово наголошував на його динамічній природі. Так, за §3 ст. 5 Конвенції, існування «обґрунтованої підозри» у вчиненні затриманою особою кримінального правопорушення є необхідною умовою (conditio sine qua non) тримання під вартою, але з плином часу її стає недостатньо. У такому випадку у Страсбурзі встановлюють, чи національні суди з'ясували наявність інших відповідних і достатніх обставин, які обґрунтовують продовження тримання особи під вартою, а також чи виявили національні органи влади особливу старанність при здійсненні кримінального провадження (рішення у справі «Idalov v. Russia», п. 140).

До відповідних і достатніх обставин належать ризики:

• переховування від правосуддя;

• здійснення тиску на свідків чи спотворення доказів;

• змови;

• вчинення іншого кримінального правопорушення;

• спричинення заворушень чи необхідність захисту прав затриманої особи (рішення у справі «Ara Harutyunyan v. Armenia», п. 50).

Більше того, навіть при прийнятті першого рішення про тримання під вартою національні суди мають установити, крім обґрунтованої підозри, наявність таких підстав (рішення у справі «Макаренко проти України», п. 84). Тобто доведення наявності ризиків є обов'язковою передумовою для застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, що модифікує стандарт доказування «обґрунтована підозра» в більш суворий. Це зумовлено тим, що більше втручання в права особи вимагає переконаності з вищим ступенем імовірності у вчиненні нею кримінального правопорушення.

Суддівська неуважність

В Україні склалася тенденція, за якої національні суди, навіть коли йдеться про тривалі строки тримання під вартою, посилаються на однакові підстави протягом усього періоду ув'язнення особи, якщо взагалі це роблять, повністю ігноруючи практику ЄСПЛ щодо динамічного характеру стандарту доказування «обґрунтована підозра» (рішення у справах «Макаренко проти України», п. 92; «Харченко проти України», п. 80; «Доронін проти України», п. 63; «Єлоєв проти України», п. 60).

Наприклад, ухвалою від 21.07.2017 у справі № 638/10648/13-п Дзержинський районний суд м.Харкова задовольнив клопотання прокурора про продовження строків тримання під вартою, зазначивши, що обґрунтованість підозри підтверджується вагомістю наявних доказів про скоєння особою злочину, а ризики, які передбачені в ст. 177 КПК, повністю знайшли своє підтвердження в судовому засіданні.

Дане формулювання не відповідає практиці Євросуду, оскільки питання про подовження строків тримання під вартою не може бути вирішене in abstracto. Національні суди мають вивчати всі факти, що свідчать про наявність чи відсутність справжнього публічного інтересу, що виправдовує (з урахуванням принципу презумпції невинуватості) обмеження права на свободу, та викладати їх у своїх рішеннях про відмову у звільненні особи з-під варти (рішення у справі «Labita v. Italy», пп. 152–153).

В ухвалі від 8.06.2017 у справі № 753/10381/17 Дарницький районний суд м.Києва, подовживши особам строк тримання під вартою на 60 діб, обґрунтував наявність ризиків «фактом учинення обвинуваченими кримінальних правопорушень», які належать до категорії тяжких та особливо тяжких злочинів, а також тяжкістю покарання, що загрожує особам у разі визнання їх винуватими в інкримінованих правопорушеннях. Таке рішення не лише містить абстрактне формулювання підстав для подовження строку тримання під вартою, а й не відповідає принципу презумпції невинуватості, закріпленому в ст. 62 Конституції, адже суд не може стверджувати про наявність «факту вчинення обвинуваченими кримінального правопорушення» до ухвалення обвинувального вироку в кримінальному для повадженні.

Ці та інші подібні рішення лише ілюструють системну проблему, яка виникла в українській правозастосовній практиці у зв'язку з нерозумінням судами сутності стандарту доказування «обґрунтована підозра». Тож для усунення виявлених недоліків пропонуємо критерії обґрунтованості підозри в кримінальному провадженні, що сформовані на основі системного аналізу практики ЄСПЛ.

Критерії обґрунтованості

Стандарт доказування «обґрунтована підозра» вважається досягнутим, якщо фактів та інформації достатньо, аби переконати об'єктивного спостерігача в тому, що відповідна особа могла вчинити кримінальне правопорушення.

Обґрунтованість підозри може встановлюватися тільки щодо діяння, яке підпадає під ознаки правопорушення за законом про кримінальну відповідальність.

Обґрунтованість підозри не може встановлюватися in abstracto або ґрунтуватися на суб'єктивних припущеннях, а має підкріплюватися конкретними доказами в кримінальному провадженні.

Стандарт доказування «обґрунтована підозра» не передбачає, що уповноважені органи мають оперувати доказами, достатніми для пред'явлення обвинувачення чи ухвалення обвинувального вироку, що пов'язано з меншою мірою ймовірності, необхідною на ранніх етапах кримінального провадження для обмеження прав особи.

Стандарт доказування «обґрунтована підозра» має динамічний характер, тобто з плином часу така підозра в учиненні кримінального правопорушення не може бути самостійною підставою для продовжування обмеження прав особи, мають бути наведені відповідні й достатні підстави (ризики), підкріплені доказами.

Навіть при прийнятті першого рішення про застосування стосовно особи запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою національні суди мають навести докази існування обґрунтованої підозри та відповідних ризиків кумулятивно.

Тяжкість кримінального правопорушення, в якому особу підозрюють, обвинувачують, не може слугувати самостійною підставою для її затримання та тримання під вартою.

Додержання цих критеріїв національними судами є важливою гарантією від свавільного обмеження прав людини, а також запорукою виконання Україною міжнародних зобов'язань за конвенцією.

2. Прямі на непрямі докази в кримінальному провадженні. Використання електронних засобів доказування у кримінальному провадженні

Поділ доказів на прямі та побічні заснований на тому, що одні з них містять відомості про обставини, що входять до предмета доказування (свідок бачив, як обвинувачений завдав потерпілому ножове поранення, яке виявилось смертельним), а інші підтверджують так звані проміжні факти (злочин вчинений ножем, який належить конкретній особі, однак свідків вбивства не було). За використання прямих доказів завдання полягає у встановленні їх достовірності. Доказування з використанням непрямих доказів більш складне, оскільки передбачає наявність системи достовірних побічних доказів, наявність між ними взаємозв'язку, створення системи доказів[1].

[1] Соловьев А. Б. Доказывание в досудебных стадиях уголовного процесса. – М.: Юрлитинформ, 2002. – 71 с.

Прямий доказ – це пряме бачення факту, побічний же доказ вказує на обставину, яка доводиться не прямо, не безпосередньо, але опосередковано.

Поділ доказів на прямі та побічні зумовлений різними шляхами встановлення тих чи інших обставин. Зв'язок прямого доказу з предметом доказування не потребує додаткового обґрунтування, він є очевидним, що не можна сказати про шлях доказування на основі побічних доказів. Відношення побічного доказу до матеріалів кримінального провадження може бути випадковим і здаватись маловірогідним навіть за встановлення достовірності цього доказу.

Обставини, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, завжди встановлюються або прямим або побічним шляхом, хоча поділ доказів на прямі та побічні має значення виключно для доказування винуватості особи.

Усі побічні докази у справі мають призводити до одного висновку – про винуватість обвинуваченого – і мають виключати можливість іншого висновку[1].

Непрямі докази також можуть бути скласифіковані за специфічними для них ознаками. Така класифікація дає можливість для всебічного аналізу непрямих доказів, вибору оптимальних тактичних прийомів і методики їх перевірки.

Класифікація непрямих доказів є важливою та необхідною умовою їхнього дослідження. Безумовно, навряд чи можливо встановити вичерпний перелік непрямих доказів, проте за певними ознаками можна розробити правила їх використання у кримінальному судочинстві.

У багатьох випадках побічні докази є єдиним засобом установлення обставин учинення злочину. Випадки, коли в справі відсутні прямі докази та реальні перспективи їх отримання, не рідкість у слідчій та судовій практиці. Однак і тоді, коли в справі наявні прямі докази, вони всебічно і об'єктивно перевіряються та доповнюються за допомогою непрямих доказів, вміле використання яких під час допиту обвинуваченого, підозрюваного, потерпілого і свідка дають можливість отримати достовірні прямі докази вчинення цього злочину[2].

У юридичній літературі постійно обговорюється питання про доказове значення так званих доказів поведінки, тобто таких дій підозрюваного, обвинуваченого, які можуть свідчити про знання ним

[1] Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса. – М., 1958. – 703 с.

[2] Хмыров А. А. О понятии косвенных доказательств и их значении в расследовании преступлений. – М., 1964. – 109 с.

обставин учинення кримінального правопорушення або про бажання ввести в оману слідство та суд чи помилково спрямувати. У цілому такі особливості поведінки підозрюваного дозволяють висунути версію про його причетність до вчинення кримінального правопорушення, але ж доказова цінність таких доказів надзвичайно низька. З одного боку, такі докази можуть розглядатись як побічні, але й не слід забувати про те, що для особи природно не тільки намагатись уникнути відповідальності за вчинене, але й уникнути обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення.

Вагомість таких доказів доволі сумнівна, не може підміняти інші об'єктивні докази. Наприклад, підозріла поведінка особи не може розглядатись суто як ознака його винуватості. До слова, така поведінка часом може свідчити, навпаки, про невинуватість особи. Тому для слідчого це має бути поштовхом до більш детального та прискіпливого пошуку інших доказів, які можна було б покласти в основу обвинувального акта.

До побічних можуть бути віднесені і докази, які встановлюють подібні факти. Наприклад, установлена подібність у засобах учинення низки кримінальних правопорушень або використання аналогічних прийомів дозволяють зробити попередній висновок про вчинення цих кримінальних правопорушень однією особою. Звичайно, що цей висновок сам собою недостовірний, оскільки допускає різноманітні тлумачення.

Відповідно до ст. 84 КПК України «доказами в кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані у передбаченому цим кодексом порядку, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню».

Процесуальними джерелами доказів є показання, речові докази, документи, висновки експертів[1].

Відповідно до ч. 1 ст. 99 КПК України «документом є спеціально створений з метою збереження інформації матеріальний об'єкт, який містить зафіксовані за допомогою письмових знаків, звуку, зображення тощо відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження».

Що ж стосується поняття електронних доказів у кримінальному провадженні, то, на думку Н.М. Ахтирської, «електронними доказами»

[1] Кримінальний процесуальний кодекс України : науково-практичний коментар / відп. ред. : С. В. Ківалов, С. М. Міщенко, В. Ю. Захарченко. – Х. : Одіссей, 2013. – 1104 с.

є дані, які підтверджують факти, інформацію або концепцію у формі, придатній для обробки за допомогою комп'ютерних систем, у тому числі програми виконання комп'ютерною системою або інших дій. Джерелами електронних доказів є електронні пристрої: комп'ютери, периферійні пристрої, комп'ютерні мережі, мобільні телефони, цифрові камери та інші портативні пристрої, мережа Інтернет[1].

Серед загальних ознак електронних доказів фахівці вказують такі, що:

– існують у нематеріальному вигляді;

– можуть бути створенні як людиною, так і бути результатом функціонування інформаційної системи;

– не можуть існувати поза межами технічного носія або каналу зв'язку;

– не мають нерозривного зв'язку з матеріальним носієм;

– вільно переміщуються в електронній мережі без технічного носія;

– їх не можна безпосередньо сприймати та досліджувати, тільки за допомогою технічних засобів і програмного забезпечення;

– потребують специфічного порядку збирання, перевірки й оцінки;

– мають здатність до дубляжу, тобто копіювання або переміщення на інший носій без втрати своїх характеристик;

– можливість дистанційного внесення змін до них та їх знищення[2].

Серед неврегульованих і проблемних аспектів використання електронних доказів у кримінальному судочинстві України науковці виокремлюють відсутність: чіткого процесуального порядку їхнього отримання відповідно до Кримінального процесуального кодексу України; підстав визнання електронних доказів недопустимими; відсутність сформованої методики дослідження таких доказів; складності у слідчих під час виявлення та фіксації електронних доказів через недостатність спеціальних знань у слідчих, що зумовлює необхідність залучення спеціалістів для проведення процесуальних дій; однотипної термінології та урегульованості на законодавчому рівні[3].

Електронний документ досить вразливий, оскільки він може бути легко змінений, знищений тощо. Саме ця його риса, на думку

---

[1] Ахтирська Н. М. До питання доказової сили кіберінформації в аспекті міжнародного співробітництва під час кримінального провадження. Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2016. – Вип. 36(2). – С. 123–125. – (Серія : Право).

[2] Алєксєєва-Процюк Д. О. Електронні докази в кримінальному судочинстві: поняття, ознаки та проблемні аспекти застосування. *Науковий вісник публічного та приватного права*. – 2018. – Випуск 2. – С. 247–253.

[3] Алєксєєва-Процюк Д. О. Електронні докази в кримінальному судочинстві: поняття, ознаки та проблемні аспекти застосування. *Науковий вісник публічного та приватного права*. – 2018. – Випуск 2. – С. 247–253.

науковців, зумовлює «необхідність створення спеціальних правил фіксації електронної інформації, способів збереження та приєднання їх до матеріалів справи. Зокрема, на рівні з традиційними правилами поводження із документами необхідно враховувати технічні особливості збирання, зберігання та використання інформації»[1].

Під час роботи з електронними доказами потрібно дотримуватись певних принципів:

1. Законність. Працівники підрозділів правоохоронних органів, що проводять розслідування і досліджують докази в електронній формі, зобов'язанні дотримуватись чинного законодавства, загальних процесуальних та криміналістичних принципів.

2. Цілісність даних. Дії фахівця не повинні призводити до матеріальних змін даних, електронних пристроїв чи носіїв інформації, які можуть використовуватись як докази.

3. Документування процесу. Документують будь-які дії, виконуванні стосовно електронних доказів, і зберігають ці документи на випадок перевірки, щоб незалежна третя сторона могла повторити ці дії та отримати аналогічний результат.

4. Експертна підтримка. Якщо передбачається, що під час огляду (обшуку) можуть бути виявлені електронні докази, отримують підтримку фахівців (спеціалістів), забезпечивши за можливості їхню присутність на місці події.

5. Відповідна фахова підготовка. Якщо у процесі огляду (обшуку) відсутні фахівці з електронних доказів, першочергові дії на місці події здійснюють особи, які мають необхідні знання та навички для виявлення і збирання доказів.

6. Розумна обережність. Уникають будь-яких навмисних або ненавмисних дій, які можуть призвести до пошкодження потенційних доказів, представлених у цифровій формі[2].

3. Проблеми допустимості доказів у кримінальному провадженні

Проблема визнання доказів недопустимими в теорії кримінального процесу та кримінальному процесуальному законодавстві вирішується неоднозначно. Наголосимо, що така неоднозначність стосується не тільки кримінального провадження, а й інших видів юридичних

[1] Хижняк Є. С. Особливості огляду електронних документів під час розслідування кримінальних правопорушень. *Держава та регіони*. – 2017. – № 4 (58). – С. 80–85.

[2] Пономарев И. П. Цифровое алиби и его проверка. Вестник ВГУ. – 2011. – № 2. – С. 437–444. – (Серия : Право).

процедур. Наявність складних підходів до з'ясування суті допустимості доказів, визнання їх недопустимими в юридичному процесі сприяли появі в радянській юридичній науці значної кількості відповідних концепцій стосовно досліджуваної проблематики. Тож виникла потреба за допомогою об'єктивного та критичного аналізу вдосконалити певні елементи цих концепцій, дослідити їхнє значення для науки кримінального процесу та вплив на національне кримінальне процесуальне законодавство України.

Прихильники концепції «асиметрії правил допустимості доказів» аргументують свою позицію так: недопустимими повинні визнаватися лише докази, здобуті з порушенням закону, що можуть бути покладені в основу обвинувачення[1]; сторона захисту вправі застосовувати докази, що є недопустимими в руках протилежної сторони, а обвинувачений не може нести відповідальність за помилки слідчого, який втратив виправдувальний доказ [2] ; отриманий з порушенням прав обвинуваченого доказ може бути визнано допустимим за клопотанням захисту тому, що фактично ці порушення не досягли своєї мети3; якщо доказ представлений або здобутий стороною захисту, то питання допустимості має вирішуватися відповідно до правил допустимості доказів без будь-яких обмежень[4] та ін.

Противники концепції «асиметрії правил допустимості доказів» обґрунтовують свою позицію тим, що ні сторона обвинувачення, ні сторона захисту не можуть встановлювати різний правовий режим або створювати різноманітні «вагові категорії» для подання та використання доказів у кримінальній справі[5]. Вчені наводять такі аргументи: по-перше, «асиметрія правил допустимості доказів» не відповідає законодавству, а тому її застосування в кримінальному судочинстві є неприйнятним; по-друге, з погляду закону не існує проблеми подвійного стандарту у визначенні допустимості доказів[6].

---

[1] Савицкий В. М. Уголовный процесс России на новом витке демократизации. Государство и право. – 1994. – № 6. – С. 96–107.

[2] Орлов Ю. К. Проблемы теории доказательств в уголовном процесс. – М. : Юристъ, 2009. 175 с.

[3] Іщенко В. Принцип допустимості і достатності засобів кримінально-процесуального доказування. Право України. – 2003. – № 7. – С. 90–93.

[4] Абросимов И. В. Актуальные вопросы обеспечения допустимости и достоверности доказательств в уголовном судопроизводстве : автореф. дисс. на соиск нач.ст. канд. юрид. Наук : 12.00.09. – М., 2007. – 26 с.

[5] Кипнис Н. М. Допустимость доказательств в уголовном судопроизводстве. – М. : Юристъ, 1995. – 128 с.

[6] Кудрявцев В. Л. Проблемы двойного стандарта при определении допустимости доказательств в российской уголовно-процессуальной науке. Актуальные проблемы уголовно-процессуального права и практика его применения : материалы Междунар. дистанц. науч.-практ. конф. – Караганда : КЮИ МВД РК им. Б. Бейсенова, 2009. – С. 7–13.

Дехто взагалі зауважує, що тенденція в бік асиметрії правил допустимості доказів недоречна, оскільки допускає використання у процесі доказування відомостей, отриманих всупереч конституційному статусу особи, а також доказів, отриманих з грубими процесуальними порушеннями[1].

Деякі науковці, визнаючи можливість «асиметрії правил допустимості доказів», водночас стверджують, що вона можлива тільки щодо недопустимих доказів, отриманих слідчими органами. Коли ж докази подає сторона захисту, то питання про їхню допустимість треба вирішувати відповідно до правил допустимості доказів без яких-небудь обмежень.

Видається, що для вирішення цього питання треба звернутися до гносеологічного аспекту та правил тлумачення сумнівів на користь обвинувачуваного[2]. Докази, які свідчать на користь обвинуваченого, не можна використовувати тільки у випадках, коли стосовно нього наявні перешкоди гносеологічного характеру, які неможливо усунути. У такому разі за процесуальних порушень, пов'язаних із гарантіями достовірності доказів, потрібно намагатися максимально їх нейтралізувати або замінити непридатні докази іншими. І тільки тоді, коли це неможливо, треба виходити із правила про тлумачення сумнівів: факт, що свідчить на користь обвинуваченого, якщо він достовірно не підтверджений і не спростований, вважають таким, що існує[3]. В інших випадках, якщо факти не стосуються достовірності доказів, то вони не повинні стосуватися і самого обвинуваченого, оскільки він не має страждати через некомпетентність або недобросовісність обвинувачення суб'єктів, на яких лежить обов'язок доказування. Отже, за відсутності перешкод гносеологічного характеру такий доказ, якщо він тлумачиться на користь обвинуваченого, повинен бути наділений юридичною силою.

Водночас можна погодитися, що твердження «обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом» є принциповим у цій дискусії та виступає, на нашу думку, ще одним аргументом на користь можливості застосування «асиметрії правил допустимості». Відповідно до ч. 3 ст. 62 Конституції України всі

---

[1] Верещагина М. А. Асимметрия правил о допустимости доказательств. *Вестник Южноуральского государственного университета. Серия «Право»*. – 2007. – № 28. – С. 22–24.

[2] Стоянов М. Концепції допустимості доказів: проблеми теорії, нормативної регламентації та правозастосовчої практики. Часопис Академії адвокатури України. – 2009. – № 4. – С. 1–10.

[3] Орлов Ю. К. Проблемы теории доказательств в уголовном процессе / Ю. К. Орлов. – М. : Юристъ, 2009. – 175 с.

сумніви щодо доведеності вини особи, які не можна усунути в порядку, встановленому КПК, тлумачаться на користь цієї особи. Крім того, даючи офіційне тлумачення положення ч. 3 ст. 62 Конституції України, Конституційний Суд України виходить з того, що обвинувачення особи у вчиненні злочину не може ґрунтуватися на доказах, одержаних унаслідок порушення або обмеження її конституційних прав і свобод, крім випадків, у яких Основний Закон України допускає такі обмеження[1].

Отже, питання диференційованих підходів до визнання доказів недопустимими є однією з центральних проблем кримінального процесу, яка має і теоретичне, і практичне значення. Ми приєднуємося до групи тих науковців, які обґрунтовують свої погляди щодо доцільності нормативного закріплення на підставі диференційованого (класифікаційного) підходу до наслідків порушень кримінально-процесуального закону під час збирання доказів шляхом поділу їх на істотні (безумовна недопустимість доказів) та не істотні (можливість відновлення допустимості доказів). Це загалом відповідає положенням ч. 2 ст. 87 КПК України 2012 року, де зазначається, що суд зобов'язаний визнати істотними порушеннями прав людини і основоположних свобод, зокрема, такі діяння:

- вчинення процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов;
- отримання доказів унаслідок катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність особи, поводження чи погрози застосування такого поводження;
- порушення права особи на захист;
- отримання показань чи пояснень від особи, яка не була повідомлена про своє право відмовитися від давання показань та не відповідати на запитання, або їхнє отримання з порушенням цього права;
- порушення права на перехресний допит;
- отримання показань від свідка, який надалі буде визнаний підозрюваним чи обвинуваченим у цьому кримінальному провадженні.

Проблема правової регламентації концепцій допустимості доказів є важливим чинником підвищення ефективності кримінального процесу, виконання завдань кримінального судочинства, а отже, потребує подальшого аналізу та вдосконалення.

[1] Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення положення частини 3 статті 62 Конституції України від 20.10.2011 р. № 12-рп/2011 (№ 1-31/2011) URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-11

4. Оцінка доказів у кримінальному провадженні на стадії досудового розслідування

Відповідна спрямованість чинного кримінального процесуального законодавства України зумовлює вибір аспектів дослідження змісту положень ст. 94 КПК України, присвяченої правовому регулюванню діяльності з оцінки доказів. Згідно із законом, оцінка доказів полягає в такому: «Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінюють кожний доказ з погляду належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення. <…> Жоден доказ не має встановленої наперед сили».

Тобто наведений припис дає можливість виокремити принаймні дві ознаки оцінки доказів під час проведення кримінального провадження – внутрішнє переконання особи, яка його здійснює, та закон. У положеннях ст. 3 «Визначення основних термінів Кодексу» чинного КПК України не існує визначення такого поняття, як «внутрішнє переконання». Також відсутня єдина позиція науковців відносно природи та змісту поняття «внутрішнє переконання», а також факторів, що впливають на формування останнього. Однак важливість і складність понятійної категорії «внутрішнє переконання» заслуговує на розкриття змісту цього поняття.

Поняття «внутрішнє переконання» у кримінальному процесі почало формуватися на основі теорії вільної оцінки доказів з середини XIX століття. Це поняття стало предметом прискіпливої уваги під час розробки та першого досвіду застосування Статуту кримінального судочинства 1864 року. Так, в дореволюційній юридичній літературі всіляко підкреслювалось, що оцінка доказів згідно з внутрішнім переконанням і совістю – це не вирішення справи відповідно до власних вражень (почуттів) або на вільний розсуд. Підтримуючи цю думку, І.Я. Фойницький зазначив: «Щоб внутрішнє переконання не перейшло в особисте свавілля, закон, не обмежуючи суддю легальними правилами, піклується про формування його переконання, забезпечуючи певні умови і порядок, за яких будьяка розсудлива людина у тих самих умовах і обставинах дійде тих самих висновків, що й суддя. Правила подібних умов і порядку мають важливе значення, адже вони встановлюють межу між свободою судді та суддівським свавіллям».

Необхідно взяти до уваги той факт, що більшість процесуалістів того часу наполягала на тому, що оцінка доказів суб'єктом доказування повинна бути вільною, але не довільною. Одним із прихильників такої позиції є й С.І. Вікторовський. Свого часу він запропонував класифікацію правил, виконання яких стримувало би перетворення внутрішнього переконання суб'єкта доказування у свавілля, зокрема: 1) підставою для вироку повинні бути винятково ті данні, що були надані суду та перевірені у судовому порядку; 2) вирок вважається правильним тільки за умови, що він заснований на усіх обставинах справи, тобто жоден доказ не може залишатися без обговорення; 3) усі обставини справи обговорюються не інакше як за їх сукупністю, тобто у зіставленні одна з одною; 4) кожен окремий доказ має оцінюватися відповідно до своєї суті або природи, а також за близькістю його до відомого факту, що підлягає доказуванню, та за зв'язком його з останнім.

Отже, науковці того часу розглядали поняття «внутрішнє переконання» не як явище, що осяяло суб'єкт оцінки доказів, а як акт мислення, пов'язаний з усвідомленням обставин справи, що й виступає основним критерієм формування переконання сторони обвинувачення. У радянський період поняття «внутрішнє переконання», що було запропоноване попередніми дослідниками, було підтримане ученими того часу. Так, Н.В. Жогін писав: «Внутрішнє переконання слідчого, прокурора або судді – це розумна впевненість у правильності їх висновків у справі, що була досягнута ретельним та всебічним дослідженням обставин справи і походить від достовірно встановлених обставин справи».

З приводу розуміння поняття «внутрішнє переконання» у теорії кримінального процесу сьогодні відсутня єдність у поглядах. Так, перша група вчених, до яких приєднується й З.З Зінатуллін, вважає його принципом, друга група й А.І. Трусов відносить це поняття до методу, третя група та Т.А. Ульянова визначає його як критерій і результат, М.С. Строгович та четверта група вчених вважає його підставою і критерієм, а І.І. Мухін з п'ятою групою учених дотримується того погляду, що внутрішнє переконання є методом і способом оцінки доказів та пізнання істини. Така значна кількість думок, як вказував Ю.М. Грошевий, пояснюється тим, що під час дослідження даного питання учені виділяють його соціологічний, гносеологічний, психологічний, етичний та інші аспекти.

Розглядаючи питання з цього погляду, М.М. Михеєнко стверджує, що більш важливе значення для розкриття ролі внутрішнього переконання в оцінці доказів мають психологічний і гносеологічний аспекти. Так, у психологічному аспекті, на його думку, внутрішнє

переконання можна розглядати у двох положеннях, тобто у динаміці (як процес його формування) та у статиці (як результат). У ході його формування створюється власна думка з подоланням та усуненням сумнівів, невпевненості щодо окремих питань. Зрештою, слідчий, прокурор чи слідчий суддя у ході проведення досудового розслідування приходять до внутрішнього переконання як стану твердої впевненості у правильності своїх висновків, рішучості зафіксувати їх у процесуальних документах і за необхідності публічно їх висловити, готовності обстоювати їх у відповідних (процесуальних та інших) інстанціях, нести за них відповідальність. У гносеологічному аспекті внутрішнє переконання – це знання як про окремі фактичні обставини, що становлять предмет доказування, так і про висновки у кримінальному провадженні, в тому числі й ті, що стосуються юридичної оцінки, кваліфікації встановлених фактів, обставин, подій тощо.

Однак водночас не можна оминути увагою твердження А.І. Трусова, який вважав, що необхідно розрізняти оцінку доказів у ході проведення досудового розслідування, що має попередній характер, і оцінку доказів у ході судового розгляду, яка є остаточною у кримінальному проваджені.

Підтримуючи цю думку, І.М. Лузгін стверджував, що у ході досудового розслідування оцінна діяльність учасників кримінального провадження має такий характер, який можна віднести до розсудливо-перевірочного, адже оцінка у даному випадку є попередньою та слугує логічною основою для формулювання обвинувальної чи виправдувальної тези. Він припускав на цьому етапі можливість існування недостовірних або недоброякісних фактичних даних, що обов'язково будуть пов'язані з виконанням функцій кожним суб'єктом доказування, під час чого він буде керуватися своїми інтересами. Але «попередня оцінка доказів» є не досить вдалим, адже така оцінка неминуче асоціюється із неповною оцінкою доказів. Застосування поняття «попередня оцінка доказів» дезорієнтує практичних працівників правоохоронних органів, які займаються кримінальним процесуальним доказуванням. Зокрема, це стосується співробітників оперативних підрозділів та слідчих, знижує рівень їх відповідальності за об'єктивності оцінки того чи іншого доказу на початковому етапі розслідування. Так, під час досудового розслідування кримінальних правопорушень практикується формальний підхід до складання письмового повідомлення про підозру та її оголошення, що має підставою попередню оцінку доказів. На заключних етапах досудового розслідування зміст підозри декілька разів може змінюватись та оголошуватись, а вже при складанні обвинувального акту надається остаточна оцінка доказів.

Проте від поняття «попередня оцінка доказів» потрібно відмовитися, оскільки оцінка доказів на будь-якому етапі розслідування або судового розгляду стосовно конкретного етапу та зібраної на конкретний момент доказової бази є остаточною. Так, щодо цього питання П.А. Лупинська слушно зауважувала, що у ході проведення досудового розслідування та судового розгляду характеристика оцінки доказів на досудовому розслідуванні як попередня, а у вироку як остаточна не відображає сутті оцінної діяльності й не підкреслює самостійного характеру цієї діяльності. Крім цього, необхідно звернути увагу також на те, що внутрішнє переконання тому й називається внутрішнім, бо воно притаманне саме конкретному суб'єкту доказування, відображає його особисту оцінку і цілком може не збігатися з переконанням інших.

Тобто, керуючись викладеним вище, треба зробити висновок, що об'єкт оцінки доказів на етапі досудового розслідування менший, ніж під час розумово-логічної діяльності, яка властива суду. Водночас формування внутрішнього переконання слідчого, прокурора під час оцінки доказів у ході проведення досудового розслідування С.М. Смоков пропонує поділити на декілька етапів їх діяльності, а саме: пізнавальний, конструктивний, комутативний, виховний, організаційний та засвідчувальний. До джерел, які формують внутрішнє переконання зазначених вище посадових осіб, він відносить показання свідків, потерпілих, підозрюваних, речові докази, висновки експертизи, протоколи з відповідними додатками, складені уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових дій, та інші документи. У положеннях чинного КПК України законодавець надав чіткий перелік джерел доказів, які, також необхідно вважати джерелами оцінки доказів. Це, зокрема, показання, речові докази і документи, висновок експерта. Крім цього за необхідно додати іще й протоколи слідчих (розшукових) та процесуальних дій з відповідними додатками. До джерел, які впливають на внутрішнє переконання, вчений пропонує віднести й джерела, що не є процесуальними, до яких він відносить професійні знання, життєвий досвід і досвід роботи, передбачення перспективи, інтуїцію, настрій, оперативно-розшукову інформацію, письмові вказівки прокурора, керівника органу досудового розслідування (для слідчого), вказівки та поради інших не процесуальних посадових осіб тощо.

Крім зазначеного до основної, базової підстави внутрішнього переконання необхідно віднести правосвідомість суб'єкта оцінки доказів (зокрема професійну правосвідомість, якщо йдеться про професійних учасників). До того ж необхідно підкреслити, що Г.М. Міньковський визначав професійну правосвідомість правозастосовувача

як систему його правових поглядів, переконань, уявлень, оцінок, що була вироблена у результаті засвоєння правових норм та рекомендацій правової науки під час проведення досудового розслідування у кримінальних провадженнях, а також ставлення до чинної правової системи, до своїх прав та обов'язків, що виявляється у системі правових почуттів, настрою, звичок, що орієнтовані на дотримання вимог законності у правозастосовній діяльності.

Рішення від власного імені, керуючись особистими уявленнями про справедливість, обов'язок, коректність, доцільність тощо. З огляду на зазначене вище головний недолік внутрішнього переконання – це вплив суб'єктивних факторів на прийняття рішень у кримінальному провадженні. Беручи до уваги те, що внутрішнє переконання відноситься до категорії, відображає суб'єктивне ставлення до об'єктивної реальності, особиста думка й особиста впевненість однієї особи щодо достовірності та достатності доказів, що підтверджують або спростовують винність того чи іншого підозрюваного (обвинуваченого), не можуть бути мірилом об'єктивності. Треба брати до уваги таке явище, як професійна деформація, коли з роками у значної частини працівників правоохоронних органів виробляється певний стійкий обвинувальний стереотип до оцінки доказової інформації. Це призводить до того, що більшість підозрюваних, обвинувачених розглядається такими працівниками як особи апріорі винні у вчиненні кримінальних правопорушень.

Під час проведення дослідження узагальнена практика діяльності органів досудового розслідування Національної поліції і суду, яка стосується питання оцінки доказів. Зокрема, було вивчено понад 307 кримінальних справ і проваджень, що перебували на розгляді у судах Харківської, Полтавської, Львівської, Одеської областей, за якими проводилося досудове розслідування у структурних органах поліції. Вивчення матеріалів кримінальних справ та проваджень дало можливість звернути увагу на помилки, пов'язані із оцінкою доказів. Більшість із них була встановлена при розгляді питання про всебічність, повноту та неупередженість у дослідженні всіх обставин кримінального провадження. Помилки були у випадках, коли внутрішні переконання слідчих, прокурорів ґрунтувалися на недостатній кількості сформованих у кримінальному провадженні доказів, тобто кримінальні правопорушення були розслідувані поверхнево й однобоко. Такі помилки склали 58% від загальної кількості виявлених помилок. 22% склали випадки, коли суб'єкти доказування (працівники правоохоронних органів та судді) допускали помилки, надаючи оцінку достовірності доказів. Переважно помилки допущені слідчими, прокурорами, слідчими суддями тому, що об'єктів

оцінювання (кількості доказів) було недостатньо для прийняття законного й обґрунтованого рішення. Здебільшого посадові особи обмежувалися збором обвинувальних доказів. Тобто посадовими особами була проігнорована вимога положень ч. 2 ст. 9 КПК України, на підставі якої вони зобов'язані всебічно, повно і неупереджено дослідити обставини кримінального провадження, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують підозрюваного чи обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують чи обтяжують його покарання, надати їм належну правову оцінку та забезпечити прийняття законних і неупереджених процесуальних рішень. Крім того, у практиці поширені помилки, що пов'язані із неправильною оцінкою достовірності доказів. Так, доводи підозрюваних, обвинувачених та їх захисників про невинність або пом'якшення їх вини, завищення суми матеріальних збитків здебільшого також були проігноровані слідчими (понад 83%). На підставі цього можна зробити припущення про те, що внутрішнє переконання слідчих у даних випадках було підмінене внутрішнім переконанням про винність особи, яка притягувалася до кримінальної відповідальності. Позитивним можна вважати те, що значно менше помилок було допущено слідчими, прокурорами, слідчими суддями у питаннях їх відповідності до вимог кримінального процесуального законодавства, що стосується належності та допустимості. Згідно з результатами дослідження встановлено, що тільки 11% становлять випадки, коли слідчими, прокурорами, слідчими суддями були допущені помилки під час надання оцінки допустимості доказової інформації. Лише 7% від загальної кількості виявлених помилок становлять помилки, що пов'язані з належністю доказової інформації до кримінального провадження.

Їз викладеного випливає, що тези про незв'язаність суб'єкта оцінки доказів самим законом, відсутність в ньому будь-яких формальних приписів, які стосуються оцінки доказів, не підтверджуються аналізом чинного законодавства. Інакше кажучи, у даному випадку треба вести мову не про вільну оцінку доказів, а про оцінку доказів за внутрішнім переконанням суб'єкта доказування. Тобто внутрішнє переконання – це стан свідомості суб'єкта оцінки доказів, який є вільним від думки інших осіб, стійке і морально обґрунтоване психічне ставлення його до якості та кількості необхідних і достатніх елементів, що складають зміст поняття доказу, відповідно до яких він впевнений у правильності свого висновку щодо наявності чи відсутності обставин, що входять до предмета доказування, або інших обставин, що мають значення для правильного вирішення по суті у кримінальному провадженні.

5. Кримінальні процесуальні гарантії для давання свідком достовірних показань, їх об'єктивної перевірки та оцінки

Достовірність доказу є його властивістю, яка одержує свій зовнішній вираз у формі судження, сформульованого в результаті оцінки суб'єктом доказування доказу на предмет наявності або відсутності внутрішніх або зовнішніх протиріч з іншими доказами у кримінальному провадженні, в якому констатована відповідність поза розумним сумнівом конкретних відомостей реальним фактам, які є предметом кримінального провадження. Визначення доказу як достовірного не зводиться суто до його оцінки на предмет відповідності чи невідповідності конкретних відомостей реальним фактам. Така оцінка як компонент кримінального процесуального доказування може відбутися тільки на підставі наявності альтернативних джерел доказів, тобто таких, що містять відомості про ті ж самі обставини, які мають значення для кримінального провадження, що містяться в досліджуваному на предмет достовірності доказі.

Аналіз спеціальної літератури свідчить, що в теорії кримінального процесу сформовані загальні положення концепції забезпечення достовірності доказів. Значний внесок у їх визначення та опис належить К.П. Гришиній. У дисертації «Достовірність доказів та способи її забезпечення у кримінальному процесі» вона хоча й не навела визначення поняття забезпечення достовірності доказів, але дала опис способів забезпечення достовірності доказів як тих, що кореняться у внутрішній природі процесу доказування та закріплених у законі гарантій та засобів одержання достовірних доказів з урахуванням гносеологічної природи доказування в цілому та окремих доказів, зокрема. Щодо показань свідка як такі способи нею виділені гарантії прав та охоронювані законом інтереси особи; кримінальнопроцесуальна форма допиту свідка, тактичні прийоми допиту свідка; способи перевірки та оцінки показань свідка[1]. Із наведеного стає зрозумілим, що К.П. Гришина вважає, що «забезпечення достовірності доказів охоплює як створення умов для одержання доказів, так і дії слідчого, прокурора, суду, спрямовані на встановлення їх достовірності». М.О. Сільнов, досліджуючи допит як засіб процесуального доказування під час досудового розслідування розвинув науковий доробок К.П. Гришиної та рухаючись у цьому напрямі, зазначив, що слідчий повинен забезпечувати достовірність

[1] Гришина Е. П. Достоверность доказательств и способы ее обеспечения в уголовном процессе : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09. М., 1996. 213 л.

показань при допитах, і це означає, що він повинен вжити заходів до вивчення особистості допитуваного з точки зору здатності останнього до дачі правдивих і повних показань, проаналізувати зміст отриманих відомостей з точки зору їх внутрішньої логічної структури (послідовність, наявність протиріч, неточностей, прогалин та ін.), зіставити отриману інформацію з відомостями, отриманими з інших процесуальних джерел. Вивчення достовірності показань означає також оцінку слідчим умов сприйняття, фіксації інформації в пам'яті допитуваного. Так, вирішення питання про достовірність показань свідка залежить від таких факторів, як здатність такої особи до сприйняття, запам'ятовування і відтворення інформації, яка складає зміст його показань, а також умов сприйняття події, його швидкоплинність, зацікавленість свідка в результаті справи та ін.

Але щодо наведеної позиції К.П. Гришиної та М.О. Сільнова, що у КПК України термін «забезпечення достовірності доказів» не використовується. У ст. 96 КПК України законодавець використав інший термін - з'ясування достовірності показань свідка. Етимологія термінів забезпечення та з'ясування показує: забезпечувати - створювати надійні умови для здійснення чого-небудь, гарантувати щось; з'ясовувати - досліджуючи, робити ясним, зрозумілим що-небудь, визначати, встановлювати що-небудь на підставі певних відомостей, ознак, довідуватися, дізнаватися про щось[1].

Тобто словосполучення «забезпечення достовірності доказів», по суті, може охоплювати тільки такі правові гарантії, як правовий статус, імунітети свідка, гарантії надання правової допомоги свідку адвокатом, відповідальність свідка, гарантії безпеки свідка, заборона протиправного впливу на свідка, процесуальна форма допиту свідка, які спрямовані на створення умов, які спонукають свідка до давання правдивих показань про обставини, які мають значення для кримінального провадження, або забезпечують умови для їх об'єктивної перевірки та оцінки на предмет відповідності подіям, які реально сталися. Але створення таких умов є недостатнім для одержання достовірних доказів. Без активної пошуково-пізнавальної діяльності, спрямованої на одержання та встановлення відповідності відомостей, які містяться в певному джерелі доказів, реальним подіям, що сталися, неможливо визначити їх достовірність чи недостовірність. Саме такі активні дії одержали своє описання у нормативних приписах ч.ч. 1 та 2 ст. 96 КПК України. Тому, на нашу думку, використання К.П. Гришиною, М.О. Сільновим та іншими науковцями терміну

[1] Великий тлумачний словник української мови (з додат. і доповн.) / укл. і голов. ред. В. Т. Бусел. К.; Ірпінь : Перун, 2005. 1728 с.

забезпечення достовірності доказів у цілому або показань свідка, висновку експерта для визначення не тільки умов, але й засобів, способів пошуковопізнавальної діяльності слідчого, спрямованої на дослідження цих доказів на предмет їх достовірності чи недостовірності є некоректним.

Забезпечення достовірності показань свідка полягає у створенні через нормативні приписи у кримінальному процесуальному законодавстві умов для вільного прийняття рішення про давання свідком правдивих показань та їх об'єктивної перевірки та оцінки. З'ясування достовірності показань свідків полягає в застосуванні під час доказування сторонами кримінального провадження, судом передбачених кримінальним процесуальним законодавством засобів пошуковопізнавальної діяльності, спрямованих на одержання показань від свідка та їх перевірку й оцінку на предмет правдивості, тобто їх відповідності реальним подіям, що сталися.

Допит є основним засобом одержання показань під час досудового розслідування. У спеціальній літературі неодноразово і справедливо наголошується, що допит свідків - найбільш розповсюджена слідча (розшуковою) дія. Украй важливе значення допиту для кримінального провадження відзначалося ще О.А. Квачевським, який писав: «є низка злочинних діянь, дійсність яких може бути доведена тільки шляхом допиту свідків, так як вони за своєю природою не залишають зовнішніх слідів і не можуть бути засвідчені ні оглядом, ні освідуванням, або хоча й залишили сліди, то вони поглинуті часом, стерті рукою злочинця, знищені сприянням йому інших осіб у приховуванні злочину». Пізнавальне значення допиту полягає в тому, що під час спілкування слідчий отримує не тільки дані про подію кримінального правопорушення та пов'язані з нею обставини, але й використовує результати допиту для встановлення фактів, які раніше йому були не відомі, перевіряє та оцінює їх, висуває нові версії.

У теорії криміналістики визначають, що основу допиту складає метод розпитування, тобто постановка перед допитуваною особою завдання із повідомлення інформації, яка має значення для кримінального провадження, що дозволяє отримати вербальну інформацію, яка до моменту її передачі існує в пам'яті людини у формі наочних образів і під впливом розпитування трансформується допитуваним у словесне повідомлення (опис). Поряд з розпитуванням вказується на те, що під час допиту здійснюється й спостереження за поведінкою допитуваної особи, яке є одним з необхідних важливих умов правильної оцінки результатів допиту. До основних методів допиту також належать письмовий опис, яким забезпечується

фіксування у протоколі допиту одержаних показань (безпосередній - втілюється у власноручному записі своїх показань допитуваним, та опосередкований – слідчим зі слів допитуваного), та методи психологічного впливу (викриття, переконання, навіяння, емоційний вплив, приклад тощо), які використовуються слідчим для керування діалогом, який відбувається між ним та допитуваною особою, для забезпечення з'ясування обставин, які виступають предметом допиту.

Теорія криміналістики забезпечила слідчу практику численними науковими рекомендаціями щодо дій слідчого, спрямованих на одержання показань, зокрема стосовно встановлення психологічного контакту з різними категоріями свідків, підозрюваних (обвинувачених), потерпілих, щодо здійснення психологічного впливу на допитуваного з метою відновлення в пам'яті забутого, викриття неправди або омани допитуваного під час давання ним показань тощо. Прискіплива увага розробці таких рекомендації, як зазначає О.Н. Васильєв, викликана необхідністю багатостороннього дослідження об'єкта дослідження під час допиту, яка диктується діалектичною логікою, зобов'язує слідчого не обмежуватися з'ясуванням лише деяких обставин події, яка розслідується, не вихоплювати лише ті обставини, які узгоджуються з версією слідчого, та не будувати на них свої висновки, а об'єктивно та повно встановлювати всі існуючі та такі, що мають значення для справи обставини, й приходити до остаточних висновків на основі сукупності зібраних доказів. У всіх незрозумілих випадках він вказує, що необхідно здійснити перевірку показань звичайним шляхом нарівні з іншими доказами, тобто шляхом:

- оцінки загальної правдоподібності показань, яка ґрунтується на очевидних судженнях;

- встановлення фактичної можливості безпосереднього сприйняття події особою, яка дає показання, що є необхідним як обов'язкова передумова для оцінки показань по сутності, але треба мати на увазі, що відсутність фактичної можливості сприйняття нерідко виявляється в самих показаннях, недостовірності їх деталей;

- перевірки внутрішньої відповідності окремих частин показань;

- перевірки відповідності відомостей, які містяться в показаннях, іншим доказам. Така відповідність може свідчити про достовірність даних показань, якщо відомості, з якими зіставляються показання, не викликають сумнівів. За цієї умови невідповідність показань повинна викликати переконання в їх недостовірності. Однак невідповідність показань може і не виключати їх достовірності, якщо інші відомості є недостовірними. Нові дані, одержані під час подальшого розслідування, можуть вирішити питання про достовірність тих чи інших відомостей;

- особисте спостереження за особою, яка дає показання, для виявлення фізіологічних ознак давання неправдивих показань.

Законодавець, сформулювавши назву ст. 96 КПК України «З'ясування достовірності показань свідків», таким чином підкреслив, що, в ній сконцентровані положення щодо особливостей встановлення достовірності їх показань. Д.В. Давидова, аналізуючи цю статтю, визначила, що згідно з нею сторони кримінального провадження можуть перевірити показання свідка такими способами: 1) ставити запитання щодо його можливості сприймати факти, про які він дає показання, а також щодо інших обставин, які можуть мати значення для оцінки достовірності показань свідка; 2) можуть надати показання, документи, які підтверджують його репутацію, зокрема щодо його засудження за завідомо неправдиві показання, обман, шахрайство або інші діяння, що підтверджують нечесність свідка; 3) допитати свідка щодо попередніх показань, які не узгоджуються із його показаннями. Далі Д.В. Давидова звертає увагу на те, що перевірочна діяльність слідчого для з'ясування достовірності показань свідка може відбуватися й у такі способи, як проведення додаткового допиту, одночасного допиту двох чи більше осіб, слідчого експерименту тощо.

З наведеного стає незрозумілим, як зіставляються між собою визначені Д.В. Давидовою способи з'ясування достовірності показань свідка, якими, з одного боку, є визначені нею постановка запитань щодо його можливості сприймати факти, про які він дає показання, а також щодо інших обставин, які можуть мати значення для оцінки достовірності показань свідка, та допит свідка щодо попередніх показань, які не узгоджуються із його показаннями, а з іншого - повторний чи додатковий допит свідка. Під час повторного або додаткового допиту можуть ставитися питання щодо можливості свідка сприймати факти, про які він дає показання, щодо попередніх показань, які не узгоджуються із його показаннями тощо. Очевидно, що таке змішування дій, спрямованих на з'ясування достовірності показань свідка, є недопустимим. Не може бути одночасно у класифікації спосіб з'ясування достовірності показань свідка, який охоплює інший спосіб, який наводиться в цій же класифікації, тобто допит свідка та спосіб його проведення знаходяться в одній класифікації. Це є грубим порушенням такого логічного правила класифікації як співмірність поділу. По-перше, не треба сприймати нормативні приписи ч.ч. 1, 2 та 4 ст. 96 КПК України як такі, що вичерпують всі дії, які можуть бути здійснені як під час досудового розслідування, так і під час судового розгляду щодо з'ясування достовірності показань свідка. Робити так - це суттєво обмежувати

реально існуючі можливості щодо встановлення того, чи є показання особи правдивими чи навпаки. По-друге, співставлення через призму логічних правил класифікації між собою нормативних приписів ст. 96 КПК України показує, що законодавець навряд чи ставив за мету навести в них різновиди способів з'ясування достовірності показань свідка. Зокрема ч. 4 ст. 96 КПК України можна розглядати як таку, що містить уточнення щодо норми ч. 1 цієї ж статті, тому що до інших обставин, які можуть мати значення для оцінки достовірності показань свідка, , можна віднести протиріччя з попередніми показаннями, які виявилися під час повторного або додаткового допиту свідка (ч. 4 ст. 96 КПК України). Очевидно, що ст. 96 КПК України включена у цей Закон через найбільшу розповсюдженість показань свідка (хоча природно виглядало би надання законодавцем відповідної уваги з'ясуванню достовірності доказів й з інших джерел, і такий дисбаланс очевидно потребує ліквідації) шляхом втілення у нормативних приписах наукових рекомендацій, вироблених у теорії криміналістики, щодо перевірки показань свідків, а також запровадженням нових способів з'ясування достовірності показань свідка, які наведені у ч. 2 ст. 96 КПК України, пов'язані із його дискредитацією, яка може бути здійснена під час проведення перехресного допиту в суді, та вона покликана оптимізувати роботу як сторін кримінального провадження так і суду з доказами, які містяться в показаннях свідка. По-третє, вважаємо, що для уникнення термінологічної плутанини та аналогічних описаним нами вище помилок у відповідних класифікаціях до слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій доцільно застосовувати термін «засоби з'ясування достовірності доказів», у тому числі й тих, що містяться в показаннях свідків, а до прийомів проведення процесуальних дій, які спрямовані на перевірку на предмет достовірності зібраних під час них доказів, — способи з'ясування достовірності доказів. Такий підхід відповідає загальновизнаному визначенню слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій як засобів доказування у кримінальному провадженні та сприятиме інтеграції досягнень теорії кримінального процесу та криміналістики в плані вироблення внутрішньо узгоджених за термінологією комплексних наукових рекомендацій щодо застосування тактичних прийомів як способів проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій для з'ясування достовірності показань свідків.

Оцінка доказів умовно визначається як останній елемент процесу доказування, під час якого суб'єктом доказування здійснюється верифікація одержаних під час проведення процесуальних дій даних про обставини, які підлягають доказуванню, як належних, допустимих,

достовірних доказів, а їх сукупність як достатню для прийняття відповідного процесуального рішення. Оцінка доказів здійснюється протягом усього доказування у кримінальному провадженні, постійно супроводжує дії зі збирання та перевірки доказів і достовірність доказу як його властивість виступає обов'язковим компонентом розумової та практичної діяльності суб'єкта доказування відповідно до нормативних приписів ч. 1 ст. 94 КПК України. Вона визначає основні напрямки, за якими треба шукати нові докази. Основними засобами оцінки доказів, у тому числі й у контексті з'ясування достовірності показань свідка, є логічні операції з аналізу змісту, значення одержаних даних, для встановлення обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, дотримання вимог кримінального процесуального закону при їх одержанні, порівняння між собою даних одержаних з одного й того ж джерела на предмет наявності чи відсутності внутрішніх протиріч між такими даними, а також порівняння їх з даними про ті ж самі обставини, які підлягають доказуванню, одержаними з іншого джерела доказів, на предмет наявності зовнішніх протиріч між доказами, синтезу одержаних даних у рамках одного джерела доказів, та доказів з різних джерел у систему фактичних даних про предмет доказування у кримінальному провадженні, яка враховує виявлені протиріччя, порушення вимог закону при їх одержанні та прогалини щодо предмета доказування і, виходячи з цього, формуються судження щодо відповідності чи невідповідності окремих доказів дійсності з використанням методів індукції та дедукції, а у підсумку на підставі визначення їх як належні, допустимі, достовірні та у своїй сукупності достатні докази забезпечується прийняття процесуальних рішень у кримінальному провадженні.

Тому потрібно розрізняти забезпечення достовірності показань свідка та її з'ясування. Перше полягає у створенні через нормативні приписи у кримінальному процесуальному законодавстві умов для вільного прийняття рішення про давання свідком правдивих показань та їх об'єктивної перевірки та оцінки. А друге – у встановленні відповідності показань свідка реальним обставинам кримінального правопорушення шляхом застосування під час доказування сторонами кримінального провадження, судом процесуальних дій пошуково-пізнавального характеру, спрямованих на їх перевірку, та оцінки показань свідка в сукупності з іншими доказами відповідно до вимог, передбачених кримінальним процесуальним законодавством.

Для уникнення виявленої термінологічної плутанини та помилок у відповідних класифікаціях до слідчих (розшукових) та негласних

слідчих (розшукових) дій доцільно застосовувати термін засоби з'ясування достовірності доказів, зокрема й тих, що містяться в показаннях свідків, а до тактичних прийомів проведення процесуальних дій (допиту, одночасного допиту двох чи більше раніше допитаних осіб, слідчого експерименту, впізнання тощо), які спрямовані на перевірку на предмет достовірності зібраних під час них доказів, - способи з'ясування достовірності доказів.

До засобів з'ясування достовірності показань свідка належать слідчі (розшукові), негласні слідчі (розшукові) та інші процесуальні дії, здійсненням яких перевіряються дані, одержані під час допиту свідка, а також логічні операції з аналізу, порівняння, синтезу, індукції та дедукції, які використовуються під час оцінки доказів для визначення у формі судження відповідності чи невідповідності події кримінального правопорушення фактичних даних, які одержані під час допиту свідка, та напрямів їх перевірки здійсненням процесуальних дій пошуково-пізнавального характеру.

6. Проблемні питання застосування технічних засобів фіксування та їх результатів у доказуванні у кримінальному провадженні в аспекті реформування кримінальної юстиції в Україні

Особливістю кримінального процесу в Україні є триваюче реформування кримінального процесуального законодавства, яке передбачає не тільки осмислення, а й докорінні зміни у правосвідомості науковців, правозастосовників і суспільства в цілому. Нова правова реальність, що формується в державі, потребує перегляду багатьох уявлень про суть окремих кримінальних процесуальних інститутів для їх ефективної реалізації. Насамперед це стосується кримінального процесуального доказування, адже проблеми доказового права посідають чільне місце у кримінальній процесуальній теорії. Водночас поодинокі концептуально нові наукові підходи до традиційних уявлень про кримінальне процесуальне доказування, як правило, ігноруються і не знаходять свого продовження.

Обравши європейських вектор інтеграції, Україна прагне наблизитися до рівня стандартів ЄС, які передбачають, що законодавство та підзаконні акти в усіх сферах ґрунтуються на принципі верховенства права. Європейська інтеграція також означає певний підхід і розуміння того, що політична, виконавча та судова влада повинні змінюватися для впровадження, забезпечення та захисту прав людини.

Провідну роль у кримінальному провадженні відіграють різноманітні технічні засоби фіксування, які широко використовують у процесі виявлення, фіксування, збирання та дослідження матеріальних слідів злочину. Усі ці засоби фіксації мають доказове значення.

Електронні докази в судовому процесі

20 червня 2017 року в першому читанні прийнято законопроект № 6232 про внесення змін до трьох процесуальних кодексів – Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України та Кодексу адміністративного судочинства України. Згодом ухвалено відповідний Закон України № 2147-VIII, яким запроваджується новий вид доказу – електронний доказ.

До 2017 року законодавство оперувало категорією «електронний документ», яка у правовому полі України з'явилася ще у 2003 році з ухваленням законів України «Про електронні документи та електронний документообіг» та «Про електронний цифровий підпис».

Електронні документи визнавалися доказами в багатьох рішеннях Європейського суду з прав людини, зокрема у справах «P. and S. v. Poland» від 30 жовтня 2012 року, «Eon v. France» від 14 березня 2013 року, «Shuman v. Poland» від 3 червня 2014 року.

З огляду на використання різноманітних інформаційних технологій та джерел інформації потреба цього нормативного врегулювання назріла давно. На практиці постає чимало питань щодо можливості використання як доказів інформації з Інтернету або оформленої на електронних носіях.

У статті 7 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» визначено, що електронна копія та копія електронного документа на папері засвідчуються в порядку, передбаченому законом .

Саме під час судового розгляду справ, які містять інформацію з Інтернету або оформлену на електронних носіях, що підлягає доказуванню, ставиться питання щодо її належного засвідчення та використання у судових справах.

Відповідно до Закону України № 2147-VIII у вказаних процесуальних кодексах під електронними доказами пропонується розуміти інформацію в електронній (цифровій) формі, яка містить дані про обставини, що мають значення для справи, зокрема:

– електронні документи (в тому числі, текстові документи, графічні зображення, плани, фотографії, відео- та звукозаписи тощо);

– веб-сайти (сторінки);

– текстові, мультимедійні та голосові повідомлення;

– метадані, бази даних й інші дані в електронній формі.

Такі дані можуть зберігатись, наприклад, на портативних пристроях (картах пам'яті, мобільних телефонах тощо), у серверах, системах резервного копіювання, інших місцях збереження даних в електронній формі (в тому числі, в мережі Інтернет).

Тобто перелік джерел інформації, які підпадатимуть під поняття «електронний доказ», не є вичерпним.

Електронні докази мають такі особливості: існують в нематеріальному вигляді; переносяться чи копіюються на різні пристрої без втрати характеристик; мають властивість існувати в багатьох місцях одночасно; для їх відтворення необхідно використовувати технічні засоби.

Електронні докази подаються в оригіналі або у вигляді електронної копії, засвідченої електронним цифровим підписом. При цьому учасник справи, який подає копію електронного доказу, повинен зазначити про наявність у нього або іншої особи оригіналу електронного доказу.

Електронний цифровий підпис є головним реквізитом такої форми подання електронного доказу (копії).

Оригінали або копії електронних доказів зберігаються судом у матеріалах справи.

Складність засвідчення електронних доказів полягає і в тому, що до моменту розгляду справи судом така інформація легко може бути вилучена, що значно знижує шанси довести факт її наявності. Інформація може бути також змінена автором, зберігачем чи користувачем.

Електронні докази можуть бути отримані під час проведення слідчих дій, у тому числі негласних, у кримінальному провадженні.

Слідчі (розшукові) дії є діями, спрямованими на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні (глави 20, 21 розділу III Кримінального процесуального кодексу України, Інструкція про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні).

Слідчі дії поділяються на:

1) традиційні слідчі дії: огляд, обшук, слідчий експеримент;

2) негласні слідчі (розшукові) дії: аудіо-, відеоконтроль особи, зняття інформації з електронних інформаційних систем та інше.

Слідчі дії фіксуються протоколом, фото-, відеозйомкою та в інший спосіб.

Отже, під час проведення будь-яких слідчих дій сторона розслідування отримує докази, в тому числі електронні, які записуються на різноманітні носії інформації: оптичні диски, флеш-накопичувачі, карти пам'яті, переносні жорсткі диски, про що вказується в протоколі.

Електронна інформація, яка є оригіналом, тобто отримана з першоджерела, безпосередньо записується у процесі проведення слідчих дій.

Під час кримінального провадження найчастіше виникає необхідність копіювання цієї інформації на інші носії, наприклад, для надання на експертне дослідження. Інформація, яка копіюється на інші носії, вже не є оригіналом – вона називається копією.

У зв'язку з цим слушним є запитання: «Якими атрибутами можна затвердити копію інформації як точний образ оригіналу електронного доказу, отриманого у процесі проведення слідчих дій?».

Процесуально не визначено критерії, на підставі яких можна було б установити, оригіналом чи копією є той або інший електронний доказ. Є певні труднощі у доведенні дати та часу створення оригіналу електронного доказу. Оскільки оригінал електронного доказу є першоджерелом і відрізняється від копії саме тим, що вона створюється пізніше, на оригіналі повинні бути зафіксовані дата та час його створення.

У законодавстві чітко не визначено порядок збирання та забезпечення доказів у електронній формі, способи їх дослідження, процедури встановлення особи, відповідальної за розміщення інформації (ідентифікація). На практиці трапляється чимало проблем, пов'язаних з їх використанням, – від суто технічних до юридичних.

Для з'ясування обставин, що мають значення для кримінального провадження, докази в електронному вигляді надаються спеціалістам для виконання таких видів судових експертиз, як:

– інженерно-технічна (комп'ютерно-технічна, телекомунікаційна);

– фототехнічна, портретна та голографічних зображень,

– відео-, звукозапису;

– експертиза у сфері інтелектуальної власності тощо.

Питання, які вирішуються під час указаних експертних досліджень, прямо чи опосередковано стосуються надання на дослідження оригіналу або копії електронних доказів, про що вказується в експертному висновку.

Надаючи оригінали (або копії) електронних доказів, отриманих під час проведення слідчих дій, на експертне дослідження, сторони кримінального провадження натрапляють на таку проблему, як правильне визначення типу цього електронного доказу, а саме – оригіналом чи копією він є, оскільки іноді електронний доказ копіюється на декілька носіїв для зберігання або подальшого розслідування обставин справи.

Після передання матеріалів справи на судовий розгляд експертні висновки, виконані за копіями електронних доказів, найчастіше відхиляються суддею, якщо електронні копії не були засвідчені електронним цифровим підписом або не доведена їх тотожність з оригіналом.

Отже, існує необхідність підтвердження цілісності та незмінності електронної інформації, що надається як доказ у кримінальному провадженні, в разі її перезапису на різноманітні носії та передавання каналами електронного зв'язку, наприклад, через внутрішні закриті поштові портали державних підприємств.

ТЕМА 9. ПРАВОВА АРГУМЕНТАЦІЯ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ

План лекційного заняття:

1. Новітні підходи в теорії доказів в адміністративному судочинстві.

2. Суть доказів і зміст доказування в адміністративному судочинстві.

3. Предмет доказування та властивості доказів в адміністративному судочинстві.

4. Засоби доказування в адміністративному судочинстві.

5. Суд як суб'єкт доказової діяльності в адміністративному судочинстві.

6. Стадії доказової діяльності суду в адміністративному судочинстві.

1. Новітні підходи в теорії доказів в адміністративному судочинстві

Розвиток інституту доказування у процесуальному праві України є також процесом пізнання основних його категорій, спрямований на встановлення істини у справі. Тому доречно говорити про систематизоване, проведене за визначеною схемою спостереження за доказовою діяльністю, її оцінку та порівняння відповідних параметрів такої діяльності у різних нормативно-правових актах процесуального характеру з метою з'ясування можливості створення окремого кодифікаційного акта, призначеного врегулювати відносини у сфері доказового права.

У сучасній юриспруденції вживаються такі правові категорії: теорія доказів, доказове право, теорія доказового права, теорія доказування. У вищих навчальних закладах юридичного спрямування вивчається «Теорія доказів» і як свідчить практика, здебільшого в рамках цієї дисципліни розглядаються проблемні питання лише кримінального процесуального доказування. Навіть в окремих навчальних посібниках чи підручниках, які мають загальну назву «Теорія доказів», викладають основні засади доказового права саме в кримінальному процесі[4]. Але ж й інше процесуальне право (цивільне, господарське, адміністративне) містить загальні правила доказової діяльності. Тому слушно виникає запитання: чому до змісту теорії доказів (доказового права) входить лише кримінально-процесуальний аспект? Логічніше тоді б говорити про теорію доказів у кримінально-процесуальному праві.

Дослідження понятійного апарату сучасного доказування: і в гносеологічному (пізнавальному), і в практичному аспектах, залишається актуальним для теоретиків і практичних працівників, оскільки вся процесуальна діяльність спрямована на встановлення істини у справі, що неможливо без підтвердження тієї чи іншої тези беззаперечними доводами (доказами), які встановлюються завдяки доказуванню.

Більшість вчених зазначають, що доказування слід розглядати як процес пізнання – чуттєвого (безпосереднього) і раціонального (опосередкованого)[1]. З позиції гносеології доказування є специфічною процесуальною методологією пізнання уповноваженими законом суб'єктами відповідного об'єкта дослідження. Крім того, доказування розглядається і як практична діяльність по встановленню обставин справи залежно від виду судочинства. Тобто доказування завжди виступає певною діяльністю визначених учасників того чи іншого процесу, яка має відповідну мету, як і будь-яка людська діяльність.

Результатом діяльності з доказування визнається система доказів, здатна відображати у всіх необхідних аспектах предмет доказування (сукупність обставин, які необхідно встановити у справі). Готових доказів у природі не існує, тому під час провадження у справі докази і їх процесуальні джерела швидше формуються на підставі здійснення пошукових, пізнавальних, посвідчувальних та правозабезпечувальних заходів. Система доказів реконструює дійсність, замінює реальні життєві події певними юридичними фактами.

Теорія доказів визначається як частина процесуально-правової науки, що присвячена вивченню процесу доказування в ході проведення доказової діяльності під час провадження у справі (кримінальній, цивільній, господарській, адміністративній). Тобто це наука, яка вивчає принципи доказування і механізм їх реалізації, сукупність і структуру доказування та доказів та розробляє рекомендації з формування доказів і використання їх у судочинстві.

Доказове право – це система процесуальних норм, які регламентують цілі, зміст, порядок і правові засоби виявлення, збирання, перевірки та оцінки судових доказів[2]. Воно входить до системи процесуального права і вивчається теорією доказування,

[1] Белкин А.Р. Цит. работа; Коваленко Є.Г. Цит. праця; Фурса С., Цюра Т. Докази і доказування у цивільному процесі: Науковопракт. посіб. – К., 2005. – 256 с.

[2] Элькинд П.С. Цели и средства их достижения в советском уголовнопроцессуальном праве. – Л., 1976. – С. 15.

причому не тільки в його статиці, а й у динаміці, у його історичному розвитку, в застосуванні на практиці як в Україні, так і за її межами. Теорія доказів розробляє наукові рекомендації щодо розвитку доказового права та його застосування у практичній діяльності.

Теорія доказування поширюється на всі суспільні відносини, на всі явища зовнішнього світу, які у той або інший спосіб пов'язані з процесом доказування. При здійсненні доказової діяльності її суб'єкти використовують закони логіки, психології, теорії інформації.

Теорія доказування описує нормативний порядок доказування та його практичну реалізацію, звертаючи увагу на наявні труднощі, суперечності, прогалини у практиці. Це відповідає адекватності теорії своєму предметові, тобто теорія доказів розробляє наукові рекомендації щодо розвитку процесу доказування. Тож, теорія доказування має розглядатись саме як наука, оскільки остання покликана забезпечувати практику, надавати теоретичні основи для розв'язання практичних проблем. Ознаками теорії доказування як специфічної наукової діяльності є:

– наявність систематизованого знання (наукових ідей, теорій, концепцій, законів, закономірностей, принципів, гіпотез, фактів тощо);

– наявність наукових проблем, об'єкта і предмета дослідження;

– практична значущість як явища (процесу), що вивчається, так і знань про нього.

Основні принципи кодифікації теорії доказування мають виходити із гарантій дотримання прав і свобод громадян, адекватності їх законодавчого визначення та можливості реалізації, комплексного підходу до врахування міжнародного досвіду й особливостей національних правових традицій. До таких принципів можна віднести

– плановість, системність і систематичність проведення кодифікаційних робіт;

– наукову обґрунтованість кодифікованих актів;

– забезпечення верховенства права та закону;

– врахування системно-структурних властивостей об'єктивного юридичного права та законодавства;

– техніко-юридичну досконалість кодифікаційних актів;

– наближення кодифікаційної діяльності в Україні до європейських стандартів, зумовлених особливостями континентальної правової системи;

– публічне обговорення проектів кодифікаційних актів.

2. Суть доказів і зміст доказування в адміністративному судочинстві

Доказами в адміністративному судочинстві є будь-які дані, на підставі яких суд установлює наявність або відсутність обставин (фактів), що обґрунтовують вимоги і заперечення учасників справи, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи.

Ці дані встановлюються такими засобами:

1) письмовими, речовими й електронними доказами. Письмовими доказами є документи (крім електронних документів), які містять дані про обставини, що мають значення для правильного вирішення спору. Письмові докази подаються в оригіналі або в належно засвідченій копії. Речовими доказами є предмети матеріального світу, які своїми ознаками дають змогу встановити обставини, що мають значення для справи. Електронними доказами є інформація в електронній (цифровій) формі, яка містить дані про обставини, що мають значення для справи, (графічні зображення, плани, фотографії, відео- та звукозаписи тощо), веб-сайти (сторінки);

2) висновками експертів. Висновок експерта - це докладний опис проведених експертом досліджень, зроблені у результаті них висновки та обґрунтовані відповіді на питання, поставлені перед експертом, складений у порядку, визначеному законодавством;

3) показаннями свідків. Показаннями свідка є повідомлення про відомі йому обставини, які мають значення для справи.Не є доказом показання свідка, який не може назвати джерела своєї обізнаності щодо певної обставини.

Належними є докази, які містять інформацію щодо предмета доказування. Суд не бере до розгляду докази, які не стосуються предмета доказування.

Суд не бере до уваги докази, одержані з порушенням порядку, встановленого законом (допустимість доказів).Обставини справи, які за законом мають бути підтверджені певними засобами доказування, не можуть підтверджуватися іншими засобами доказування.

Учасники справи подають докази у справі безпосередньо до суду.

Позивач подає докази разом із поданням позовної заяви.

Відповідач, третя особа, яка не заявляє самостійних вимог щодо предмета спору, повинні подати суду докази разом із поданням відзиву або письмових пояснень третьої особи.

Якщо доказ не може бути поданий з об’єктивних причин, учасник справи повинен про це письмово повідомити суд і зазначити: який доказ не може бути поданий, причини неподання, та підтвердити, що

він здійснив усі залежні від нього дії, спрямовані на отримання відповідного доказу.

При поважності причин неподання суд може встановити додатковий строк для їх подання.

Копії доказів (крім речових доказів), що подаються до суду, заздалегідь надсилаються або надаються особою, яка їх подає, іншим учасникам справи. Суд не бере до уваги відповідні докази у разі відсутності підтвердження надсилання (надання) їх копій іншим учасникам справи.

Докази, які не додані до позовної заяви чи до відзиву на неї, подаються через канцелярію суду або в судовому засіданні з клопотанням про їх приєднання до матеріалів справи.

Учасник справи, у разі неможливості самостійно надати докази, має право подати клопотання про витребування доказів судом.

Будь-яка особа, у якої знаходиться доказ, повинна видати його на вимогу суду.

Письмові, речові й електронні докази, які не можна доставити до суду, оглядаються за їх місцезнаходженням, про що складається протокол та підписується всіма особами, які беруть участь в огляді. До протоколу додаються разом з описом усі складені або звірені під час огляду на місці плани, креслення, копії документів, а також зроблені під час огляду фотознімки, електронні копії доказів, відеозаписи тощо.

Речові докази, що швидко псуються, негайно оглядаються судом з повідомленням учасників справи про призначений огляд. Неявка цих осіб не перешкоджає огляду речових доказів.

Суд оцінює докази, які є у справі, за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на їх безпосередньому, всебічному, повному та об’єктивному дослідженні.

Жодні докази не мають для суду наперед установленої сили.

Висновок експерта може бути наданий на замовлення учасника справи або на підставі ухвали суду про призначення експертизи. Висновок експерта викладається у письмовій формі і приєднується до справи.

Кожна сторона повинна довести ті обставини, на яких ґрунтуються її вимоги та заперечення, крім, якщо обставини, визнаються учасниками справи, або визнані судом загальновідомими або встановлені рішенням суду, у якій беруть участь ті самі особи або особа, стосовно якої встановлено ці обставини.

В адміністративних справах про протиправність рішень, дій чи бездіяльності суб’єкта владних повноважень обов’язок щодо доказування правомірності свого рішення, дії чи бездіяльності покладається на відповідача.

У таких справах суб'єкт владних повноважень не може посилатися на докази, які не були покладені в основу оскаржуваного рішення, за винятком випадків, коли він доведе, що ним було вжито всіх можливих заходів для їх отримання до прийняття оскаржуваного рішення, але вони не були отримані з незалежних від нього причин.

Докази суду надають учасники справи. Суд може пропонувати сторонам надати докази та збирати докази з власної ініціативи.

Суд не може витребовувати докази у позивача в адміністративних справах про протиправність рішень, дій чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень, окрім доказів на підтвердження обставин, за яких, на думку позивача, відбулося порушення його прав, свобод чи інтересів.

Якщо учасник справи без поважних причин не надасть докази на пропозицію суду для підтвердження обставин, на які він посилається, суд вирішує справу на підставі наявних доказів.

Правова оцінка, дана судом певному факту при розгляді іншої справи, не є обов'язковою для суду.

Обставини, встановлені рішенням третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу, підлягають доказуванню в загальному порядку при розгляді справи судом.

3. Предмет доказування та властивості доказів в адміністративному судочинстві

Предмет доказування - це коло обставин, які належить установити по адміністративній справі. Метою доказування є встановлення об'єктивної істини; а предмет доказування вказує на коло обставин, які утворюють юридичне значимі елементи такої істини. Предмет доказування закріплюється або шляхом перелічення обставин, що мають бути встановленими в ході адміністративного розгляду та /або перелічення питань, які провід зобов'язаний вирішити при прийнятті адміністративного рішення. Оскільки у вітчизняній юридичній науці панує погляд про абсолютність істини, то необхідно вводити таке правове поняття, як межі доказування.

Межі доказування - це такий ступінь достатності і достовірності системи доказів, який дозволяє зробити однозначний і неспростовний висновок як по кожному з елементів предмета доказування, так і по справі в цілому. Він характеризується повним, усебічним та об'єктивним дослідженням усіх обставин справи. Повнота в адміністративному процесі, зокрема, означає, що всі зацікавлені особи мали можливість узяти участь у провадженні: повідомлення про адміністративний

розгляд виконані у належний спосіб. Усебічність - це глибоке вивчення всієї сукупності належних до справи обставин, їх сторін, реально існуючих між ними зв'язків і взаємозалежностей.

Більшість представників кримінально-процесуальної та цивільно-процесуальної наук вважає, що предметом судового пізнання є злочин чи цивільно-правовий спір, а тому обставини, що підлягають доказуванню, лежать у минулому.

А от для ланок адміністративного устрою факти минулого є лише незначною частиною предмета доказування. Основне призначення доказування управлінських органів – установлення реальних обставин сьогодення та фактів, що програмують майбутні події. Події минулого є предметом доказування при вирішенні питання про застосування адміністративно-правової санкції і рідше - у справах, пов'язаних із застосуванням диспозиції (наприклад, справи по скаргах), однак і в цих випадках окремі факти й обставини лідируючим суб'єктом (проводом) можуть бути сприйняті безпосередньо. Це - обставини, що стосуються особи скаржника, обставини, що сприяють чи перешкоджають порушенню прав і законних інтересів скаржника. Однак не вони визначають специфіку обставин і фактів, які треба довести управлінським органам, її визначають факти, досліджувані при організації практичного виконання законів у сфері державного, комунального та непублічного управління. Це, у першу чергу, факти та обставини, що є наслідком прийняття бюджетно-фінансових актів, актів по державному замовленню, про створення, ліквідацію і реорганізацію ланок управлінської системи й окремих підприємств, установ, організацій.

Є.В. Додін визнає, що на теорію адміністративного процесу може бути поширено висновки вчення із судового права про факти, що відносяться до обставин справи, і не потребують доказування. Частина з них кладеться в основу рішення без оцінки. До числа таких фактів відносяться загальновідомі (які відомі широкому колу людей), преюдиціальні (рішення юрисдикційного органу, що набрало чинність), презюмовані (наявність чи відсутність яких вважається встановленою). Дані факти не підлягають доказуванню й у правозастосовчш діяльності органів управління, як і факти, відомі правозастосовуючій особі в зв'язку з займаною нею посадою чи виконуваною роботою, що припускає наявність у неї спеціальних пізнань.

Є три способи правового закріплення предмета доказування. Перший полягає в установленні підстав подачі звернення. Так, при подачі скарг постачальника щодо організації та здійснення процедур закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти вказано

такі факти, які необхідно встановити: порушення процедур адміністративної діяльності, які спричинили або могли спричинити матеріальні збитки.

Прикладом другого підходу є визначення питань, які мають бути досліджені під час адміністративного розслідування. Ними є факти, які підлягають установленню при антидемпінговому розслідуванні. За рішенням Міжвідомчої комісії з міжнародної торгівлі (провід) Міністерство економіки (лідируючий суб'єкт) здійснює перегляд антидемпінгових заходів для визначення індивідуальних величин демпінгової маржі нових експортерів або виробників з країни експорту, які є суб'єктами розгляду та не експортували товар у період розслідування, за результатами якого застосовано антидемпінгові заходи. Зазначений перегляд здійснюється Міністерством за наявності таких умов:

1) новий експортер або виробник доведе, що він не пов'язаний з експортерами або виробниками з країни експорту, щодо імпорту в Україну яких застосовані антидемпінгові заходи;

2) такі експортери або виробники, експортували товари в Україну в період розслідування або ці експортери чи виробники доведуть, що вони підписали не відкличні договірні зобов'язання щодо експорту значної кількості товарів в Україну.

У третьому випадку правові норми визначають питання, які мають бути встановлені в ході слухань на стадії вирішення справи. До прикладу, при припаданні ліцензії на поводження із джерелами іонізуючого випромінювання з'ясовуються: 1) минулий стан радіаційної безпеки при здійсненні заявниками діяльності із ДІВ; 2) майбутній стан радіаційної безпеки; 3) досвід заявника по здійсненню аналогічної діяльності із ДІВ .

При цьому предметом доказування не може бути сама можливість звернення заявника до лідируючого суб'єкта. Така можливість гарантована правовими нормами, і лідируючий суб'єкт не може ставити її під сумнів на стадії порушення провадження. Тому некоректним є формулювання підстав звернення скаржника до Міністерства економіки з приводу організації і здійснення процедур закупівлі товарів, робіт послуг. Однією з таких підстав зазначено аргументованість міркувань заявника при зверненні. Однак факт аргументованості позиції з'ясовується проводом лише під кінець стадії вирішення справи.

До властивостей доказів в адміністративному процесі відносяться:

Належність;

Допустимість;

Достовірність;

Достатність.

Належними доказами в адміністративному процесі є фактичні дані, що прямо чи опосередковано містять інформацію щодо предмету доказування, а також достовірність чи недостовірність даних доказів доказується в суді.

Другою властивістю доказів в адміністративному процесі є їх допустимість. Допустимими суд вважає лише ті докази, які отриманні в установленому законом порядку, без порушення прав та інтересів фізичних чи юридичних осіб, або тільки з санкціонованого рішення суду.

Враховуючи дану властивість, суд також не може в рішенні посилатись на ті доказі, отримані незаконним шляхом.

Порівняно з іншими галузями права, наприклад, цивільним процесом, допустимості доказів в адміністративному судочинстві властива певна особливість, а саме: обставини, які за законом повинні бути підтверджені певними засобами доказування, можуть бути підтверджені іншими засобами доказування, коли щодо таких обставин не виникає спору. В адміністративному судочинстві це правило покликане забезпечити економічність і оперативність процесу.

Достовірними є фактичні дані, які справді містять інформацію, та відповідність яких до предмета доказування була перевірена під час судового процесу.

Під достовірністю доказів розуміють: 1) можливість застосування фактичних даних у процесі доказування з точки зору знань про джерела, обставини, методи їх утворення й отримання в контексті використання у справі інших матеріалів; 2) якість доказу, яка характеризує точність, правильність відображення обставин, які входять до предмету доказування; 3) властивість доказів, яка відображає логічність і безспірність відомостей, а також неможливість спростування їх іншими доказами; 4) істинність знання (його відповідність об'єктивній діяльності) й обґрунтування цієї істинності, яке адресоване відповідному суб'єкту – суду.

Об'єктивний момент (наявність або відсутність будь-яких фактів або їх різне поєднання) завжди припускає суб'єктивне сприйняття і суто суб'єктивну оцінку цих фактів дійсності. Суд не може покласти в основу свого рішення недостовірні докази, тому, у разі виникнення сумніву, повинен надати оцінку доказу.

На практиці трапляються випадки, коли виникають сумніви в достовірності доказу, наприклад, відсутність у документа будь-яких реквізитів. Особа, яка бере участь у справі, під час дослідження цього доказу має право заявити клопотання про проведення експертного

дослідження документа. Для його вирішення суд своєю ухвалою визначає, які відповідні заходи мають бути вжиті для перевірки фальшивості документа або усунення сумніву у його достовірності, зокрема шляхом витребування зустрічної інформації. Якщо перевірити достовірність документа без спеціальних знань неможливо, то суд призначає відповідну експертизу.

Достатністю, як властивістю доказів вважається така сукупність зібраних фактичних даних, за належністю яких у суб'єкта адміністративного процесу виникає переконання щодо тих обставин, на яких вона посилається. Достатність у певній мірі можна порівнювати із межами доказів в адміністративному процесі, але, якщо межі стосуються всього адміністративного процесу, то достатність можна віднести лише для конкретної сторони суб'єктів суду.

Докази, будучи основою процесу доказування, посідають дуже важливе місце в адміністративному процесі, їх практичне значення важко переоцінити, тому що при достатньому доборі інформації, а також інших даних, віднесених до справи, одна зі сторін доводить свою правоту в тому чи іншому судовому засіданні.

4. Засоби доказування в адміністративному судочинстві

Доказами, що використовуються органами державного, комунального та непублічного управління для встановлення істинності виниклої ситуації, варто вважати будь-які фактичні дані, що є засобом установлення у визначеному законом порядку всіх необхідних обставин справи, що вимагає застосування норми права.

Фактичні дані - це об'єктивна, достовірна інформація про факти, що входять до предмета доказування. Самі ці фактичні дані не входять до предмета доказування. До поняття доказу, крім фактичних даних, входить також поняття джерела таких фактичних даних, як форми їх існування. Джерело фактичних даних - це таке джерело інформації, з якого може започаткуватись доказова інформація (фактичні дані). Однак джерело не завжди здатне переносити інформацію через нетривалість свого існування. Тому формою змісту доказів (фактичних даних) є процесуальні носії. Ними є об'єкти, які є засобом фіксації, зберігання та переносу доказової інформації в просторі і часі, й одночасно виступають джерелом доказової інформації для суб'єктів процесу.

Фактичні дані одержують статус доказів тільки, якщо вони були виявлені та належно зафіксовані. Належність діяльності по доказуванню фактичних даних до пристосування фактичних даних до

використання в доказуванні означає те, що вона забезпечує достовірність одержаних фактичних даних і можливість їх перевірки на предмет установлення законності їх одержання.

Для встановлення допустимості та достовірності доказів провадиться їх перевірка. У ході такої перевірки виявляють додаткові докази. Останні встановлюють докази, які перевірялися. Тому всі докази по справі формують ланцюг доказів, що встановлюють, і доказів, що встановлюються. Крім того, основні докази (що встановлюються) теж взаємопов'язані між собою: встановлення одного з них означає опосередковане підтвердження пов'язаного з ним іншого основного доказу.

Умови надання фактичним даним статусу доказу такі: 1) вони повинні мати відношення до предмета доказування. Тобто вони повинні стосуватись справи. 2) належні фактичні дані повинні бути одержані і закріплені в передбаченому законом порядку. Елементами цього порядку є: уповноважена на одержання доказу посадова особа (орган); незабороненість джерела; процесуальна форма одержання; спосіб закріплення і підтвердження: можливості перевірки достовірності фактичних даних.

Функція доказів полягає в тому, що вони забезпечують безпомилковість, незаперечність та повноту інформації. Через це до доказу висувається вимога достовірності. Так, при захисті національного товаровиробника від імпорту в Україну інформація, подана стороною, враховується за умови, що вона підкріплюється доказами, які обгрунтовують її незаперечність. Крім того, докази мають забезпечувати безпомилковість і повноту інформації. Вади інформації та її наслідки врегульовано в антидемпінговому розслідуванні. Якщо у процесі адміністративного розслідування лідируючий суб'єкт визначає, що зацікавлена сторона подала недостовірну або помилкову інформацію, то він: 1) не бере до уваги зазначену інформацію; 2) інформує зацікавлені сторони про наслідки ухилення від співпраці з лідируючим суб'єктом.

Якщо ж інформація, подана заінтересованою стороною, неповна, вона береться лідируючим суб'єктом до уваги за умов, що: 1) її неповнота не ускладнює можливості лідируючому суб'єкту зробити точні висновки; 2) ця інформація була подана такому суб'єкту у відповідні строки; 3) ця інформація придатна до перевірки; 4) зацікавлена сторона, яка подала інформацію, діє добросовісно в міру своїх можливостей.

У разі, якщо фактичні дані не беруться до уваги лідируючим суб'єктом, сторона, яка їх подала, має можливість подати додаткові

коментарі. Якщо ці коментарі вважаються недостатніми, причини відхилення зазначених фактичних даних передаються відповідній зацікавленій особі.

Особливу увагу при правозастосуванні необхідно звертати на достовірність інформації, яка фіксується технічними засобами. Для твердження про достовірність даних використовують похибку показів технічних приладів. Під час вирішення питання про притягнення водія до відповідальності за перевищення встановленої швидкості руху треба враховувати сумарну похибку показань вимірювань швидкості та спідометрів. У цьому разі заходи адміністративного впливу доцільно застосувати у тих випадках, коли показання швидкості вимірювального приладу перевищують величину дозволеної швидкості руху на 10 км/год. та більше. Особливій правовій регламентації піддається фіксація фактичних даних технічними засобами. Якщо колір реагенту змінився з жовтого на зелений, то пробу (доказ) на вміст пари алкоголю в повітрі, що видихається, вважають позитивною. Позитивна проба є підтвердженням факту вживання алкогольного напою, а протокол огляду особи на стан сп'яніння – приводом для притягнення до відповідальності.

Є процесуальні способи забезпечення достовірності. Докази, що надаються органу розслідування одним учасником, направляються ним усім іншим учасникам. У разі, якщо ці докази не направлялися учасникам або їх неможливо перевірити, то вони не враховуються в ході розслідування. Крім того, якщо учасник необґрунтоване обмежує доступ до фактичних даних по справі, такі дані лідируючим суб'єктом не вважаються доказом, крім випадку, коли ця інформація підтверджується іншими доказами.

При цьому деякі фактичні дані фіксуються тільки певними носіями (засобами доказування). До прикладу, у слуханнях по антидемпінгових заходах в Міністерстві економіки з питань європейської інтеграції України зацікавлені особи повідомляють фактичні дані, які беруться до уваги, якщо будуть подані після слухань у письмовому вигляді.

Рішення про визнання певної інформації доказом приймається лідируючим суб'єктом. Так, у ході митного розслідування службова особа має право прийняти рішення або про визнання вилученого предмета речовим доказом, або про повернення його власнику за відсутності необхідності. Вилучені предмети, що є речовими доказами, підлягають зберіганню або до закінчення перевірки, або до вступу в силу остаточного рішення по справі.

Варто особливо наголосити на властивостях джерел (засобів) доказування. Основне завдання стадії адміністративного розслідування – збір доказів, фіксація їх у таких джерелах. Професор А.О. Селіванов

для позначення адміністративних процедур формування джерел доказування ввів поняття «дійсність права». Він пояснює походження цього терміна тим, що явища об'єктивного світу є дійсністю факту, які підпорядковуються законам природи. А відносини між юридичними, фізичними особами та державою, територіальними громадами, які підпорядковуються приписам юридичних законів, на його думку, варто називати «дійсністю права». При цьому деякі явища об'єктивного світу визнаються як такі, що відбулися, тільки після того, як будуть підтверджені в установленій адміністративно-процесуальній формі.

При цьому така адміністративно-процесуальна форма має відображати особливості тієї сфери державного управління, в якій така форма використовується (регулювання зовнішньо економічної діяльності, обслуговування системи сертифікації Укр-СЕПРО і т.п.). Адміністративні процесуальні відносини повинні відповідати меті та цінностям, які закладені в матеріальній нормі, що реалізується. Коло обставин, які необхідно виявити, та порядок їх фіксації мають відповідати змісту матеріальної норми. Якщо учасники стадії адміністративного розслідування або вирішення справи не здатні або не бажають осягнути ці цінності та цілі, то це не означає, що право не є дійсним, а цінності, закладені в реалізовуваній нормі, нібито не є цінностями. Подібні випадки навмисного чи ненавмисного порушення процедур фіксації та оцінювання доказів є підставою для адміністративного рішення по суті справи.

Докази, що використовуються ланками адміністративного устрою, нічим не відрізняються від судових, тому що в обох випадках виступають як фактичні обставини, використовувані уповноваженими особами для встановлення істини в порядку, визначеному законом. Але, будучи тотожні по суті, вони разом з тим розрізняються за способом їхнього використання в процесі доказування.

По-перше, як уже говорилося, адміністративне доказування має справу з фактичними даними ширшої сфери суспільного життя, даними не тільки минулого, але і сьогодення. По-друге, для одержання доказів органи державного та комунального управління використовують різноманітніші методи (прийоми) і комбінації, властиві тільки цій системі органів. По-третє, доказами в правозастосовчій діяльності органів виконавчої влади оперує ширше коло суб'єктів, ніж у судовому. По-четверте, для органів управління в багатьох випадках обов'язкова переробка доказової інформації з метою її концентрації. По-п'яте, адміністративно-процесуальне законодавство визначає особливу процесуальну форму їхнього

використання, що забезпечує найбільш ефективне встановлення управлінськими органами об'єктивної істини. У силу вищевказаного докази, використовувані цими органами, являють собою самостійну групу серед юридичних доказів і можуть бути названі адміністративними.

Засобами доказування (носіями фактичних даних) є:

1) пояснення зацікавленої особи. Так, командир військової частини після розгляду матеріалів розслідування справи про матеріальну відповідальність військовослужбовця зобов'язаний особисто провести бесіду з військовослужбовцем. Якщо вину його повністю доведено, то командир частини не пізніше 1 місяця видає наказ про притягнення до відповідальності;

2) матеріали-письмові докази: заяви сторін і додані до них документи , акти лідируючих суб'єктів, що закріплюють фактичні дані, письмові пояснення учасників;

3) усні пояснення учасників. Так, зокрема у ході засідання дисциплінарної палати кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури за розсудом палати можуть бути заслухані повідомлення осіб, запрошених з ініціативи адвоката;

4) відео- та звукозапис;

5) речові докази;

6) висновки експертів;

7) протоколи процесуальних дій. Вони є носіями доказової інформації різного рівня: вони містять фактичні дані, що мають значення основних доказів, а також допоміжні докази. Останні виступають дані про процедуру процесуальної дії, що дозволяє судити про достовірність закріплених висновків за результатами процесуальної дії. Доказове значення мають не тільки самі процесуальні документи, але й різні додатки до них.

Експертиза - це дослідження з використанням спеціальних знань, що проводиться експертом за рішенням лідируючого суб'єкта (проводу), і спрямоване на з'ясування обставин, які мають значення по справі. У рішенні про призначення експертизи зазначається: підстави та умови проведення експертизи, предмет експертизи, об'єкти експертизи, експерта чи заклад, де буде проводитись дослідження, місце і час проведення експертизи.

Предметом експертизи є питання, що підлягають вирішенню. Об'єктом експертизи є матеріали справи, надані в розпорядження експерта. При врегулюванні експертизи визначаються питання про тих осіб, які мають право ініціювати розгляд; про тих осіб, які мають право вносити пропозиції про внесення запитань експертові.

Провід (до прикладу, органи Антимонопольного комітету України) за власною ініціативою чи за клопотанням особи, яка бере участь у справі, має право призначати експертизу, про що приймається розпорядження.

Призначаючи експертизу та встановлюючи коло питань, які потрібно поставити перед експертами, лідируючий суб'єкт має право запитати пропозиції сторін та інших осіб, які беруть участь у справі. У разі необхідності проведення додаткових досліджень, а також у разі суперечливості висновків кількох експертів може призначатися додаткова або повторна експертиза.

Доказове значення у висновку експерта мають як одержані в ході дослідження фактичні дані, так і зроблені експертом висновки. Крім того, у висновку експерта викладені методи і послідовність дослідження, що є доказовою основою достовірності одержаних експертом результатів.

Порядок проведення експертизи відображає особливості тої сфери державного, комунального та непублічного управління, в ході регулювання якої розглядаються адміністративні справи. У тематичних законах містяться спеціальні норми про експертизу. До прикладу, в Законі України «Про екологічну експертизу» закріплено порядок проведення екологічної експертизи.

М.М. Тищенко підкреслює важливість такого засобу доказування, як носії фактичних даних, що виявляються при проведенні лідируючим суб'єктом (проводом), огляду з метою установлення визначених обставин, що мають значення в справі.

Конкретні заяви громадян розглядалися б зі значно меншими часовими і матеріальними витратами, на думку М.М. Тищенка, якби цей засіб використовувався повною мірою. Нерідко посадовій особі досить прибути на місце й особисто переконатися в справедливості тих чи інших претензій громадян, ніж збирати значну кількість документів, на основі яких і приймається рішення. Проведення огляду на місці дозволяє з найбільшою переконливістю і вірогідністю оцінити об'єктивність викладених у заяві аргументів. Деякою мірою результати огляду можуть визначити оперативність вирішення справи за заявою чи скаргою. Рішення про доцільність проведення огляду повинне прийматися лідируючим суб'єктом чи проводом, що розглядає скаргу, з урахуванням конкретних обставин справи. Ініціатива в проведенні огляду може виходити також від громадянина, який подав скаргу.

Автор пропонує складати протокол огляду, у якому були б відображені дані, встановлені в ході огляду.

У зв'язку з проведенням перевірки може виникнути необхідність фіксації визначених обставин за допомогою звуко- і відеозапису, а також фотографії. Не виключена можливість представлення такого роду матеріалів громадянином, що звернувся зі скаргою чи заявою. Аудіовізуальні матеріали не тільки підсилюють доказове значення інших джерел доказів, але і самі по собі несуть; значне доказове навантаження. Ось чому необхідно закріпити цей вид доказів поряд з іншими у провадженні за зверненнями громадян, передбачивши правила їхнього процесуального оформлення.

Є.В. Додін пропонує таку класифікацію письмових (усних) повідомлень, як доказів по справі: 1) повідомлення осіб, зобов'язаних законом видавати певні дані, інформації, одержувані: по-перше, від осіб, пов'язаних із правозастосовуючим органом службовими відносинами; по-друге, від осіб, не пов'язаних з даним органом подібними відносинами, але зобов'язаними представляти йому необхідну інформацію в силу займаної посади; по-третє, від громадян і організацій у силу покладених на них законом обов'язків; 2) повідомлення осіб, не зацікавлених у результаті правозастосовчої діяльності; 3) повідомлення осіб, зацікавлених у результаті правозастосовчої діяльності, повідомлення, отримані: по-перше, від осіб, що скоїли адміністративний проступок; по-друге, від осіб, яким даним проступком заподіяна шкода; по-третє, від інших осіб, зацікавлених у правозастосуванні (заявників, скаржників і т.ін.).

Кожен з юридичних доказів відіграє особливу роль у процесі встановлення істини у справі. І для визначення місця того чи іншого доказу в системі правовою наукою зроблена їхня класифікація. Найбільш поширений розподіл доказів на первісні та похідні, прямі й непрямі, обвинувальні та виправдувальні, позитивні та негативні.

1. Залежності від того, чи розкривають докази безпосередньо суть адміністративної справи, чи тільки якийсь побічний факт, що слугує передумовою розкриття суті справи, вони поділяються на прямі та непрямі.

Для застосування диспозиції адміністративно-правової норми характерне використання прямих доказів. Це пояснюється, з одного боку, тим, що в даному випадку звичайно бувають зацікавлені всі учасники адміністративного процесу. А з іншого - тим, що законодавець чітко визначає коло доказів по кожній справі.

Побічні докази при відсутності прямих у певних випадках не можуть бути прийняті до уваги і покладені в основу рішення у справі. Сказане не означає, що прямі докази ліпші від непрямих. Вітчизняне право і наука не визнають розподіли доказів на ліпші та гірші.

Прямі докази не гарантують винесення обґрунтованих рішень. У всіх випадках мова йде лише про те, що здебільшого при застосуванні диспозиції адміністративно-правової норми законодавець допускає тільки прямі докази.

Інакше підходить законодавець до непрямих доказів при застосуванні адміністративно-правової санкції. При вирішенні питання про адміністративну відповідальність закон не обмежує використання непрямих доказів. За відсутності прямих вони можуть служити підставою прийняття правозастосовчого акта. Звичайно, процес роботи з непрямими доказами значно складніший, ніж із прямими, але при вмілому їх використанні фактична ситуація також може бути встановлена.

2. За характером джерела надходження інформації докази поділяються на первісні і похідні. Первісними доказами називаються такі, котрі є першоджерелами інформації про обставини справи: справжні документи, речовинні докази, показання свідків-очевидців і т.д. Зміст цих доказів складають фактичні дані, що стали наслідком безпосереднього відображення обставин, які становлять предмет доказування. Похідними є докази, що не містять первинної інформації, а утримуючі інформацію, отриману з інших джерел: копії документів, показання свідків чи потерпілих щодо того, що вони чули від інших осіб, копій речових доказів, (зліпки, фотографії й ін.). Вони відображають властивості первісних джерел інформації.

У тих випадках, коли в законі не містяться вимоги про використання тільки первісних доказів, в адміністративному процесі можуть знайти своє застосування і первісні, і похідні. Однак найчастіше на практиці віддається перевага первісним доказам. Це зумовлюється тим, що доказова сила інформації з віддаленням її від джерела знижується. Первісні докази переважають і у тому випадку, коли законодавець не вимагає обов'язкового їхнього використання у справі.

Водночас цілком відмовитися від похідних доказів не можна, та й немає смислу. Більше того, похідні докази в ряді випадків мають навіть переваги над первісними. Так, копії документів можуть бути поширені серед будь-якої кількості осіб, знімки зменшені, а зліпки речових доказів можуть бути відправлені до віддалених місць без остраху їхньої втрати чи ушкодження і т.ін.

3. За змістом докази можуть бути позитивними і негативними. Ті, котрі лягають в основу прийняття акта застосування диспозиції про відмову в задоволенні вимоги зацікавленої особи, можуть розглядатися як негативні, а ті, котрі є підставою задоволення такої

вимоги, –позитивними. При застосуванні санкцій адміністративно-правових норм докази, що викривають порушника в здійсненні ним проступку обтяжуючі його провину, є обвинувальними, а ті, котрі свідчать про невинуватість притягуваного до відповідальності чи пом'якшують його вину, - виправдувальними.

Виправдувальні. До прикладу, в установчих документах саморегулівної організації має бути передбачено, що перед застосуванням санкції, саморегулівна організація має поінформувати учасника про такий намір, дати йому можливість зробити відповідні пояснення та виправдувальні докази.

У законодавстві можна зустріти іншу назву цієї групи доказів: підтверджувальні та спростовуючі. У повідомленнях, які надходять від підлеглих органів внутрішніх справ, про наслідки розгляду контрольних заяв має бути відображено, чим підтверджуються або спростовуються докази заявника. Підтверджуючі докази вказують на наявність обставин, які необхідні для обґрунтування правових вимог. Так, якщо послуги, які надаються ліцензіатами, які займають монопольне становище, можуть бути повністю або частково змінені внаслідок появи нової ліцензії, подається разом із заявою чітке пояснення причин, чому така зміна йде на користь інтересам суспільства. Спростовуючі докази свідчать про необґрунтованість вимог заявника. Так, якщо висновок або акт інспекційного обстеження свідчать про неможливість видачі ліцензії, заявника запрошують на засідання ліцензійної комісії.

4. Залежно від характеру одержуваної суб'єктом застосування інформації докази можуть бути перероблениими (сконцентрованими) і звичайними. Останні надходять до суб'єкта без обробки, у тому вигляді і стані, у якому вони були отримані особою, яка їх передає. Як правило, такі докази повинні подаватися суб'єкту правозастосування при вирішенні справ про проступки.

Сконцентровані докази являють собою дані, отримані лідируючим суб'єктом і перероблені ним для зручності користування проводом. Це різного роду довідки, дані, звіти. Вони знаходять використання в основному при застосуванні диспозицій правових норм.

5. Залежно від методів виявлення докази можуть бути скласифіковані на безпосередні й опосередковані. Безпосередні встановлюються суб'єктом застосування спостереженням, оглядом та іншими аналогічними способами, що дають можливість безпосередньо сприймати обставини виниклої ситуації. Опосередковані добуваються кібернетичними, математичними й іншими методами, які виключають почуттєве сприйняття.

6. Залежності від часу виникнення адміністративні докази можуть бути минулі і триваючі. Докази, що виникли до розгляду справи, є минулими. Це, наприклад, інформація про вчинений адміністративний проступок, про порушення у сфері реалізації законних інтересів громадянина чи організації і т.ін. Триваючі докази характерні тим, що вони існують у момент розгляду справи і зумовлюють негайну реакцію на сформовану ситуацію.

Усяка класифікація, на думку Є.В. Додіна, має умовний характер, що притаманний і класифікації доказів. Неважко помітити, що одна і та сама інформація в деяких випадках може бути віднесена до різних видів. Наприклад, побічні докази можуть виступати і як опосередковані, і як обвинувальні, і як виправдувальні. Ще більш умовний розподіл доказів на позитивні та негативні, а також на обвинувальні та виправдувальні. По одній і тій самій справі фактичні дані можуть бути обвинувальними і виправдувальними, позитивними і негативними. Наприклад, повідомлення свідка – очевидця автодорожньої події може викривати водія у скоєному порушенні й у той же час пом'якшувати його провину даними про порушення правил безпеки руху пішоходами.

Крім того, у практиці досить широке застосування знаходять докази, характер яких не дає можливості віднести їх до жодної з вище зазначених груп. Це констатуючі докази, що містяться звичайно в довідках, висновках, характеристиках. Зокрема, це дані про місце і час здійснення адміністративної провини, про наявність визначених документів, про виконання визначених вимог управлінських органів і т.ін.

Як правило, законодавець не встановлює, які з доказів відносяться до позитивних, а які до негативних. Не міститься в законі категоричних вказівок і про те, які з доказів варто визнати обвинувальними, а які виправдувальними. Це зважується безпосередньо кожною правозастосовуючою особою, що оцінює кожен з доказів окремо й у сукупності. Але з цього не можна робити висновок про те, що суб'єкт доказування (у тому числі і правозастосовуюча особа) безмежно вільна у своїх діях з доказами. Такою вона є в оцінці доказів. Однак і тут вона зв'язана вимогами закону, що визначає коло джерел, з яких йому дозволено одержати інформацію. Доказування, як відомо, є діяльність, регламентована правом, а одним з її проявів - установлення кола джерел доказів.

5. Суд як суб'єкт доказової діяльності в адміністративному судочинстві

І. Бентам писав, що мистецтво судочинства полягає саме у мистецтві суб'єктів доказової діяльності користуватися доказами. Серед учених спостерігаються різні підходи до визначення кола таких суб'єктів, що іменуються «суб'єктами доказування», «учасниками процесу», через різну функціональну спрямованість їх діяльності та наявність персоніфікованої компетенції у цій сфері. Такі суб'єкти необхідно іменувати «суб'єктами, які беруть участь у доказовій діяльності» (суб'єктами доказування). Проаналізувавши погляди вчених щодо кола осіб, які є суб'єктами доказової діяльності, до них можна віднести суб'єктів, які: 1) беруть участь у формуванні системи доказів у справі (збирання, перевірку, дослідження, оцінку доказів) до яких можна віднести суд, експерта і спеціаліста; 2) мають право на активну участь у процесі доказування з метою захисту своїх прав та інтересів (позивач, відповідач, треті особи, свідки). Оскільки статус даних суб'єктів досліджувався раніше (окрім суду), розглянемо особливості процесуального статусу суду як суб'єкта доказової діяльності в адміністративному судочинстві.

Відповідно до «Теорії справедливості» Джона Роулза, судді мають бути незалежними й безсторонніми. Якщо ж досліджувати досвід інших країн, можна зазначити, що у Німеччині обов'язок доказування покладається на суд. В Англії та США, навпаки, суду відведено пасивну роль у доказовій діяльності, обтяжену аналізом доказів. Ініціатива адміністративного суду щодо відшукування (в необхідних випадках) фактів, які мають доказове значення в адміністративному судочинстві, не може заперечувати засад його змагальності, тобто забезпеченої можливості однієї зі сторін сперечатися з приводу того чи іншого доказу, який надано та відстоюється іншою стороною. Ю.П. Битяк, характеризуючи адміністративне судочинство, зазначає, що виконання адміністративними судами поставленого перед ними завдання можливе, якщо вони зорієнтовані на втілення ідеї пріоритету прав особи над інтересами державними. Така ідея відображається у верховенстві права як загальноприйнятому принципі, який є основоположним у діяльності всіх державних органів, й законність прийнятого рішення є його невід'ємним елементом. Роль суду в адміністративному судочинстві можна простежити через реалізацію принципу офіційного з'ясування обставин справи. Особливість цього принципу в адміністративному судочинстві пояснюється його автентичністю (індивідуальністю), оскільки в ньому, на відміну від

інших форм судочинства, важливе місце посідає принцип активної ролі суду в процесі. Відоме правило «Negantis probation nulla est» (тому, хто заперечує позов, не потрібні докази, тобто позов має обґрунтовувати позивач), яке діє у цивільному судочинстві, а у справах про оскарження рішень, дій та бездіяльності суб'єктів владних повноважень в адміністративному судочинстві не діє. У порівняльному аспекті норми ЦПК, закріплюючи принцип змагальності сторін (ст. 10), покладають на суд значно вужчі функції сприяння встановленню істини у справі, ніж у чинному КАС України (ст. 11). Зокрема, відсутні положення щодо виявлення та витребування доказів із власної ініціативи суду, відповідно до яких суд має запропонувати особам, які беруть участь у справі, подати докази або з власної ініціативи витребовує їх. Це свідчить про прогресивність та адаптацію норм КАС України до європейських стандартів та підтверджує висновок про те, що суд є суб'єктом доказування в адміністративному судочинстві.

На думку С.В. Васильєва, саме суд є головним суб'єктом доказування внаслідок дослідження ним доказів, перевірки істинності даних, оцінки фактичних обставин справи. Хоча С. Лунін категорично стверджує, що у випадку, коли суд з власної ініціативи збирає докази, він стає суб'єктом доказування, тобто фактично ще однією стороною судового процесу, яка буде підтверджувати свою думку, що також є підставою ставити під сумнів об'єктивність та неупередженість суду.

Активність суду має забезпечити реалізацію низки принципів: змагальності, публічності, об'єктивної істини, судового керівництва тощо. Роль суду у змагальному процесі полягає у реалізації ним основного обов'язку – створення особам, які беруть участь у справі, умов для всебічного, повного та об'єктивного з'ясування обставин справи шляхом вчинення ним конкретних процесуальних дій. Щодо принципу змагальності ч. 1 ст. 11 КАС України визначається, що «розгляд і вирішення справ в адміністративних судах здійснюється на засадах змагальності сторін та свободи в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості». Ураховуючи активну роль суду в змагальності як принципі адміністративного судочинства, зазначене дає підстави стверджувати, що в адміністративному процесі є поєднання елементів змагального та слідчого (розшукового процесів).

Суд, виходячи з принципу публічності, має право на активні дії як компенсацію пасивності сторін, що потребує вжиття заходів для одержання нових та перевірки наданих сторонами доказів з власної ініціативи з метою уникнення стану правової невизначеності або так званої «доказової рівноваги». Принцип публічності (офіційності)

виражається у закріпленні обов'язку органу адміністративної юрисдикції здійснювати розгляд і вирішення адміністративної справи. Даний принцип у повній мірі реалізується за умови попереднього з'ясування важливих для прийняття рішення обставин справи. Відповідно до принципу офіційності на суд, на відміну від дії принципу змагальності, який відіграє головну роль у цивільному процесі, вивчає обставини справи з огляду на свої службові обов'язки, незалежно від пояснень сторін і клопотання про залучення доказів з боку учасників процесу. На суд покладено обов'язок вживати передбачені законом заходи, необхідні для з'ясування всіх обставин справи, у тому числі виявлення та витребування доказів із власної ініціативи (ст. 11 КАС України). Відповідно до ч. 2 ст. 69 КАС України «суд може запропонувати сторонам надати додаткові докази або витребувати додаткові докази за клопотанням осіб, які беруть участь у справі, або з власної ініціативи». В адміністративних справах про протиправність рішень, дій чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень обов'язок щодо доказування правомірності свого рішення, дій чи бездіяльності покладається на відповідача, якщо він заперечує проти адміністративного позову. Частиною 4 ст. 71 КАС України передбачено, що «суб'єкт владних повноважень повинен подати суду всі наявні у нього документи та матеріали, які можуть бути використані як докази у справі. Якщо особа, яка бере участь у справі, не може самостійно надати докази, то вона повинна зазначити причини через які ці докази не можуть бути надані, та повідомити, де вони знаходяться чи можуть знаходитися.» У разі невиконання цього обов'язку суд витребовує названі документи та матеріали за власною ініціативою, про постановляє ухвалу (така ухвала суду про відмову у витребуванні доказів окремо не оскаржується. Заперечення проти неї може бути включене до апеляційної чи касаційної скарги на рішення суду). Саме принцип офіційності підтверджує активну позицію суду під час розгляду справи у порядку адміністративного судочинства, покладаючи на нього обов'язок з'ясувати всі обставини у справі. Суд несе відповідальність за повне вивчення обставин справи. Під час з'ясування обставин справи суд може залучати до цього учасників процесу, яким необхідно брати участь у дослідженні доказів. Суд має діяти таким чином, що, учасники процесу надали всі необхідні докази з метою встановлення обставин справи. У межах своїх обов'язків щодо встановлення обставин справи суд самостійно встановлює обсяг необхідних доказів.

Принцип офіційного з'ясування обставин справи, відповідно до норм КАС України, регламентує активну позицію суду, покладаючи на

нього таке: 1) визначення обставин, які необхідно встановити для вирішення спору, а також з'ясовує, якими доказами сторони можуть обгрунтовувати свої доводи чи заперечення щодо цих обставин (п.п. 3, 4 ст. 111 КАС України); 2) пропонує особам, які беруть участь у справі, доповнити чи пояснити певні обставини справи, а також надати суду додаткові докази (ч. 5 ст. 11, ч. 1 ст. 114 КАС України); 3) за власною ініціативою виявляти і витребувати докази (ч. ч. 4, 5 ст. 11, ч. 4 ст. 65, ч. 5 ст. 71, п. п. 1, ч. 2 ст. 110 КАС України); 4) може визнати обов'язкову участь у судовому засіданні сторін або третьої особи, якщо виникне необхідність заслухати її особисто (п. 2 ч. 2 ст. 110, ст. 120 КАС України); 5) може визнати за необхідне дослідити докази щодо обставин, які визнаються сторонами (ч. 3 ст. 72 КАС України); 6) під час допиту свідка у суді може задавати йому питання в будь-який час (ч. 8 ст. 141 КАС України).

Принцип офіційного з'ясування обставин справи обмежує принцип змагальності сторін і диспозитивності, оскільки передбачає можливість вивчення адміністративним судом таких процесуальних дій, котрі або суперечать інтересам учасників адміністративної справи, зокрема, сторін і третіх осіб, або перешкоджають здійсненню цими особами їх прав та інтересів.

У силу дії принципів диспозитивності та змагальності суд детермінує поведінку суб'єктів процесу, а також осіб, які беруть участь у справі, шляхом учинення визначених процесуальних дій. Отже, дії суду є важливим елементом доказування. Принцим диспозитивності є зв'язуючим ланцюгом усіх стадій розгляду справи.

Важливим проявом активності суду є встановлення об'єктивної істини у справі. Суд у процесі доказування може перейти від імовірного знання до достовірного знання. Заслуговує на увагу погляд Є. Г. Орішича, який наголошує на таких принципах, як судове керівництво та процесуальна активність суду, які здійснюються безпосередньо під час доказової діяльності. Саме на суд як орган правосуддя покладено завдання забезпечити виконання завдань адміністративного судочинства, чого неможливо зробити без активної участі суду у керівництві судовим процесом. У ч. 5 ст. 71 КАС України передбачається ініціатива суду у з'ясуванні обставин у справі. Звичайно, принцип судового керівництва має широкий діапазон, оскільки регулює процесуальні відносини осіб, які беруть участь у справі. Суду надається керівна роль щодо визначення порядку і руху провадження у справі. Принцип судівського керівництва відповідає змагальній моделі процесу, оскільки принцип процесуальної активності суду відображає слідче начало в судочинстві. Даний

принцип покладає на суд обов'язок щодо забезпечення правомірності, послідовності, зручності та швидкості провадження.

Адміністративний суд не є пасивним спостерігачем за тим, що подають сторони на обґрунтування своїх вимог. Тягар збору доказів, на відміну від цивільного судочинства, лежить не лише на сторонах. У спорах, які випливають із адміністративних та інших публічних правовідносин, де одна сторона володіє владними повноваженнями щодо іншої сторони, дійсно адекватним є перенесення тягара доказування на державні органи. В адміністративному судочинстві позивачем, як правило, є громадянин, а значна частина доказового матеріалу знаходиться у відповідача – суб'єкта владних повноважень. Отож, особа перебуває у гіршому становищі щодо можливості збору і подання доказів порівняно із суб'єктом владних повноважень. Активність суду у даному випадку проявляється шляхом сприяння у реалізації цього обов'язку і витребовування необхідних доказів, про що постановляє ухвалу. Правила щодо належності та допустимості доказів в адміністративному та цивільному судочинстві не відрізняються. Хіба що в адміністративному судочинстві, виходячи із принципу офіційності, суд може забезпечити докази з власної ініціативи.

Особливістю статусу суду у доказовій діяльності в адміністративному судочинстві зумовлені об'єктивним дослідженням та оцінкою всіх доказів у справі. Суд є суб'єктом дослідження доказів як орган, який сприймає та фіксує докази у справі. Суд вирішує питання належності та допустимості доказів. Вирішення питання про належність доказів здійснюється на основі судового розсуду, оскільки така діяльність містить у собі категорію вибору, спеціальною межею якого виступає вимога врахування тільки тих обставин, які мають значення для справи. Допустимість являю собою формалізоване правило, в силу якого законом встановлено обмеження у використанні засобів доказування у процесі вирішення справи. При встановленні допустимості доказів у справі суд застосовує дискрецію повноважень відносно вибору одного або декількох засобів доказування. Суд не має права на власний розсуд замінити засіб доказування. Разом з тим для підтвердження факту або його спростування суд може використовувати додатково й інші засоби доказування, якщо цього вимагають обставини справи. В адміністративному судочинстві при встановленні допустимості доказів у конкретній справі суд не має права на власний розсуд відступити від положень, які закріплені в нормах КАС України, та вказують на застосування певних засобів доказування. Отже, саме при встановленні належності та допустимості доказів суд наділений дискреційними повноваженнями.

Активністю суду пронизуються усі стадії судового процесу, зокрема підготовче провадження, попереднє засідання, судовий розгляд, ухвалення судового рішення. Закон зобов'язує суд створювати необхідні умови для всебічного, повного, об'єктивного дослідження справи, а також контролювати дії сторін, активно досліджувати представлені докази та виключати з розгляду ті з них, які є неприпустимими, залучати нові докази. Тобто суд має повністю встановити обставини справи з метою ухвалення справедливого й об'єктивного рішення у справі. Поряд із цим суддя всіма своїми діяннями зобов'язаний підвищувати авторитет судової влади, зміцнювати віру громадян у чесність, незалежність, неупередженість та справедливість суду, тобто діяти в рамках повноважень, наданих йому законом. Також активність суду виявляється у формуванні психологічної тактики проведення допиту та інших процесуальних дій шляхом побудови психологічної комбінації з метою отримання доказової інформації. Водночас суд не повинен виявляти свою активність в інтересах змагальності під час судового розгляду (наприклад, першим допитувати свідка). Деталізація активної підтримки судом невладного суб'єкта адміністративного судочинства проявляється у процесуальному сенсі, а не у лобіюванні спору по суті.

В Статуті Ради Європи пропонуються заходи, які посилюють ефективність, роль та активність суду під час розгляду справи. Розглянемо детальніше ці принципи.

1. Судочинство повинно складатися не менше, ніж із двох судових засідань: перше засідання повинно бути попереднім слуханням підготовчого характеру, а під час перебігу другого засідання можуть представлятися докази, заслуховуватися пояснення сторін, а також прийматися рішення. Суд може застосовувати заходи для того, щоб всі дії, які необхідні для другого засідання, приймалися своєчасно та не допускалось затримок.

2. По відношенню до буд-якої із сторін повинні застосовуватися санкції, якщо вона отримавши судове повідомлення, не вчиняє необхідні процесуальні дії у строки, які встановлені законом. У залежності від обставин до таких санкцій можуть відноситись позбавлення права на здійснення процесуальних дій, рішення про відшкодування шкоди, накладення штрафу та залишення заяви без розгляду.

3. Суд повинен мати можливість викликати свідків, а у разі їх не з'явлення без поважної причини, на таких свідків повинні накладатися санкції (у вигляді штрафу, відшкодування шкоди). У разі неявки свідка суд самостійно вирішує питання про розгляд справи без заслуховування показань свідка. Можливе також спрощене заслуховування таких показань шляхом відеоконференції.

4. Якщо експерт, який викликається судом, не представить свій висновок, суд повинен до нього застосувати санкції. Вони можуть полягати у зменшені розміру оплати, відшкодування шкоди, а також застосування дисциплінарних заходів.

5. Якщо сторона подає необґрунтований позов до суду, суд повинен володіти повноваженнями щодо прийняття рішення по справі на основі спрощеної процедури, та якщо це необхідно, накласти на таку сторону штраф або винести рішення про відшкодування шкоди іншій стороні.

6. Якщо під час розгляду справи сторона поводить себе недобросовісно та явно порушує процедуру з метою затянути розгляд справи, суд повинен негайно прийняти рішення по суті, або застосувати такі санкції, як накладення штрафу, відшкодування шкоди або позбавлення права на процесуальні дії.

7. Суд повинен відігравати активну роль щодо швидкого судового розгляду, дотримуватися при цьому прав сторін.

8. Суд повинен володіти повноваженнями proprio motu для того, щоб мати можливість витребовувати необхідні пояснення сторін, показання свідків, контролювати допит свідків, виключити із справи такі показання свідків, які не мають відношення до предмету справи, обмежити кількість свідків.

9. За виключенням випадків, коли законом встановлене інше, позови сторін, позовна давність пояснення сторін повинні представлятися на максимально ранній стадії та у будь-якому випадку до попереднього етапу.

10. Рішення повинно виноситись на кінцевому етапі судового засідання або максимально в короткі строки після його закінчення.

11. Повинні бути передбачені правила, які будуть пришвидшувати розгляд спору випадках: а) нетерплячих зволікань, б) пов’язаних правом, яке не оспорюється.

12. Активність суду повинна проявлятися у застосуванні спрощених методів судового розгляду, наприклад, проведення вирішення справи без засідання, або проведення тільки одного судового засідання, або проведення попереднього судового засідання. Згідно з Європейською Конвенцією, елементом належної судової процедури є група вимог: належне сповіщення та слухання, прийняття до уваги доказів, отриманих лише законним шляхом, обґрунтованість рішення. Більшість із цих вимог «справедливості» спочатку були вироблені у процесі розгляду кримінальних справ, але потім - поширені в процесі розгляду кримінальних справ, після - вироблені й на провадження у цивільних та адміністративних справах. Європейський суд встановив,

що прийнятність доказів є питанням, яке регулюється національним законодавством і за загальним правилом саме національні суди повинні оцінювати надані їм докази. Завдання Суду, відповідно до Конвенції, полягає не в тому, щоб оцінювати показання свідків, а в тому, щоб встановити, чи був судовий розгляд в цілому справедливим, включаючи й те, яким чином були отримані докази. Подальша адаптація вітчизняного законодавства у цій сфері потребує імплементації зазначених норм у доказове право.

КАС України передбачає такі активні дії суду у доказовій діяльності: 1) оцінка доказів за своїм внутрішнім переконанням, заснована на всебічному, повному, об'єктивному дослідженні належності, допустимості та вірогідності кожного доказу; 2) ініціювання допиту свідка за місцем знаходження суду або за місцем його проживання; 3) призначення експертизи для з'ясування обставин, що мають значення для справи й потребують спеціальних знань; 4) незв'язаність суду визнанням стороною обставин, якими інша сторона обґрунтовує свої вимоги або заперечення; 5) ініціатива суду із збирання доказів. Така активність суду є не тільки його процесуальною діяльністю із керівництва судовим засіданням та спрямуванням судового розгляду справи на забезпечення необхідних умов для всебічного, повного дослідження обставин справи, зберігаючи при цьому об'єктивність та неупередженість, а й свідчить про те, що суд є повноцінним учасником і активним суб'єктом доказування, з тим щоб збалансувати положення сторін.

6. Стадії доказової діяльності суду в адміністративному судочинстві

У традиційному аспекті процесуальне доказування являє собою специфічну діяльність суб'єктів доказування з оперування доказами, всілякими обставинами, що стосуються справи. Загальна особливість процесуального доказування полягає в тому, що при розгляді публічно-правового спору воно є ніби техніко-юридичним компонентом, на відміну від процесуальних правовідносин, що становлять собою соціально-юридичне утворення, оскільки саме на тактико-технічний аспект процесуального доказування звертають увагу вчені-процесуалісти при розкритті його змісту.

У теорії права склалося кілька підходів до обсягу доказування. Одна група авторів включає в доказування тільки збір і дослідження доказів, залишаючи оцінку за межами доказування, оскільки, на їх думку, оцінка провадиться тільки за законами мислення. Друга група

розглядає доказування як єдність збирання, дослідження й оцінки доказів, єдність практичної й розумової діяльності, що спрямована й урегульована в певних межах закону.

М. К. Треушніков вважає, що мета судового доказування полягає не в механічному наповненні справи доказовим матеріалом, а в отриманні з доказів судом (тобто суб'єктом пізнання й представником влади) точних висновків для обґрунтування рішення, для захисту права.

С.С. Алексєєв, підкреслюючи складний, багатоланковий характер діяльності з доказування, відносить до неї кілька послідовних етапів: 1) визначення кола фактів, що підлягають установленню; 2) збирання й процесуальне закріплення доказів; 3) дослідження доказів, включаючи їх перевірку; 4) оцінку доказів[1].

Так, вітчизняний науковець М.Й. Штефан виділяє шість ступенів доказування:

1. твердження про факти – означає, що позивач та інші особи, які пред'являють вимоги на захист його прав, у позовній заяві мають викласти обставини, якими обґрунтовують свої вимоги;

2. сторони та інші заінтересовані особи зазначають докази, що підтверджують позов. Зазначення доказів – це інформація, повідомлення про конкретні засоби доказування, на підставі яких підтверджується наявність чи відсутність викладених обставин, що обґрунтовують вимоги й заперечення сторін;

3. подання доказів сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі;

4. витребування додаткових доказів, якщо первісно поданих доказів недостатньо;

5. дослідження доказів, тобто безпосереднє сприйняття й вивчення складом суду в судовому засіданні інформації про фактичні дані, представленої сторонами й іншими особами, які беруть участь у справі, за допомогою передбачених у процесуальному законі засобів доказування;

6. оцінка доказів. Відповідно до КАС України така оцінка здійснюється судом за його внутрішнім переконанням, що ґрунтується на їх безпосередньому, всебічному, повному та об'єктивному дослідженні. Це означає, що суддя при оцінці доказів не повинен покладатися на свої враження, якщо вони підсвідомі. Логічні висновки суду внаслідок такої оцінки мають ґрунтуватись на дослідженні конкретних доказів, наявних у справі.

Задля забезпечення правильного й об'єктивного вирішення спору внутрішнє переконання має відповідати таким вимогам:

[1] Горшенев В. М. Теория юридического процесса. – М., 1983. – 460 с.

а) ґрунтуватися на доказах, зібраних у встановленому законом порядку; б) докази потрібно перевіряти; в) кожен доказ обов'язково має розглядатись як окремо, так і в сукупності з іншими доказами; г) виходити з усебічного, повного й об'єктивного розгляду матеріалів справи.

Найбільш поширеним є поділ процесу доказування на такі стадії: 1) визначення кола обставин, що підлягають доказуванню; 2) виявлення та збирання доказів у справі; 3) дослідження доказів; 4) оцінка доказів; 5) перевірка правильності судового доказування при перегляді судових актів.

С.Я. Фурса, Т.В. Цюра виокремлюють у процесі доказування такі стадії: 1) формування предмета доказування; 2) збирання доказів; 3) процедура їх надання; 4) аналіз доказів на предмет їх: належності до справи; допустимості як доказу в конкретній справі; достатності доказів у сукупності для доведення певної обставини; значущості як доказу в конкретній справі та переваги над доказами іншої сторони[1].

Стадіями процесу доказування в адміністративній справі є: 1) формування предмета доказування; 2) збирання доказів; 3) подання доказів; 4) дослідження доказів; 5) оцінка доказів.

Розкриємо стадію формування предмета доказування. Матеріальні й процесуальні особливості процесу формування предмета доказування глибоко аналізуються теоретиками юридичного процесу[2], хоча деякі автори розглядають його в контексті діяльності адвокатів під час розробки адвокатом правової позиції у справі, а тому зосередимо увагу лише на стадії формування процесу доказування. Встановити, коли ця стадія розпочинається і закінчується, дуже складно, оскільки вона залежить від «ролі» в процесі конкретного суб'єкта доказування. Так, для юридично необізнаної особи ця стадія в основному не має чітко вираженого характеру, оскільки особа буде описувати всі обставини без чіткого уявлення про їх значення, а докази буде визначати лише ті, які вона вважає належними до справи. А юридично обізнана особа, наприклад адвокат, уже спілкуючись із клієнтом при першій розмові, має сприймати обставини в контексті чинного законодавства і буде одночасно формувати предмет доказування в майбутній справі, відбираючи й аналізуючи відповідні докази під цей предмет. Ця позиція може надалі змінюватись навіть під час судового засідання.

Діяльність щодо відбору й аналізу обставин, якими обґрунтовуються позовні вимоги чи заперечення, або які мають інше

[1] Фурса С. Я. Докази і доказування у цивільному процесі : наук.-практ. посіб. – К. : С.Я. Фурса ; КНТ, 2005. – 256 с.

[2] Комаров В. В. Цивільне процесуальне право України. – Х. : Право, 1999. – С. 189–192.

значення для вирішення справи та які належить установити при ухвалення судового рішення у справі.

Наступна стадія процесу доказування – збирання доказів.

Більшість учених під збиранням доказів розуміє сукупність процесуальних дій з виявлення, витребування й подання доказів[1]. Зазначену точку зору, що підкреслює процесуальний характер збирання доказів, ми вважаємо обґрунтованою. Разом із тим, більша частина роботи, зокрема такого суб'єкта доказування, як представник, з пошуку доказового матеріалу не може вважатися збиранням доказів, оскільки ця діяльність законодавчо не регламентована.

Збирання доказів – необхідний елемент процесу доказування. У процесуальній літературі по-різному визначається суть збирання доказів.

А.І. Вінберг у своїх працях зупиняється на понятті «збирання доказів» і визначає зміст цього поняття як «сукупність дій з виявлення, фіксації, вилучення й збереження різних доказів»[2].

Н.В. Терзієв, С.П. Митричев розглядали в одному ряді виявлення, збирання, закріплення й дослідження доказів[3].

В.П. Колмаков не відносить до поняття збирання доказів їх закріплення. Він говорить або про «способи збирання й закріплення» доказів, або, поряд зі збиранням, про виявлення доказів[4].

На думку Р.С. Бєлкіна, збирання доказів – це поняття комплексне. Воно охоплює дії з виявлення, фіксації, вилучення й збереження доказів[5].

Отже, збір доказів – це діяльність, яка складається з: 1) виявлення, звернення уваги на ті чи інші фактичні дані, які можуть набути доказового значення; 2) фіксації в певних процесуальних формах самих фактичних даних, дії щодо їх виявлення, умов їх виявлення, засобів і способів виявлення фактичних даних.

Подання доказів є наступною стадією процесу доказування. Подаючи докази, позивач представляє їх від свого імені й у своїх інтересах. Аналіз норм КАС України дозволяє зробити висновок про існування

---

[1] Гражданское процессуальное право России : учебник / под ред. М. С. Шакарян. – М., 1999. – С. 178.

[2] Винберг А. И. Криминалистика : учеб. для сред. юрид. шк. / А. И. Винберг, Б.М. Шавер. – М., 1959. – С. 6.

[3] Митричев С. П. Предмет советской криминалистики и ее место в системе юридических наук. Социалистическая законность. – 1952. – № 3. – С. 25–26.

[4] Колмаков В. П. Способы собирания и закрепления судебных доказательств. Социалистическая законность. – 1955. – № 4. – С. 12–15.

[5] Белкин Р. С. Собирание, исследование и оценка доказательств. – М. : Наука, 1964. – 280 с.

двох видів подання доказів у адміністративному процесі. По-перше, відомості про факти предмета доказування можуть міститися в заявах осіб, що беруть участь у справі, адресованих суду, або ж про докази ці особи повідомляють суд у ході судових дебатів та інших виступів. Так, ч. 2 ст. 106 КАС України зобов'язує позивача зазначити в позовній заяві, які докази підтверджують зазначені позивачем обставини. По-друге, позивач (його представник) вправі клопотатися перед судом про витребування певних доказів (п. 5 ч. 1 ст. 106 КАС України).

Отже, все сказане свідчить про необхідність використовувати такі види подання доказів, як звернення до суду із клопотанням про оголошення (огляд) окремих доказів або із клопотанням про долучення до справи засобів доказування. Дані клопотання можуть міститися в процесуальному документі (наприклад, у позовній заяві або запереченні на позов ставиться питання про виклик до суду свідків, фахівців або про призначення в справі експертизи). Також поширені самостійні письмові й усні клопотання про долучення до матеріалів справи або про оголошення (огляду) доказів. Істотне розходження між цими двома аналізованими видами подання фактичних даних полягає в тому, що в першому випадку джерело доказів надається позивачем у розпорядження суду, а в другому випадку засоби доказування залишаються у позивача. Тому залежно від конкретних обставин справи позивач сам повинен вирішити, який йому обрати варіант.Наступною стадією процесу доказування є дослідження доказів. Для того щоб оперувати доказами, їх потрібно вивчити, дослідити. Дослідження доказів – необхідний елемент доказування, наступний етап роботи суду з доказами. Зрозуміло, не можна уявляти собі процес доказування як таку діяльність, коли спочатку збирають усі докази, потім досліджують їх тощо. Докази досліджуються в міру їх збирання, і процес цей безперервний протягом усього доказування.

У процесуальній літературі нема єдиного погляду на сутність дослідження доказів. М. С. Строгович розуміє під дослідженням доказів їх перевірку й вказує, що підсумок цієї перевірки – оцінка доказів. У той же час він підкреслює, що не можна ототожнювати перевірку й оцінку доказів, тому що «це різні, що не збігаються повною мірою моменти процесу доказування»[1]. Аналогічної точки зору дотримується А.І. Трусов, який також говорить про перевірку доказів. Однак він фактично включає поняття перевірки доказів у поняття їх оцінки[2].

[1] Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса / М. С. Строгович. – М., 1958. – С. 165.

[2] Трусов А. И. Основы теории судебных доказательств / А. И. Трусов. – М., 1960. – С. 86–89.

У судовій практиці оцінці доказів завжди передує їх дослідження, здійснюване в різних формах і різними шляхами.

На думку Р.С. Бєлкіна, дослідження доказів – це пізнання судом їх змісту, перевірка достовірності існування тих фактичних даних, які становлять зміст доказу, встановлення узгодженості (зв'язку) даного доказу з усіма іншими доказами в справі[1]. Це визначення містить вказівку на мету дослідження доказів: а) пізнання, розкриття змісту доказу; б) перевірку вірогідності існування фактів-доказів; в) встановлення узгодженості доказів.

Наступною стадією процесу доказування є оцінка доказів. Оцінка доказів у цілому посідає в адміністративному процесі винятково важливе місце. Будучи в певному значенні підсумком роботи з доказами, оцінка дозволяє її суб'єктові виразити своє ставлення до матеріалів адміністративної справи й на цій основі прийняти процесуальне рішення. У зв'язку з цим інтерес дослідників до оцінки судових доказів цілком закономірний[2]. Разом із тим, необхідно відзначити, що більшість робіт, присвячених оцінці доказів, стосуються тільки оціночної діяльності суду.

Зміст оцінки доказів у юридичній літературі більшість авторів визначають приблизно однаково. Оцінка – це розумова діяльність суб'єктів доказування, спрямована на встановлення об'єктивної істини. Результати оцінки містяться не тільки в судовому рішенні, але й в інших процесуальних документах, таких, як апеляційна, касаційна скарги тощо.

[1] Белкин Р. С. Собирание, исследование и оценка доказательств / Р. С. Белкин. – М. : Наука, 1964. – 280 с.

[2] Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса / М. С. Строгович. – М., 1958. – С. 165.

ТЕМА 10. ПРАВОВА АРГУМЕНТАЦІЯ В ГОСПОДАРСЬКОМУ ПРАВІ

План лекційного заняття:

1. *Поняття та зміст доказування у господарському процесі.*

2. Правила оцінювання доказів у господарському процесі. Належність і допустимість доказів у господарському процесі.

3. Нові засоби доказування в господарському процесі у світлі судової реформи в Україні.

4. Окремі питання практичного застосування електронних доказів за чинним господарським процесуальним законодавством України.

5. Преюдиційність вироку як доказ «нереальності господарських операцій».

6. Вірогідність доказів як новела у стандарті доказування господарського процесу.

1. Поняття та зміст доказування у господарському процесі

Загальні положення теорії доведення та доказування, викладені в загальній теорії права, цивільному та кримінальному процесах, в однаковій мірі можуть бути застосовані і до господарського процесу, оскільки відображають принципові аспекти діяльності суду з встановлення обставин справи та дослідження доказів, що є необхідною умовою для правильного, справедливого, розумного вирішення спору.

За відсутності єдності в тлумаченні та розумінні поняття судових доказів в працях учених-процесуалістів існує кілька підходів до розуміння цього поняття.

Прихильники ототожнення доказів із фактами об'єктивної реальності (А.Я. Вишинський, М.А. Чельцов) під доказами розуміють тільки факти, а не відомості про них (фактичні дані). Автори такого підходу аналізують судові докази з точки зору відомих фактів, за допомогою яких можливе встановлення невідомих фактів.

На думку інших авторів, поняття доказу містить подвійний зміст: як факт об'єктивної реальності та джерело відомостей про цей факт при обов'язковій умові додержання процесуальної форми. Так, М.К. Треушніков визначає судові докази як поняття, що містить у собі два взаємопов'язаних елемента: фактичні дані як зміст доказів та засоби доказування як процесуальну форму.

Даний підхід підтверджує ще одна точка зору на поняття доказів з огляду на потрійний характер останніх. Так, В.З. Лукашевич щодо доказів у кримінальному процесі вказує на те, що доказами, по-перше,

є факти, які можуть бути безпосередньо встановлені суддями. По-друге, доказами є відомості про факти, що підлягають доказуванню. По-третє, доказами є доказувані у справі факти.

Двоїстість характеру доказу проявляється і в процесі розгляду господарських справ судом – фактичні відомості і джерело не є доказом окремо одне від одного.

Науковою основою теорії доказів в господарському судочинстві є теорія пізнання. Істинне встановлення обставин, що відбулися, є основною задачею правосуддя. Її розв'язання здійснюється шляхом доказування, що і являє, за своєю суттю, процес пізнання.

Подання та окреслення поняття доказів є складною розумовою діяльністю всіх учасників судового процесу.

Враховуючи те, що суд приймає рішення за власним переконанням, то саме переконання суду у правильності своїх доводів є основним елементом діяльності опонентів у справі.

Проте слід зауважити, що внутрішнє переконання судді – це не несвідоме враження, відчуття, яке не піддається контролю, а впевненість у правильності його висновків, які складають основу судового рішення.

Якісна добірка та професійна підготовка доказів на стадії обґрунтування своїх вимог в момент подання позову є запорукою переконання суду у справжності обставин, що є підставою позову. Аналогічне твердження стосується і відповідача при спростуванні тверджень позивача, що є викладкою відзиву на позов і заперечення позову.

Філософською основою теорії доказування в цілому та в господарському процесі, зокрема, є діалектичний матеріалізм, що базується на фундаментальних висновках про первісність матерії та вторинність свідомості про пізнання світу, про можливість правильного відображення свідомістю об'єктивної реальності, тобто досягнення істини у процесі пізнання.

У судовому процесі не допускається винесення судового рішення на підставі вірогідності, відмови в позові з мотивів недоведеності його підстав. Рішення, винесені на підставі вірогідних суджень, підлягають безумовносу скасуванню судами вищих інстанцій.

Досить поширеною проблемою у практиці застосування доказів є подання сторонами юридично байдужих фактів, відмежованих від предмета позову, які деколи містять томи судової справи. Такими доказами можуть бути бухгалтерські, економічні, будівельні, інженерно-технічні, вишукувальні та інші документи, які не мають прямого відношення до предмета спору.

Важливість зазначеної норми полягає в відмежуванні суду від юридично байдужих фактів і досліджуванні саме тих доказів, що мають безпосереднє відношення до предмету доказування, належно отримані та подані до суду.

Відносність до справи судових доказів визначається й необхідністю достовірного обґрунтування фактів, що відображаються в ухвалах суду. Правильне визначення кола відносних до справи фактів переважно зумовлює правильні твердження суду по відношенню до обсягів відносних доказів, проте не вирішує задачу повністю.

Важливим етапом оціночної діяльності суду по відбору належних доказів є розкриття об'єктивного зв'язку між фактичними даними, що містяться в засобах доказування, та шуканими фактами. Здатність змісту судового доказу підтвердити чи спростувати факт визначається оціночним (логічним) шляхом.

Однак не всі факти, що є важливими для розгляду справи, потребують доказування. Ст. 35 Господарського процесуального кодексу України визначено, що «звільняються від доказування обставини, визнані судом загальновідомими, та преюдиціальні факти».

Загальновідомі факти звільняються від доказування у випадку, коли вони відомі широкому колу осіб, учасникам процесу, а тому їх правильність очевидна і не потребує встановлення. Такими фактами можуть бути війна, посуха, землетрус тощо.

Преюдиціальними є факти, встановлені або рішенням суду по цивільній, адміністративній, господарській справі, або вироком суду в кримінальному провадженні, або постановою суду у справі про адміністративне правопорушення, які вступили в законну силу по справі, в якій беруть участь ті самі особи або особа, щодо якої встановлено ці обставини. Одного разу встановлені судом обставини не потребують установлення їх знову.

Судовий доказ у розумінні пізнавальної та процесуальної діяльності є доказуванням, процесом установлення істини. У ході доказування своїх доводів суб'єкт суперечки переходить від чуттєвого сприйняття фактів і дійсності до їх розумового осмислення, від почуттів до «раціо». А суд обмежений установленням кола обставин реальної дійсності, що забезпечило б швидке, якісне, справедливе вирішення конкретної справи, тобто виконання прямих завдань суду.

Господарсько-процесуальний кодекс України не пояснює та не застосовує поняття «предмет доказування», що, безперечно, негативно позначається на практиці розгляду судових справ, адже значна частина судових рішень скасовується саме з підстав неповного дослідження обставин справи.

В юридичній літературі та судовій практиці відсутні однозначні відповіді на питання, що є предметом доказування. Останнє є важливою проблемою як у практичному використанні у правозастосовчій діяльності, так і в теоретичному вивченні процесуального доказування.

Доказова діяльність сторін спору напряму пов'язана із предметом доказування в господарському процесі. Без активної участі суб'єктів суперечки унеможливлюється встановлення судом істини по справі. Особи, які беруть участь у справі, мають забезпечити надходження до матеріалів справи документальних і матеріально-технічних доказів на підтвердження їх позиції у відповідних господарських правовідносинах.

Окреслення предмету доказування здійснюється вже на стадії підготовки справи до розгляду. Від того, наскільки якісно та правильно суд визначить предмет дослідження у справі, залежить правильність, швидкість та конкретність результату розгляду спору. При цьому суд не повинен обмежуватися встановленням лише тих обставин, що зазначені в позовній заяві.

При цьому зазначимо, що предмет доказування не є константою, він може змінюватись при вчиненні сторонами передбачених законом процесуальних дій, таких як зміна підстав позову, зміна предмета позову, зменшення або збільшення позовних вимог тощо.

Суддям, з огляду на досвід і практику вирішення тих чи інших категорій спорів, необхідно враховувати, до яких площин господарських правовідносин належить спір, які обставини мають правове та процесуальне значення, а тому вимагають з'ясування та застосування належних норм права. Від особливостей окремих категорій спорів залежить зміст предмета доказування. Роз'яснення Вищого господарського суду України, викладені в оглядах судової практики та постановах Пленуму Вищого господарського суду України значно спрощують діяльність суду у визначенні предмета доказування в окремих категоріях справ.

2. Правила оцінювання доказів у господарському процесі. Належність і допустимість доказів у господарському процесі

Традиційно судова практика розглядала категорії належності, допустимості, достовірності, ваги, достатності доказів як певні характеристики доказів, які мають значення у процесі одержання й оцінки доказів, однак без їх чіткого розмежування. Теорія судових доказів відповідала на такий стан справ у практиці відсутністю єдності у підходах до природи цих феноменів, їх відмежування одне від одного та засад застосування.

І. Правова природа характеристик доказів

На думку Д.О. Бочарова, «належність, допустимість і достовірність є легальними характеристиками доказу»[1]. Т.В. Руда називає «належність, допустимість, достовірність нормативними критеріями внутрішнього переконання, якими суддя керується для оцінювання доказів»[2]. В.В. Бабенко згруповує ці категорії «як два критерії оцінювання доказів: індивідуальний, тобто передбачений для кожного окремого доказу (належність, допустимість, достовірність), і системний, який застосовується для всієї системи доказів у справі – достатність і взаємний зв'язок»[3]. Н.М. Тюняєва вважає, що «належність, допустимість, достовірність доказів є принципами доказування поряд із безпосередністю дослідження доказів, всесторонністю, об'єктивністю, повнотою дослідження доказів, вільним оцінюванням доказів та обов'язком доказування»[4]. У судовій практиці також іноді має місце приписування окремим характеристикам доказів значення принципів, наприклад, принцип належності, згаданий у пункті 47 постанови Верховного Суду від 18.03.2019 зі справи № 905/502/18[5].

На думку О.В. Гордейчика, більш виправдано говорити про властивості доказів[6]. Підтримуючи цей підхід, спробуємо виділити з наведених вище категорій ті, які належить віднести до властивостей доказів, тобто до характеристик, без яких свідчення, документ або інший матеріал (далі узагальнено – матеріал) не може бути прийнятий або витребуваний судом як доказ. Т.В. Руда для більш системного розуміння суті цих категорій звертає увагу на стадійність їх застосування. На її думку, вирішуючи питання про прийняття доказу, суд перевіряє наявність у ньому інформації, яка має значення для справи, – належність доказу і відповідність доказу закону – допустимість. А перш ніж ухвалити рішення, суд перевіряє, чи відповідає конкретний доказ дійсності, тобто впевнюється в тому, чи доказ

[1] Бочаров Д.О. Доказування у правозастосовчій діяльності: загальнотеоретичні питання : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.01. Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2007. 20 с.

[2] . Руда Т.В. Поняття і зміст інституту доказування в цивільному процесуальному праві США та України: порівняльний аспект. Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія: Юридичні науки. 2008. Вип. 79. С. 47–50.

[3] Бабенко В. Доказування в господарському процесі : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.04. Акад. прав. наук України, НДІ приват. права і підприємництва. Київ, 2007. 19 с.

[4] Тюняева Н.Н. Относимость доказательств в арбитражном процессе : автореф. дис. канд. юрид. наук. СГАП. Саратов, 2011. 26 с.

[5] Верховний Суд (колегія Касаційного господарського суду), постанова від 18.03.2019, справа № 905/502/18. URL: http:// reyestr.court.gov.ua/Review/80548878.

[6] Гордейчик А.В. Допустимость доказательств в гражданском и арбитражном процессах. Хабаровск : Риотип, 2000. 170 с.

достовірний, чи можна із сукупності доказів зробити висновок про існування або відсутність певного юридичного факту, на підтвердження якого вони представлені, тобто чи ці докази достатні у своїй сукупності.

Справді, можна говорити про певне групування характеристик за ознаками їх належності до форми (допустимість) або змісту доказів (належність, вага, достатність, вірогідність), а також про умовну стадійність застосування цих категорій. При цьому стадійність проглядається не тільки в теорії та правозастосовній практиці, а й у конструкції та послідовності викладення норм процесуального права. Видається, що викладена у процесуальних кодексах послідовність оцінки належності, допустимості, достовірності кожного доказу окремо, а також вірогідності у господарському процесі, достатності доказів у їх сукупності не є випадковою.

Взаємний зв'язок складно вважати окремим критерієм, оскільки він не застосовується на тих засадах, як інші критерії. Можна говорити про наслідки неналежності, недопустимості доказу, яким є неприйняття певного матеріалу. Достовірність, вага та достатність є також цілком самостійними категоріями в оцінці. А ось взаємний зв'язок такого самостійного значення не має. Відсутність у доказу взаємного зв'язку з іншими доказами сама по собі не має якихось конкретних наслідків. Ця характеристика виявляється сукупно з іншими ознаками чи критеріями оцінки. Так, певний матеріал може стати належним у зв'язку з іншим доказом. Взаємний зв'язок може мати значення у питанні достовірності доказу. Достатність доказів також оцінюється у взаємному зв'язку сукупності доказів, поданих на підтвердження певної обставини.

У теорії доказування стадійність застосування наведених вище категорій дає змогу розмежувати питання, пов'язані з прийняттям (одержанням) доказів, та питання, пов'язані з їх оцінюванням. У зв'язку з цим виправдано стверджувати про належність та допустимість як про властивості доказів, а про достовірність та вагу – як про критерії їх оцінювання. Належність і допустимість є саме властивостями, а не принципами, оскільки вони притаманні кожному доказу окремо і без їх наявності відповідний матеріал не має бути прийнятий як доказ[1]. Свого часу автор обґрунтовував загальний підхід у теорії доказування до належності та допустимості як до властивостей доказів, а до достовірності та ваги – як до критеріїв їх оцінки[2]. Такий підхід видається виправданим і у національних судових процесах.

---

[1] . Пільков К.М. Теорія і практика доказування у міжнародному комерційному арбітражі : монографія. Київ : Освіта України, 2016. 240 с.

[2] Pilkov K. Evidence in International Arbitration: Criteria for Admission and Evaluation. The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management. 2014. Volume 80. Number 2. Pp. 147–155.

ІІ. Властивості доказів

Належність

Енциклопедичне визначення поняття «належність» (англ. relevance) доказу зводиться до спроможності фактичних даних містити інформацію щодо обставин, які входять до предмета доказування, служити аргументами (посилками) в процесі встановлення об'єктивної істини. На думку авторів цього визначення, вирішення питання про належність доказів потребує з'ясування двох моментів: чи входять факти, для встановлення яких вилучаються і досліджуються відповідні фактичні дані, до предмета доказування (основні, проміжні чи допоміжні факти); чи спроможні фактичні дані, що є змістом доказових матеріалів, з урахуванням їх інформаційного значення, встановлювати відповідні обставини предмета доказування[1]. Хоча у поданому вище визначенні з посиланням на встановлення об'єктивної істини погодитись складно, оскільки вона є об'єктивно недосяжною, а категорія об'єктивної істини як мети доказування протистоїть доктрині стандарту доказування і принципу змагальності судового процесу, виправдано звернути увагу на ту частину визначення належності, яка вказує на спроможність фактичних даних містити інформацію щодо обставин, які входять до предмета доказування.

Належність доказу не презюмується, а тягар доведення належності несе учасник, який подає суду відповідний доказ чи просить суд його витребувати. У цивільному й адміністративному судочинстві процесуальним законом прямо передбачено, що сторони мають право обґрунтовувати належність конкретного доказу для підтвердження їхніх вимог або заперечень (частина третя статті 77 ЦПК України, частина третя статті 73 КАС України). У кримінальному процесі обов'язок доказування належності та допустимості доказів покладається на сторону, яка їх подає (частина друга статті 92 КПК України). З огляду на подвійну природу тягаря (обов'язку) доказування, яка полягає у праві сторони на засадах змагальності доводити підставність своїх тверджень, однак несе негативні наслідки невиконання цього тягаря, можна стверджувати, що підходи до питання належності подібні у всіх процесуальних галузях. У господарському процесі такий підхід до тягаря доведення належності випрацювано практикою.

Верховний Суд уже звертав увагу на те, що необхідність доводити обставини, на які учасник справи посилається як на підставу своїх вимог і заперечень у господарському процесі, є складником обов'язку сприяти всебічному, повному та об'єктивному встановленню всіх

[1] Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. Київ : «Укр. енцикл.», 2002. Т. 4: Н–П. 720 с.

обставин справи, що передбачає, зокрема, подання належних доказів, тобто таких, що підтверджують обставини, які входять у предмет доказування у справі, з відповідним посиланням на те, які обставини цей доказ підтверджує (пункт 8.25 постанови від 05.11.2019 зі справи № 915/641/18, постанови від 05.02.2019 зі справи № 914/1131/18, від 26.02.2019 зі справи № 914/385/18, від 10.04.2019 зі справи № 904/6455/17). Матеріали подаються з обґрунтуванням належності, тобто так, щоб суд міг установити, яка саме інформація має доказове значення, тобто на підтвердження яких саме обставин подано доказ і як ці обставини стосуються предмета доказування. Саме в цьому контексті у суду в такому разі виникає обов'язок дослідити доказ і саме невиконання обов'язку в такому обсязі може стати підставою для судового рішення касаційним судом з направленням справи на новий розгляд з мотивів недослідження зібраних у справі доказів (статті 310 ГПК України). Якщо ж сторона просто надала суду якісь матеріали без обґрунтування їх належності, не посилалась на те, джерелом якої доказової інформації вони є, суд не має ex officio обов'язку дослідити цей матеріал на предмет виявлення будь-якої інформації, яка може стосуватись справи.

Водночас подання стороною матеріалу для доведення певних, визначених нею обставин, не встановлює «монополії» цієї сторони на використання цього матеріалу винятково як джерела доказової інформації, про яку заявила ця сторона. Інша сторона має право вказувати на цей же матеріал як на джерело іншої доказової інформації, що також призведе до виникнення у суду обов'язку оцінити доказ у цьому аспекті. Процесуальний закон передбачливо вказує на недослідження саме зібраних у справі доказів, а не поданих стороною доказів як на підставу для рішення.

Суд також має право, однак не обов'язок, з дотриманням принципу змагальності самостійно одержувати доказову інформацію з поданих учасниками доказів, навіть якщо сторони на доказове значення цієї інформації не посилаються. Це право без загрози дотриманню принципу змагальності може бути реалізоване судом, наприклад, у випадках одержання інформації, яка дає змогу зробити висновки стосовно достовірності чи недостовірності іншого доказу.

Хоча належність є не суто правовою, а логічною конструкцією, самé питання належності в частині визначення, чи належить обставина, на підтвердження якої подано чи витребовується доказ, є питанням права, адже в кінцевому підсумку предмет доказування визначається нормою права, яка підлягає застосуванню. Тобто про те, чи належали певні обставини до таких, щодо існування яких суду належало зробити

висновок, можна зробити остаточно висновок з норм права, які суд застосовує, вирішуючи спір. Опосередкованим підтвердженням цього висновку є те, що у національних процесуальних кодексах закріплено право суду касаційної інстанції як суду права скасовувати судові рішення і направляти справу на новий розгляд, якщо суди попередніх інстанції не дослідили зібрані у справі докази або якщо суд необґрунтовано відхилив клопотання про витребування, дослідження або огляд доказів або інше клопотання учасника справи щодо встановлення обставин, які мають значення для правильного вирішення справи (частина третя статті 310 ГПК України). Суд касаційної інстанції як суд у питаннях права сам не робить висновки про факти, тобто не встановлює їх, однак у питанні права робить висновок про те, що певний факт з огляду на застосовані норми права (а) справді належав до предмета доказування, тому (б) матеріал, на який сторона посилається як на належний доказ, мав бути прийнятий до розгляду та оцінений судом.

При цьому, деталізуючи підхід про тягар доведення належності доказу, новітня судова практика має можливість рухатись у напрямі визнання необґрунтованими самих лише посилань скаржника у касаційних скаргах на порушення судами положень статті 86 ГПК України, яка містить загальні норми оцінки доказів, без обґрунтування (1) того, які саме зібрані у справі докази не були досліджені, або (2) того, що суд необґрунтовано відхилив клопотання про витребування, дослідження або огляд доказів, або інше клопотання (заяву) учасника справи щодо встановлення обставин, які мають значення для правильного вирішення справи, оскільки саме ці порушення можуть бути підставою для судового рішення судом касаційної інстанції відповідно до частини третьої статті 310 ГПК України. При цьому, стверджуючи про недослідження зібраних у справі доказів, скаржник має вказати на конкретні докази, а також на те, що під час розгляду справи судами він вказував на ці докази як на джерело доказової інформації стосовно тих важливих для справи обставин, про які він стверджував, або у своїх заявах стверджував про такі обставини, на підтвердження яких було надано ці докази.

Без такого належного обґрунтування суд касаційної інстанції відхиляє посилання скаржника на порушення судами статті 86 ГПК України, як і похідні від нього твердження про порушення вимог статті 236 ГПК України стосовно обґрунтованості судового рішення (пункт 7.15 постанови Верховного Суду від 28.01.2020 зі справи № 925/587/19[1]).

[1] Верховний Суд (колегія Касаційного господарського суду), постанова від 28.01.2020, справа № 925/587/19. URL: http:// reyestr.court.gov.ua/Review/87422363

Отже, у суду немає ex officio обов'язку самостійно одержати з поданих йому матеріалів усю необхідну доказову інформацію, яка стосується справи. Покладення на суд такого обов'язку наділяло б суд невластивою йому слідчою функцією і порушувало б засади змагальності. Тому про належність матеріалу як доказу певних обставин, на які посилається учасник, має заявляти цей учасник. У суду ж є обов'язок оцінити матеріал принаймні як доказ тих обставин, на підтвердження яких учасник послався на цей матеріал. Оскільки, як бачимо, питання про належність містить у собі питання про те, чи стосуються певні фактичні дані обставин, які становлять предмет доказування, часто воно може бути вирішено без дослідження доказу. Висновок суду про те, що певний матеріал не є належним доказом, може ґрунтуватись на оцінці тверджень учасника процесу про обставини, які, на його думку, здатен підтвердити матеріал, що подається до суду або який учасник просить суд витребувати. Одержання цього матеріалу і долучення його до матеріалів справи необхідним не є і навіть шкодить ефективності процесу, збільшуючи обсяг справи та створюючи надалі підстави для помилкового посилання на недослідження доказів, якщо цей або інший учасник, оскаржуючи судове рішення, надалі заявить про цей матеріал як про джерело іншої, можливо важливої для справи доказової інформації, на яку він однак не посилався під час розгляду справи. Добросовісна реалізація учасником справи своїх процесуальних прав з одержання, подання і дослідження доказів вимагає, щоб учасник обґрунтовував не тільки належність будь-якого матеріалу, який він просить суд витребувати, як того вимагає норма частини другої статті 81 ГПК України, а й подання матеріалу до суду супроводжувалось відповідною заявою, у якій обґрунтовується належність. У такому разі суд, розглядаючи цю заяву, може вирішити питання про належність і повернути без розгляду очевидно неналежний матеріал, залишивши у справі заяву як процесуальний доказ обґрунтованості свого висновку.

Належність – релевантність

Приділивши увагу проблемі правової природи належності доказу як його властивості і встановивши процесуальні можливості, які правильне застосування цієї категорії надає суду для ефективного вирішення справ, варто також відзначити як окрему проблему термінологічної точності у використанні поняття «належний» стосовно доказів. Попри те, що проблема ця має у собі стільки ж лінгвістичного, скільки юридичного, її вирішення сприяло б як підвищенню якості судових рішень загалом, так і зменшувало б ризик того, що лінгвістична неточність створить проблеми у вирішенні конкретних справ.

Підґрунтя для термінологічної неточності створює те, що прикметник «належний» використовується у процесуальних кодексах переважно у двох значеннях:

1) той, що відповідає певним вимогам (англ. proper, respective, рос. надлежащий) (належний відповідач, належний стан зали судового засідання, належним чином засвідчена копія, належний виклик або повідомлення, належна підготовка справи для розгляду, належна якість зображення та звуку, належний порядок);

2) той, що стосується справи (англ. relevant, рос. относимый): (належний доказ).

Через це у судових рішеннях досить часто трапляється посилання на належність доказу як на якусь сукупність ознак, притаманних доказу, який задовольняє всі вимоги, які можуть вжуватись до нього. Особливо чітко це видно із конструкцій на кшталт «позивач не надав належних доказів на підтвердження обставини Х». Тут очевидно, що слово «належний» ужито у цьому широкому значенні, а позивач або не надав взагалі доказів на підтвердження обставини Х (адже будь-який доказ був би належним з огляду на те, що суд сам указав на необхідність доведення цієї обставини), або ж не надав достатніх доказів.

Попри те, що процесуальний закон, як з'ясовано вище, доволі чіткий у значеннях, яке він надає терміну «належний», судова практика не схильна до впровадження цієї чіткості. Вона випрацювала альтернативу термінологічній чистоті для поняття «належний» – у судових рішеннях набуло поширення використання терміна «релевантний». В ухвалах і постановах Верховного Суду з перших днів його роботи слово «релевантний» застосовується у значенні «той, що стосується справи», тобто у тому значенні, яке первинно було закладено у всі процесуальні кодекси для терміна «належний», якщо йдеться про докази. Не зайвим буде додати, що «релевантний» є іншомовним запозиченням, відповідником якому є «належний» (англ. relevant). У лексиконі Верховного Суду України термін «релевантний» відсутній, принаймні в Єдиному державному реєстрі судових рішень не знаходимо судових рішень цього органу із використанням поняття «релевантний». Натомість у слововжиток Верховного Суду термін «релевантний» потрапив поки що переважно у словосполученнях «релевантні джерела права» та «релевантна практика», якими суд касаційної інстанції позначає ті джерела права і судову практику, які стосуються певної справи. Напевне, через уже згадану двозначність терміна «належність» він не міг бути використаний замість релевантності. У зв'язку з описаними вище тенденціями виходом із

ситуації термінологічної нечіткості у вживанні поняття «належний» стосовно доказів є або повернення йому у практиці того значення, яке воно має у процесуальному законі, або визнання того, що поняття «належний доказ» поступово втрачає значення «доказу, що стосується справи», і набуває значення «доказу, який сукупно задовольняє чітко не окреслені вимоги». В останньому випадку для усунення плутанини на заміну «належному» з судової практику у процесуальний закон і теорію доказування може увійти поняття «релевантний доказ».

Допустимість

Вирішення питання про належність, вагу доказів та їх достатність у теорії доказування підпорядковується законам логіки і не врегульоване формальними правилами, оскільки ці питання стосуються змісту доказів, фактичних даних [1]. Допустимість (англ. *admissibility*), натомість, не пов'язується з фактичними даними, а стосується тільки процесуальної форми доказів, тобто засобів доказування[2].

Допустимість проявляється у двох аспектах: негативний, коли право визнає недопустимими окремі докази, наприклад такі, що одержані з порушенням закону; позитивний, коли певні обставини можуть бути підтверджені тільки певними засобами доказування. Традиційно у позитивному аспекті допустимість тлумачиться як правило, згідно з яким обставини справи, що відповідно до законодавства мають бути підтверджені певними засобами доказування, не можуть підтверджуватись іншими засобами доказування (пункт 46 постанови Верховного Суду від 18.03.2019 зі справи № 905/502/18[3]).

У теорії доказування у господарському процесі Т.В. Степанова визначає зміст допустимості доказів «як вимоги встановлення спеціальними правилами певних засобів доказування, без обов'язкового використання в процесі яких неможливо повною мірою довести обставини справи, на які посилається учасник процесу»[4]. Тобто йдеться про допустимість як позитивне обмеження, коли допустимим є те, що передбачене законом.

Варто визнати існування презумпції допустимості належних доказів. Ця презумпція у цивільному та господарському процесі має процесуальний характер і стосується переважно негативного аспекту

[1] Redfern & Hunter on International Arbitration. Fifth edition. / Edited by Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, and Martin Hunter. Oxford University Press, 2009. 904 p.

[2] Треушников М.К. Судебные доказательства : монография. Москва : Юридическое бюро «ГОРОДЕЦ», 1997. 320 с.

[3] Верховний Суд (колегія Касаційного господарського суду), постанова від 18.03.2019, справа № 905/502/18. URL: http:// reyestr.court.gov.ua/Review/80548878

[4] Степанова Т. Доказування та докази в господарському процесі України : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.04, НАН України. Ін-т екон.- прав. дослідж. Донецьк, 2002. 18 с.

допустимості, про яку було згадано вище, тобто презюмується відсутність обставин, які можуть бути кваліфіковані як порушення закону у разі одержання доказу. Її застосування можна вивести як із загальної презумпції правомірності дій особи, так і з окремих норм процесуального закону. Наприклад, у клопотанні про витребування судом доказів частина друга статті 81 ГПК України зобов'язує «вказати обставини, які може підтвердити доказ, або аргументи, які він може спростувати, однак немає вимоги обґрунтувати допустимість цього доказу. Тобто на заявнику лежить тягар доведення належності доказу, а його допустимість презюмується».

Спеціальні правила щодо допустимості доказів, хоча й мають процесуальну природу, встановлені, як правило, актами матеріального права, а також іншими нормами, які мають найбільш тісний зв'язок з відповідним доказом. Справді, в актах матеріального права досить часто трапляються норми, що забороняють використання певного засобу доказування для встановлення певних обставин. Так, відповідно до частини 1 статті 218 Цивільного кодексу України «у разі недодержання письмової форми правочину, яка встановлена законом, не допускається як доказ свідчення свідка для доведення факту укладення правочину». Відповідно до статті 204 Кодексу торговельного мореплавства України «наявність і зміст договору фрахтування судна на певний час можуть бути доведені тільки письмовими доказами». Висновок про недопустимість доказу з цих підстав не потребує встановлення окремих від доказу обставин (як це має місце стосовно окремих від самого доказу обставин його одержання з порушенням закону), тому суд має дійти такого висновку ex officio, керуючись принципом «*jura novit curia*» («суд знає право»), який втілює неспростовну презумпцію знання національним судом національного права. Тобто в цьому разі презумпція допустимості не діє.

Спірним є питання про те, чи можливе досягнення обов'язкової для суду згоди сторін щодо допустимості доказів, які закон визнає недопустимими, або недопустимості доказів, які за законом такими не є, наприклад шляхом визначення у договорі висновку торгово-промислової палати як єдиного допустимого доказу ціни певного майна, навіть якщо така згода сторін не суперечить публічному порядку або імперативним нормам права, що цілком можливо в арбітражі[1]. Адже, наприклад, установлені у праві України обмеження на використання свідчення свідків для підтвердження укладення правочину за своєю суттю є визнаним на рівні закону ставленням до свідчень як до

[1] Пільков К.М. Теорія і практика доказування у міжнародному комерційному арбітражі : монографія. Київ : Освіта України, 2016. 240 с.

недостовірного джерела інформації про укладення правочину на певних умовах. Аналогічний підхід до встановленого у деяких процесуальних законах правила про безпосередність сприйняття свідком інформації, яка стане предметом свідчення, тобто недопустимість прийняття свідчень з чужих слів – вони розцінюються наперед як недостовірні. Вирішення питання про допустимість доказу справляє, очевидно, найбільш відчутний вплив на законність судового рішення. Якщо безпідставна відмова залучити до справи належний та допустимий доказ створює ризик рішення, то помилкове залучення неналежного матеріалу призведе тільки до процесуальних втрат ефективності. Однак прийняття і врахування під час ухвалення рішення доказу, який не має бути прийнятий як недопустимий, створює підстави для рішення. Ціною помилкового прийняття неналежного матеріалу є зниження ефективності судового розгляду, можливим наслідком прийняття недопустимого доказу є загроза справедливості розгляду. Питання допустимості доказу - питанням права. А встановлення обставин, з якими закон може в окремих випадках пов'язувати як наслідок недопустимість доказу - питання факту. З огляду на це обґрунтованим є існування у суду касаційної інстанції повноваження скасовувати судові рішення, прийняті на підставі недопустимих доказів, якщо такі обставини встановлено, оскільки це є помилкою у питанні права.

III. Критерії оцінки доказів

Якщо властивості доказів більш-менш чіткы, то методи оцінювання ваги доказів та визначення достатнього рівня доведення - суб'єктивны та неконкретны[1]. Деякі науковці все ж виділяють певні критерії, за якими докази можуть бути оцінені. Так, В.В. Бабенко виділяє два критерії: індивідуальний, тобто передбачений для кожного окремого доказу (належність, допустимість, достовірність), і системний, який застосовується для всієї системи доказів у справі – достатність і взаємний зв'язок. Що ж стосується оцінювання доказів з точки зору їх достатності та взаємного зв'язку, то вона, на думку дослідника, складається з установлення протиріччя між доказами, усунення сумнівів в істинності висновку, який випливає зі всієї сукупності доказової інформації, яка надходить[2]. Виділення таких критеріїв спірне. Належність і допустимість, як зазначалося раніше, є властивостями доказів, наявність яких є необхідною умовою для їх

[1] J sang A. Legal reasoning with subjective logic / Audun J sang, Viggo A. Bondi. Artificial Intelligence and Law. 2000. No. 8. Pp. 289–315.

[2] Бабенко В. Доказування в господарському процесі : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.04. Акад. прав. наук України, НДІ приват. права і підприємництва. Київ, 2007. 19 с.

прийняття. Достовірність можна розглядати як критерій оцінювання доказу, однак вона не завжди визначається індивідуально (у значенні без зв'язку з іншими доказами), оскільки висновок про недостовірність доказу може бути зроблений у тому числі через його протиріччя з іншими доказами та відомими обставинами справи. Спірне також виділення взаємного зв'язку як критерію оцінювання.

Зважаючи на те, що докази мають оцінюватися у їх сукупності, можливе виділення саме достовірності та ваги (доказової сили) як критеріїв оцінювання доказу, а також достатності як критерію оцінювання системи доказів, або загалом виконання обов'язку з доказування, або, іншими словами, критерієм досягнення стандарту доказування.

Достовірність

Як зазначає Т.В. Руда, основою оцінювання доказів є встановлення їх достовірності. На її думку, достовірність доказу залежить від вимог, встановлених законом. Аналізуючи процесуальне законодавство, вона виділяє такі критерії достовірності: достовірний доказ має бути одержаний з достовірного джерела інформації; співставлення з іншими доказами у справі[1].

Достовірність можна розглядати в аспектах внутрішньої (відсутність суперечностей в самому доказі, наприклад протиріччя у відповідях свідка) та зовнішньої (суперечності з іншими доказами та встановленими у справі обставинами)[2].

Недостовірний доказ, наприклад документ з ознаками підробки, не має бути вилучений зі складу доказів і не може бути за заявою сторони відкликаний, адже він сам залишається доказом висновку суду про його недостовірність. Відповідно, достовірність не є умовою прийняття доказу за загальним правилом, оскільки достовірність доказу визначається в процесі оцінювання доказів у їх сукупності. Суд не зобов'язаний, а з практичної точки зору і не мусить вирішувати окремо питання про виключення зі складу доказів матеріалу, щодо якого одна зі сторін заявляє про недостовірність.

Достовірність віднесена до критеріїв оцінювання з тих підстав, що висновок про достовірність певного доказу може бути з упевненістю зроблений за результатами оцінювання всіх доказів у сукупності, хоча очевидно недостовірний матеріал може бути не прийнятий як доказ, а

[1] Руда Т.В. Достовірність доказів у цивільному судочинстві США та України: порівняльноправовий аспект. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія: Юридичні науки*. 2011. Вип. 87. С. 73–78.

[2] Пільков К.М. Теорія і практика доказування у міжнародному комерційному арбітражі : монографія. Київ : Освіта України, 2016. 240 с.

тому можна було б віднести характеристику достовірності до переліку властивостей. Однак такий висновок про очевидну недостовірність на стадії прийняття доказу є скоріше винятком, який до того ж супроводжується необхідністю прийняти недостовірний матеріал, який і слугуватиме доказом власної недостовірності. Без прийняття такого доказу суд, як правило, не матиме підтвердження для власного висновку про недостовірність. А для підтвердження висновку про неналежність або недопустимість матеріалу як доказу прийняття його не потрібне і навіть небажане.

Як уже відзначалося, питання достовірності є питанням факту. У тих випадках, коли питання достовірності стає питанням права, зазнає впливу правової норми, воно трансформується у питання допустимості. Наприклад, з норми другого абзацу частини шостої статті 91 ГПК України про те, що «якщо у разі подання учасником справи копії письмового доказу і витребування судом оригіналу цього письмового доказу оригінал не поданий, а учасник справи або суд ставить під сумнів відповідність поданої копії оригіналу, такий доказ не береться судом до уваги, видно, що йдеться про питання достовірності, яке, зазнавши правового регулювання, трансформувалось у питання допустимості». Адже підгрунтям для виключення копії письмового доказу у цьому разі є сумнів у достовірності, який за спеціально встановленим правилом у цьому разі вирішується на користь визнання копії недопустимим доказом.

Вага доказу (доказова сила)

Вага доказу, або ж доказова сила тільки видається такою, що не визначена у процесуальному законі як критерій оцінки. Правило про те, що жоден доказ не має наперед встановленої сили (частина друга статті 86 ГПК України, частина друга статті 89 ЦПК України, частина друга статті 90 КАС України, частина друга статті 94 КПК України) нормативно закріплює доказову силу (вагу) доказу як критерій оцінки.

Термін вага доказів (англ. *weight of evidence*), як його розуміють деякі дослідники, використовується для характеристики оцінювання доказів і означає, що докази, представлені в ході доказування однією стороною у справі, є переконливішими за докази, представлені іншою стороною[1]. А про переконливість доказів варто говорити безвідносно до доказів опонента. Це тим більше правильно з огляду на те, що й впроваджена у практику судочинства категорія стандарту доказування стосується вірогідності існування обставин, про які стверджує сторона,

[1] Руда Т.В. Поняття і зміст інституту доказування в цивільному процесуальному праві США та України: порівняльний аспект. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія: Юридичні науки*. 2008. Вип. 79. С. 47–50.

порівняно з протилежним, а не з версією опонента, якої до того ж може і не бути. Більш конкретним і таким, що може бути застосоване в цивільному та господарському процесах, видається визначення, відповідно до якого вага доказу – це критерій здатності доказу підтримати правильний за законами логіки умовивід щодо існування певної обставини з певною вірогідністю.

Якщо належність доказу як його властивість указує на існування логічного зв'язку з обставинами, які належать до предмета доказування, то вага доказу вказує на значення цього зв'язку.

3. Нові засоби доказування в господарському процесі у світлі судової реформи в Україні

Теорія доказів і доказування досить розвинена у вітчизняній процесуальні науці. Треба, однак, констатувати, що в кримінальному процесуальному та цивільному процесуальному праві питанням доказів і доказування приділялося більше уваги, у зв'язку з чим кількість наукових процесів набагато перевищує відповідні розробки в господарському процесуальному праві. Водночас більшість положень, вироблених у теорії судового доказування, цілком справедливі для всіх процесуальних галузей права.

Загалом, нова редакція ГПК України не відійшла від принципових позицій попередньої редакції і доказами визнаються будь-які дані, які встановлюють наявність або відсутність обставин, які обґрунтовують вимоги і заперечення учасників справи, та інших обставин, які мають значення для вирішення справи.

Якщо розуміння та застосування письмових, речових доказів, висновку експерта не викликає труднощів, то введення електронних доказів, висновку експерта в галузі права та показань свідків як нових засобів доказування потребує уваги. Не секрет, що показання свідків як засіб доказування досить давно визначений як такий, що підлягає застосуванню в господарському процесі. Хоча можна сказати, що введення показань свідків у господарський процес дозволило усунути недосконалість господарської процесуальної процедури в порівнянні із, наприклад, цивільною процесуальною. М. Абрамов, до прийняття нової редакції ГПК України, зазначав, що фактично в ГПК України було закріплення участі посадових осіб та інших працівників підприємств, установ, організацій, державних та інших органів (ст. 30 ГПК) замість свідків як учасників процесу. Значення показань свідків в господарському процесі залишається особливим. Унаслідок традицій, специфіки господарського процесу певні обставини не можуть

підтверджуватися такими показаннями. Частина 3 ст. 87 ГПК України встановлює, що на «підставі показань свідків не можуть встановлюватися обставини (факти), які відповідно до законодавства або звичаїв ділового обороту відображаються (обліковуються) у відповідних документах. Законом можуть бути визначені інші обставини, які не можуть встановлюватися на підставі показань свідків».

Крім того, показання свідка у господарському процесі оформлюються у вигляді письмової заяви, а також є певні особливості у разі надання відповідей на питання, що містяться у першій заяві по суті справи (які оформлюються як показання свідка) та у допиті сторін, третіх осіб, представників як свідків.

У процесуальній літературі висловлювалася думка щодо значення доказів у процесі залежно від їх згадування в тексті норми про докази. Незважаючи на те, що показання свідка розміщені останніми в ст. 73 ГПК України, видається, що «показання свідків є повноцінним доказом із специфікою використання в господарському процесі через завдання господарського судочинства».

Електронні докази стали цікавою та одночасно складною для використання новелою ГПК України. Відповідно до ст. 96 ГПК України «електронними доказами є інформація в електронній (цифровій) формі, яка містить дані про обставини, що мають значення для справи, зокрема, електронні документи (зокрема, текстові документи, графічні зображення, плани, фотографії, відео- та звукозаписи тощо), веб-сайти (сторінки), текстові, мультимедійні та голосові повідомлення, метадані, бази даних й інші дані в електронній формі. Такі дані можуть зберігатися, зокрема на портативних пристроях (картах пам'яті, мобільних телефонах тощо), серверах, системах резервного копіювання, інших місцях збереження даних в електронній формі (зокрема, в мережі Інтернет)».

На думку А. Каламайка, «електронні докази – це носії письмової та аудіовізуальної інформації в електронній формі, які потребують використання технічних і програмних засобів для одержання відомостей. Електронними доказами є також електронні документи, повідомлення, звуко- та відеозаписи, а також будь-яка інша інформація, створена та збережена в електронній формі»[1].

Можна виділити такі ознаки електронних доказів:

– існування в нематеріальному вигляді;

– необхідність використання певних технічних засобів для відтворення;

[1] Каламайко А. Місце електронних засобів доказування та окремі питання їх використання у цивільному процесі. *Право та інновації*. 2015. № 2. С. 115–116.

– можливість перенесення чи копіювання на різні пристрої без втрати характеристик;

– оригінал електронного доказу може існувати в багатьох місцях одночасно[1].

Прогресивність цієї новели ГПК України одночасно висвітлює певні труднощі в її використанні. Однією з таких проблем є невизначеність процедури засвідчення копій електронних доказів, розмежування поняття оригіналу та копії електронного доказу тощо.

Водночас у літературі висловлювалася думка, що, на відміну від звичайного документа, електронний документ може бути «прочитаний», тобто перетворений у форму доступну для сприйняття людиною, лише за допомогою технічних засобів або спеціальних програм[2]. Таку природу електронних доказів потрібно враховувати суду під час їх дослідження й оцінки. Тобто відтворена на папері копія такого доказу не буде визнаватись оригіналом електронного доказу, а лише його паперовою копією[3].

Окремі юристи також висловлювали думку щодо необхідності внесення відповідних змін до Закону України «Про нотаріат» і до Порядку здійснення нотаріальних дій нотаріусами, затвердженого Наказом Міністерства юстиції України від 22 лютого 2012 р. № 296/5, а саме: наділити нотаріусів повноваженнями щодо засвідчення електронних копій і посвідчення паперових копій електронних доказів[4].

На думку А. Лаєвської, у структурі електронного доказу треба розрізняти два складники: технічний носій інформації та закріплений на ньому запис (дані). І, відповідно, електронні докази – це відомості про факти, що мають значення для правильного вирішення справи, що містяться в зафіксованих на технічних носіях інформації записах та перетворюються в доступну для сприйняття людиною форму за допомогою програмних та (або) апаратних засобів[5].

---

[1] Електронні докази: регулювання, яке буде складно застосувати на практиці. Закон і бізнес. URL: https://zib.com.ua/ua/131203-elektronni_dokazi_ regulyuvannya_yake_bude_skladno_zastosuvat.html.

[2] Дрогозюк К. Сучасні джерела доказування в цивільному процесі України та Франції. *Право і суспільство*. 2016. №1. С. 52–63.

[3] Чорний С., Антонюк О. Електронні докази в цивільному процесі: проблеми застосування на практиці. URL: https://jvestnik-sss.donnu.edu.ua/article/ download/5468/5495.

[4] Брежнєва Ю. Електронні докази у господарському процесі: що на практиці? URL: http://yur-gazeta.com/
publications/practice/gospodarske-pravo/elektronni-dokaziu-gospodarskomu-procesi-shcho-na-praktici.html.

[5] Лаевская А. Электронные доказательства в гражданском и хозяйственном процессе республики Беларусь: автореф. дисс. … канд. юрид. наук: спец. 12.00.15. Минск, 2017. 28 с.

Іншою проблемою є високий ризик підробки електронних доказів, що ставить під сумнів їх достовірність. О.Боннер уважає, що «суттєвим недоліком електронного документообігу, як і інформації в електронній формі в цілому, є легкість внесення до нього змін і, як наслідок, відсутність упевненості у достовірності отриманого електронного документа»[1]. А.Каламайко зауважує, що «неможливо не врахувати наведені недоліки електронної форми при оцінці достовірності інформації». Однак недоречно розглядати інформацію в електронній формі як недопустиму з мотивів її можливої фальсифікації. Підпис і печатка, якими посвідчуються традиційні документи, у сучасних реаліях також не можуть бути гарантією незмінності документів[2]. Як вихід із ситуації автори статті пропонують доповнити процесуальний закон такою підставою для перегляду справи за нововиявленими обставинами, як фальшивість електронних доказів, та особливим порядком забезпечення доказів[3].

Висновок експерта з питань права також є новелою ГПК України. Відповідно до ст. 108 ГПК України «учасники справи мають право подати до суду висновок експерта у галузі права щодо: 1) застосування аналогії закону, аналогії права; 2) змісту норм іноземного права згідно з їх офіційним або загальноприйнятим тлумаченням, практикою застосування, доктриною у відповідній іноземній державі. Висновок експерта у галузі права не може містити оцінки доказів, вказівок про достовірність чи недостовірність того чи іншого доказу, про переваги одних доказів над іншими, про те, яке рішення має бути прийнято за результатами розгляду справи».

Відповідно до ст. 109 ГПК України «висновок експерта у галузі права не є доказом, має допоміжний (консультативний) характер і не є обов'язковим для суду. Суд може посилатися в рішенні на висновок експерта у галузі права як на джерело відомостей, які в ньому містяться, та має зробити самостійні висновки щодо відповідних питань».

Як слушно зауважує О. Бортман, на «відміну від висновку експерта, який покликаний встановити та дослідити обставини, які входять до предмета доказування, тобто стосується підтвердження обставин,

[1] БоннерА. Традиционные и нетрадиционные средства доказывания в гражданском и арбитражном процессе: монография. М.: «Проспект», 2013. 616 с.

[2] Каламайко А. Місце електронних засобів доказування та окремі питання їх використання у цивільному процесі. *Право та інновації*. 2015. № 2. С. 115–116.

[3] Чорний С., Антонюк О. Електронні докази в цивільному процесі: проблеми застосування на практиці. URL: https://jvestnik-sss.donnu.edu.ua/article/download/5468/5495.

висновок експерта у галузі права покликаний лише дати відповідь щодо застосування аналогії закону, аналогії права чи змісту норм іноземного права, та не має своїм призначенням встановлення чи дослідження обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення сторін». Висновок експерта у галузі права не підтверджує та не спростовує обставин, а стосується лише питань права (застосування аналогії закону, аналогії права або норм іноземного права). З огляду на це висновок експерта в галузі права не є доказом у справі та має допоміжний, консультативний характер (ч. 1 ст. 109 нового ГПК). Отже, попри те, що норми стосовно висновку експерта в галузі права закріплено в главі, яка має назву «Докази та доказування», висновок експерта у галузі права є відмітним від висновку експерта поняттям, не є його різновидом і не є доказом у справі[1].

Із викладеного випливає, що новий Господарський процесуальний кодекс України містить цілу низку новел, частиною яких є правила доказування та використання доказів у господарському процесі. Серед таких новел - показання свідків та електронні докази, яких господарське процесуальне законодавство раніше не знало. Показання свідків – це засіб доказування, застосування якого на практиці не може слугувати заміною передбачених законом або звичаєм ділового обороту засобів доказування. І хоча, крім такого обмеження, процесуальний закон встановлює вимоги щодо форми показань свідків та інші правила, такі показання треба визнати повноцінним засобом доказування. Електронні докази є іншим засобом доказування, застосування якого на практиці виявляє низку проблем. Тож виникає необхідність внесення змін до господарського процесуального законодавства в частині розмежування понять «оригінал» і «копія електронного доказу», а також у частині посвідчення копій електронних доказів. Висновок експерта в галузі права за своєю правовою природою не є засобом доказування, його використання має обмеження в частині питань, що можуть бути ним вирішені. Такий висновок не доводить певні обставини справи, а спрямований на визначення питань застосування норм права, не маючи при цьому ознак обов'язковості для суду. У зв'язку з цим постає питання про доцільність розміщення відповідних норм у главі про докази і доказування в господарському процесі.

[1] Бортман О. Експерт у галузі права: суддя на фрілансі? Юрист і Закон. № 47 від 14 грудня 2017 р. URL: http://vkp.ua/content/news/files/yz_bortman_judge_ukr_1513869233_ua.pdf.

4. Окремі питання практичного застосування електронних доказів за чинним господарським процесуальним законодавством України

У господарському процесуальному законодавстві немає легального визначення поняття електронного доказу. Ст. 32 ГПК містить такі засоби доказування: письмові докази; речові доказами; висновки судових експертів; поясненнями представників сторін та інших осіб, які беруть участь у судовому процесі.

Отже, ГПК України не закріплює електронний доказ поміж іншими засобами доказування. А тому нібито у господарських судів є підстави не визнавати електронні докази належними і допустимими за відсутності на них електронного цифрового підпису. Це підтверджує Постанова Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої інстанції» № v0018600-11 від 26.12.2011 року[1].

Адже, справді, якщо електроні докази не передбачені в чинному ГПК України як допустимі засоби доказування, то, в принципі, ніякі фактичні дані бути такими не можуть. Водночас Закон України «Про електронний цифровий підпис» залишає невизначеним юридичний статус електронного підпису, існують проблеми з механізмом його ідентифікації в господарських судах, а також відкритим залишається питання, у яких випадках його наявність достатня для прийняття листування як доказу.

Проте на разі в Україні є декілька діючих нормативно-правових актів, положення яких слугують передумовами до впровадження електронних доказів як засобів доказування, незважаючи на те, що вони не повністю узгоджені з вимогами господарського судочинства, зокрема це Закон України «Про електронний цифровий підпис».

Ще одним таким актом є Закон України «Про електронні документи та електронний документообіг», в ч. 2 ст. 8 якого зазначено, що допустимість електронного документа як доказу не підлягає спростуванню тільки на підставі того, що він має електронну форму, що не відповідає практиці господарського судочинства[2].

У Постанові Вищого господарського суду України «Про судову

[1] Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої інстанції: Постанова Вищого господарського суду України від 26.12.2011 № v0018600-11. Вісник господарського судочинства. 2012. № 1, ст. 27.

[2] Про електронні документи та електронний документообіг: Закон України від 22.05.2003 № 851-IV. Відомості Верховної Ради України, офіційне видання від 05.09.2003р., № 36, ст. 275. (Закони України).

практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи суду № 1 від 27.02.2009 року передбачена можливість захисту прав особи, інформація щодо якої була розміщена в мережі Інтернет[1]. І хоча невирішеним залишається питання щодо механізму дослідження судами доказів в такому провадженні, все ж дана Постанова є важливим кроком до вирішення проблеми правового статусу електронних доказів.

Крім того, невизнання електронних доказів належними та допустимими ґрунтується не лише на відсутності їх законодавчого закріплення, а і через те, що підтвердити достовірність інформації, викладеної у мережі Інтернет, довести досить проблематично[2].

Отже, однією з проблем у контексті застосування електронних доказів є узаконення електронного листування. Ідеться, зокрема, чи можуть розглядатися електронні документи як належні та допустимі докази.

З цього приводу, судова практика склалася неоднозначно.

Наприклад, у Постанові ВГСУ від 15.01.2013 р. у справі № 5008/419/2012 суд погодився з тим, що документи, які відправлені факсом чи електронною поштою, мають повну юридичну силу до моменту обміну оригіналами, породжують права й обов'язки для сторін, можуть бути подані в судові інстанції як належні докази і не можуть заперечуватися стороною, від імені якої вони були відправлені[3].

У Постанові ВГСУ від 31.03.2016 р. у справі № 922/5636/15 встановлено, що в електронному листуванні сторони дійшли згоди щодо складу, вартості, обсягу робіт/ послуг/ товару, строків виконання тощо і між ними відсутні неузгодженості та невизначеності щодо цих умов, а значить, договір укладено з дотриманням вимог діючого законодавства, у спрощений спосіб, шляхом обміну електронними листами, сторонами при цьому досягнуто згоди по всіх його істотних умовах[4]. Тому суд прийняв таке листування як належний та допустимий доказ.

---

[1] Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи суду: Постанова Вищого Господарського суду України від 27.02.2009 № 1 від 27.02.2009. Вісник Верховного суду України. 2009р. № 3, ст. 7.

[2] Лежух Т. Застосування електронних доказів у справах про захист честі, гідності та ділової репутації. *Віче*. 2013. № 16. С.13-15.

[3] Постанова ВГСУ від 15.01.2013р. у справі № 5008/419/2012 URL: http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/ 28_3956279.html.

[4] Постанова ВГСУ від 31.03.2016 р. у справі № 922/5636/15 URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/ Review/56969968.

На користь електронного листування, що розглядається, допустимий засіб доказування, свідчать і інші судові рішення у господарських справах (Постанова ВГСУ від 27.06.2012 у справі № 2/5005/10055/2011[1]; Постанова ВГСУ від 19.10.2016 р. у справі № 914/1233/15[2] тощо).

На жаль, деякі судді господарських судів займають протилежної позиції з окресленої проблематики.

Наприклад, у Постанові ВГСУ від 28.04.2015 № 912/3329/14 суд з приводу електронного листування висловився, що позивачем не доведено, у яких саме зобов'язальних правовідносинах перебувають сторони у справі, яке саме зобов'язання мав виконати відповідач і у який саме строк це зобов'язання має бути виконане[3].

Також господарські суди у своїх рішеннях указують, що за вкладенням в електронний лист не можна однозначно встановити, чи приєднаний файл містить узгоджений текст договору, а значить, ускладнюється доведення факту отримання іншою стороною тексту договору (Постанова ВГСУ від 05.12.2016 р. у справі № 904/118/16[4], Постанова ВГСУ від 17.01.2017 р. у справі № 924/473/16[5]).

Іншим прикладом негативного ставлення до електронного листування є справа № 914/3549/15, за результати перегляду якої ВГСУ зазначив, що необхідне досягнення домовленості між учасниками електронної взаємодії про можливість укладення договорів в електронній формі чи шляхом обміну електронними листами, електронні поштові адреси мають справді належати сторонам[6].

З метою застосування електронних доказів у сучасному господарському процесі пропонується кілька можливих варіантів щодо використання електронних документів, яке справді має популярність і відповідає сучасним реаліям господарського обороту.

---

[1] Постанова ВГСУ від 27.07.2016 у справі № 914/3549/15 URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/ 59378577.

[2] Постанова ВГСУ від 19.10.2016 р. № у справі № 914/1233/15 URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/ Review/62160914.

[3] Постанова ВГСУ від 28.04.2015 № 912/3329/14 URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43840194.

[4] Постанова ВГСУ від 05.12.2016 р. у справі № 904/118/16 URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/ Review/63318426.

[5] Постанова ВГСУ від 17.01.2017 р. у справі № 924/473/16 URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/ Review/64199703.

[6] Постанова ВГСУ від 27.07.2016 у справі № 914/3549/15 URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/ 59378577.

По-перше, найбільш прийнятним на сьогодні є використання сторонами електронного підпису при укладанні угод. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про електронний цифровий підпис», під таким «підписом розуміють дані в електронній формі, які додаються до інших електронних даних або логічно з ними пов'язані та призначені для ідентифікації підписувача цих даних»[1]. Тим паче, що на сьогодні використання печаток в Україні не є обов'язковим (Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо використання печаток юридичними особами та фізичними особами-підприємцями» від 23.03.17р. № № 1982-VIII[2]), а електронний підпис прирівняли до власноручного підпису (печатки).

По-друге, деякі юристи з метою уникнення неможливості посилання на електронне листування як належний доказ указують на можливість його використання в самому тексті угод. Наприклад, може мати місце таке формулювання: «за відсутності доказів його фальсифікації електронне листування визнається сторонами нарівні з іншими документами на паперових носіях».

По-третє, існує думка, що електронні документи треба посвідчувати нотаріально. Відповідно до ч. 4 ст. 8 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг», нотаріальне посвідчення цивільноправової угоди, укладеної шляхом створення електронного документа, здійснюється в порядку, передбаченому законом[3]. Проте такий підхід не є правильним з огляду на відсутність прямої вказівки в Законі України «Про нотаріат», а також більш раціонального на сьогодні електронного підпису.

Отже, судова практика не є однозначною щодо можливості та порядку використання електронних доказів, зокрема електронног листування в господарському суді. Також немає узгодженості між нормативно-правовими актами, що стосуються даного питання. Саме тому необхідне створення єдиного підходу до порядку використання електронних доказів у господарському судочинстві.

---

[1] Про електронний цифровий підпис: Закон України від 22.05.2003 № 852-IV. Відомості Верховної Ради України, офіційне видання від 05.09.2003р., № 36, ст. 276.

[2] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо використання печаток юридичними особами та фізичними особамипідприємцями: Закон України від 23.03.17 № 1982-VIII. Відомості Верховної Ради України, офіційне видання від 05.05.2017. 2017 р., № 18, ст. 222.

[3] Про електронні документи та електронний документообіг: Закон України від 22.05.2003 № 851-IV. Відомості Верховної Ради України, офіційне видання від 05.09.2003р., № 36, ст. 275. (Закони України).

5. Преюдиційність вироку як доказ «нереальності господарських операцій»

Спори щодо реальності господарських операцій, напевно, можна назвати одними з найчисленніших серед усіх судових справ між контролюючими органами та платниками податків. Розуміння «нереальності» операції є еволюційним. За час свого існування змінювалися як правові підходи до її вирішення, так і терміни, якими вони пояснюються. Зокрема, «нікчемні правочини», «безтоварні господарські операції», «фіктивність контрагента», а останній хвилі спорів властива фраза «нереальні господарські операції».

Проведення судової реформи у 2017 р. зумовило великі сподівання платників податків і фіскальних органів на зміну усталеної судової практики відповідно до сучасного осмислення (економічного та правового) нереальності господарських операцій. Та новостворений Верховний Суд у межах строку свого функціонування здебільшого продовжив практику Верховного Суду України з невеликими зауваженнями та доповненнями.

Особливе переконливе значення для позиції фіскальної служби має наявність вироку суду в кримінальних справах, за якими засновник/директор юридичної особи-контрагента визнаний винним у вчиненні злочину, передбаченого ст. 205 Кримінального кодексу України (фіктивне підприємництво). Часто вирок є наріжним каменем позиції фіскалів, що беззаперечно підтверджує необґрунтованість формування податкового обліку його контрагентами.

Відповідно до ч. 6 ст. 78 Кодексу адміністративного судочинства України, «вирок суду в кримінальному провадженні, який набрав чинності, є обов'язковим для адміністративного суду, що розглядає справу про правові наслідки дій чи бездіяльності особи, стосовно якої ухвалений вирок, лише у питанні про те, чи були здійснені дії (бездіяльність) та чи вчинені вони цією особою».

З огляду на преюдиціальність як властивість судового рішення вирок суду має обов'язкове значення для адміністративного суду лише в частині встановлених фактичних обставин, а не правової оцінки чи судових висновків. Однак судді нерідко ігнорують об'єктивно зумовлену вимогу законодавства щодо аналізу вироку на наявність підстав для звільнення від доказування окремих обставин, натомість його наявність слугує спонуканням до негайної дії: визнати неправомірним формування витрат та податкового кредиту в усіх його контрагентів.

Підтвердження цього - існування панівної позиції ВСУ, яка була підтверджена ВС (наприклад, у постанові від 16.01.2018 р. у справі № 2а-7075/12/2670), що статус фіктивного, нелегального підприємництва несумісний з легальною підприємницькою діяльністю. Господарські операції таких підприємств не можуть бути легалізовані навіть у разі формального підтвердження документами бухгалтерського обліку.

Однак навіть протягом нетривалого періоду функціонування ВС поступово було видозмінено статус вироку в кримінальному провадженні для цілей доказування у податкових спорах. Зокрема, у постанові від 29.03.2018 р. у справі №826/3498/15 ВС дійшов висновку, що факт наявності вироків, ухвалених на підставі угод у кримінальному провадженні, не дає підстав для автоматичного висновку про нереальність господарських операцій, внаслідок чого існує нагальна потреба перевіряти доведеність кожного податкового правопорушення та здійснювати комплексне дослідження всіх складових господарських операцій, враховуючи обставини, встановлені у вироках, які набрали чинності.

Зрозуміло, що враховуючи диференціацію кримінально-процесуальної форми на підставі угод, кримінальне провадження має значні відхилення від загального порядку судочинства, що виражається у виникненні нових і скороченні обсягу загальних процесуальних дій, оптимізації окремих стадій та етапів. Тому вирок, ухвалений на підставі угод у кримінальному провадженні, має іншу «доказову силу» та не може бути автоматично перенесений на вирішення податкового спору.

Ідея дослідження всіх обставин справи та відходу від значення вироку, в якому засновник/директор визнаний винним у скоєнні злочину, передбаченого ст. 205 КК України (фіктивне підприємництво), була продовжена в інших рішеннях суду.

Наступним кроком стала правова позиція ВС, висловлена у постанові від 05.03.2019 р. у справі №814/569/16, про те, що факт наявності вироку, ухваленого у кримінальному провадженні, не дає підстав для автоматичного висновку про нереальність господарських операцій, внаслідок чого існує нагальна потреба перевіряти доведеність кожного податкового правопорушення та здійснювати комплексне дослідження всіх складових господарських операцій, враховуючи обставини, встановлені вироком, який набрав чинності, період часу, за який такі обставини встановлені, а також конкретну особу та наслідки її дій для реалізації конкретних господарських операцій.

Отже, поступово ВС напрацьовує свою та сучасну практику розуміння фіктивності операцій, яка базується на повному дослідженні всіх обставин справи, відсутності наперед обумовленої сили одних доказів перед іншими (так само, як набагато раніше відбувся відхід від значення факту наявності належно оформлених первинних документів).

6. Вірогідність доказів як новела у стандарті доказування господарського процесу

Судове доказування є діяльністю як суду так і інших учасників процесу з розподіленими відповідно до їх ролі правами та обов'язками щодо здійснення такого. Головним обов'язком суду та взагалі суттю судового провадження є встановлення істинних фактичних обставин у справі. А учасники по справі здійснюють відповідні процесуальні дії щодо доведення тих чи інших обставин (фактів) шляхом надання доказів, а вже суд їх повинен об'єктивно оцінити.

Останнім часом Верховна Рада IX скликання приймає дуже велику кількість законів, за якими складно встежити, тож не оминула активність законодавців і процесуальні кодекси.

Пунктом 3 розділу І Закону України № 132-IX «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо стимулювання інвестиційної діяльності в Україні» (далі – «Закон № 132-IX») було, зокрема, внесено зміни до Господарського процесуального кодексу України (далі – «ГПК України») змінено назву статті 79 ГПК з «Достатність доказів» на нову - «Вірогідність доказів» та викладено її у новій редакції: «1. Наявність обставини, на яку сторона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень, вважається доведеною, якщо докази, надані на підтвердження такої обставини, є більш вірогідними, ніж докази, надані на її спростування.

2. Питання про вірогідність доказів для встановлення обставин, що мають значення для справи, суд вирішує відповідно до свого внутрішнього переконання».

Відповідно до перехідних положень Закону № 132-IX, пункт 3 розділу І набирає чинності через один місяць з дня опублікування цього Закону, тобто з 16.11.2019 р. Тож, з понеділка (18.11.2019 р.) у господарському процесі замість «достатності доказів» діє новий стандарт доказування – «вірогідність доказів».

Відповідно до Академічного тлумачного словника української мови, слово «вірогідний» означає «який не викликає сумніву; достовірний».

Загалом, Закон № 132-IX був прийнятий задля вдосконалення бізнес-клімату в Україні, стимулювання іноземних інвестицій та як результат задля демонстрування поступового зростання України в міжнародному рейтингу *Doing Business*. Правосуддя справді є одним з багатьох важливих чинників «здорового» бізнес-клімату, адже кожен підприємець повинен, щонайменше, бути впевненим, що його права не тільки охороняються державою, а й у випадку їх порушення можуть бути належно захищені.

Раніше ГПК України вимагав «достатності доказів» – тобто необхідно було зібрати певну «критичну масу» доказів, які у своїй сукупності давали б змогу суду дійти висновку про наявність або відсутність обставин справи, які входять до предмета доказування. Тобто, якщо в сукупності зібрані докази свідчили про певну обставину, – суд вважав її встановленою, а якщо таких доказів було недостатньо – суд міг встановити відсутність цієї обставини. Внаслідок застосування нового стандарту вірогідності доказів ситуація повинна дещо змінитися. Так, обидві сторони по справі можуть надати певний обсяг доказів, які у кожної зі сторін будуть не достатніми для того, щоб суд міг однозначно дійти висновку про наявність або відсутність спірної обставини.

Виходячи з попередньої редакції ст. 79 ГПК України, це давало суду можливість послатися на недоведеність певної обставини. Однак при застосуванні принципу вірогідності доказів суд в будь-якому випадку має обрати з двох версій подій, підкріплених певними «недостатніми» (не 100% доказами) доказами, що будуть надані сторонами по справі на підтвердження своїх правових позицій, – яка з них більш достовірна та більш вірогідна з точки зору принципів справедливості, розумності, добросовісності, усталеної комерційної практики тощо.

Уведення нової процесуальної норми щодо вірогідності доказів є в певній мірі логічним доповненням до принципів змагальності та диспозитивності судового процесу, закріплених у ст. ст. 13, 14, 74 ГПК України.

У цьому контексті доцільно звернути увагу на правовий висновок, зроблений Верховним Судом у складі Касаційного господарського суду у п. 27 постанови від 29.08.2018 р. у справі № 910/23428/17, відповідно до якого «при оцінці достатності доказів діють спеціальні правила – стандарти доказування, якими має керуватися суд при вирішенні справи. Стандарти доказування є важливим елементом змагальності процесу. Якщо сторона не подала достатньо доказів для підтвердження певної обставини, то суд робить висновок про її недоведеність».

Система доказування у господарському, як і в інших судових процесах, засновується на розподілі тягаря доказування між сторонами по справі. Посилаючись на ту чи іншу обставину або спростовуючи їх у суді, сторона повинна доводити такі обставини відповідними належними та допустимими доказами. Причому, ключовим фактором у тому, як сторона користується стандартами доказування, виступає її зацікавленість у вирішенні господарського спору на свою користь.

Якщо існує певний юридичний факт, який входить до предмета доказування по справі, то мають бути наявні відповідні докази на підтвердження цього факту або об'єктивні причини та розумне пояснення їх відсутності. Та якщо сторона з тих чи інших причин не доводить певну важливу для розгляду справи обставину, то суд, оцінюючи докази «за внутрішнім переконанням», вирішує, чи мав місце певний факт, який підлягає доказуванню, чи він просто надуманим.

Так, у практиці часто трапляються випадки, коли учасники справи, посилаючись на певні обставини, не доводять їх достатньою кількістю доказів, користуючись недосконалістю процесуального законодавства та лояльністю суду, чим явно зловживають. А тому, суд зобов'язаний при розгляді справи виходити лише з тих фактичних обставин, які доведені належними та допустимими доказами. Новий же стандарт доказування «вірогідність доказів» повинен виправити таку ситуацію та сприяти у тому, щоб сторони надавали більше доказів, які сприятимуть установленню судом справжніх обставин справи.

Термін «стандарт доказування» більш застосовуваний у правових системах країн загального (прецедентного) права, який допускає існування певної невизначеності при встановленні фактів.

Наприклад, Б.П. Ратушна визначає стандарт доказування як критерій достовірності результату судового пізнання[1].

Суди Великої Британії у цивільних провадженнях використовують стандарт «баланс вірогідностей» (*a balance of probabilities*). Як зазначає у своїх працях професор Філіп Озборн, поняття «баланс вірогідностей» - це стандарт доказування, який задовольняє суддю або присяжних, що факти, які розглядаються, ймовірно мали місце, як про це стверджується стороною по справі. Іноді їх називають ще перевагою доказів, або ймовірністю існування 51%.

Окрім цього, в практиці Європейського суду з прав людини також трапляються рішення, в яких суд посилається на баланс вірогідностей задля оцінки обставин у справі. Так, зокрема, у рішенні від 23.08.2016 р.

[1] Б. Ратушна. Стандарт доказування як критерій достовірності результату судового пізнання. *Право України*. – 2012. – № 6. – С. 282

(заява № 59166/12) Дж. К. та Інші проти Швеції (J.K. AND OTHERS v. SWEDEN) Європейський суд з прав людини наголошує, що «У країнах загального права у кримінальних справах діє стандарт доказування «поза розумним сумнівом («beyond reasonable doubt»). Натомість у цивільних справах закон не вимагає такого високого стандарту; скоріше цивільна справа повинна бути вирішена з урахуванням «балансу вірогідностей». … Суд повинен вирішити, чи є вірогідність того, що на підставі наданих доказів, а також правдивості тверджень заявника, вимога цього заявника заслуговує довіри».

У рішенні Європейського суду з прав людини від 15.11.2007 р. (заява № 22750/02) у справі «Бендерський проти України» (Benderskiy v. Ukraine) суд, оцінюючи фактичні обставини справи звертаючись до балансу вірогідностей, вирішуючи спір, виходив з того, що факти, встановлені у медичному експертному висновку, є більш вірогідним за інші докази.

З Єдиного державного реєстру судових рішень на дату до набрання чинності новою редакцією ст. 79 ХПК України, вбачається, що такий стандарт доказування як вірогідність доказів, незважаючи на його відсутність у положеннях ГПК України, вже використовувався суддями Верховного Суду під час розгляду господарських справ. Наприклад, у постанові Верховний Суд у складі Касаційного господарського суду (головуючий Пєсков В.Г.) від 10.05.2018 р. у справі № 908/1581/17 звертається до так званого принципу більшої вірогідності, який ним застосовується у поєднанні із принципом розумності під час розгляду касаційної скарги на основі фактів, установлених судами нижчих інстанцій.

Отже, внесені зміни до статті 79 ГПК України є кроком до приведення змагальності господарського процесу до нових стандартів доказування, які імплементуються в нашу правову систему з системи загального права. Те, як саме суди будуть застосовувати нову норму щодо вірогідності доказів, покаже практика та правові висновки Верховного Суду щодо її застосування, які будуть не позбавені розумності та справедливості.

ТЕМА 11. ПРАВОВА АРГУМЕНТАЦІЯ У ПРАВІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

План лекційного заняття:

1. Докази і доказування у спорах щодо захисту авторських прав. Правові презумпції у справах про захист авторських прав.

2. Проблеми захисту авторських прав у Інтернеті: особливості доказування.

3. Висновок експерта з питань права.

4. Експертиза у справах за спорів, пов'язаних із захистом авторського права та суміжних прав.

5. Експертиза комп'ютерних програм.

6. Експертиза у справах і спорів, пов'язаних із захистом права інтелектуальної власності на торговельні марки, промисловий зразок, винахід чи корисну модель.

1. Докази і доказування у спорах щодо захисту авторських прав. Правові презумпції у справах про захист авторських прав

Кожна категорія судових справ має свої особливості розгляду, і справи щодо захисту авторських прав не є винятком. Процесуальне законодавство (зокрема Цивільний процесуальний кодекс України, Господарський процесуальний кодекс України) містить норми, які є однаковими для всіх категорій судових справ у межах відповідного виду судочинства та/або виду провадження, водночас справи щодо захисту авторських прав також мають певну специфіку їх розгляду (в тому числі і щодо доказів і процесу доказування). Проте в чинному законодавстві України небагато правових норм безпосередньо присвячені визначенню особливостей судового розгляду справ указаної категорії, і навіть ці норми не позбавлені недоліків.

Процесуальне законодавство (ЦПК України і ГПК України) містить вимоги до того, що кожна сторона зобов'язана довести підставність своїх вимог і заперечень, тобто йдеться про обов'язок доказування.

Доказами є будь-які фактичні дані, на підставі яких суд установлює наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення сторін, та інших обставин, які мають значення для вирішення справи. Такий підхід законодавця до визначення поняття доказу правильний. Докази – це насамперед фактичні дані, на підставі яких суд у визначеному законом порядку встановлює наявність чи відсутність обставин, на яких ґрунтуються вимоги і заперечення сторін,

а також інші обставини, які мають значення для правильного вирішення господарського спору (ст.57 ЦПК України, ст. 32 ГПК України).

В цивільних справах за загальним правилом ці дані встановлюються на підставі пояснень сторін, третіх осіб, їхніх представників, допитаних як свідків, показань свідків, письмових доказів, речових доказів, зокрема звуко- і відеозаписів, висновків експертів. Про це зазначено у ст.57 ЦПК України. У господарському процесі показання свідків як доказ не застосовуються.

У науковій літературі виділяють такі ознаки доказів (засобів доказування): перелік засобів доказування є вичерпним; засоби доказування необхідно одночасно розглядати в двох аспектах: наскільки точно визначений у законодавстві їх перелік та їх допустимість для доказування в конкретній справі; докази є елементами засобів доказування, які можуть мати інформаційний, речовий або змішаний характер і мають відповідати вимогам допустимості, що висуваються до засобів доказування в конкретній справі, та належності до цієї справи, а також отримуватись у відповідності до вимог процесуальних нормативних актів[1]. Варто погодитися з такими ознаками доказів, оскільки вони відображають їх основні характеристики. Більше того, на ці ознаки доказів треба зважати і при розгляді справ щодо захисту авторських прав.

Зазначимо, що суд приймає тільки ті докази, які мають значення для справи. Обставини справи, які, відповідно до законодавства повинні бути підтверджені певними засобами доказування, не можуть підтверджуватись іншими засобами доказування. Тобто в кожній справі щодо захисту авторських прав треба зважати на належність і допустимість доказів.

На важливість належного застосування цих правил щодо належності та допустимості доказів указує і Пленум Вищого господарського суду України у Постанові від 26.12.2011 N 18 «Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої інстанції». Зокрема, відповідно до п. 2.5 цієї Постанови, будь-які подані учасниками процесу докази (в тому числі, зокрема, й стосовно інформації у мережі Інтернет) підлягають оцінці судом на предмет належності і допустимості. Вирішуючи питання щодо доказів, суди повинні враховувати інститут допустимості засобів доказування, згідно з яким обставини справи, які,

[1] Суб'єкти доказування та оцінки доказів у цивільному процесі: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Т.В. Цюра; НАН України. Ін-т держави і права ім. В.М.Корецького. — К., 2005. — 20с.

відповідно до законодавства, повинні бути підтверджені певними засобами доказування, не можуть підтверджуватись іншими засобами доказування. Наприклад, у справах щодо захисту авторських прав досить розповсюджене таке порушення як неправомірне зберігання комп'ютерних програм у пам'яті комп'ютера чи іншого електронного пристрою, що саме по собі є порушенням майнового авторського права. Так указаний факт можна довести лише завдяки речовим доказам (комп'ютер, його хард диск тощо).

Належність доказів відображає спроможність відповідних фактичних даних містити інформацію стосовно обставин, які входять до предмета доказування з даної справи. Суд обґрунтовує своє рішення лише тими доказами, які були досліджені в судовому засіданні. Важливо, що подані докази не можуть бути відхилені судом з тих мотивів, що вони не передбачені процесуальним законом. На цьому також наголошує Пленум Вищого господарського суду України у вказаній вище постанові.

Отже, у ч. 1 ст. 34 ГПК України викладено «принцип належності доказів, який є традиційним для процесуального права загалом та господарського процесуального права», зокрема. Він полягає в тому, що господарський суд приймає до розгляду лише ті докази, які мають значення для справи. Це правило належності доказів обов'язкове не лише для суду, а й для осіб, які є суб'єктами доказування (сторони, треті особи) і подають докази суду. Питання про належність доказів вирішується судом. Це суд може зробити як на стадії прийняття доказів, так і на наступних стадіях. Зокрема, суд може не прийняти докази одразу під час їх подання до суду, обґрунтувавши своє рішення тим, що вони не мають відношення до розгляду справи, тобто не підтверджують вимоги або заперечення сторін. Це означає фактичне визначення неналежності доказів уже на стадії прийняття доказів, що призводить до відмови суду у долученні їх до матеріалів справи. Проте суд може з'ясуватися неналежність доказу і на подальших стадіях, зокрема, під час їх оцінки в нарадчій кімнаті в процесі прийняття рішення. На це наголошують і в науковій літературі. Зокрема, такої думки притримується В.Е. Беляневич[1].

З огляду на вищенаведене щодо обов'язку доказування і подання доказів у вирішенні питання про те, якій стороні належить доводити обставини, що мають значення для справи про захист авторського права, треба враховувати те, що позивач повинен довести належність

[1] Беляневич В. Е. Господарський процесуальний кодекс України: (із змінами допов. станом на 1 серпня 2007 р.): Наук.-практ. Комент. Видання третє. К.: Видавництво "Юстініан", 2008.

йому авторського права та права на його захист, а також факт використання об'єктів даних прав відповідачем. Тобто позивач перш за все повинен довести наявність в нього права на позов, довести наявність спірних матеріальних правовідносин, які виникли з авторських прав (майнових чи особистих немайнових прав).

Проте, як слушно наголошує Вищий господарський суд України, який у п. 29 Постанови Пленуму Вищого господарського суду від 17.10.2012 р. № 12 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності», у випадках, коли права автора засвідчено свідоцтвом, виданим в установленому порядку уповноваженим органом, власник майнових прав інтелектуальної власності на твір, які було передано на зазначений у свідоцтві твір, звільняється від доведення належності йому відповідних прав, і у таких випадках обов'язок доведення належності цих прав іншій особі, ніж та, що зазначена у свідоцтві, покладається на відповідача. Але в даному випадку позивач все ж виконує свій обов'язок по доказуванню факту наявності в нього авторського права, представляючи суду відповідне свідоцтво, яке і засвідчує наявність у позивача авторських прав, однак наявність свідоцтва вже, своєю чергою, звільняє позивача від необхідності подання інших доказів для підтвердження вказаного факту.

Також позивачеві досить часто слід довести, що спір стосується саме об'єкту, який є об'єктом авторського права. У вирішенні питань про те, чи є конкретний результат об'єктом авторського права, слід враховувати, що за змістом статей 421, 433, 435 ЦК України, статей 7 і 8 Закону України «Про авторське право і суміжні права» в їх взаємозв'язку таким є лише той результат, який створено творчою працею і доки не доведено інше, результат інтелектуальної діяльності вважається створеним творчою працею, відтак відповідач повинен доводити відсутність творчого характеру у відповідного результату діяльності.

Відповідач теж зобов'язаний доводити свої заперечення під час судового розгляду, зокрема він повинен довести додержання ним вимог ЦК України і Закону України «Про авторське право і суміжні права» при використанні ним твору, в іншому разі він визнається порушником авторського права, і для нього настають негативні наслідки, передбачені цими законодавчими актами. Крім того, відповідач повинен спростувати визначену цивільним законодавством презумпцію винного заподіяння шкоди (статті 614, 1166 ЦК України).

Суд під час розгляду справи повинен з'ясовувати конкретну форму і спосіб використання кожного об'єкта авторського права, на який

указує позивач, з обґрунтуванням незаконності дій збоку відповідача. Якщо ж ці факти позивачем не доведені, суд відмовляє у задоволенні позову.

У визначених законом випадках (п. «д» ст. 50 Закону України «Про авторське право і суміжні права») підставою для судового захисту є також учинення дій, що створюють загрозу порушення авторського права, ж відсутність шкоди не звільняє порушника від обов'язку припинити порушення таких прав. Тому в даному випадку наявність шкоди не є предметом доказування, проте треба довести вчинення відповідачем певних дій, які створюють реальну загрозу порушення авторських прав позивача.

Відповідальність за порушення авторського права у вигляді відшкодування шкоди, завданої суб'єктові відповідного права, може наставати лише за одночасної наявності таких умов: 1) факту протиправної поведінки відповідача (зокрема недодержання умов авторського, ліцензійного договорів, використання об'єкта авторського права без дозволу правовласника); 2) шкоди, завданої суб'єктові авторського права; 3) причинно-наслідкового зв'язку між протиправною поведінкою особи та завданою шкодою; 4) вини особи, яка заподіяла шкоду. При цьому, як обґрунтовано наголошує Вищий господарський суд України, який у п.3 Постанови Пленуму Вищого господарського суду від 17.10.2012 р. № 12 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності», доказування наявності перших трьох умов покладається на позивача. При цьому судом застосовується презумпція вини особи, яка завдала шкоду: така особа вважається винною, поки не буде доведено інше.

Цілком слушна позиція, яка повністю відображає обов'язок доказування у вказаній категорії справ, оскільки справді позивач повинен довести протиправну дію відповідача, шкоду, яка цим завдана, та причиновий зв'язок між ними, а відповідач повинен спростувати презумпцію вини, яка визначена чинним законодавством. Однак це не позбавляє відповідача можливості заперечувати з посиланням на докази відсутності інших обставин (відсутність протиправності в його діях, відсутність самих дій, відсутність шкоди тощо).

Як свідчить судова практика, найбільш складно для позивача довести причиновий зв'язок між протиправною поведінкою відповідача і заподіяною йому шкодою[1]. Крім того, досить складно довести і розмір шкоди, заподіяної позивачеві внаслідок порушення його авторських прав. Тому досить часто позивачі спрощують собі

[1] Рішення Кіровського районного суду м. Дніпропетровська від 22.04.2013 року. Справа № 2-86/11// URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/31002564 (дата звернення: 12.02.2021)

перелік обов'язкових для доказування обставин, обираючи такий спосіб захисту як сплата порушником компенсації за порушення авторського права (п. «г» ч. 2 ст. 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права»), для задоволення цієї позовної вимоги позивачеві достатньо довести факт порушення його авторських прав відповідачем, що є підставою для сплати компенсації.

Наявність зазначених вище умов має з'ясовуватися судом і у вирішенні спорів про відшкодування моральної (немайнової) шкоди, заподіяної унаслідок порушення авторського права. Тому суд при розгляді таких справ повинен встановити, чим підтверджується факт заподіяння позивачеві втрат немайнового характеру, за яких обставин чи якими діями вони заподіяні, в якій сумі чи в якій матеріальній формі позивач оцінює заподіяну йому шкоду та з яких підстав він у цьому виходить, а також інші обставини, що мають значення для вирішення спору. У вирішенні питань, пов'язаних з відшкодуваннях немайнової шкоди, судам, залежно від виду судочинства, необхідно враховувати викладене в роз'ясненні президії Вищого арбітражного суду України від 01.04.94 № 02-5/215 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з відшкодуванням шкоди» (у редакції рекомендацій президії Вищого господарського суду України від 29.12.2007 № 04-5/239) або в Постанові Пленуму Верховного Суду України від 27.02.2009 р. № 1 «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи», зокрема щодо розподілу між сторонами обов'язку доказування, тобто визначення, які юридичні факти повинен довести позивач, а які - відповідач.

Досить часто під час розгляду справ може виявитися необхідність у призначенні експертизи, оскільки суд не володіє спеціальними знаннями, які можуть знадобитися для правильного вирішення спору. Зокрема, йдеться про вирішення питання про те, чи відбулося використання спірного твору шляхом його відтворення (повністю або частково) та чи мало місце створення похідного твору як самостійного об'єкта авторського права може потребувати спеціальних знань, щодо можливості самостійного використання частини твору (у тому числі й оригінальної назви твору) тощо.

Призначаючи судову експертизу, господарським судам необхідно враховувати викладене у постановах пленуму Вищого господарського суду України від 23.03.2012 № 4 «Про деякі питання практики призначення судової експертизи» та від 23.03.2012 № 5 «Про деякі питання практики призначення судових експертиз у справах зі спорів, пов'язаних із захистом права інтелектуальної власності».

Питання про призначення судової експертизи повинно вирішуватися лише після ґрунтовного вивчення обставин справи і доводів сторін щодо дійсної необхідності такого призначення, оскільки не у всіх справах є необхідність призначення експертизи.

Вищий господарський суд України у постанові пленуму від 23.03.2012 № 5 «Про деякі питання практики призначення судових експертиз у справах зі спорів, пов'язаних із захистом права інтелектуальної власності» наголошує на неприпустимості ставити перед судовими експертами питання, які випливають із застосування до спірних правовідносин норм законодавства, що регулює захист права інтелектуальної власності, і вирішення яких віднесено до компетенції суду, зокрема про правову оцінку дій сторін тощо.

Крім того, суди не повинні призначати судову експертизу для з'ясування задокументованих або публічно оголошених в установленому порядку відомостей про об'єкти, події та явища, що пов'язані з результатами інтелектуальної, творчої діяльності. Для з'ясування такої інформації не потрібні спеціальні знання фахівців з відповідної галузі знань, оскільки суд може одержати або витребувати ці відомості від сторін спору чи інших учасників судового процесу. Наприклад, немає потреби призначати судову експертизу для з'ясування питання про держателя певного доменного імені в мережі Інтернет, тому що ці дані можуть бути витребувані від об'єднання «Український мережевий інформаційний центр», який адмініструє систему реєстрації та обліку доменних назв і адресу українського сегмента мережі Інтернет.

Призначаючи судову експертизу з дослідження, пов'язаного із захистом авторського права потрібно гранично точно визначати коло і зміст питань, які мають бути роз'яснені судовим експертом, і обсяг необхідних для експертного дослідження матеріалів.

Отже, призначаючи судову експертизу з питання про те, чи може частина літературного письмового твору (в тому числі й оригінальна назва твору) використовуватися самостійно або чи є твір похідним, суд у відповідній ухвалі має точно навести уривки з літературного твору, які за доводами заінтересованої сторони спору можуть використовуватись самостійно. При цьому, що важливо, для експертного дослідження, крім фахівців у сфері інтелектуальної власності, можуть залучатися й фахівці у галузі літературознавства.

Також за наявності спору між сторонами щодо того, чи є продукт творчої діяльності таким, що не охороняється авторським правом, суд має призначати судову експертизу із залученням як експертів фахівців не лише у сфері інтелектуальної власності, а й у відповідній галузі знань (літературознавства, мистецтвознавства тощо).

Крім того, для роз'яснення питання про те, чи використано чужий твір без згоди автора (чи іншої особи, яка має авторське право), зокрема у формі плагіату чи піратства у сфері авторського права, судам необхідно призначати судову експертизу із залученням до її проведення фахівців у галузі літературознавства, мистецтвознавства тощо залежно від об'єкта авторського права. На цьому наголошує і Вищий господарський суд України, що, на жаль, не дуже часто дотримується судами на практиці.

Окремо варто наголосити на проблемах доказування своїх позовних вимог у справах щодо захисту авторських прав, порушених в мережі Інтернет. Зазвичай такі порушення носять позадоговірний характер, тобто відповідач, якому належить певний веб-сайт у мережі Інтернет, здійснює незаконне розміщення об'єкту авторського права іншої особи, в результаті чого цей твір стає загальнодоступним для невизначеного кола осіб. У цих судових справах потрібно довести факт поширення твору саме відповідачем, оскільки при розгляді такої справи суд повинен установити, чи перебуває веб-сайт та розміщена на ньому інформація в розпорядженні особи, якій пред'явлено позовні вимоги, інакше відповідач буде неналежним. Проте сам по собі факт розміщення на сайті відповідача твору, тотожного об'єктові інтелектуальної власності, майнові права на який належать позивачу, ще не свідчать про факт порушення таких прав відповідачем. Тому позивачеві необхідно подати докази на підтвердження неправомірності розміщення відповідачем на своєму сайті спірного об'єкта авторського права. Більше того, варто погодитися з позиціями, висловленими в науковій літературі, що відтворення такого об'єкта з іншого сайту без підтвердження правомірності використання об'єкта інтелектуальної власності не може бути підставою для звільнення відповідача від відповідальності[1].

У вирішенні відповідних спорів суд повинен установити, чим підтверджується факт порушення відповідачем авторського права позивача. Враховуючи те, що авторське право виникає за фактом створення твору і не потребує реєстрації, позивачам досить складно обґрунтувати право вимоги до відповідача. Такими доказами можуть бути раніше оприлюднені твори позивача, які повністю або частково містять твір, що розміщений без відома позивача на Інтернет-сайті відповідача. Також є труднощі з доказуванням самого факту розміщення твору в Інтернеті, оскільки на момент розгляду справи

[1] Аврамова О.Є., Разіна О.І. Проблеми захисту авторських прав в інтернеті. В*існик НТУ «ХПІ». Серія: Актуальні проблеми розвитку українського суспільства*. – Харків: НТУ «ХПІ», 2013. – № 6 (980). – С. 26-29.

відповідач може припинити таке розміщення і заперечувати сам факт такого порушення. Тому позивач повинен забезпечити доказову базу для підтвердження своїх вимог, зокрема такими доказами можуть бути скріншот Інтернет-сторінки (в тому числі завірений нотаріально).

Щодо обов'язку доказування і подання доказів, то треба враховувати, що позивач у справах щодо захисту авторських прав повинен довести належність йому авторського права, а також, що це право порушено відповідачем, а отже – потребує захисту (зокрема, факт неправомірного використання твору відповідачем). Позивач повинен також довести, що спір стосується саме об'єкта, який є об'єктом авторського права, а відповідач може доводити протилежне – відсутність творчого характеру у відповідного результату діяльності (що може мати місце, зокрема, при створенні проектної документації під час окремих робіт при будівництві). За обов'язком доказування у вказаній категорії справ позивач також повинен довести протиправну дію відповідача, шкоду, яка цим завдана, та причиновий зв'язок між ними, а відповідач мусить спростувати презумпцію вини, яка визначена чинним законодавством. Однак це не позбавляє відповідача можливості заперечувати з посиланням на докази відсутність інших обставин (відсутність протиправності в його діях, відсутність самих дій, відсутність шкоди тощо).

2. Проблеми захисту авторських прав в Інтернеті: особливості доказування

На даному етапі розвитку нашої країни постає низка питань щодо інструментів регулювання сфери інтелектуальної власності. У зв'язку з розширенням меж ринкових відносин сфера інтелектуальної діяльності здійснює великі кроки в бік збільшення кількості людей, які створюють об'єкти інтелектуальної власності та користуються захистом своїх прав на ці об'єкти. Людський розум є невичерпним джерелом ідей, знань, умінь і т.д.. Отже, людство саме себе стимулює до втілення вищезгаданого в життя. З огляду на євроінтеграційне прагнення України, варто наголосити на проблемах правового регулювання авторського права, адже скурпульозно розроблене законодавство дає гарантію на захист і дотримання встановлених правил діяльності такої сфери як авторське право та спрощує процес взаємодії з іншими державами.

Отже, основною проблемою законодавства України, яке захищає авторські права, є невідповідність до сьогоденних реалій. Якщо взяти до уваги Закон України «Про авторське право і суміжні права», то таи

немає положень захисту авторських прав у мережі Інтернет. У більшості випадків діяльність бізнесу, діяльність творча та інші здійснюються у мережі Інтернет. Тож питання:

1. Чому відсутнє законодавство, що здійснює регуляторну функцію цілеспрямовано в мережі?

2. Як правильно трактувати наявне законодавство для захисту прав на об'єкти авторського права в мережі?

Як правило, законотворці підходять до нормотворчої діяльності з метою максимально звузити коло можливостей для неправомірних дій відповідно до ринкових реалій. А суб'єкти, що здійснюють неправомірні дії, керуються висловом: «Дозволено те, що не заборонено». У випадку з авторським правом можна чітко прослідкувати невідповідність сьогоденню, а саме: відсутність норм захисту авторських прав в мережі Інтернет. Навіть дотримання вимог частини 3 статті 11 Закону України «Про авторське право та суміжні права» не дає гарантій захисту від порушення права в мережі:

«Особа, яка має авторське право (автор твору чи будь-яка інша особа, якій на законних підставах передано авторське майнове право на цей твір), для сповіщення про свої права може використовувати знак охорони авторського права. Цей знак складається з таких елементів:

- латинська літера «с», обведена колом, - (зображення знака не наводиться);
- ім'я особи, яка має авторське право;
- рік першої публікації твору.

Знак охорони авторського права проставляється на оригіналі і кожному примірнику твору».

Проаналізувавши судову практику з питань вирішення спорів щодо авторського права в мережі, можна виявити на проблематику самого фіксування правопорушення. Адже самостійна фіксація в суді не буде розглядатися як доказ, тож фіксація повинна проводитися компетентним органом чи експертом, за умови, що доказ не буде вилучений. Також за дану процедуру належить сплатити кошти, розмір яких підпадає під питання «прийнятної ціни».

Друге спостереження, але не менш важливе, - розмір компенсації для людини чиї права було порушено. Законом передбачена відповідальність у вигляді виплати компенсації у розмірі від 10 до 50000 мінімальних заробітних плат, замість відшкодування збитків або стягнення доходу. Якщо суб'єкт, чиї права були порушені, не подав аргументованих збитків або упущеної вигоди, як правило, останній претендує на грошову компенсацію. У 90% справ з приводу

компенсації, суд призначає компенсацію в розмірі 10 мінімальних заробітних плат, тобто мінімальну суму, не зважаючи на кількість об'єктів правопорушення.

Звідси випливає висновок щодо небажання суддями розглядати справи стосовно захисту авторських прав чи некомпетентності останніх у вирішенні питань суперечок з приводу порушення вказаних прав, або, все ж таки, неоднозначність застосування наявного законодавства.

Виходячи з вищесказаного, розглянемо підстави для звернення до суду з приводу порушення авторського права. Перелік подається згідно з законодавством України, але позиції підібрані під справи порушення авторського права в мережі Інтернет:

- плагіат - оприлюднення (опублікування) повністю або частково чужого твору під іменем особи, яка не є автором цього твору в мережі Інтернет;

- підроблення, зміна чи вилучення інформації, зокрема в електронній формі, про управління правами без дозволу суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав чи особи, яка здійснює таке управління;

- піратство у сфері авторського права - опублікування, відтворення в мережі Інтернет.

Способами фіксування таких правопорушень є:

- допомога приватних компаній, які здійснюють діяльність в сфері фіксації інформації на сторінках мережі Інтернет (дані підприємства, так як і перелічені знизу, мають можливість фіксації інформації на веб-сторінці, навіть якщо вона була видалена);

- фіксація інформації та проведення експертних досліджень, відповідними судовими експертами (важливо: напрям діяльності експерта – інтелектуальна власність, художні твори і т.д.)

Важливими документами (доказами) в суді є:

- свідоцтво про авторське право;

- фіксоване звернення до суб'єкта, що порушує авторське право, з намаганням досудового врегулювання спору, шляхом підписання ліцензійного договору;

- фіксовані випадки порушення авторського права (фіксація інтернет-сторінок, рахунки-фактури на придбання об'єктів) відповідним експертом;

- експертиза на тотожність та схожість відповідним експертом (Важливо: напрямок інтелектуальної власності, художніх творів і т.д.);

- підписані ліцензійні договори з чітко визначеними сумами (винагородами), за використання того чи іншого об'єктів авторського права (для суб'єктів, що вимагають компенсацію збитків).

Підставами для відмови у задоволенні позовних вимог можуть бути наступні випадки:

- відсутність одного з документів доказової бази, що перелічені вище (Важливо: відео-, фотофіксація (фотографії, скрін-шоти) не будуть вважатися вагомими доказами в суді, якщо вони зроблені самостійно та без участі відповідного уповноваженого експерта);
- неправильно визначений відповідач.

3. Висновок експерта з питань права

Учасники справи мають право подати до суду висновок експерта у галузі права щодо застосування аналогії закону, аналогії права та змісту норм іноземного права згідно з їх офіційним або загальноприйнятим тлумаченням, практикою застосування, доктриною у відповідній іноземній державі (стаття 108 ГПК України). Проте за статтею 108 ГПК України висновок експерта у галузі права не є доказом, має допоміжний (консультативний) характер і не є обов'язковим для суду. Суд може посилатися в рішенні на висновок експерта у галузі права як на джерело відомостей, які в ньому містяться, та має зробити самостійні висновки щодо відповідних питань.

Висновок експерта у галузі права не може містити оцінки доказів, указівок про достовірність чи недостовірність того чи іншого доказу, про переваги одних доказів над іншими, про те, яке рішення має бути прийнято за результатами розгляду справи (частина друга статті 108 ГПК України).

Треба мати на увазі, що статті 62 і 70 та статті 108 і 109 ГПК України містять термінологічні розбіжності у найменуванні експерта: «експерт з питань права» і «експерт у галузі права», проте йдеться про одного й того ж учасника судового процесу.

Із аналізу судових рішень вбачається, що досить розширене поняття «право», яке вживається для позначення назви цього експерта, вводить в оману не лише учасників справи, а й самих суддів.

Непоодинокими випадками є долучення до матеріалів справи висновків експертів у галузі права, які не стосуються ані питань аналогії права чи закону, ані проблематики застосування норм іноземного законодавства.

Наприклад, інколи заявляються клопотання про допуск до участі експерта з питань права, який володіє спеціальними знаннями у сфері інтелектуального права (рішення у ЄДРСР № 73185616), або про долучення висновку з приводу колізії норм у земельних правовідносинах (рішення у ЄДРСР № 73816508, 74295566, 72375112), чи такого, що стосується аналізу та роз'яснення норм законодавства (рішення у ЄДРСР № 73245129, 73540848, 74184161, 74969935), визначення правової природи понять(рішення у ЄДРСР № 74073349, 74407121, 74172933, 74172910, 74173140, 74172734, 74717674, 74717627, 74716102, 74989796) або виконання конкретного правочину (рішення у ЄДРСР № 73629638, 74761414). По більшості із зазначених справ суди відмовляли у задоволенні клопотань, однак по перших трьох прикладах рішень висновки були долучені.

Левову частку справ також складають позови до Пенсійного фонду про зобов'язання вчинити певні дії, де одним із учасників процесу залучаються ЕПП з метою визначення поняття «дискримінаційні дії» (рішення у ЄДРСР № 74414107, 74727731, 74754485, 74782677, 74938567, 74936511, 75024971, 75072331, 75023248, 74978993, 74727702, 74868804). Водночас здебільшого по подібних справах суди відмовляють у задоволенні таких клопотань, посилаючись на диспозитивність повноважень суду в даному випадку та відсутність належного обґрунтування необхідності залучення ЕПП у процес (рішення у ЄДРСР з номером 71577211).

Також дуже часто (в абсолютній більшості випадків) сторони до матеріалів справи долучають висновок ЕПП, який по суті може відображати мотивувальну частину судового рішення: містить аналіз конкретної справи, наявних доказів та правову аргументацію та фактично вказує, як правильно вирішити даний спір. Іншими словами, висновок ЕПП в таких випадках містить все, що перераховано, наприклад, в ч. 2 ст. 114 ЦПК України (та в аналогічних статтях інших процесуальних кодексів), і що не може міститись у висновку ЕПП в розумінні процесуального законодавства України.

Прикладами судових рішень, де описані подібні висновки, є, наприклад, зареєстровані в ЄДРСР за № 72435278, 72596890, 72685978, 73238539, 73192920, 73834906, 74508740, 73701652. У зазначених випадках суди відхилили надані сторонами висновки та не враховували їх при винесенні судового рішення.

Тому треба пам'ятати, що, виходячи з положень законодавства, висновки ЕПП можуть стосуватись винятково питань аналогії права чи закону або застосування норм іноземного права, в них не можуть бути вирішені питання прогалин чи колізій. Питанням правильного

застосування закону займається винятково суд при прийнятті рішень, жоден «експерт» не має права вказувати суду, яке рішення приймати чи як правильно вирішити спір.

Увагу також привертає те, що в більшості випадків, коли існують інші підстави для відмови у задоволенні клопотання про долучення висновка ЕПП (наприклад, якщо він стосується колізій у законодавстві чи містить аналіз доказів по конкретній справі), то суд відмовляє на підставі необов'язковості цих висновків та їх рекомендаційного характеру.

Так, суддями вживаються такі формулювання:

- «суд вважає, що в даному випадку може самостійно встановити всі обставини у справі, надати належну правову оцінку правовідносинам сторін» (рішення № 72958947);

- «суд не сприймає посилання позивача на висновок науково-правової експертизи складений науковим співробітником ..., оскільки вони не є нормативно-правовими актами, за своєю природою носять інформаційно-рекомендаційний та необов'язковий характер, висновок складався за запитом представника позивача» (рішення № 71937133);

- «оцінюючи докази, які є в справі, а також достатність і взаємний зв'язок у їх сукупності, суд приходить до висновку, що надані ... звіт та висновок науково-правової експертизи не є доказами у справі, а носять суто допоміжний (консультативний) характер» (рішення № 72537731);

- «висновок експерта у галузі права не є доказом, має допоміжний (консультативний) характер і не є обов'язковим для суду, у зв'язку з чим відхиляється» (рішення № 73248727);

- «висновок експерта у галузі права не є доказом, має допоміжний (консультативний) характер і не є обов'язковим для суду. З урахуванням вищевикладеного суд не приймає вищевказаний науково-правовий висновок при вирішенні обгрунтованості позовних вимог» (рішення № 73201231, 73265162, 73660080);

- «окрім того, колегія суддів зазначає, що обставини у даній справі можуть бути встановлені на підставі пояснень представників сторін, письмових доказів, інших засобів доказування, без отримання висновку експерта у галузі права» (рішення № 73634332);

- «крім того, суд зазначає, що наданий висновок є письмовою думкою певних фахівців у галузі права стосовно спірних правовідносин, висловленою за приватним замовленням відповідача...З огляду на викладене, суд доходить висновку, що науково-правовий висновок ... не є належним та допустимим доказом у даній справі та судом до уваги не приймається» (рішення № 75057891);

- «беручи до уваги, що пояснення експертів не вплинуть на вирішення цього спору по суті, суд дійшов висновку про відсутність підстав для задоволення клопотання про виклик в судове засідання експертів» (рішення № 74196602).

Як видно, в більшості випадків, при прийнятті рішення про відмову у долученні висновку ЕПП до матеріалів справи, суд керувався положеннями ч. 1 ст. 115 ЦПК України (або аналогічних статей інших процесуальних кодексів), згідно з якою висновок експерта у галузі права не є доказом, має допоміжний (консультативний) характер і не є обов'язковим для суду.

І це справді так, оскільки винятково суд може здійснювати судочинство, застосовувати норми законодавства та приймати законне й обґрунтоване рішення. Однак закріплення настільки диспозитивної норми призводить до того, що судді, не бажаючи здатись некомпетентними в певному питанні, відхиляють висновки ЕПП і зазначають про можливість самостійно вирішити спір без залучення сторонніх фахівців у галузі права.

Задля справедливості варто визнати, що в більшості наведених випадків і так існували підстави для відмови у долученні висновків ЕПП чи залученні їх до участі в судовому процесі. Однак, зважаючи на те, що відмова суддів ґрунтувалась на рекомендаційному характеру висновку ЕПП та його необов'язковості, можна свідчити, що судді не в повному обсязі знайомі з цим інститутом та в певній мірі зловживають наділеними повноваженнями, фактично нівелюючи можливість використання цього інституту в процесі.

При аналізі судових рішень також можна зіткнутись із ще однією дивною тенденцією: з експертами з питань права та їх висновками ототожнюється будь-що, пов'язане з тлумаченням законодавства та правом загалом.

Наприклад, у рішенні № 72981889 в ЄДРСР суддя, ведучи мову про витрати на правову допомогу, застосовує положення, які регулюють статус ЕПП, ототожнюючи обох учасників.

Також, розглядаючи справи про адміністративні правопорушення та посилаючись на висновки Науково-консультативної ради при Вищому адміністративному суді України , суд застосовує до цих висновків положення про експертів з питань права (рішення, зареєстровані в ЄДРСР під номерами 73868946, 74440408). Як наслідок, Науково-консультативна рада при Вищому адміністративному суді України фактично стає учасником процесу, а саме ЕПП. Аналогічна ситуація виникає і з ТПП (рішення № 73561969).

Подібне можна спостерігати і в рішенні № 71554180, де лист із роз'ясненнями законодавства невідомого видавця, ототожнюється із висновком експерта.

Також існують непоодинокі випадки, коли із таким висновком ототожнюють висновки семантико-текстуальної експертизи щодо роз'яснення змін до нормативно-правового акта (рішення у ЄДРСР № - 73699621, 74134865, 74134620), хоча насправді вона не стосується тих питань, які можуть бути розглянуті у висновку ЕПП.

У деяких випадках, наприклад, якщо висновок ЕПП не відповідає вимогам процесуального законодавства, його можуть відносити до додаткових пояснень по справі та досліджувати разом з іншими доказами (рішення № 71945173 та 72544751).

У разі, якщо висновок ЕПП суперечить іншим матеріалам справи та доказам, а також обставинам, які не потребують доказування, то перевага віддається останнім (рішення № 73160790).

Керуючись положеннями процесуального законодавства, витрати, пов'язані з розглядом судової справи, підлягають розподілу за результатами розгляду справи. До таких витрат відносяться і витрати, сплачені на ЕПП. Однак, як виявилось, інколи ці витрати можуть бути непередбачувано значних розмірів.

Увагу в межах даного питання привертає участь одного з відомих науковців як фахівця з правових питань на стороні Міністерства юстиції України у низці судових справ (рішення № 73254493, 73701652, 73695047, 74569912, 73002148).

Примітно, що послуги цього науковця у наведених справах варіювались від 50 000 грн. до 95 000 грн. за висновок ЕПП. Із тексту рішення можна встановити, що такий досить дорогий висновок ЕПП у більшості випадків навіть не відповідав вимогам процесуального законодавства, які ставляться до такого висновку, та «був наданий щодо питань, які врегульовані чинним законодавством».

Цікавим було б ознайомитись із аргументацією суду щодо співмірності (або неспівмірності) цих витрат із обсягом наданих послуг, однак наявність висновків ЕПП не допомогла Міністерству юстиції України виграти у цих справах, а тому судові витрати були покладені на позивача (саме ж Міністерство).

У межах цих справ з боку одного з відповідачів також порушувалось питання незалежності ЕПП та його незаагнажованості. Це питання логічне із кількох причин: по-перше, виходячи з розміру гонорару, сплаченого державною установою ЕПП; по-друге, відсутності відповідальності ЕПП (подібної до відповідальності судових експертів).

Друге питання справді важливе та суттєве. Зважаючи на творчий характер діяльності ЕПП, їх діяльність та висновки складно структурувати та поділити на «правдиві» та «помилкові». Будь-який науковий підхід до тлумачення та розуміння певного явища має право на життя, якщо він якісно аргументований та підтверджений. Водночас в такому випадку складно ввести відповідальність за завідомо неправдивий висновок. До того ж, згідно із законодавством, такі висновки взагалі не вважаються доказами та носять рекомендаційний характер. Зважаючи на зазначене, напевно, це питання так і залишиться відкритим.

ЕПП – необхідний інститут, коли справа доходить до справді складних та специфічних інститутів застосування норм іноземного права або аналогії права чи закону.

Останні результати правозастосовчої діяльності показали, що наразі ні суд, ні учасники процесу не готові до залучення ЕПП та їх висновків у процес. Так, на практиці здебільшого це зводиться до надання правових позицій, вигідних стороні, під виглядом висновків ЕПП або застосування висновків щодо питань, які не передбачені законодавством.

Окрім цього, проблеми виникають і щодо співвідношення ЕПП з іншими учасниками процесу, співрозмірності витрат на їх послуги та питання їх компенсації, неможливості притягнення їх до відповідальності за відмову або ж за надання недостовірного висновку тощо.

4. Експертиза у справах за спорів, пов'язаних із захистом авторського права та суміжних прав

Орієнтовний перелік питань, які можуть бути поставлені для роз'яснення, визначено Науково-методичними рекомендаціями з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень, затвердженими наказом Міністерства юстиції України від 08.10.1998 № 53/5 (у редакції наказу Міністерства юсти- ції України від 26.12.2012 № 1950/5):

Чи є об'єкт дослідження (назва) (або його частина, яка може використовуватися самостійно) результатом творчої праці згідно з відомостями, зазначеними в матеріалах справи?

Чи містить у собі об'єкт дослідження (або його частина, яка може використовуватися самостійно) ознаки об'єкта авторського права згідно з відомостями, зазначеними в матеріалах справи?

Чи є твір (назва 1) переробкою твору (назва 2)? Якщо так, чи має ця переробка творчий характер?

Чи є твір (назва 1) перекладом твору (назва 2)? Якщо так, чи має цей переклад творчий характер?

Чи мало місце відтворення твору (назва 1) (або його частина, яка може використовуватися самостійно) при створенні твору (назва 2)?

Чи відтворено назву (цитату, персонаж) твору (назва 1) у знаку для товарів і послуг (назва 2)?

Чи відтворено назву (цитату, персонаж) твору (назва 1) у комерційному (фірмовому) найменуванні (назва 2)?

Призначаючи судову експертизу з питання про те, чи може частина літературного письмового твору (в тому числі й оригінальна назва твору) використовуватися самостійно або чи є твір похідним, суд у відповідній ухвалі має точно навести уривки з літературного твору, які, за доводами заінтересованої сторони спору, можуть використовуватись самостійно, наприклад, у передачах (програмах) організацій мовлення чи як об'єкт торговельної марки або комерційне найменування тощо. При цьому для експертного дослідження, крім фахівців у сфері інтелектуальної власності, можуть залучатися й фахівці у галузі літературознавства.

За наявності суперечностей між сторонами спору з питання про те, чи є продукт творчої діяльності таким, що не охороняється авторським правом (стаття 10 Закону України «Про авторське право і суміжні права»), суд, як правило, має призначати судову експертизу із залученням у разі необхідності як експертів фахівців не лише у сфері інтелектуальної власності, а й у відповідній галузі знань (літературознавства, мистецтвознавства тощо). Наприклад, потребує експертних роз'яснень питання про те, чи є літературний або музичний твір з текстом чи без тексту твором народної твор- чості (фольклором).

Для роз'яснення питання про те, чи використано твір, зокрема у формі плагіату у сфері авторського права і (або) суміжних прав, суду необхідно призначати судову експертизу із залученням до її проведення фахівців у галузі літературознавства, мистецтвознавства тощо залежно від об'єкта авторського права і (або) суміжних прав.

У розгляді справ про порушення авторських і суміжних прав судовому експерту можуть бути орієнтовно поставлені для роз'яснення також такі питання:

Чи є текстовий матеріал (його фрагменти), розміщений (розміщені) у монографії, статті, брошурі або іншому виданні чи веб-сайті, повним чи частковим відтворенням літературного твору...., авторські права на який належать...?

Чи є зображення, розміщене на сторінці газети, журналу або іншому виданні чи веб-сайті, відтворенням фотографічного твору..., авторські права на який належать... ?

Чи продемонстровано у передачі (програмі) організації мовлення, яку було трансльовано..., літературний, музичний, аудіовізуальний. твір або його фрагменти, авторські права на який (які) належать. ?

Чи продемонстровано у передачі (програмі) організації мовлення, яку було трансльовано. , виконання, фонограму, відеограму, суміжні права на який (яку) належать?

5. Експертиза комп'ютерних програм

Орієнтовний перелік питань, які можуть бути поставлені для роз'яснення, визначено Науково-методичними рекомендаціями з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень, затвердженими наказом Міністерства юстиції України від 08.10.1998 № 53/5 (у редакції наказу Міністерства юстиції України від 26.12.2012 № 1950/5):

Чи мало місце відтворення комп'ютерної програми (назва 1) у комп'ютерній програмі (назва 2)?

Чи є вихідні тексти (вихідні коди) або їх частина комп'ютерної програми (назва 1) переробкою вихідних текстів (вихідних кодів) комп'ютерної програми (назва 2)?

Чи є комп'ютерна програма (назва 1) самостійним, оригінальним твором, відмінним від комп'ютерної програми (назва 2)?

Чи має ознаки неліцензійності використання комп'ютерної програми (назва)?

Чи відповідає комп'ютерна програма (назва) технічному завданню чи технічному опису?

Чи були внесені до комп'ютерної програми (назва) зміни (модифікації, вчинення дій, пов'язаних із функціонуванням комп'ютерної програми відповідно до її призначення, запис і збереження в пам'яті комп'ютера, виправлення явних помилок тощо) з метою забезпечення її функціонування на технічних засобах особи (назва юридичної особи або прізвище, ім'я, по батькові фізичної особи)? Якщо так, то коли саме ці зміни були внесені?

6. Експертиза у справах спорів, пов'язаних із захистом права інтелектуальної власності на торговельні марки, промисловий зразок, винахід чи корисну модель

Орієнтовний перелік питань, які можуть бути поставлені для роз'яснення, визначено Науково-методичними рекомендаціями з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень, затвердженими наказом Міністерства юстиції України від 08.10.1998 № 53/5 (у редакції наказу Міністерства юстиції України від 26.12.2012 № 1950/5):

Чи є знак для товарів і послуг за свідоцтвом України (номер) таким, що не мав розрізняльної здатності на дату подання заявки (зазначити дату)?

Чи складається знак для товарів і послуг за свідоцтвом України (номер) лише з позначень, що є загальновживаними, як позначення товарів і послуг певного виду?

Чи складається знак для товарів і послуг за свідоцтвом України (номер) лише з позначень чи даних, що є описовими при використанні зазначених у свідоцтві товарів і послуг або у зв'язку з ними?

Чи є знак для товарів і послуг за свідоцтвом України (номер) оманливим?

Чи є знак для товарів і послуг за свідоцтвом України (номер) таким, що може ввести в оману щодо товару, послуги або особи, яка виробляє товар або надає послугу?

Чи складається знак для товарів і послуг за свідоцтвом України (номер) лише з позначень, що є загальновживаними символами або термінами?

Чи є знак для товарів і послуг за свідоцтвом України (номер) тотожним або схожим зі знаком для товарів і послуг за свідоцтвом (номер) настільки, що їх можна сплутати?

Чи є знак для товарів і послуг за свідоцтвом України (номер) тотожним або схожим з фірмовим найменуванням (назва) настільки, що їх можна сплутати?

Чи є знак для товарів і послуг за свідоцтвом України (номер) тотожним або схожим з кваліфікованим зазначенням походження товарів (назва) настільки, що їх можна сплутати?

Чи є позначення (назва), нанесене(а) на (вказати куди) або застосоване(а) у (вказати де), тотожним або схожим настільки, що його можна сплутати із зареєстрованим знаком для товарів і послуг за свідоцтвом України (номер)?

Чи є знак для товарів і послуг за свідоцтвом України (номер) схожим з фірмовим найменуванням (назва) настільки, що їх можна сплутати?

У справах про оскарження рішень Установи з питань реєстрації знаків суд не може встановлювати для роз'яснення судовим експертом питання про відповідність позначення, що є об'єктом торговельної марки, умовам надання правової охорони, оскільки за такої постановки питання судом з'ясовується питання права, а не питання факту.

Для з'ясування даних про відповідність позначення або будь-якої комбінації позначень, що є об'єктом зареєстрованої торговельної марки, публічному порядку, принципам гуманності і моралі на

роз’яснення судового експерта (експертів) можуть бути поставлені, зокрема, такі питання:

Чи містить позначення або комбінація позначень зображення порнографічного характеру?

Чи містить позначення або комбінація позначень антидер- жавні, расистські гасла?

Чи містить позначення або комбінація позначень емблеми та/або найменування екстремістських організацій, нецензурні слова, вислови тощо?

З урахуванням обставин справи та суті спору суд за допомогою експертного дослідження має з’ясовувати фактичні дані щодо наявності чи відсутності підстав для відмови у наданні торговельній марці правової охорони. З метою такого з’ясування слід вирішувати, зокрема, питання про те, чи торговельна марка:

є зображенням або імітацією: державного герба, прапора чи іншого державного символу (емблеми); офіційної назви держави; емблеми, скороченого або повного найменування міжнародних міжурядових організацій; офіційного контрольного, гарантійного та пробірного клейма, печатки; нагороди чи іншої відзнаки;

мала розрізняльну здатність на дату подання заявки або чи набула розрізняльної здатності внаслідок використання;

складається лише з позначень, що є загальновживаними як позначення товарів і послуг певного виду;

складається лише з позначень чи даних, що є описовими у використанні щодо зазначених у заявці товарів і послуг або у зв’язку з ними, зокрема вказують на вид, якість, склад, кількість, властивості, призначення, цінність товарів і послуг, місце і час виготовлення чи збуту товарів або надання послуг;

є оманливою або такою, що може ввести в оману щодо товару, послуги або особи, яка виробляє товар або надає послуги;

чи є протиставлені позначення тотожними або схожими настільки, що їх можна сплутати;

складається лише з позначень, що є загальновживаними символами і термінами;

відображає лише форму, що обумовлена природним станом товару чи необхідністю отримання технічного результату, або яка надає товарові істотної цінності;

є тотожною або схожою настільки, що її можна сплутати з кваліфікованим зазначенням походження товару;

є тотожною або схожою настільки, що її можна сплутати з відомим в Україні комерційним (фірмовим) найменуванням іншої особи;

відтворює промисловий зразок, права на який належать в Україні іншій особі;

відтворює назви відомих в Україні творів науки, літератури і мистецтва або цитати і персонажі з них, твори мистецтва та їх фрагменти без згоди власників авторського права або їх правонаступників;

відтворює прізвище, ім'я, псевдонім та похідні від них, портрет чи факсиміле відомої в Україні особи.

У вирішенні спору про правомірність реєстрації торговельної марки можливе також експертне дослідження наявності домінуючого положення в зображенні торговельної марки таких елементів, які становлять склад підстав для відмови у наданні знаку правової охорони.

У спорі про визнання свідоцтва недійсним на роз'яснення судового експерта залежно від обставин справи може бути поставлено питання про наявність у свідоцтві елементів зображення торговельної марки, які відсутні в поданій заявці.

У вирішенні спорів про захист права інтелектуальної власності на торговельну марку можуть виникнути питання про належність товарів, послуг до споріднених з наведеними у свідоцтві (пункт 5 статті 16, пункт 4 статті 25 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг»).

Ці питання повинні вирішуватися з урахуванням таких положень міжнародних договорів у сфері інтелектуальної власності:

статті 2 Ніццької угоди про Міжнародну класифікацію товарів і послуг для реєстрації знаків, якою, зокрема, встановлено:

З урахуванням зобов'язань, що накладаються цією Угодою, Класифікація має в кожній з країн Спеціального союзу таке значення, яке надається їй у цій країні. Зокрема, Класифікація не зв'язує країни Спеціального союзу ні щодо визначення обсягу охорони знака, ні щодо визнання знаків обслуговування.

Кожна країна Спеціального союзу лишає за собою право використовувати Класифікацію як основну або допоміжну систему.

Компетентні відомства країн Спеціального союзу включають в офіційні документи та публікації про реєстрацію знаків номери класів Класифікації, до яких належать товари чи послуги, для яких реєструється знак;

статті 9 Сінгапурського договору про право товарних знаків, якою визначено питання класифікації товарів і/або послуг:

[Зазначення товарів і (або) послуг] Кожна реєстрація та будь-яка публікація, здійснена Установою, яка стосується заявки або реєстрації

та яка зазначає товари й (або) послуги, зазначає товари й (або) послуги за назвами, згрупованими відповідно до класів Ніццької класифікації, з проставленим перед кожною групою номером класу цієї Класифікації, до якого належить ця група товарів або послуг, і представленими в порядку класів зазначеної Класифікації;

[Товари чи послуги, які належать до одного класу або до різних класів]

Товари чи послуги не можуть уважатися такими, що є подібними між собою на тій підставі, що в будь-якій реєстрації або публікації, здійсненій Установою, вони фігурують в одному класі Ніццької класифікації.

Товари чи послуги не можуть уважатися такими, що є подібними між собою на тій підставі, що в будь-якій реєстрації або публікації, здійсненій Установою, вони фігурують в різних класах Ніццької класифікації.

З огляду на викладені положення міжнародних договорів у сфері інтелектуальної власності для роз'яснення питання про спорідненість товарів і послуг з товарами і послугами, наведеними у свідоцтві на торговельну марку [міжнародний цифровий код (511)]

за індексами Міжнародної класифікації товарів і послуг для реєстрування знаків (Ніццька класифікація), судам слід призначати судову експертизу, доручаючи її проведення компетентним установам та спеціалістам у сфері інтелектуальної власності.

У частині другій статті 25 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» визначено перелік факторів, що можуть розглядатись як доречні для визнання торговельної марки добре відомою в Україні. До переліку цих факторів, який не є вичерпним, зокрема, належать:

ступінь відомості чи визнання знака у відповідному секторі суспільства;

тривалість, обсяг та географічний район будь-якого використання знака;

тривалість, обсяг та географічний район будь-якого просування знака, включаючи рекламування чи оприлюднення та представлення на ярмарках чи виставках товарів та/або послуг, щодо яких знак застосовується;

тривалість та географічний район будь-яких реєстрацій та/ або заявок на реєстрацію знака за умови, що знак використовується чи є визнаним;

свідчення успішного відстоювання прав на знак, зокрема територія, на якій знак визнано добре відомим компетентними органами;

цінність, що асоціюється зі знаком.

З’ясування деяких з перелічених факторів щодо конкретної торговельної марки потребує спеціальних знань, а, отже, суд у справах про визнання торговельної марки добре відомою має залежно від змісту наведених факторів призначати судову експертизу або витребувати необхідні відомості від сторін чи інших учасників судового процесу.

До таких відомостей належать, зокрема, результати соціологічних опитувань, які проводяться згідно з Порядком визнання знака добре відомим в Україні Апеляційною палатою Державної служби інтелектуальної власності, затвердженим наказом Міністерства освіти і науки України від 15.04.2005 № 228 (з подальшими змінами).

Короткий опис судових рішень

«Каверзін проти України»

Каверзіна звинувачували у вбивстві семи осіб, серед яких – троє працівників міліції. Також він засуджений за нанесення тяжких тілесних ушкоджень, незаконне зберігання вогнепальної зброї, бандитизм та розбій. У 2002 році був засуджений до довічного увязнення. У 2017 році 43-літнього Олександра Каверзіна, засудженого за 13 злочинів, звільнено від довічного позбавлення волі.

Олександр Каверзін – інвалід 1 групи по зору, страждає на внутрішньочерепний тиск, який може спровокувати інсульт. Осліп чоловік від катувань, яких йому завдали працівники міліції.

Заявник скаржився до Європейського суду з прав людини (далі – Європейський суд) за ст. 3 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) на те, що він зазнав катування з боку працівників міліції під час його перебування у відділі міліції, на неефективне розслідування його відповідних скарг, ненадання йому адекватної медичної допомоги та умови тримання його під вартою в Дніпропетровській виправній колонії № 89. Заявник також подавав інші скарги про порушення Конвенції, які Європейський суд визнавав неприйнятними.

Порушення ст. 3 Конвенції було встановлено з огляду на те, що у справі було підтверджено завдання заявнику тілесних ушкоджень працівниками міліції після його затримання, зокрема, медичним оглядом від 13 січня 2001 року та судово-медичною експертизою від 19 січня 2001 року, і що державою-відповідачем не було надано обґрунтованих пояснень щодо їх походження. Суд зазначає, що заявник отримав травму очей, відповідальність за яку несуть державні органи, і зрештою втратив зір. Це тілесне ушкодження було зафіксовано лікарями 19 січня 2001 року, приблизно через тиждень після того, як він, як стверджувалось, зазнав його. Приблизно через місяць потому лікарі встановили, що заявник втратив зір.

Суд вважає, що характер і особлива тяжкість тілесних ушкоджень заявника свідчить про те, що їх було заподіяно заявникові умисно. Мета жорстокого поводження із заявником полягала у спричиненні йому сильного болю і страждань для того, аби домогтися від нього зізнання у вчиненні злочинів, в яких він підозрювався. Європейський суд дійшов висновку, що поводження, якого зазнав заявник з боку працівників міліції, прирівнюється до катування.

Порушення ст. 3 Конвенції також було встановлено у зв'язку з недотриманням національними органами обов'язку розслідувати скарги заявника щодо його катування з огляду на те, що:

- перевірка прокуратури обставин отримання заявником тілесних ушкоджень не була ретельною, оскільки не було встановлено точного перебігу подій та способу завдання заявнику тілесних ушкоджень, а в постанові від 26 січня 2001 року не були розглянуті твердження заявника щодо його катування після його затримання, а містились лише посилання на первісні твердження заявника про те, що його не було піддано жорстокому поводженню;

- перевірка вищестоящої прокурори в 2005 році не була спробою перегляду тверджень заявника про катування, оскільки вона обмежувалася дослідженням матеріалів попередньої перевірки, яку було завершено майже за чотири роки до того;

- судами не були розглянуті неодноразові скарги заявника про те, що зізнання у вчиненні злочину було отримано від нього в результаті катування, ані в контексті оцінки допустимості цих визнавальних показань, ані в контексті окремої перевірки. Суди відхиляли ці скарги заявника як необґрунтовані, спираючись виключно на постанову прокурора від 26 січня 2001 року.

Крім того, навіть якщо припустити, що тілесні ушкодження були завдані заявнику під час намагань працівників міліції подолати його опір під час його затримання, прокуратурою не було розглянуто питання щодо законності та пропорційності застосування до заявника заходів фізичного впливу.

Згідно з твердженнями заявника, він став інвалідом внаслідок відсутності адекватного і, зокрема, вчасного лікування. На його думку, в січні 2001 року йому не було поставлено правильний діагноз у зв'язку з травмою очей, що призвело до незабезпечення адекватного лікування. Заявник доводив, що одразу після виявлення лікарями цього ушкодження він повинен був бути доставлений до лікарні та обстежений лікарем відповідного профілю.

Уряд стверджував, що заявникові надавали адекватну медичну допомогу у зв'язку з наявними у нього проблемами зі здоров'ям. Зокрема, Уряд зауважив, що під час три-мання заявника під вартою його оглядали різні лікарі, включаючи лікарів із закладів охорони здоров'я, які не належали до пенітенціарної системи. Призначене лікарями лікування надавалося заявнику медичними працівниками установи, в якій він тримався. Він також неодноразово відмовлявся від огляду лікарем-офтальмологом.

Порушення ст. 3 Конвенції було встановлено з огляду на відсутність адекватної медичної допомоги у зв'язку з ушкодженням ока заявника у період з січня 2001 року, коли таке ушкодження було виявлено, до вересня 2001 року, коли заявнику почали надавати спеціалізовану медичну допомогу.

Проте, порушення ст. 3 Конвенції не було встановлено у зв'язку з відсутністю адекватної медичної допомоги під час тримання заявника під вартою з вересня 2001 року до грудня 2008 року, оскільки протягом цього періоду заявника оглядали лікарі, включаючи офтальмолога, та йому неодноразово надавалась відповідна медична допомога.

Порушення ст. 3 Конвенції було встановлено у зв'язку з тим, що застосування до заявника наручників в Дніпропетровській виправній колонії № 89, зокрема, в положенні «руки за спиною», тоді, як він був сліпий та потребував сторонньої допомоги у забезпеченні своїх життєвих потреб, становило нелюдське та таке, що принижує гідність, поводження.

Також суд керувався рішенням ЄСПЛ у справі «Лорс проти Нідерландів. У ньому – мова про те, що «повна сенсорна ізоляція, поєднана з тотальною соціальною ізоляцією, може знищити особистість та становить форму негуманного поводження, яка не може бути виправдана потребами забезпечення безпеки за будь-яких причин».

Суд також зазначає, що порушення, встановлені в цьому рішенні, не пов'язані з якимсь поодиноким випадком чи особливим поворотом подій у цій справі, але є наслідком нормативно-правови недоліків та недоліків адміністративної практики державних органів щодо їх зобов'язань за статтею 3 Конвенції.

Беручи до уваги системний характер проблем, які стали підставою порушень у цій справі, Європейський суд зобов'язав Україну терміново реформувати правову систему, щоб забезпечити викорінення практики катування осіб, які тримаються під вартою, та забезпечити проведення ефективного розслідування відповідно до ст. 3 Конвенції у кожній справі, в якій заявляється небезпідставна скарга на жорстоке поводження, та ефективне виправлення на національному рівні будь-яких недоліків такого розслідування.

Розглянувши справу, Європейський суд одноголосно:

«1. Оголошує прийнятними скарги заявника за статтею 3 Конвенції щодо стверджуваного катування працівниками міліції, неефективного розслідування, відсутності адекватної медичної допомоги та застосування до нього наручників в Дніпропетровській виправній колонії, а решту скарг у заяві – неприйнятними;

2. Постановляє, що було порушення статті 3 Конвенції у зв'язку з катуванням заявника працівниками міліції;

3. Постановляє, що було порушення статті 3 Конвенції у зв'язку з непроведенням органами влади ефективного розслідування за скаргою заявника на катування;

4. Постановляє, що було порушення статті 3 Конвенції з огляду на відсутність у період з січня до вересня 2001 року адекватної медичної допомоги у зв'язку з ушкодженням ока заявника;

5. Постановляє, що не було порушення статті 3 Конвенції у зв'язку зі стверджуваною відсутністю адекватної медичної допомоги під час тримання заявника під вартою з вересня 2001 року до грудня 2008 року;

6. Постановляє, що мало місце порушення статті 3 Конвенції у зв'язку із застосуванням до заявника наручників в Дніпропетровській виправній колонії;

«Брумареску проти Румунії»

Ця справа дала початок низці рішень, які отримали свою назву за іменем заявника Brumărescu case-law. Всі справи, до яких застосовується прецедент у справі Брумареску, об'єднує позбавлення права власності на нерухоме майно на підставі націоналізації або експропріації.

У справі Брумареску проти Румунії заявника було позбавлено права власності на будинок на підставі акту № 92/1950 про націоналізацію. Шукаючи захисту свого порушеного права, заявник звернувся до суду, який у 1993 р. визнав націоналізацію за актом № 92/1950 помилкою. Суд постановив, що націоналізація була незаконною і примусовою з боку держави, а отже, держава не може посилатися на наявний припис щодо набуття права власності. Це рішення набуло законної сили та не оскаржувалося.

01.03.1995 р. Верховний Суд за заявою прокурора скасував рішення від 09.12.1993 р. та відхилив вимоги заявника.

Досліджуючи ці обставини, ЄСПЛ визнав, що Верховний суд (Румунії) не мав наміру виносити рішення про вимогу заявника на право володіння майном. Таким чином, рішення Верховного суду позбавило заявника права власності на будинок, надане йому остаточним судовим рішенням, постановленим на його користь. Суд звернув увагу, що ні Верховний суд, ні Уряд не намагалися виправдати позбавлення власності наявністю суттєвих підстав «в інтересах суспільства».

Суд визнав порушення ст. 1 Першого протоколу до Конвенції та у своєму рішенні від 23.01.2001 р. щодо справедливої сатисфакції зобов'язав державу повернути у власність заявнику будинок та виплатити матеріальну і моральну шкоду.

Право на захист власності викладено у ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод «Кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства та 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».

«МакКан та інші проти Сполученого Королівства»

ЄСПЛ вперше розглянув справу щодо порушення ст. 2 Конвенції «Маккан та інші проти Сполученого Королівства» у 1995 р.

У цій справі держава-відповідач була визнана відповідальною за порушення ст. 2 Конвенції через те, що служби спецпризначення вчинили убивство трьох терористів Ірландської Республіканської Армії.

В рішенні у справі Маккан проти Сполученого Королівства (1995), в якій йшлось про відкриття вогню та вбивство трьох активістів Ірландської Республіканської Армії (IPA) співробітниками британських спецслужб на Гібралтарі.

Суд постановив, що хоча британські солдати і діяли з твердим переконанням у тому, що необхідно було здійснити ці вбивства для того, щоб захистити життя інших осіб, однак організація самої операції і керівництво нею, а також, оцінка інформації урядом Сполученого Королівства та доведення цієї інформації до солдатів на час здійснення вбивств були неналежними.

Тому в цьому випадку мало місце порушення статті 2. Умисне позбавлення життя.

В пункті 1 статті 2 визначається, що «право кожного на життя охороняється законом». Згідно з цим правом держави повинні застосовувати таке законодавство, за яким навмисні вбивства, що вчинені фізичними особами або державними службовцям, які діють поза межами наданих їм повноважень, кваліфікуються як кримінальний злочин.

Це не значить, що держава повинна забезпечити персональним поліцейським захистом або охоронцями тих осіб, яким загрожує насильство (наприклад, жертв, за якими полюють терористи), або всіх тих, хто проживає в зонах політичної нестабільності (наприклад, в Північній Ірландії). Викладені в пункті 1 статті 2 винятки із заборони позбавляти життя доповнюються у пункті 2 статті 2 ще трьома додатковими винятками стосовно заборони умисного позбавлення життя, які мають обмежений характер застосування.

Перший виняток стосується захисту особи від незаконного насильства;

Другий виняток пов'язаний із здійсненням законного арешту або із запобіганням втечі особи, яка законно тримається під вартою.

Третій виняток стосується придушення заворушення або повстання.

Удаючись до будь-якого з цих винятків, держава керується принципом, згідно з яким сила, що застосовується, має «не перевищувати абсолютно необхідну».

Збіжна думка судді Головатого С.
у справі за конституційним зверненням Верховної Ради України
про надання висновку щодо відповідності законопроєкту
про внесення змін до статті 81 Конституції України
(щодо додаткових підстав дострокового припинення
повноважень народного депутата України)
вимогам статей 157 і 158 Конституції України

У запропонованій у Законопроєкті редакції статті 81 Конституції України пунктом 1 її частини другої передбачено, що повноваження народного депутата України припиняються достроково у разі «складення повноважень за особистою заявою – з моменту оголошення народним депутатом України такої заяви на пленарному засіданні Верховної Ради України». Тобто у вказаному пункті вилучено слово «його» та доповнено цей пункт новою словесною конструкцією.

Конституційний Суд України вважає, що вилучення слова „його" не впливає на юридичний зміст пункту і не стосується предмета перевірки - чи обмеження прав і свобод людини і громадянина. Конституційний Суд України констатує, що запропонована зміна не передбачає чи обмеження прав і свобод людини і громадянина, а отже, відповідає вимогам частини першої статті 157 Конституції України.

3.3. У запропонованій у Законопроєкті редакції статті 81 Конституції України в пункті 2 її частини другої змінено порядок слів

у реченні та після слова «вироком» доповнено словом «суду». Такі зміни не впливають на зміст пункту, а отже, є підстави вважати їх такими, що не передбачають чи обмеження прав і свобод людини і громадянина.

3.4. У запропонованій у Законопроєкті редакції статті 81 Конституції України пункт 3 її частини другої після слів «безвісно відсутнім» доповнено словами або оголошення померлим». Конституційний Суд України констатує, що така зміна не передбачає чи обмеження прав і свобод людини і громадянина.

3.5. У запропонованій у Законопроєкті редакції статті 81 Конституції України пункт 4 її частини другої після слова «громадянства» доповнено словом «України». Конституційний Суд України розглядає таку зміну як мовностилістичне уточнення, яке не впливає на зміст припису та не передбачає чи обмеження прав і свобод людини і громадянина.

3.6. У запропонованій у Законопроекті редакції статті 81 Конституції України пункт 5 її частини другої передбачає, що повноваження народного депутата України припиняються дострокового у разі: встановлення судом факту неособистого голосування народним депутатом України у Верховній Раді України, тобто голосування народним депутатом України замість іншого народного депутата України або надання народним депутатом України можливості проголосувати замість нього іншому народному депутату України, – з моменту набрання законної сили рішенням суду про встановлення такого факту.

Така зміна до Конституції України є новою підставою для дострокового припинення повноважень народного депутата України (втрати народним депутатом України мандата). Запропонована в Законопроєкті юридична формула містить кілька елементів, що становлять підставу для втрати народним депутатом України мандата:

1) «неособисте голосування народним депутатом України»;

2) «встановлення судом факту неособистого голосування»; при цьому такий елемент, як «неособисте голосування народним депутатом України», відповідно до тексту пропонованої юридичної формули має два прояви: перший – «голосування народним депутатом України замість іншого народного депутата України», другий - «надання народним депутатом України можливості проголосувати замість нього іншому народному депутату України»,

3) час настання дострокового припинення повноважень народного депутата України – «момент набрання законної сили рішенням суду про встановлення факту неособистого голосування народним депутатом України».

Конституційний Суд України зазначає, що припис частини третьої статті 84 Конституції України стосовно особистого голосування на засіданнях Верховної Ради України є юридичним імперативом, тобто беззастережною, категоричною вимогою для народного депутата України, оскільки представник народу в парламенті має здійснювати свої повноваження особисто. Порушення цієї вимоги є спотворенням сутності представницької демократії. Дія народного депутата України всупереч такій вимозі, безсумнівно, повинна спричиняти його відповідальність як особи, яка вдалася до порушення зазначеного імперативу. Отже, спробу встановити відповідальність народного депутата України за порушення припису частини третьої статті 84 Конституції України можна вважати такою, що має легітимну мету. Водночас запропонована в Законопроєкті формула передбачає надання судові повноваження встановити лише сам факт того, мало місце чи ні «неособисте голосування».

Конституційний Суд України, базуючись на своїй послідовній юридичній позиції, відповідно до якої „обмеження прав і свобод людини і громадянина є допустимим виключно за умови, що таке обмеження є домірним (пропорційним, що будь-яке втручання в права людини навіть за наявності легітимної мети, всупереч вимозі домірності, неодмінно спричинятиме або обмеження прав і свобод людини з огляду на викладене Конституційний Суд України вважає, що Законопроект є таким, що не відповідає частині першій статті 157 Конституції України.

3.7. У запропонованій Законопроєктом редакції статті 81 Конституції України, а саме в пункті 6 її частини другої пропонується вилучити слова «виборчого блоку політичних партій».

Конституційний Суд України вважає, що запропонована зміна встановлює на конституційному рівні заборону на утворення виборчих блоків політичних партій, хоча відповідно до Конституції України «виборчий блок політичних партій» є окремим інститутом. Якщо чинна Конституція України передбачає можливість утворення виборчих блоків політичних партій та наявність у парламенті за результатами виборів до Верховної Ради України «депутатської фракції виборчого блоку політичних партій», то тим самим громадяни України можуть реалізувати своє право на «участь в управлінні державними справами», «вільно обирати і бути обраними до органів державної влади» (частина перша статті 38 Конституції України) не лише у спосіб здійснення активного та пасивного виборчого права – голосуючи на виборах до парламенту за кандидата у народні депутати України, що належить до політичної партії, або виступаючи як

кандидат у народні депутати України, що належить до політичної партії. Отже, запропонована зміна передбачає прав громадянина України та є такою, що не відповідає частині першій статті 157 Конституції України.

3.7.1. Водночас Конституційний Суд України стосовно приписів пункту 6 частини другої статті 81 Конституції України вважає за необхідне зазначити таке.

У спеціальній доповіді «Про імперативний мандат і подібні практики» 2009 року, ухваленій Радою з демократичних виборів і Венеційською Комісією, зазначено, що «у жодній європейській державі, крім України, не існує імперативного мандата», а вимога стосовно того, щоб депутатові було невільно виходити з будь-якої фракції, є «безсумнівним і кричущим порушенням європейської традиції вільного мандата парламентарів»; через те, що принцип вільного і незалежного мандата становить частину європейської конституційної традиції та є «засадничим принципом, що забороняє імперативний мандат або будь-яку іншу форму політично мотивованого позбавлення представників [народу їхніх мандатів», він повинен «панувати як наріжний камінь європейського демократичного конституціоналізму».

Парламентська Асамблея Ради Європи у низці своїх резолюцій та інших документах висловлювала позицію стосовно практики застосування статті 81 Конституції України в питанні дострокового припинення повноважень народного депутата України у випадках зміни ним політичної належності. Так, Парламентська Асамблея Ради Європи, зокрема, у Резолюції «Політична криза в Україні» від 29 січня 2004 року закликала «при зміні Конституції України – повністю взяти до уваги рекомендації Венеційської Комісії, зокрема, переглянути свою позицію стосовно імперативного мандата своїх народних депутатів» у Резолюції «„Функціонування демократичних інституцій в Україні» від 25 січня 2017 року наголосила, що «Асамблея висловлює своє занепокоєння з приводу того факту, що стаття 81 Конституції України дозволяє позбавляти мандата члена парламенту, який змінює свою лояльність до партії або фракції на користь іншої, ніж та, за якою його було обрано».

Крім того, у документі 06 від 18 травня 2018 року зазначено, що «Асамблея, як і Венеційська Комісія, неодноразово висловлювали своє занепокоєння з приводу наявності de facto імперативного мандата, що суперечить європейським стандартам представницького мандата».

Враховуючи викладене та керуючись статтями 147, 151, 153, 157, 158, 159 Конституції України, на підставі статей 7, 32, 35, 53, 54, 65, 66, 74, 85, 88, 90, 92, 94 Закону України «Про Конституційний Суд України» Конституційний Суд України дійшов висновку:

1. Законопроєкт про внесення змін до статті 81 Конституції України (щодо додаткових підстав дострокового припинення повноважень народного депутата України) (реєстр. No 1027) не відповідає вимогам частини першої статті 157 Конституції України.

2. Законопроект про внесення змін до статті 81 Конституції України (щодо додаткових підстав дострокового припинення повноважень народного депутата України) (реєстр. No 1027) відповідає вимогам частини другої статті 157, статті 158 Конституції України.

«Німітц проти Німеччини»

У цій справі в офісі заявника – адвоката за професією був проведений обшук. Німітц у своїй скарзі стверджував, що мало місце порушення права на повагу до його житла та кореспонденції. Уряд Німеччини, заперечуючи проти скарги, стверджував, що стаття 8 Конвенції не надає захисту від обшуку в адвокатській конторі, оскільки проводить чітку межу між особистим життям та житлом, з одного боку, та професійним і діловим життям і службовим приміщенням, з іншого. ЄСПЛ у своєму рішенні зазначив, що недоцільно давати вичерпний перелік поняттю «особисте життя», оскільки повага до приватного життя має включати право встановлювати та розвивати стосунки з іншими людьми, у тому числі професійного та ділового характеру. У випадку, коли людина має гуманітарну професію, робота у такому контексті може стати невід'ємною частиною життя до такого ступеню, що неможливо буде визначити, в якості кого ця особа діє у конкретно визначений час.

У цьому ж рішенні ЄСПЛ розширив і поняття «житла», визнавши таким як житло, так і офіс адвоката, підкресливши, що вести діяльність, яку можна віднести до професійної чи ділової можливо успішно і зі свого місця проживання і з офісу, а вузьке тлумачення терміну «житло» може призвести до небезпеки нерівності такої ж, як і вузьке розуміння поняття «особистого життя».

В рішенні «Німітц проти Німеччини» ЄСПЛ зазначив, що професійна діяльність адвоката дуже тісно пов'язана з приватним життям в розумінні ст. 8 Конвенції. Згідно з п. 37 вказаного Рішення суд встановив, що при здійсненні обшуку офісу адвоката відбулося посягання на професійну таємницю в тій мірі, що не співвідноситься з обставинами; в зв'язку з чим суд наголосив, що посягання на професійну таємницю адвоката може мати негативні наслідки при здійсненні правосуддя і тим самим порушувати права, гарантовані ст. 6 Конвенції. В додаток до цього, ЄСПЛ зазначив, що супутній розголос факту проведення обшуку адвокатського офісу може негативно вплинути на професійну репутацію в очах як клієнтів адвоката, так і суспільства в цілому. Тому обшук приміщення адвоката в даному випадку становить порушення ст. 8 Конвенції.

Висновок Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до статті 93 Конституції України (щодо законодавчої ініціативи народу)

Пропоновані пунктом 1 Законопроекту положення, за якими право законодавчої ініціативи реалізують суб'єкти такого права „у випадках і порядку, визначених Конституцією України і законами України", мають упроваджуватися лише таким чином, щоб ухвалені на їх реалізацію закони відповідали приписам Конституції України та не закріплювали положень, які б встановлювали обмеження права законодавчої ініціативи будь-кого із суб'єктів цього права, визначених Конституцією України.

Конституційний Суд України зазначає, що Верховна Рада України є органом державної влади, який здійснює свої повноваження на засадах представництва народними депутатами України інтересів Українського народу. Конституційний Суд України у Рішенні від 7 липня 1998 року № 11-рп/98 вказав, що діяльність Верховної Ради України передусім спрямована на забезпечення народного представництва та виявлення державної волі прийняттям законів шляхом голосування народних депутатів України (абзац третій пункту 1 мотивувальної частини). Народні депутати України є повноважними представниками Українського народу у Верховній Раді України, відповідальними перед ним і покликаними виражати та захищати його інтереси.

З огляду на наведене Конституційний Суд України вказує на те, що звуження (обмеження) законом України реалізації права законодавчої ініціативи у Верховній Раді України, зокрема, народними депутатами України може призвести до обмеження їх прав щодо вільного волевиявлення та безперешкодного здійснення своїх повноважень в інтересах усіх громадян України і, як наслідок, – до обмеження прав і свобод людини і громадянина.

Запропоноване Законопроектом положення, за яким „закон приймається відповідно до вимог законодавчої процедури, визначеної Конституцією України та законами України" не може змінювати встановлені Конституцією України процесуальні вимоги розгляду, ухвалення або набрання чинності нормативними актами (конституційну процедуру розгляду законопроектів). Конституційний Суд України зазначав, що верховенство конституційних норм поширюється на всі сфери державної діяльності, в тому числі і на законотворчий процес; Верховна Рада України, приймаючи закони, не має права допускати невідповідностей

щодо будь-яких положень, прямо закріплених в Конституції України (абзац четвертий пункту 1 мотивувальної частини Рішення від 23 грудня 1997 року № 7-зп).

За юридичною позицією Конституційного Суду України критерієм визнання актів неконституційними, зокрема, може стати порушення саме тих процесуальних вимог їх розгляду, ухвалення або набрання ними чинності, які встановлені Конституцією України, а не іншими нормативними актами (пункт 7 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 26 квітня 2018 року № 4-р/2018). Дотримання встановленої Конституцією України процедури розгляду, ухвалення та набрання чинності законами є однією з умов легітимності законодавчого процесу, у випадку її порушення конституційному контролю підлягає не зміст закону, а встановлена Конституцією України процедура його розгляду та ухвалення (пункт 5 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 28 лютого 2018 року № 2-р/2018).

Висновок у справі за конституційним зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності змін до статей 76 та 77 Конституції України (щодо зменшення конституційного складу Верховної Ради України та закріплення пропорційної виборчої системи) вимогам статей 157 та 158 Конституції України

Конституційним Судом України надано висновок у справі за конституційним зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до статей 76 та 77 Конституції України (щодо зменшення конституційного складу Верховної Ради України та закріплення пропорційної виборчої системи) (реєстр. № 1017) вимогам статей 157 і 158 Конституції України.

Цим Висновком Конституційний Суд України визнав таким, що відповідає вимогам статей 157 і 158 Конституції України, законопроект про внесення змін до статей 76 та 77 Конституції України (щодо зменшення конституційного складу Верховної Ради України та закріплення пропорційної виборчої системи) (реєстр. № 1017).

Конституційний Суд України, вирішуючи порушені у конституційному зверненні питання, виходив з того, що пропоноване Законопроектом зменшення конституційного складу Верховної Ради України з чотирьохсот п’ятдесяти народних депутатів України до трьохсот

народних депутатів України, вилучення із тексту статті 76 Конституції України положення „на основі загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування“; встановлення для кандидатів у народні депутати України таких вимог, як постійне проживання в Україні не менше останніх п’яти років і володіння державною мовою; заміна слів «не може бути обраним до Верховної Ради України» словами «не може бути народним депутатом України», закріплення пропорційної виборчої системи для обрання Верховної Ради України та доповнення розділу XV «Перехідні положення» Конституції України пунктом 17 не спрямовані на ліквідацію незалежності чи на порушення територіальної цілісності України, не передбачають та обмеження прав і свобод людини і громадянина, а отже, відповідають вимогам частини першої статті 157 Конституції України.

У Висновку також зазначається, що Законопроект відповідає вимогам частини другої статті 157 Конституції України, статті 158 Конституції України.

Разом з тим, Конституційний Суд України зробив низку застережень для врахування Верховною Радою України при подальшій роботі над Законопроектом.

Постанова Великої Палати Верховного Суду
від 12 грудня 2018 року (№ 804/285/16)

У постанові Великої Палати Верховного Суду від 12 грудня 2018 року в справі № 804/285/16 (провадження ВП ВС № 11-669апп18) Суд уперше системно обґрунтував відступлення від своїх попередніх правових позицій із застосуванням практики Європейського суду з прав людини, а саме Рішення ЄСПЛ у справі «Chapman v. the United Kingdom» («Чепмен проти Сполученого Королівства») від 18 січня 2001 року, заява № 27238/95. У § 70 цього рішення ЄСПЛ наголосив на тому, що «в інтересах правової визначеності, передбачуваності та рівності перед законом він не має відступати від попередніх рішень за браком належної для цього підстави» Саме з цього постулату Верховний Суд вивів ключові принципи, покликані гарантувати стабільність та незмінність власної судової практики:

1) По-перше, причинами для відступу від попередньої практики можуть бути вади попереднього рішення чи групи рішень (їхня неефективність, неясність, неузгодженість, необґрунтованість, незбалансованість, помилковість) чи зміна суспільного контексту (див. п. 43 Першої та Другої, а також Третю із вказаних вище постанов).

2) По-друге, відступаючи від висновку щодо застосування юридичної норми, Велика Палата Верховного Суду може або повністю відмовитися від свого висновку на користь іншого, або конкретизувати попередній висновок, застосувавши відповідні способи тлумачення юридичних норм (див. п. 45 згаданих нами Першої постанови й п. 44 Другої постанови та Третю постанову).

Тому можна констатувати про формування Великою Палатою Верховного Суду еволюційної концепції (у перспективі - судової доктрини) «зв'язаності Верховного Суду своїми попередніми правовими позиціями». Водночас про додержання цієї концепції під час ухвалення ВП ВС постанов від 12 грудня 2018 року в справі № 804/285/16 (провадження ВП ВС № 11-669апп18) треба говорити із певним застереженням, оскільки нам не вдалося з'ясувати чіткої причини, з якої Суд змінив свій вектор правозастосування.

Постанова Великої Палати Верховного Суду від 12 вересня 2018 року (№ 2-а/3097/2007)

Згадка про нещодавнє минуле. Спроба формування єдиної й незмінної практики, проте без допомоги ЄСПЛ та апелювання до ідеї-концепції.

Одним із перших судових рішень, у якому ВП ВС відступила від своїх правових позицій, стала постанова Великої Палати Верховного Суду від 12 вересня 2018 року в справі № 2-а-3097/2007 (провадження ВП ВС № 11-695апп18).

У цій справі ВП ВС, встановивши, що позивачем подано позов про стягнення компенсації за неотримане продовольче забезпечення за час проходження військової служби, дійшла висновку про те, що спір фактично виник між особою, яка проходила військову службу, та суб'єктом владних повноважень, а отже є публічно-правовим.

З огляду на це ВП ВС зауважила про наявність підстав відступити від правового висновку, викладеного в постанові Великої Палати Верховного Суду від 13 червня 2018 року в справі № 161/13250/17, за змістом якого звернення позивача до суду з позовом про відшкодування майнової та моральної шкоди та стягнення грошової компенсації за недоотримане речове майно спрямоване на відновлення його майнового стану (порушеного права власності та ліквідації збитків, заподіяних його інтересам), на захист якого спрямовані засоби та норми, визначені саме цивільним законодавством.

Можна стверджувати, що Велика Палата Верховного Суду перебувала в ситуації пошуку правильного тлумачення норм.

Проте Суд у такому разі мусить зазначати, що його попередній підхід ґрунтувався на помилковому трактуванні законодавства, яке застосовувалося в певній категорії справ, і виправдати так свої дії стосовно коригування раніше сформульованої правової позиції. Переконливою підставою для цього було б посилання на прецедентне рішення ЄСПЛ у справі «Chapman v. the United Kingdom» від 18 січня 2001 року, заява № 27238/95 (§ 70), (у якому міститься вказівка про імпліцитне, тобто не зазначене безпосередньо в тексті ЄКПЛ, повноваження суду відступити від принципу правової визначеності з наведенням обґрунтованих мотивів), а також апелювання до помилковості тлумачення як однієї із можливих причин для такого відступлення (чит. розлогіше про це в п. п. 43-45 постанови Великої Палати Верховного Суду від 4 вересня 2018 року в справі № 823/2042/16 (провадження ВП ВС № 11-377апп18), у п. п. 43-44 постанови Великої Палати Верховного Суду від 5 грудня 2018 року в справі № 818/1688/16 (провадження ВП ВС № 11-892апп18), а також мотивувальну частину постанови Великої Палати Верховного Суду від 12 грудня 2018 року в справі № 804/285/16 (провадження ВП ВС № 11-669апп18).

«Бухта та інші проти Угорщини»

Справа «Bukta та інші проти Угорщини» (заява № 25691/04, §36, рішення від 17 липня 2007 року) стосувалася наступного. Згідно з Законом Угорщини про свободу зібрань 1989 року, поліція повинна бути повідомлена про зібрання принаймні за три дні; вона має право розігнати зібрання, яке проводиться без попереднього повідомлення. У грудні 2002 року прем'єр-міністр Румунії здійснив офіційний візит до Будапешту і дав прийняття з нагоди національного свята Румунії. Днем раніше угорський прем'єр-міністр повідомив, що він відвідає прийняття. Заявники вважали, що він не повинен відвідувати захід, який відзначав негативну частину угорської історії (приєднання Румунією Трансільванії в 1918 році), і приєдналися до групи близько 150 осіб, які зібралися перед готелем, в якому в той час проводилось прийняття. Вони не повідомили завчасно поліцію про свій намір провести демонстрацію. Почувши звук, схожий на незначну детонацію, поліція, присутня на прийнятті, змусила демонстрантів розійтися. Заявники подали позови про визнання втручання поліції незаконним. У результаті вони були відхилені на тій підставі, що демонстрація була розпущена через те, що демонстранти завчасно не повідомили про неї поліцію.

Суд зазначає, що пункт 2 статті 11 дає державам право накладати «законні обмеження» на здійснення права на свободу зібрань.

34. Суд встановив за рішеннями національних судів, які розглядали законність подій, що правові підстави для розпуску зборів заявників полягали виключно у відсутності попереднього повідомлення. Суди засновували свої рішення про визнання поліцейських заходів законними виключно грунтуючись на цьому аргументі і не враховували інших аспектів даної справи, зокрема, мирного характеру події.

35. Суд повторює, що встановлення для громадських зібрань процедури попереднього дозволу істотно не зазіхає на сутність права. Проте, в обставинах сьогодення справи відсутність досить завчасного повідомлення товариства про намір прем'єр-міністра відвідати прийом залишило заявникам можливість або зовсім відмовитися від реалізації права на мирні зібрання, або ж реалізувати його в порушення адміністративних вимог.

36. На думку Суду, з огляду на особливі обставини, коли негайна реакція на політичну подію в режимі показу може бути виправдана, рішення припинити виникло мирне зібрання виключно через відсутність необхідного попереднього повідомлення, без будь-яких протиправних дій з боку учасників, є непропорційним обмеженням свободи мирних зібрань.

37. У зв'язку з цим, Суд зазначає, що немає свідчень того, що заявники становили небезпеку для громадського порядку, за винятком незначного занепокоєння, яке неминуче відбувається при організації зборів в громадському місці. Суд повторює, що там, «де демонстранти не беруть участі в актах насильства, державним органам важливо продемонструвати певний рівень толерантності по відношенню до мирних зібрань з тим, щоб гарантована статтею 11 Конвенції свобода зборів, не була позбавлена своєї суті»

38. Беручи до уваги викладені вище міркування, Суд вважає, що розгін мирного зібрання заявників не може розглядатися як необхідний в демократичному суспільстві в інтересах досягнення переслідуваних цілей.

Суд зазначив, що саме по собі встановлення для громадських зібрань попереднього дозволу не посягає на сутність права за статтею 11. Разом з тим, на думку Суду, враховуючи особливі обставини справи, коли реакція на політичну подію у вигляді демонстрації може бути виправдана, рішення припинити мирне зібрання виключно у зв'язку з відсутністю необхідного попереднього повідомлення, без будь-яких протиправних дій з боку учасників, є непропорційним обмеженням свободи мирних зібрань.

39. Відповідно, тут мало місце порушення статті 11 Конвенції.

Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 31 травня 2018 року у справі № 127/27182/15-к

Першого листопада 2018 року Верховний Суд зробив крок на шляху відновлення структури правопорядку, де Кримінальний кодекс повинен охороняти Конституцію та закони, а не сам себе.

Ухвалено рішення, яке може кардинально змінити практику покарання за незаконне поводження зі зброєю та мати серйозний вплив на регулювання обігу зброї у нашій країні. Верховний суд задовольнив клопотання захисників мешканця міста Дніпра, засудженого за зберігання зброї і боєприпасів без передбаченого законом дозволу (стаття 263 Кримінального кодексу) та передав справу на розгляд Великої палати, оскільки визнав, що існує виключна правова проблема через відсутність закону, який визначає дозвільний порядок обігу зброї.

В ухваленому рішенні Верховний суд зазначив, що вирішення вказаної проблеми Великою палатою необхідне для розвитку права в Україні.

Мотивуючи передачу справи Великій палаті Верховний суд зазначив, що стаття 263 Кримінального кодексу є бланкетною нормою, яка відсилає до закону, що повинен визначати дозвільний порядок цивільного обігу вогнепальної зброї та боєприпасів. Саме визначений законом порядок є об'єктом злочину, за порушення якого карає стаття 263 Кримінального кодексу.

Також, Верховним судом зазначено, що пункт 7 статті 92 Конституції встановлює, що правовий режим власності визначається виключно законом. Зазначене може свідчити лише про те, що правила цивільного обігу певних речей без альтернативи можуть встановлюватися лише актами вищої юридичної сили, якими є закони.

Таким чином, передача цієї справи Великій палаті поставила під сумнів позицію, яка була викладена іншою колегією суддів Верховного суду 31 травня 2018 року у справі № 127/27182/15-к і фактично узаконювала можливість покарання за незаконне поводження зі зброєю за відсутності відповідного закону. Тоді Верховний суд зробив висновок, що під терміном «Закон» у статті 263 Кримінального кодексу розуміються також підзаконні нормативні акти.

Отже, в результаті розгляду вказаної справи Велика палата може ухвалити рішення, яким визнає незаконним застосування статті 263 Кримінального кодексу доки парламент не ухвалить відповідний закон. Фактично, може бути зупинена дія цієї статті, що додасть роботи правоохоронцям з пошуку мотивів особи зберігати чи придбавати зброю для кваліфікації таких дій за іншими статтями КК.

Рішення Конституційного Суду України у справі про про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу

Рішення КСУ у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення третього речення частини першої статті 13 Закону України «Про психіатричну допомогу» (справа про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу) від 01.06.2016 р. Конституційного Суду Україні у застосуванні конституційних гарантій права особи на свободу, зокрема у контексті психіатричного обстеження, лікування і інших заходів, пов'язаних з психіатричною допомогою.

У цій справі розглядається питання щодо забезпечення права на свободу вкрай вразливої категорії людей, які не можуть за станом свого здоров'я надати усвідомлену згоду на їх поміщення до психіатричної установи. Закон України «Про психіатричну допомогу» не передбачає достатніх гарантій для таких осіб, залишаючи їх у вкрай вразливому становищі.

Частково, обмежене тлумачення обсягу права на свободу, що гарантоване статтею 29 Конституції, є наслідком нерозуміння універсального характеру конституційних гарантій, їх безпосередньої застосовності незалежно від наявності чи відсутності спеціалізованого законодавства і, як наслідок, автономного значення будь-яких термінів, вжитих в тексті Конституції.

Конституційний суд України в Рішенні у справі про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу №2-рп/2016 від 01 червня 2016 року, зазначив, що Україна є демократичною, правовою, соціальною державою, в якій людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю; права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави; держава відповідає перед людиною за свою діяльність; утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов`язком держави (статті 1, 3 Конституції України).

Системний аналіз законодавства України дає підстави стверджувати, що недієздатні особи є особливою категорією людей (фізичних осіб), які внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу тимчасово або постійно не можуть самостійно на власний розсуд реалізовувати майнові та особисті немайнові права, виконувати обов`язки й нести юридичну відповідальність за свої діяння. Недієздатним особам мають

надаватися правові можливості для задоволення індивідуальних потреб, реалізації та захисту їх прав і свобод.

Хоча за станом здоров`я недієздатні особи не спроможні особисто реалізовувати окремі конституційні права і свободи, у тому числі право на свободу та особисту недоторканність, вони не можуть бути повністю позбавлені цих прав і свобод, тому держава зобов`язана створити ефективні законодавчі механізми та гарантії для їх максимальної реалізації.

Конституційний Суд України вважає, що така госпіталізація за своєю природою та наслідками є непропорційним обмеженням конституційного права недієздатної особи на свободу та особисту недоторканність, тому вона має здійснюватися з дотриманням конституційних гарантій захисту прав і свобод людини і громадянина, з урахуванням зазначених міжнародно-правових стандартів, правових позицій Конституційного Суду України та виключно за рішенням суду відповідно до вимог статті 55 Основного Закону України.

Судовий контроль за госпіталізацією недієздатної особи до психіатричного закладу в порядку, передбаченому статтею 13 Закону, є необхідною гарантією захисту її прав і свобод, закріплених, зокрема, статтями 29, 55 Основного Закону України. Суд після незалежного і неупередженого розгляду питання щодо госпіталізації недієздатної особи до психіатричного закладу має ухвалити рішення стосовно правомірності обмеження конституційного права такої особи на свободу та особисту недоторканність.

Європейський суд з прав людини, застосовуючи статтю 5 Конвенції, виходить із того, що ця стаття встановлює позитивний обов`язок держави щодо захисту свободи осіб, які перебувають під її юрисдикцією, інакше існувала б значна прогалина в захисті від свавільного затримання, що було б несумісним з важливістю особистої свободи у демократичному суспільстві, тому держава повинна вживати заходів, що забезпечують ефективний захист вразливих осіб (пункт 102 рішення у справі «Шторк проти Німеччини» від 16 червня 2005 року; пункт 120 рішення у справі «Станєв проти Болгарії» від 17 січня 2012 року).

Конституційний Суд України дійшов висновку, що положення третього речення частини першої статті 13 Закону у взаємозв’язку з положенням частини другої цієї статті суперечить статтям 3, 8, 29, 55 Конституції України, оскільки передбачає госпіталізацію особи, визнаної у встановленому законом порядку недієздатною, до психіатричного закладу на прохання або за згодою її опікуна за рішенням лікаря-психіатра без судового контролю. (Рішення Конституційного суду України №2-рп/2016 від 01 червня 2016 року).

Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційною скаргою Жабо Тетяни Максимівни щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частин третьої статті 40 Кодексу законів про працю України

Вирішуючи порушені у конституційній скарзі питання Конституційний Суд України виходить з такого.

2.1. Україна є соціальною, правовою державою (стаття 1 Конституції України).

Громадяни України мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом; не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками (частини перша, друга статті 24 Конституції України).

Відповідно до статті 43 Основного Закону України кожен має право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується; держава створює умови для повного здійснення громадянами права на працю.

Статтею 46 Основного Закону України громадянам гарантується право на соціальний захист, що включає, зокрема, право на забезпечення їх у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності (частина перша).

Враховуючи викладене, Конституційний Суд України констатує, що всі трудові відносини повинні грунтуватися на принципах соціального захисту та рівності для всіх підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, виду діяльності і галузевої належності, а також осіб, які працюють за трудовим договором, що, зокрема, має відображатись у встановленні вичерпного переліку умов та підстав припинення таких відносин.

Законодавством України визначено, що тимчасова непрацездатність – це непрацездатність особи внаслідок захворювання, травми або з інших причин, що не залежать від факту втрати працездатності (пологи, карантин, догляд за хворим тощо), яка має тимчасовий зворотний характер під впливом лікування та реабілітаційних заходів, триває до відновлення працездатності або встановлення групи інвалідності, а в разі інших причин – до закінчення причин відсторонення від роботи.

У статті 46 Конституції України передбачено, що громадяни мають право на соціальний захист, зокрема у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, тому для забезпечення

конституційного права кожного на працю, встановленого статтею 43 Основного Закону України, повинні бути закріплені певні гарантії, а саме заборона на звільнення працівника з ініціативи власника в період тимчасової непрацездатності такого працівника.

Закріплення в основному Законі України права громадян на соціальний захист сприяє виконанню обов'язку держави зі створення умов для реалізації громадянами права на працю, що корелюється з вимогами приписів Основного Закону України (частина друга статті 43) та Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права 1966 року (статті 16, 17), а заборона звільнення працівника з ініціативи власника у період перебування такого працівника у відпустці є такою, що забезпечує реалізацію його конституційного права на відпочинок, закріпленого статтею 45 Конституції України.

3. Згідно з положеннями частини третьої статті 40 Кодексу працівникові надаються гарантії захисту від звільнення з ініціативи власника або уповноваженого ним органу в період його тимчасової непрацездатності (крім звільнення за нез'явлення на роботу протягом більш як чотирьох місяців підряд внаслідок тимчасової непрацездатності, не рахуючи відпустки по вагітності і родах, якщо законодавством не встановлений триваліший строк збереження місця роботи (посади) при певному захворюванні), а також у період перебування працівника у відпустці. Тобто законодавство не допускає звільнення працівника з ініціативи власника або уповноваженого ним органу в період його тимчасової непрацездатності та відпустки.

Автор клопотання вважає, що надання власнику або уповноваженому ним органу права звільняти працівника в день його перебування на лікарняному на підставі припинення строкового трудового контракту ставить такого працівника в нерівні умови порівняно з іншими працівниками, трудові правовідносини яких не врегульовані контрактом, та призводить до порушення гарантій захисту від незаконного звільнення.

Конституційний Суд України, дослідивши матеріали конституційної скарги, дійшов такого висновку.

Згідно з Кодексом контракт – це особлива форма трудового договору, в якому строк його дії, права, обов'язки і відповідальність сторін (в тому числі матеріальна), умови матеріального забезпечення і організації праці працівника, умови розірвання договору, в тому числі дострокового, можуть встановлюватися угодою сторін; сфера застосування контракту визначається законами України (частина третя статті 21).

Істотними умовами укладення контракту є передбачення строку його дії, підстав його припинення чи розірвання. Таким чином, контракт укладається на строк, який встановлюється за погодженням

сторін та містить чітке зазначення, коли розпочинається строк дії контракту та коли він закінчується.

Проте наведене не може бути підставою для незастосування до працівників, які працюють відповідно до укладеного контракту, положень частини третьої статті 40 Кодексу, і такі працівники не можуть бути звільнені в день тимчасової непрацездатності або в період перебування у відпустці, оскільки це зумовить нерівність та дискримінацію цієї категорії працівників, ускладнить їх становище та знизить реальність гарантій трудових прав громадян, встановлених Конституцією і законами України.

У 8 49 Рішення у справі «Пічкур проти України» від 7 листопада 2013 року Європейський суд з прав людини акцентував увагу на тому, що відмінність у ставленні є дискримінаційною, якщо вона не має об'єктивного та розумного обгрунтування, іншими словами, якщо вона не переслідує легітимної мети або якщо немає розумного співвідношення між застосованими засобами та переслідуваною метою.

Конституційний Суд України вказував, що мета встановлення певних відмінностей (вимог) у правовому статусі працівників повинна бути істотною, а самі відмінності (вимоги), що переслідують таку мету, мають відповідати конституційним положенням, бути об'єктивно виправданими, обгрунтованими та справедливими .З огляду на це Конституційний Суд України зазначає, що не може бути дискримінації у реалізації працівниками трудових прав. Порушення їх рівності у трудових правах та гарантіях є недопустимим, а будь-яке обмеження повинне мати об'єктивне та розумне обгрунтування і здійснюватись з урахуванням та дотриманням приписів Конституції України та міжнародних правових актів.

Конституційний Суд України у Рішенні від 9 липня 1998 року No 12-рп/98 вказав, що „умови контракту, які погіршують становище працівника порівняно з чинним законодавством, угодами і колективним договором, вважаються недійсними (стаття 9 Кодексу законів про працю України)“ (абзац перший пункту 5 мотивувальної частини).

Таким чином, Конституційний Суд України дійшов висновку, що положення частини третьої статті 40 Кодексу є такими, що поширюються на усі трудові правовідносини та не суперечать Конституції України.

Враховуючи викладене та керуючись статтями 147, 150, 151, 151, 153 Конституції України, відповідно до статей 7, 32, 36, 65, 67, 74, 84, 88, 89, 92, 94 Закону України „Про Конституційний Суд України“.

Конституційний Суд України вирішив:

1. Визнати такими, що відповідають Конституції України (є конституційними), положення частини третьої статті 40 Кодексу законів про працю України.

«D.H. проти Чеської Республіки»

Справа «Д. Г. та інших проти Чеської Республіки» (D. H. and Others v. the Czech Republic). У школах проводили тестування з метою виявлення рівня інтелектуальних здібностей учнів. Залежно від результатів тестування вирішували, залишати учня у звичайній школі чи переводити до спеціалізованої. Спеціалізовані школи були розраховані на дітей з вадами розумового розвитку та проблемами у навчанні. Всі учні, яких було рекомендовано до спеціалізованих закладів, проходили однакові тести, розроблені виходячи з можливостей пересічних представників чеського населення. Тому було цілком очевидно, що учні з ромського середовища складуть їх гірше. Що, власне, і сталося: від 50 до 90 відсотків дітей-ромів були направлені на навчання до спеціалізованих закладів. ЄСПЛ вирішив, що в цьому випадку відбувається непряма дискримінація.

За таких обставин, хоч і визнаючи зусилля з боку чеських органів влади для забезпечення отримання дітьми-ромами освіти та труднощі, з якими вони зіткнулися, Суд не був переконаний, що відмінність у поводженні між дітьми-ромами та іншими дітьми була об'єктивно та розумно виправдана, і що існував розумний зв'язок між використаними засобами та переслідуваною метою. Оскільки було встановлено, що відповідне законодавство, яке діяло у відповідний момент часу, мало непропорційний згубний вплив на громаду ромів, заявники як члени цієї громади вочевидь постраждали від такого ж дискримінаційного поводження.

Рішення Верховного Суду від 02.09.2019 № Пз/9901/10/19 (№520/3939/19) – щодо оподаткування самозайнятої особи, яка одночасно зареєстрована як ФОП

Перегляд рішення про задоволення позивної заяви, у данній справі, ґрунтується на прийнятті до уваги наступних аргументів та висновків суду, рішення якого переглядається.

У цій справі спірним є питання оплати позивачем єдиного внеску за двома підставами, а саме як фізичною особою – підприємцем, яка перебуває на спрощеній системі оподаткування, та особою, яка

здійснює незалежну професійну діяльність з того ж виду діяльності за КВЕД.

При цьому суд першої інстанції установив, що позивач як фізична особа - підприємець із 30 вересня 2016 року перебуває на обліку в ГУ ДФС у Харківській області як платник єдиного внеску, що підтверджується відомостями, які містяться в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб - підприємців та громадських формувань.

Водночас застосовані судом у цій справі норми права свідчать про те, що фізична особа - підприємець та особа, яка провадить незалежну професійну діяльність, є різними платниками єдиного внеску. Законом № 2464-VI не передбачається порядок обліку та сплати єдиного внеску фізичними особами - підприємцями з ознакою провадження незалежної професійної діяльності.

При цьому аналіз пунктів 1, 2 розділу ІІІ Порядку № 1162 вказує на те, що цим Порядком не передбачено для контролюючого органу можливості самостійно взяття на облік як платників єдиного внеску осіб, які провадять незалежну професійну діяльність, шляхом встановлення ознаки незалежної професійної діяльності. Взяття такої особи на облік платників єдиного внеску можливе виключно за її заявою.

До того ж, як передбачено у пункті 4 розділу VI Порядку № 1162, фізична особа, зареєстрована як особа, яка провадить незалежну професійну діяльність, але не перебуває на обліку чи знята з обліку в контролюючому органі, обліковується в реєстрі страхувальників як особа, яка провадить незалежну професійну діяльність, з ознакою «платник не подав заяви для взяття на облік».

Як встановив суд першої інстанції, позивач після отримання свідоцтва від 28 жовтня 2016 року №1836, яким йому присвоєно (підтверджено) кваліфікацію судового експерта з правом проведення автотоварознавчих експертиз за спеціальністю 12.2 «Визначення вартості колісних транспортних засобів та розміру збитку, завданого власнику транспортного засобу», не подавав заяви за формою № 1-ЄСВ до контролюючого органу. Натомість 21 лютого 2018 року відповідач самостійно встановив позивачу як фізичній особі – підприємцю ознаку незалежної професійної діяльності до ІКП з КБК 71040000.

Отже, Велика Палата Верховного Суду вважає правильним висновок суду першої інстанції про те, що дії ГУ ДФС у Харківській області щодо самостійного встановлення позивачу як фізичній особі -

підприємцю ознаки незалежної професійної діяльності до ІКП з КБК 71040000 не узгоджуються з нормами Порядку № 1162, якими визначено процедуру взяття на облік платників єдиного внеску.

Посилання ГУ ДПС у Харківській області в апеляційній скарзі на пункт 4 розділу VI Порядку № 1162, як на обґрунтування правомірності дій контролюючого органу щодо самостійного встановлення позивачеві ознаки незалежної професійної діяльності Велика Палата Верховного Суду вважає недоречним. Закріплене цим пунктом право контролюючого органу брати на облік як платника єдиного внеску особу, яка провадить незалежну професійну діяльність і не перебуває на такому обліку, може бути реалізоване виключно в разі подання цією особою відповідної заяви.

Крім того, Велика Палата Верховного Суду вважає правильним висновок суду першої інстанції про те, що системний аналіз норм Закону № 2464-VI та Положення № 10-1 свідчить про відсутність повноважень у контролюючого органу за власною ініціативою без наявності звітності платника єдиного внеску (особи, яка провадить незалежну професійну діяльність/фізичної особи - підприємця), в якій містяться відомості про суми нарахованого доходу та єдиного внеску фізичних осіб - підприємців, осіб, які провадять незалежну професійну діяльність, вносити зміни (подавати інформацію до Пенсійного фонду України щодо змін) до облікової картки платника єдиного внеску шляхом встановлення ознаки незалежної професійної діяльності та відповідно нараховувати єдиний внесок у розмірі мінімального страхового внеску на місяць, визначеного Законом № 2464-VI як граничний мінімальний внесок для осіб, які провадять незалежну професійну діяльність.

При цьому з огляду на положення пункту 1.3 статті 1 Податкового кодексу України Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду слушно вказав на неможливість застосування до правовідносин щодо сплати єдиного внеску положень цього Кодексу.

Оскільки позивач не перебуває на обліку платників єдиного внеску як особа, яка здійснює незалежну професійну діяльність, та відповідно не подає звітності як такий платник, суд першої інстанції дійшов правильного висновку, що відповідач безпідставно встановив позивачу як платнику єдиного внеску (фізичній особі - підприємцю) ознаку незалежної професійної діяльності та нарахував на цій підставі єдиний внесок.

Доводи ГУ ДПС у Харківській області про те, що оскаржувані дії відповідача узгоджуються з приписами пункту 16 розділу IV Порядку № 435, Велика Палата Верховного Суду вважає недоречними.

Здійснивши аналіз зазначеного пункту, суд першої інстанції дійшов обґрунтованого висновку про наявність колізії між положеннями нормативно-правових актів різної юридичної сили, а саме: суд констатував, що приписи пункту 16 розділу IV Порядку № 435, яким передбачено обов`язок формування та подання звіту фізичною особою – підприємцем, з ознакою незалежної професійної діяльності, не відповідають положенням пунктів 4 та 5 частини першої статті 4 Закону № 2464-VI.

Ураховуючи наведене, Велика Палата Верховного Суду вважає правильним висновок суду першої інстанції про те, що хоча процедура щодо обліку платників єдиного внеску й була встановлена підзаконним нормативно-правовим актом, однак у частині визначення видів платників єдиного соціального внеску вона суперечить Закону № 2464-VI, тому немає підстав вважати, що дії органу, який використовував таку процедуру, узгоджуються з принципом належного врядування, оскільки надано перевагу приписам нормативно-правового акта, нижчому за ієрархією від указаного Закону.

Велика Палата Верховного Суду також підкреслює, що існування нечіткого, суперечливого нормативного регулювання порушує принцип правової визначеності.

При цьому застосовними у цій справі є висновки Європейського суду з прав людини справа «Серков проти України» (цитовані у пункті 65 цієї постанови), оскільки принцип найбільш сприятливого тлумачення національного законодавства на користь платників податків так само може бути застосований до платників загальнообов’язкових внесків, у тому числі єдиного внеску.

Зважаючи на зазначене, Велика Палата Верховного Суду дійшла висновку про те, що ГУ ДФС у Харківській області безпідставно здійснювало повторне нарахування позивачу єдиного внеску, а тому вимога про сплату боргу (недоїмки) від 04 березня 2019 року № Ф-141392-17 є протиправною та підлягає скасуванню.

Також Велика Палата Верховного Суду вважає, що Касаційним адміністративним судом у складі Верховного Суду правильно встановлено критерії, за якими справу, яка розглядається, було віднесено до типових справ. При цьому судом першої інстанції в оскаржуваному рішенні надано розгорнуту оцінку відповідності згаданим критеріям матеріалів справ, які були долучені до подання про розгляд цієї справи як зразкової.

Постанова Касаційного Господарського суду у складі Верховного Суду від 21.02.2020 року у справі № 914/847/19

Верховний Суд розглядаючи справу № 914/847/19 за касаційною скаргою Львівської митниці ДФС про ухвали Західного апеляційного господарського суду від 31.10.2019 постановив задовольнити дану касаційну скаргу.

Скаржник аргументував свою скаргу тим, що суд апеляційної інстанції позбавив Митницю можливості усунути недоліки в апеляційній скарзі, які указані в ухвалі від 16.09.2019, оскільки ця ухвала на адресу Митниці не надходила.

Розглянувши та оцінивши усі вказані у справі факти Верховний Суд, виходячи із стандарту переваги більш вагомих доказів, тобто коли висновок про існування стверджувальної обставини з урахуванням поданих доказів видається більш вірогідним, ніж протилежний (див. пункт 12 постанови ВС від 14.08.2018 у справі № 905/2382/17 та пункт 7.10 постанови ВС від 10.09.2019 у справ № 916/2403/18), дійшов висновку, що суд апеляційної інстанції помилково направив Митниці копію ухвали про залишення апеляційної скарги без руху іншої особи від 16.09.2019 у справі № 914/748/19, стороною якої Митниця не є. У зв'язку з чим процесуальний строк на усунення недоліків апеляційної скарги Митниці не розпочав свій перебіг.

Те що ці обставини не були взяті до уваги судом апеляційної інстанції під час постановлення оскаржуваної постанови, призвело до цієї ухвали.

Правова аргументацію суддів у постанові Касаційного Господарського суду у складі Верховного Суду від 03.06.2020 року у справі № 908/1415/19.

03.06.202 року касаційним Господарським судом у складі Верховного Суду винесено постанову у справі № 908/1415/19 за касаційною скаргою приватної фірми «Снов» на постанову Центрального апеляційного господарського суду від 29.01.2020 та рішення Господарського суду Запорізької області від 03.10.2019 (за позовом ПФ «Снов» до Департаменту архітектури та містобудування Запорізької міської ради про паспортів прив'язки тимчасових споруд.

В цій справі суд дійшов висновку, що оскаржувані рішення судів попередніх інстанцій ухвалені з додержанням норм матеріального та процесуального права.

Свою позицію Суд аргументував тим, що покази Позивача, щодо продовження користування ним земельними ділянками після закінчення строків дії договорів оренди землі, сплату орендної плати та відсутність протягом одного місяця після закінчення дії договорів оренди землі заперечень Запорізької міської ради щодо поновлення договорів, не свідчить про продовження строків дії вказаних договорів, оскільки не було укладено додаткових угод про продовження строків дії договорів, що є обов'язковим в силу імперативних приписів ч. 8 ст. 33 ЗУ «Про оренду землі». Тому суд не вбачає факту порушення прав Позивача діями Запорізької міської ради та підстав для спірних паспортів.

Також, розглянувши матеріали справи Верховний суд дійшов висновку про відсутність підстав касаційного оскарження судових рішень, передбачених п. 3 ч.2 ст. 287 ГПК України у даній справі.

Суд беручи до уваги практику ЄСПЛ у справі «Гарсія Манібардо проти Іспанії» від 15.02.2000, де зазначалося, що спосіб, у який ст. 6 Конвенції застосовується до апеляційних та касаційних судів, має залежати від особливостей процесуального характеру, а також до уваги мають бути взяті норми внутрішнього законодавства та роль касаційних судів у них. Отже, право на касаційне оскарження не є безумовним.

В своїй касаційній скарзі Позивач посилається на рішення Верховного суду, де застосовувалися такі ж норми права, у подібних правовідносинах.

Проте дані обставини не підтвердилися, з огляду на те, що подібність правовідносин означає, зокрема, тотожність суб'єктного складу учасників відносин, об'єкта та предмета правового регулювання, а також умов застосування правових норм . Зміст правовідносин з метою з'ясування їх подібності в різних рішення суду визначається обставинами кожної конкретної справи.

Суд дійшов думки, що аналіз висновків зроблених у судових рішеннях попередніх інстанцій у цій справі, не свідчить про їх невідповідність висновкам викладеним ВС у справах на які посилається Позивач, оскільки зазначені висновки не є різними за своїм змістом , а зроблені судами з урахуванням інших фактичних обставин, які формують зміст правовідносин і зумовили прийняття відповідного рішення, що не дає підстави вважати правовідносини у цих справах подібними.

Постанова Касаційного кримінальнго суду
у складі Верховного Суду від 21.01.2020 року
у справі №751/4233/18

Під час перевірки матеріалів кримінального провадження касаційний суд установив, що висновки про доведеність винуватості ОСОБА_1 у грубому порушенні громадського порядку з мотивів явної неповаги до суспільства, що супроводжувалося особливою зухвалістю, та кваліфікацію його дій за ч. 1 ст. 296 КК суд першої інстанції зробив на підставі доказів, досліджених та оцінених у сукупності із дотриманням вимог кримінального процесуального закону, про що у вироку відповідно до ст. 374 КПК наведено докладні мотиви. Оцінка доказів згідно з вимогами ст. 94 КПК є виключною компетенцією суду, що постановив вирок. Отже при перевірці доводів, наведених у касаційній скарзі, колегія суддів виходить із фактичних обставин, встановлених судами першої та апеляційної інстанцій.

Вирішуючи питання про спрямованість умислу ОСОБА_1 , суд першої інстанції правильно виходив із сукупності всіх обставин кримінального правопорушення, зокрема часу, місця й характеру дій засудженого ОСОБА_1 , який в денну пору доби, перебуваючи у стані алкогольного сп’яніння, у громадському місці – поблизу кафе, ігноруючи елементарні правили поведінки і моралі, діючи з особливою зухвалістю, безпричинно, кинув каміння у раніше незнайому йому потерпілу ОСОБА_2 , після чого повалив її на землю та став завдавати удари ногами по голові до моменту коли його дії були припинені сторонніми особами, чим порушив громадський порядок, правила і норми поведінки в суспільстві, а також спричинив потерпілій тілесних ушкоджень.

Також, за змістом постанови від 04 квітня 2018 року про притягнення ОСОБА_1 до адміністративної відповідальності за ч. 1 ст. 178 КУпАП, ОСОБА_1 на час вчинення злочину знаходився на місці події в п’яному вигляді.

Наведені докази повністю узгоджуються між собою й іншими матеріалами кримінального провадження і не викликають сумнівів у їх достовірності.

Так, при кваліфікації хуліганства, перш за все слід звернути увагу на те, що безпосереднім об’єктом хуліганства є громадський порядок, тобто суспільні відносини, що сформовані внаслідок дії правових норм, а також моральних – етичних засад, звичаїв, традицій та інших позаюридичних чинників і полягає в дотриманні

усталених правил співжиття. Підтримання громадського порядку є одним із важливих чинників захисту честі, гідності, здоров'я, безпеки громадян, їх спокійного відпочинку та безперешкодної праці, втілення інших природних, соціальних і культурних прав членів людської спільноти.

Обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони хуліганства є мотив явної неповаги до суспільства. Домінування у свідомості винного такого внутрішнього спонукання і відсутність особистого мотиву посягання на потерпілого є головним критерієм відмежування хуліганства як злочину проти громадського порядку та моральності від злочинів проти особи.

Як убачається з матеріалів кримінального провадження, фактичною підставою кваліфікації кримінального правопорушення ОСОБА_1 за ч. 1 ст. 296 КК України , стали об`єктивні дані (обставини), досліджені в судовому засіданні й зазначені у вироку. Під час юридичної оцінки цих даних були з`ясовані: природа взаємин, які склалися між засудженим та потерпілою; причина виникнення діяння; місце вчинення протиправних дій, обстановка та обставини, за яких відбувався перебіг посягання; характер та динаміка дій ОСОБА_1 , характер наслідків та причинний зв`язок між ними та діями останнього.

Таким чином, при кваліфікації дій ОСОБА_4 за ч. 1 ст. 296 КК , його зухвала та агресивна поведінка, викликана станом сп'яніння, яка була спрямована на незнайому йому особу, у громадському місці, за відсутності зовнішнього приводу, із заподіянням цій особі тілесних ушкоджень, безсумнівно свідчили про свідоме бажання ОСОБА_1 саме порушити громадський порядок з мотивів явної неповаги до суспільства, що супроводжувалося особливою зухвалістю, а не вчинити злочин проти особи з особистих мотивів.

З огляду на таке, доводи касаційної скарги про відсутність в діях засудженого ОСОБА_1 ознак кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 296 КК , є необґрунтованими.

Також, обґрунтованим є рішення суду про визнання за обставину, що обтяжує покарання - вчинення злочину особою, що перебуває у стані алкогольного сп'яніння, оскільки притягнення ОСОБА_1 до адміністративної відповідальності за ч. 1 ст. 178 КУпАП , є лише додатковим підтвердженням цієї обставини і не може свідчити про незаконне одночасне притягнення його до адміністративної та кримінальної відповідальності.

«Веніамін Тимошенко проти України»

У справі Веніамін Тимошенко та інші проти України заявники – п. Веніамін В'ячеславович Тимошенко (1975 року народження), п. Андрій Миколайович Бородін (1973 року народження), пані Ольга Валеріївна Іванова (1971 року народження), п. Олег Петрович Пушняк (1972 року народження) та п. Тарас Олександрович Товстий (1984 року народження) скаржились, що заборона страйку працівників компанії «АероСвіт» порушувала їхні права, гарантовані статтею 11 Конвенції.

Суд визнав порушення права на свободу зібрань через заборону страйку працівників та членів профспілки ЗАТ «Авіакомпанія «АероСвіт»». Ця заборона ґрунтувалась на положеннях Закону України «Про транспорт» від 1994 року, які передбачали, що страйки були заборонені у випадках, пов'язаних з «перевезенням пасажирів, обслуговуванням безперервно діючих виробництв, а також, коли страйк становить загрозу життю і здоров'ю людини». Суд дійшов висновку, що це положення суперечило Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» від 1998 року, який не забороняв страйків у випадках, пов'язаних з перевезенням пасажирів та обслуговуванням безперервно діючих виробництв. Він зазначив, що до відповідного законодавства зміни не вносились протягом багатьох років, незважаючи на відповідні рекомендації Комітету з питань свободи об'єднань МОП, проекту закону та декларації Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, зробленої в той період часу. В результаті, Суд констатував, що втручання в право заявників на свободу зібрань не ґрунтувалось на достатньо чіткому та передбачуваному законодавстві.

Рішення ЄСПЛ «Савіни проти України».

«Савіни проти України»

Стосувалася скарг осіб, які були сліпими від народження, мали 7 дітей. Сім'я мала дуже примітивні матеріально-побутові умови.

Заявники погоджувалися з тим, що поміщення до інтернатних закладів, можливо, відповідало б інтересам дітей. Проте, за їхніми словами, це можна було б зробити в інший спосіб, не позбавляючи малечу батьківського піклування. Адже органи влади практично позбавили громадян можливості проводити час зі своїми дітьми поза межами таких закладів, особливо якщо враховувати той факт, що малолітніх влаштували в різні заклади. На думку заявників, немає

жодної небезпеки в наданні дітям можливості короткочасних відвідувань батьківського дому.

У підсумку люди доводили, що національні органи мали застосувати менш суворі заходи й держава могла б допомогти виховувати дітей, забезпечивши сім'ї належні умови життя. Також наголошувалося, що при вирішенні справи в суді думку дітей не брали до уваги (пп. 39—42 рішення).

Суд повторює, що право батьків і дітей бути поряд один з одним становить основоположну складову сімейного життя і що заходи національних органів, спрямовані перешкодити цьому, є втручанням у права, гарантовані статтею 8. Таке втручання є порушенням зазначеного положення, якщо воно здійснюється не «згідно із законом», не відповідає законним цілям, переліченим у пункті 2 статті 8, і не може вважатися «необхідним у демократичному суспільстві»

48. Визначаючи, чи було конкретне втручання «необхідним у демократичному суспільстві», Суд повинен оцінити – у контексті всієї справи загалом – чи були мотиви, наведені на виправдання втручання, доречними і достатніми для цілей пункту 2 статті 8 Конвенції і чи був відповідний процес прийняття рішень справедливим і здатним забезпечити належний захист інтересів, як цього вимагає стаття .

49. Суд також повторює, що, хоча національним органам надається певна свобода розсуду у вирішенні питань щодо встановлення державної опіки над дитиною, вони повинні враховувати, що розірвання сімейних зв'язків означає позбавлення дитини її коріння, а це можна виправдати лише за виняткових обставин.

Отже, відповідне рішення має підкріплюватися достатньо переконливими і зваженими аргументами на захист інтересів дитини, і саме держава-відповідач повинна переконатися в тому, що було проведено ретельний аналіз можливих наслідків пропонованого заходу з опіки для батьків і дитини

50. Зокрема, якщо рішення мотивується необхідністю захистити дитину від небезпеки, має бути доведено, що така небезпека справді існує. При винесенні рішення про відібрання дитини від батьків може постати необхідність врахування цілої низки чинників. Можливо, потрібно буде з'ясувати, наприклад, чи зазнаватиме дитина, якщо її залишать під опікою батьків, жорстокого поводження, чи страждатиме вона через відсутність піклування, через неповноцінне виховання та відсутність емоційної підтримки, або визначити, чи виправдовується встановлення державної опіки над дитиною станом її фізичного або психічного здоров'я. З іншого боку, сам той факт, що дитина може

бути поміщена в середовище, більш сприятливе для її виховання, не виправдовує примусового відібрання її від батьків. Такий захід не можна також виправдовувати виключно посиланням на ненадійність ситуації, адже такі проблеми можна вирішити за допомогою менш радикальних засобів, не вдаючись до роз'єднання сім'ї, наприклад, забезпеченням цільової фінансової підтримки та соціальним консультуванням.

51. Крім того, оцінюючи процес вирішення питання про встановлення опіки, який завершився рішенням про роз'єднання сім'ї, Суд повинен, зокрема, переконатися, чи ґрунтуються висновки національних органів на достатній доказовій базі (яка, за потреби, може включати показання свідків, висновки компетентних органів, психологічні та інші експертні висновки та медичні довідки), і чи мали заінтересовані сторони, зокрема батьки, достатні можливості брати участь у вирішенні такого питання.

Суд також повинен врахувати, чи самим дітям було надано можливість висловити свою думку, коли цього вимагали обставини.

52. У будь-якому разі передання дитини під державну опіку слід зазвичай розглядати як тимчасовий захід, здійснення якого має одразу припинятися, коли це дозволяють обставини. Отже, такий захід не може бути санкціонований без попереднього розгляду можливих альтернативних заходів і має оцінюватися в контексті позитивного обов'язку держави вживати виважених і послідовних заходів зі сприяння возз'єднанню дітей зі своїми біологічними батьками, дбаючи при досягненні цієї мети про надання їм можливості 10 підтримувати регулярні контакти між собою та, якщо це можливо, не допускаючи розлучення братів і сестер.

Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 15.04.2020 року у справі №908/671/18

Судом винесено додаткову постанову у справі про розподіл судових витрат та прийнято рішення про часткове задоволення заяви арбітражного керуючого Васильцова А.А..

Суд встановив, що за подання касаційної скарги Васильцов А.А. сплатив до Держ. Бюджету судовий збір – 3842,00 грн.

Керуючись ч. 1 ст. 244 ГПК України та враховуючи, що при прийнятті 17.04.2019 постанови, ВС не розподіли понесені, у зв'язку з переглядом справи у суді касаційної інстанції витрати, подана заява підлягає задоволенню в частині стягнення з Нестеренка О.А. на користь Васильцова А.А. 1 921,00 грн., оскільки у ст. 7 ЗУ «Про

державний бюджет України на 2019 рік» прожитковий мінімум встановлено: з 1 січня 2019 року- 1921 грн.

Питання надмірно сплаченого судового зору може бути вирішено у встановленому законом порядку.

Постанова Касаційного кримінальнго суду у складі Верховного Суду від 23.01.2020 року у справі № 161/1390/19.

Суд розглянувши касаційну скаргу прокурора на ухвалу Волинського апеляційного суду від 17 липня 2019 року у кримінальному провадженні, щодо звільнення підсудного від кримінальної відповідальності за вчинення злочину, передбаченого ст. 198 КК України, на підставі ст. 48 КК України, у зв'язку із зміною обстановки, виніс рішення про задоволення касаційної скарги та призначення нового розгляду у суді апеляційної інстанції.

Нормами Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України визначено ряд так званих «нереабілітуючих» підстав для звільнення осіб, які вчинили кримінальні правопорушення від відповідальності. Зокрема, однією з таких підстав, визначених статтею 48 Кримінального кодексу України, є звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із визнанням судом того факто, що на час кримінального провадження внаслідок зміни обстановки вчинене нею діяння втратило суспільну небезпечність або ця особа перестала бути суспільно небезпечною.

Приймаючи таке рішення ККС послався на те, що для визнання того, що на час розгляду справи в суді обстановка змінилася, суду необхідно встановити не тільки те, яка обстановка існувала під час вчинення злочину, а й те, в чому полягає її зміна на час розгляду справи, та навести в судовому рішенні конкретні дані, які свідчили б про зміну обстановки та втрату діянням чи особою суспільної небезпечності.

Отже для застосування положень ст. 48 КК України суду належить встановити, як факт вчинення особою злочину, так і обставини, які свідчать про можливість звільнення цієї особи від кримінальної відповідальності у зв`язку із зміною обстановки за конкретних відповідних підстав.

Проте, судом першої інстанції обґрунтував свій висновок про зміну обстановки тим, що винна особа раніше не судима, вчинила злочин середньої тяжкості, щиро розкаявся та усвідомив протиправність своїх дій, інших правопорушень не вчиняв, до адміністративної відповідальності не притягувався, продовжує здобувати освіту, позитивно характеризується за місцем проживання та навчання.

Також послався на те, що винний відшкодував потерпілому завдану шкоду та відсутність у останнього будь яких претензій матеріального та морального характеру до особи, що вчинила кримінальне правопорушення, думку потерпілого щодо визначення покарання останньому.

Проте, суд не встановив в чому саме полягала зміна обстановки, що призвела до того, що вчинене діяння перестало бути суспільно небезпечним.

Також, судом не наведено в ухвалі переконливих підстав, які б вказували на те, що сама особа винного та обстановка навколо нього зазнали таких змін, що робить маловірогідним вчинення ним нового тотожного або однорідного злочину, а також те, що вчинене діяння вже не є суспільно небезпечним та остання перестала бути суспільно небезпечною особою.

Постанова Касаційного кримінальнго суду у складі Верховного Суду від 05.08.2020 № 753/10028/18 (51-121км20)

ВС розглянув касаційну скаргу захисника засудженого ОСОБА_1 на вирок місцевого суду та ухвалу апеляційного суду у кримінальному провадженні за обвинуваченням ОСОБА_1 у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 286 КК. За вироком місцевого суду ОСОБА_1 визнано винуватим у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 286 КК. Апеляційний суд вирок суду першої інстанції щодо ОСОБА_1 залишив без змін. ВС не погодився з доводами у касаційній скарзі захисника про безпідставне відхилення судами першої та апеляційної інстанцій висновку експертів за результатами проведення комплексної автотехнічної та фототехнічної експертизи з огляду на таке. Законодавець, передбачивши у ч. 2 ст. 101 КПК право сторони захисту надати суду висновок експерта, тим самим установив і обов'язок суду його розглянути у сукупності з іншими доказами. ВС наголошує, що у кримінальних провадженнях, які стосуються ДТП, експертне дослідження може вплинути на остаточне рішення або позначитися на остаточному рішенні суду. Тому право захисту спростовувати висновки експертів, надані обвинуваченням, за допомогою іншого висновку, наданого захистом, має бути забезпечене судом. Як убачається з матеріалів цього кримінального провадження, з метою забезпечення дотримання принципу змагальності сторін за клопотанням захисника суд долучив до матеріалів кримінального провадження висновок експертів, підготовлений за заявою захисника. Суд першої

інстанції, навівши обґрунтування, врахувавши принцип внутрішнього переконання та взаємозв'язок сукупності інших доказів у справі, не взяв до уваги та не визнав доказом відсутності в діях водія невідповідностей вимогам ПДР, яку встановлено вказаним висновком експертів, оскільки саме висновок комплексної судової автотехнічної та фототехнічної експертизи відповідає з'ясованим обставинам, був складений з урахуванням більш широкого обсягу вихідних даних та в частині визначення моменту виникнення небезпеки для руху водія узгоджується з дослідженим відеозаписом ДТП, на якому зафіксовано, що момент появи пішохода на проїзній частині відбувся значно раніше, ніж у момент появи на смузі руху автомобіля, що було предметом дослідження експертизи за заявою захисника. При цьому суд урахував показання експерта ОСОБА_10, який у судовому засіданні роз'яснив, що момент виникнення небезпеки був визначений відповідно до методології правильності визначення моментів виникнення небезпеки для руху і він є можливим для використання та дослідження технічної можливості водія уникнути зіткнення у разі виявлення небезпеки. Згідно з матеріалами кримінального провадження суд першої інстанції на підставі досліджених доказів встановив, що в діях потерпілого ОСОБА_2 як пішохода в дорожній обстановці, що склалася, вбачаються ознаки порушення вимог підпунктів «б», «г» п. 4.14 ПДР, які регламентують заборону пішоходам раптово виходити, вибігати на проїзну частину, в тому числі на пішохідний перехід, а також переходити проїзну частину поза пішохідним переходом, якщо є розділювальна смуга або дорога має чотири і більше смуг для руху в обох напрямках. Суд касаційної інстанції зазначає, що той факт, що внаслідок порушення ПДР потерпілий ОСОБА_2 створив небезпеку для дорожнього руху, не викликає сумніву. Однак незалежно від причин виникнення небезпеки для руху або перешкоди водій зобов'язаний був виконати вимогу п. 12.3 ПДР і негайно вжити заходів для зменшення швидкості аж до зупинки транспортного засобу або безпечного для інших учасників руху об'їзду перешкоди. Таким чином, те, що небезпеку для руху (а саме перехід проїзної частини поза пішохідним переходом, а також здійснення вибігу на проїзну частину поза пішохідним переходом) створено внаслідок власної протиправної поведінки пішохода, не звільняє водія від виконання вимог зазначеного пункту ПДР. Доводи захисника про те, що з дослідницької частини висновку вбачається, що експерт за основу взяв лише диск, на якому міститься відео з реєстратора автомобіля та схематичне зображення огляду, тобто матеріали, які були долучені до кримінального провадження стороною захисту та використані в ході

проведення автотехнічного дослідження, є безпідставними. Як вбачається з матеріалів кримінального провадження, на експертизу надано постанову про призначення експертизи та матеріали кримінального провадження в одному томі.

«Спорронґ і Льоннрот проти Швеції»

Справа Спорронґ і Льоннрот проти Швеції (Sporrong and Lönnroth v. Sweden), заяви № 7151/75, № 7152/75, рішення від 23.09.1982 р., рішення від 18.12.1984 р. (справедлива сатисфакція).

У цій справі Суд дійшов висновку, що хоча фактичної експропріації не відбулося, та заявники не були позбавлені майна, обмеження накладені на їх майно державою, а саме видані державою дозволи на експропріацію щодо маєтку Спорронґ строком на 23 роки та щодо майна пані Льоннрот строком на 8 років, а також заборони на будівництво строком на 23 та 12 років відповідно, фактично призвели до того, що право заявників на власність виявлялося відкличним і таким, що за певних умов могло бути скасоване.

«На думку Суду, всі наслідки заходів, про які йдеться (див. п. 58 вище), випливають з обмеженої можливості власників розпорядитися своїм майном. До цих наслідків призвели обмеження, встановлені стосовно права власності, які зробили це право відкличним і позначилися на вартості цієї нерухомості. Проте, втративши певною мірою свій зміст, таке право не зникло. Наслідки згадуваних заходів не є такими, щоб можна було прирівняти їх до наслідків позбавлення майна. Суд зауважує з цього приводу, що заявники мали змогу й надалі користуватися своїм майном, а також що хоча продати у Стокгольмі нерухомість, якої стосувалися дозволи на експропріацію та заборони на будівництво, було складніше, незважаючи на це, можливість продажу існувала».

Суд визнав порушення ст. 1 Першого протоколу до Конвенції та призначив справедливу компенсацію заявникам у своєму рішенні від 18.12.1984 р.

«Коккінакіс проти Греції»

Першою справою Європейського суду, в якій було встановлено порушення ст. 9 Конвенції, є справа “Коккінакс проти Греції” від 25 травня 1993 р. Подружжя Коккінакс – Свідки Єгови, були звинувачені в прозелітизмі. 2 березня 1993 р. вони відправилося в будинок пані Киріакакі в Сітія, де почали дискусію з нею щодо питань

віри. Стривожений чоловік останньої, кантор православної церкви в місті, подзвонив у поліцію, подружжя Коккінакіс заарештували і доставили в місцеве відділення міліції, де вони провели ніч з 2 на 3 березня 1986 р. 20 березня 1986 р. Кримінальний суд Греції виніс обвинувальний вирок і призначив покарання у вигляді позбавлення волі строком на 4 місяці для кожного з обвинувачених. 17 березня 1987 апеляційний суд виправдав пані Коккінакс, але вирок її чоловікові залишив без змін. Касаційний суд відхилив його скаргу з мотивів порушення норм процесуального права. Слід зазначити, що у Конституції Греції закріплено, що "прозелітизм забороняється".Ще наприкінці 1930-х рр. у Греції було роз'яснено, що "під терміном "прозелітизм" потрібно розуміти зокрема прямі або опосередковані спроби нав'язати релігійні погляди особі з іншими релігійними віруваннями з метою підірвати її релігійні переконання так само, як і за допомогою будь-якого примусу чи під загрозою примусу, або ж неправдивими засобами, або скориставшись із недосвідченості особи, її довірливості, потреб, низького інтелекту чи наївності".

В обставинах даної справи Суд визнав, що вирок, постановлений національними судами, є втручання в здійснення громадянином Коккінакі права на свободу сповідувати свою релігію або переконання (Ст. 9-1 ЄКПЛ). Варто було визначити тому, чи було таке втручання виправданим в сенсі ст. 9-2 ЄКПЛ. В даному випадку, засуджуючи прозелітизм, Розділ 4 Закону N. 1363/1938, переслідував законну мету по захисту прав і свобод інших громадян тільки в тій мірі, в якій він був спрямований на переслідування зловживання прозелітизмом.

Суд зазначив між тим, що в своїй аргументації грецькі суди недостатньо конкретизували, в чому полягали невідповідні засоби, за допомогою яких заявник намагався переконати пані Кіріакакі. В результаті Суд вважав, що не було встановлено те, що визнання заявника винним було виправдане нагальною суспільною необхідністю. Засудження заявника не було, таким чином, відповідним по відношенню до переслідуваної законної мети і, отже, не було необхідним у демократичному суспільстві для захисту прав і свобод інших. Відповідно, порушення права заявника на свободу думки, совісті і релігії (ст. 9 Конвенції) мало місце.

«Пічкур проти України»

З 1996 року заявник почав отримувати пенсію в Україні, з 1999 року він доручив своїй матері отримувати його пенсію, а в 2000 році емігрував до Німеччини.

З 1 вересня 2005 року рішенням управління Пенсійного фонду України у Ленінському районі м. Запоріжжя (далі – УПФУ) виплата заявнику пенсії була припинена відповідно до ст.ст. 47 та 49 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» з огляду на те, що він постійно проживав за кордоном.

6 квітня 2006 року рішенням Ленінського районного суду м. Запоріжжя (далі – суд І інстанції) було задоволено позов УПФУ до заявника та зобов'язано останнього відшкодувати 10 872,40 грн. незаконно отриманих пенсійних виплат. Це рішення набрало законної сили, але не було виконано.

7 жовтня 2009 року Конституційний Суд України (далі – КСУ) визнав неконституційними положення законодавства, на підставі яких заявнику було припинено виплату пенсії.

До Європейського суду заявник скаржився за ст. 14 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) у поєднанні зі ст. 1 Першого протоколу до Конвенції на те, що його було позбавлено права на отримання пенсії за віком на підставі його місця проживання.

Європейський суд визнав неприйнятною частину заяви, яка стосувалась періоду з 7 жовтня 2009 року, оскільки після винесення рішення КСУ заявник знову набув право на отримання пенсії згідно національного законодавства, а отже, втратив статус жертви.

Європейський суд встановив порушення ст. 14 Конвенції у поєднанні з ст. 1 Першого протоколу до Конвенції в частині заяви, яка стосується періоду з 29 серпня 2000 року до 7 жовтня 2009 року з огляду на те, що право заявника на отримання пенсії було поставлено в залежність від місця його проживання, внаслідок чого склалась ситуація, коли заявник, пропрацювавши багато років в Україні та роблячи обов'язкові внески у пенсійний фонд, був позбавлений права на пенсію; також державою не було надано пояснень щодо існування різниці у ставленні державних органів до пенсіонерів, які проживають на території України, та які виїхали за кордон.

У своїх висновках Європейський суд звернув також увагу на те, що збільшення мобільності населення, зростання міжнародного співробітництва та інтеграції, а також розвиток банківського обслуговування та інформаційних технологій більше не виправдовують здебільшого технічних обмежень щодо осіб, які отримують соціальні виплати, проживаючи за кордоном, що могли вважатися розумними на початку 1950-их років, коли розроблялася Конвенція Міжнародної організації праці 1952 року.

Розглянувши справу, Європейський суд одноголосно:

«1. Оголошує скаргу заявника щодо періоду з 29 серпня 2000 року до 7 жовтня 2009 року прийнятною, а решту скарг у заяві – неприйнятною.

2. Постановляє, що було порушення статті 14 Конвенції у поєднанні зі статтею 1 Першого протоколу.

3. Постановляє, що:

(a) упродовж трьох місяців з дати, коли це рішення набуде статусу остаточного відповідно до пункту 2 статті 44 Конвенції, держава-відповідач повинна сплатити заявникові 5 000 (п'ять тисяч) євро відшкодування матеріальної та моральної шкоди, а також додатково суми будь-яких податків, що можуть нараховуватися, за курсом на день здійснення платежу;

(b) зі спливом зазначеного тримісячного строку і до остаточного розрахунку на зазначену вище суму нараховуватиметься простий відсоток (simple interest) у розмірі граничної позичкової ставки Європейського центрального банку, яка діятиме в цей період, до якої має бути додано три відсоткові пункти.

«Олександр Волков проти України»

Справа «Олександр Волков проти України» – справа, що розглядалася Європейським судом з прав людини у 2013 році за заявою колишнього (на той час) судді Верховного Суду України Олександра Федоровича Волкова проти Уряду України. Рішення у справі на користь заявника стосується не тільки поновлення прав незаконно звільненого судді, але й загальних принципів діяльності державної влади в Україні.

До Європейського суду з прав людини (далі – Європейський суд) заявник скаржився за такими статтями Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція):

п. 1 ст. 6, що його справа не була розглянута незалежним і безстороннім судом, встановленим законом; що провадження у ВРЮ було несправедливим, процедуру голосування у ВРУ було порушено; що йому не було забезпечено право на суд у зв'язку з відсутністю у ВАСУ повноважень переглядати рішення ВРЮ, а також що мало місце порушення принципу рівності сторін;

ст. 8, що його звільнення з посади судді становило втручання у його право на повагу до приватного та професійного життя;

ст. 13, що він не мав ефективних засобів юридичного захисту щодо його незаконного звільнення.

Заявник також подав інші скарги.

Європейський суд встановив порушення п. 1 ст. 6 Конвенції у зв'язку з відсутністю незалежності та безсторонності ВРЮ з огляду на об'єктивні (процедура формування та персональний склад ВРЮ) та суб'єктивні (особиста упередженість членів ВРЮ) критерії.

ЄСПЛ дійшов висновку, що розгляд справи заявника у Вищій раді юстиції не був незалежним та безсторонім. По-перше, більшість членів ВРЮ працюють на постійній основі та отримують зарплату поза межами ВРЮ, що неминуче веде до їх залежності від основних працедавців. На час прийняття рішення ВРЮ до її складу входило чимало осіб, котрі були політичними діячами або працювали в органах прокуратури, виконавчої влади та адміністрації президента (зокрема, це народні депутати С. Ківалов та В. Бондик, генеральний прокурор О. Медведько та його заступники В. Кудрявцев, Р. Кузьмін, В. Пшонка, міністр юстиції О. Лавринович, заступник глави Адміністрації президента – керівник головного управління з питань судової реформи та судоустрою А. Портнов).

По-друге, ЄСПЛ вказав на особисту упередженість окремих членів ВРЮ стосовно заявника (ініціаторами звільнення О. Волкова виступили Р. Кузьмін та В. Колесниченко).

ЄСПЛ констатував, що подальше вирішення справи заявника Верховною Радою України не виправило недоліків «незалежності та неупередженості», а натомість ще й додало політизації цьому процесові. Це виявилося, зокрема, в тому, що голова профільного парламентського комітету та один із його членів (С. Ківалов і В. Бондик) також були членами ВРЮ і брали участь у вирішенні справи на трьох рівнях – у ВРЮ, у парламентському комітеті та на засіданні парламенту.

ЄСПЛ встановив, що Верховна Рада ухвалила рішення про звільнення заявника з грубим порушенням Конституції та законів, а також шляхом маніпуляцій з електронною системою голосування. Голосування проводилося за відсутності більшості народних депутатів, – присутні в залі засідання парламентарії умисно й незаконно використовували чужі картки для голосування.

ЄСПЛ констатував, що «перегляд справи заявника Вищим адміністративним судом України був недостатнім та не міг виправити всіх недоліків…». Це зумовлено рядом факторів. По-перше, ВАСУ не мав повноважень для повного відновлення права заявника – винести постанову про поновлення його на посаді. За рішенням ЄСПЛ, під час розгляду справ цієї категорії ВАСУ взагалі не може вважатися судом, який вирішить спір щодо прав заявника (стаття 6 Конвенції).

ЄСПЛ також висловив сумнів у незалежності та безсторонності суддів ВАСУ, які розглядали справу заявника. Цей сумнів обґрунтований тим, що судді підпадали під юрисдикцію ВРЮ, яка була стороною у цій справі. ЄСПЛ дійшов ще одного надзвичайно важливого у правовому сенсі висновку: склад колегії суддів, яка розглядала скаргу заявника, не може вважатися «судом, встановленим законом». Тобто особи в суддівських мантіях, які розглядали «справу О. Волкова» і постановили судове рішення від імені України, з точки зору права, не були судом. Річ у тому, що утворення судових палат ВАСУ відбувалося за рішенням голови цього суду О. Пасенюка після того, як термін перебування його на посаді завершився. Тому ЄСПЛ не вважає, що утворення палати відбулося в законний спосіб.

«Кривицька та Кривицький проти України»

Заявники скаржились до Європейського суду за ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) на порушення їхнього права на житло в зв'язку із визнанням недійсною їхньої прописки та подальшим виселенням, п. 1 ст. 6 – на те, що національні суди не проаналізували належним чином їхні основні аргументи, ст.1 Першого протоколу – на порушення їхніх майнових прав.

Крім того, втручання у право заявника на повагу до його житла має бути не лише законним, але й «необхідним у демократичному суспільстві». Інакше кажучи, воно має відповідати «нагальній суспільній необхідності», зокрема бути співрозмірним із переслідуваною законною метою Концепція «житла» має першочергове значення для особистості людини, самовизначення, фізичної та моральної цілісності, підтримки взаємовідносин з іншими, усталеного та безпечного місця в суспільстві

Відсутність обґрунтування в судовому рішенні підстав застосування законодавства, навіть якщо формальні вимоги було дотримано, може серед інших факторів братися до уваги при вирішенні питання, чи встановлено справедливий баланс заходом, що оскаржується У будь-якому разі Суд вважає, що доводи заявників щодо якості відповідного законодавства, як його розтлумачили суди, стосуються та невіддільні від питання, чи було втручання в їхнє право на житло необхідним у демократичному суспільстві та, відповідно, пропорційним.

У зв'язку з цим Суд зазначає, що судам необхідно було встановити баланс між інтересами родини заявників із двома неповнолітніми дітьми, які тривалий час були 12 наймачами квартири, та фінансовими інтересами держави в одержанні максимального доходу від продажу квартири, набутої як майно померлої особи, у якої немає спадкоємців

ні за законом, ні за заповітом. У ході судового провадження заявники надали низку доводів, стверджуючи, що їхнє виселення становитиме для них надмірний тягар. Зокрема, вони стверджували, що вони добросовісно уклали договір найму та вважались законними наймачами протягом значного часу, сплачуючи витрати на утримання, ремонт майна та інші обов'язкові платежі. Судові рішення не містили жодної реакції на ці доводи, суди обмежились вирішенням питання, чи було проживання заявників у квартирі сумісним із положеннями законодавства. Крім того, на жодній стадії провадження (в тому числі стадії виконавчого провадження) суди не розглянули доводи заявників про те, що внаслідок виселення вони та двоє їхніх неповнолітніх дітей залишаться безпритульними.

З матеріалів справи неясно, в якій мірі заявники постраждали від їхнього виселення та чи переселились вони без ускладнень. Вбачається, що заявник зміг набути нове постійне житло через чотири роки після подій, що стали підставою для заяви. Однак, навіть припускаючи, як стверджував Уряд, що заявники могли переселитись своєчасно та без непомірних витрат, їхні відповідні можливості ніколи не були предметом судового розгляду.

Загалом, з огляду на ненадання державними органами належного обґрунтування для відхилення доводів заявників щодо застосовності до їхньої справи законодавства відносно виселення мешканців, які самоправно зайняли приміщення, та відсутності оцінки співрозмірності їхнього виселення, Суд вважає, що заявників було позбавлено адекватних процесуальних гарантій у процесі прийняття рішення щодо їхнього права на житло.

Європейський суд встановив порушення ст. 8 Конвенції, оскільки заявники були позбавлені адекватних процесуальних гарантій у процесі прийняття рішення щодо їхнього права на житло з огляду на те, що суди не надали адекватного обґрунтування для відхилення аргументів заявників стосовно застосування відповідного законодавства та не здійснили оцінку виселення в контексті пропорційності застосування такого заходу.

«S.A.S. проти Франції»

1 липня 2014 року Велика палата Європейського Суду з прав людини прийняла остаточне рішення у справі SAS проти Франції (№43835 / 11). Більшістю голосів судді вирішили, що в цій справі не було порушення статті 8 (Право на повагу до приватного і сімейного життя) та статті 9 (Свобода думки, совісті і релігії) Європейської Конвенції про захист прав людини і основних свобод, а також

одноголосно - не було порушення статті 14 (заборона дискримінації) в поєднанні зі статтями 8 і 9.

Справа, розгляд судом, стосувалося заяви громадянки Франції, яка є мусульманкою, якій через вступ чинності 11 квітня 2011 № Закону 2010-1192, що забороняє закривати обличчя в публічних місцях, більше не дозволяється носити паранджу, що закриває все обличчя. На думку Суду, умови гуртожитку є легітимною метою обмеження, а держава в цьому випадку має широку свободу розсуду, тому з боку держави цим Законом Європейська Конвенція не порушена.

У скарзі позивачки зазначено, що вона, будучи громадянкою Франції і постійно проживаючи в цій країні, як благочестива мусульманка, носила паранджу (повністю закриває тіло й обличчя) і нікаб (хустку, що закриває все обличчя, крім очей) - на підставі своєї релігійної віри, культури і особистих переконань. За її словами, ні її чоловік, ні інші члени сім'ї не змушували носити її ці шати, які вона часто, хоч і не завжди, носила як в публічних місцях, так і в приватному порядку, і в певних умовах іноді згодна була б не носити їх, коли цього сама захоче. Метою носіння паранджі і нікаба для неї було почуття внутрішнього світу з самою собою, а не роздратування оточуючих людей.

Таким чином, у забороні, накладаються на носіння одягу, що закриває обличчя, віруюча мусульманка бачила порушення її права на повагу до приватного і сімейного життя (ст. 8), свободи релігії (ст. 9), а також свободи вираження поглядів (ст. 10), і дискримінації (ст. 14).

28 травня 2013 року справу було передано на розгляд Великої палати Суду, а 27 листопада в Страсбурзі пройшли публічні слухання по цій справі.

На думку Суду, зміст скарги найбільш повно виражено відносно статті 9, оскільки Законом вводиться вимога, що входять в протиріччя з вимогами релігії та виразом релігійних поглядів, яке ставить позивачку перед дилемою: або відмовитися від того, щоб одягатися відповідно до вимог своєї релігії, або порушити закон і бути переслідуваною відповідно до його санкціями.

Суд вирішив, що обмеження Закону переслідують дві легітимні цілі – громадську безпеку і захист прав і свобод інших осіб. Громадська безпека вимагає, щоб особи могли бути ідентифіковані, однак пропорційність даного обмеження на носіння елементів одягу, які повністю закривають обличчя, залежить від ступеня загрози суспільній безпеці. Що стосується захисту прав і свобод інших осіб, то французька держава аргументувало, що необхідно поважати

мінімальний набір цінностей відкритого демократичного суспільства, в т.ч. гендерна рівність, повага людської гідності і повагу до мінімальних правил співжиття. Заперечуючи доречність аргументів щодо перших двох цінностей, Суд визнав, що носіння одягу, що закриває обличчя, дійсно може суперечити правилам гуртожитку, беручи до уваги аргументацію держави про те, що особа відіграє важливу роль в процесі соціальних взаємодій; а інші члени суспільства в умовах відкритих громадських місць можуть не бажати бачити практики, що перешкоджають індивідам вступати в міжособистісні стосунки, які розглядаються стійким консенсусом як невід'ємний елемент життя спільноти. Тому, незважаючи на можливість зловживання поняттям гуртожитку, у держави є право обмежити перешкоди для міжособистісних взаємодій у вигляді закриває обличчя хустки.

Незважаючи на те, що такий загальний заборона, що стосується жінок, бажаючих за своїм вибором носити одяг, що закриває їх особи на підставі релігійної віри, багатьма міжнародними органами розглядається як непропорційний і значно погіршує їх становище, а також ставить питання про толерантність по відношенню до певних релігійних і етнічних груп, він був спрямований не проти жінок-мусульманок, а проти самого факту закритого особи. Санкції ж, передбачені Законом, досить м'які - максимальний штраф в розмірі 150 євро та / або проходження навчання на курсах громадянськості. Також питання про те, чи можна закривати своє обличчя в публічних місцях, вирішується самим суспільством, і тут, на думку Суду, у Франції досить широка свобода розсуду.

Список використаних джерел

1. Akhil r. Amar, America's Unwritten Constitution: The Precedents and Principles We Live By (New york: Basic Books, 2012); Alexander M. Bickel, The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics (indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962); Jacobsohn 2006.
2. Alexi R. Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begrindung. Frankfurt am Main, 1991.
3. Anna Śledzińska-Simon, Constitutional Identity in 3D: A Model of Individual, Relational, and Collective Self and its Application in Poland, 13(1) international Journal of Constitutional Law 124 (2015)
4. Anne von der Lieth Gardner, An Artificial Intelligence Approach to Legal Reasoning (Cambridge, Mass.: the Mit Press, 1987).
5. Arnold rainer, Constitutional Identity in European Constitutionalism (Nov. 1, 2019), available at http://www.constcourt.md/public/files/file/conferinta_20ani/programul_conferintei/rainer_Arnold.pdf. (дата звернення: 25.11.2021)
6. Atkins v. Virginia, 536 u.s. 304 (2002).
7. Blankenagel 2018, at 42.
8. Bowers v. Hardwick, 478 u.s. 186 (1986)
9. Code, to prevent the misuse of foreign law in Federal courts, and for other purposes (Nov. 1, 2019), available at https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BiLLs-112hr973ih/pdf/BiLLs-112hr973ih.pdf.
10. Constitution of the Italian republic (Nov. 1, 2019), available at https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf.
11. Constitutional Court of Italy, Frontini v. Ministero delle Finanze, Case No. 183, 27 december 1973, [1974] 2 C.M.L.r. 372
12. Constitutional Court of Italy, S.p.a. Granital v. Amministrazione delle Finanze dello Stato, Case No. 170, 8 June 1984, [1984] C.M.L.r. 756.
13. Constitutional Court of the Czech republic, Judgment of 26 November 2008, Pl. Ús 19/08: Treaty of Lisbon I, para. 109 (Nov. 1, 2019), available at https://www.usoud.cz/en/decisions/20081126-pl-us-1908-treaty-of-lisbon-i-1/. (дата звернення: 08.12.2021)

14. Constitutional Court of the Czech republic, Judgment of 3 November 2009, Pl. Ús 29/09: Treaty of Lisbon II, para. 147 (Nov. 1, 2019), available at https://www.cvce.eu/content/publication/2013/10/22/c746a974-58eb-4907-b022-c9f486b6c3d2/publishable_en.pdf. (дата звернення: 08.12.2021)

15. Correas Oscar, Metodología jurídica, una Introducción Filosófica I, 2a. ed. Fontamara, México 1998, p. 219.

16. Diana-urania Galetta, European Union Law in the Jurisprudence of Italian High Courts: Is the Counter-Limits Doctrine a Dog That Barks but Does Not Bite?, 21(4) european Public Law 747 (2015)

17. donald h. Berman & Carole d. hafner, Indeterminacy: A Challenge to Logic-Based Models of Legal Reasoning, 3(1) international review of Law, Computers & technology 1 (1987).

18. Dudgeon v. United Kingdom, App. No. 7525/76, [1981] 4 e.h.r.r. 149, [1981] e.C.h.r. 5.

19. F. Perju, Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations in The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law 1304 (M. rosenfeld & A. sajó (eds.), Oxford: Oxford university Press, 2012).

20. Federal Constitutional Court of Germany, Lisbon Treaty, 123 BverfGe 267 (2009), para. 216. Seedaniel thym, Attack or Retreat? Evolving Themes and Strategies of the Judicial Dialogue Between the German Constitutional Court and the European Court of Justice in Constitutional Conversations in Europe: Actors, Topics and Procedures 235, 242 (M. Claes et al. (eds.), Antwerp: intersentia, 2012); dieter Grimm,Defending Sovereign Statehood Against Transforming the Union into a State, 5(3) european Constitutional Law 353 (2009).

21. Feteris E. Foundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on Justification of Judicial Decisions. – Argumentation Library. Vol. 1. Dordrecht : Springer, 1999. – 225 p.

22. Giovanni sartor et al., Argumentation Schemes for Statutory Interpretation: A Logical Analysis in Legal Knowledge and Information Systems – JURIX 2014: The Twenty-Seventh Annual Conference 11 (r. hoekstra (ed.), Amsterdam: iOs Press, 2014).

23. Grabowski. Dyskurs prawniczy, jako przypade szczgolny ogoinego duskursu praktucznego... Studia z filozofii prawa. Krakow, 2003. S. 161-220.

24. Gustavo Zagrebelsky, Ronald Dworkin's Principle Based Constitutionalism: An Italian Point of View, 1(4) international Journal of Constitutional Law 621, 625 (2003).

25. Interpretative Theories as Roadmaps to Constitutional Identity: The Case of the United States, 4(3) Global Constitutionalism 289 (2015)66Id.

26. J sang A. Legal reasoning with subjective logic / Audun J sang, Viggo A. Bondi. Artificial Intelligence and Law. 2000. No. 8. Pp. 289–315

27. Jaap C. hage et al., Hard Cases: A Procedural Approach, 2(2) Artificial intelligence and Law 113 (1993).

28. Jonas Christofersen: A Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights., Brill, (2009). – P. 1.

29. José L. Martí, Two Different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution v. Identity of the People in National Constitutional Identity and European Integration, supranote 7.

30. Lawrence v. Texas, 539 u.s. 558 (2003).

31. Leibholz 1952, at 725. According to the authors, this legal position corresponds to an understanding of constitutional identity as the core provisions of the Constitution. this concept will be discussed below.

32. Maria Cartabia, The Italian Constitutional Court and the Relationship Between the Italian Legal System and the European Community, 12(1) Michigan Journal of international Law 173, 180 (1990)

33. MacCormick N. Legal Reasoning and Legal Theory. – Oxford : Clarendon Press, 1978. 298 p.

34. Perelman Ch., L. Olrechts-Tyteca. La nouvelle rhétorique traite de l'argumentation. Paris : Presses Universitaires de France, 1958.

35. Pilkov K. Evidence in International Arbitration: Criteria for Admission and Evaluation. The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management. 2014. Volume 80. Number 2. Pp. 147–155.

36. Printz v. United States, 521 u.s. 989 (1995).

37. Puy Munoz, Francisco, La argumentación jurídica, problemas de concepto métodos de aplicación, Universidad de Santiago de Compostela, España, 2004, p. 120.

38. Redfern & Hunter on International Arbitration. Fifth edition. / Edited by Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, and Martin Hunter. Oxford University Press, 2009. 904 p.

39. Ronald Dworkin, Law as Interpretation, 9(1) Politics of interpretation 179 (1982).

40. Roper v. Simmons, 543 u.s. 551 (2004).

41. Scalia, J. Diss.

42. See Michel Rosenfeld, Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives (durham: duke university Press, 1994); Gary J. Jacobsohn, Constitutional Identity, 68(3) review of Politics 361 (2006); National Constitutional Identity and European Integration (A. saiz Arnaiz & C. Alcoberro Llivina (eds.), Antwerp: intersentia, 2013).

43. Siltala R. Law, Truth, and Reason. A Treatise on Legal Argumentation. *Law and Philosophy Library*. Vol. 79. Springer Science+Business Media B. V., 2011. 307 p.

44. Śledzińska-simon 2015, at 131; wiktor Osiatyński, Paradoxes of Constitutional Borrowing, 1(2) international Journal of Constitutional Law 244 (2003).

45. Sousa, Miguel Teixeira de Sousa. Introdução ao Direito. Coimbra: Almedina, 2012. p. 412.

46. United States v. Windsor, 570 u.s. (2013).

47. Van Eemeren F. H. Handbook of Argumentation Theory / Frans H. van Eemeren, Bart Garssen, Erik C. W. Krabbe, A. Francisca Snoeck Henkemans, Bart Verheij, Jean H. M. Wagemans. – Dordrecht : Springer Science+Business Media, 2014. – 991 p.

48. Vicki C. Jackson. Important Developments in Comparative Constitutional Law № 4 (2014). P. 219–230; Key Developments in Constitutionalism and Constitutional Law; Eleven International publishing, The Hague, Netherlands, 2014. – P. 226.

49. Абросимов И. В. Актуальные вопросы обеспечения допустимости и достоверности доказательств в уголовном судопроизводстве : автореф. дисс. на соиск нач.ст. канд. юрид. Наук : 12.00.09. – М., 2007. – 26 с.

50. Аврамова О.Є., Разіна О.І. Проблеми захисту авторських прав в інтернеті. В*існик НТУ «ХПІ». Серія: Актуальні проблеми розвитку українського суспільства*. – Харків: НТУ «ХПІ», 2013. – № 6(980). – С. 26-29.

51. Алекси Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс (Пер. с нем. М. В. Антонова). Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 450.

52. Алєксєєва-Процюк Д. О. Електронні докази в кримінальному судочинстві: поняття, ознаки та проблемні аспекти застосування. *Науковий вісник публічного та приватного права*. – 2018. – Випуск 2. – С. 247–253.

53. Ахтирська Н. М. До питання доказової сили кіберінформації в аспекті міжнародного співробітництва під час кримінального провадження. Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2016. – Вип. 36(2). – С. 123–125. – (Серія : Право).

54. Б. Ратушна. Стандарт доказування як критерій достовірності результату судового пізнання. *Право України*. – 2012. – № 6. – С. 282.

55. Бабенко В. Доказування в господарському процесі : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.04. Акад. прав. наук України, НДІ приват. права і підприємництва. Київ, 2007. 19 с.

56. Бабішена М. Л. Зразкові справи як форма інтеграції судового прецеденту в правову систему України. Реформування господарського та господарсько-процесуального законодавства: тези доповідей круглого столу студентів (Київ, 10 жовтня 2018). 2018. С. 6–11.

57. Барак А. Судейское усмотрение [Aharon Barak, The Judicial Discretion] 56 (Moscow: NOrMA, 1999).

58. Белкин А.Р. Цит. работа; Коваленко Є.Г. Цит. праця; Фурса С., Цюра Т. Докази і доказування у цивільному процесі: Науковопракт. посіб. – К., 2005. – 256 с.

59. Белкин Р. С. Собирание, исследование и оценка доказательств. – М. : Наука, 1964. – 280 с.

60. Беляневич В. Е. Господарський процесуальний кодекс України: (із змінами допов. станом на 1 серпня 2007 р.): Наук.-практ. Комент. Видання третє. К.: Видавництво “Юстініан”, 2008.

61. Беляневич В. Е. Про однаковість судової практики.URL: http://justinian.com.ua/article.php?id=436/ (дата звернення: 29.04.2021).

62. Бентам И. О судебных доказательствах: монография: переводчик И. Горонович. Киев: тип. М. П. Фрица, 1876. – с. 421.

63. Бобечко Н.Р. Новели кримінально-процесуального законодавства України в контексті забезпечення єдності судової практики. Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». URL: http://lj.oa.edu.ua/articles/2018/n1/18bnrysp.pdf (дата звернення: 05.11.2021).

64. Боннер А. Традиционные и нетрадиционные средства доказывания в гражданском и арбитражном процессе: монография. М.: «Проспект», 2013. 616 с.

65. Бортман О. Експерт у галузі права: суддя на фрілансі? Юрист і Закон. № 47 від 14 грудня 2017 р. URL: http://vkp.ua/content/news/files/yz_bortman_judge_ ukr_1513869233_ua.pdf.

66. Бочаров Д.О. Доказування у правозастосовчій діяльності: загальнотеоретичні питання : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.01. Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2007. 20 с.

67. Брежнєва Ю. Електронні докази у господарському процесі: що на практиці? URL: http://yur-gazeta.com/publications/practice/gospodarske-pravo/elektronni-dokaziu-gospodarskomu-procesi-shcho-na-praktici.html.

68. Буряк С. В. Податкові апеляції. Досудове врегулювання спорів з податковими органами. К.: ІВЦ ДПА України; Х. : Фактор, 2008. – с. 135.

69. Великий тлумачний словник української мови (з додат. і доповн.) / укл. і голов. ред. В. Т. Бусел. К.; Ірпінь : Перун, 2005. 1728 с.

70. Верещагина М. А. Асимметрия правил о допустимости доказательств. *Вестник Южноуральского государственного университета. Серия «Право»*. – 2007. – № 28. – С. 22–24.

71. Верховний Суд (колегія Касаційного господарського суду), постанова від 18.03.2019, справа № 905/502/18. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/80548878.

72. Верховний Суд (колегія Касаційного господарського суду), постанова від 28.01.2020, справа № 925/587/19. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/87422363

73. Винберг А. И. Криминалистика : учеб. для сред. юрид. шк. / А. И. Винберг, Б. М. Шавер. – М., 1959. – С. 6.

74. Гордейчик А.В. Допустимость доказательств в гражданском и арбитражном процессах. Хабаровск : Риотип, 2000. 170 с.

75. Горшенев В. М. Теория юридического процесса. – М., 1983. – 460 с.

76. Гражданское процессуальное право России : учебник / под ред. М. С. Шакарян. – М., 1999. – С. 178.

77. Гришина Е. П. Достоверность доказательств и способы ее обеспечения в уголовном процессе : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09. М., 1996. 213 л.

78. Демський Є. Ф. Адміністративне процесуальне право України : навч. посіб. К.: Юрінком Інтер, 2008. – с. 269.

79. Дрогозюк К. Сучасні джерела доказування в цивільному процесі України та Франції. *Право і суспільство*. 2016. №1. С. 52–63.

80. Електронні докази: регулювання, яке буде складно застосувати на практиці. Закон і бізнес. URL: https://zib.com.ua/ua/131203-elektronni_dokazi_ regulyuvannya_yake_bude_skladno_zastosuvat.html.

81. Етимологічний словник української мови : в 7 т. / редкол. О. Мельничук, І. Білодід, В. Коломієць, О. Ткаченко. – Т. 1: А-Г. – К. : Наук. думка, 1982. – 317 с.

82. Зразкові справи як новий механізм адміністративного судочинства. URL: http://www.ukrainepravo.com/scientific-thought/legal_analyst/iuainsvk-ftuavy-yan-rsvym-pyesharkip-aepkrkfkhuakhyvrsgs-ftsesyrfkhva/. (дата звернення: 06.06.2021)

83. І. Ізарова, В. Вебрайте, Р. Флейшар. Case Management у цивільному судочинстві: порівняльне дослідження законодавства Литви, Польщі й України. *Право України*. – 2018.-№10,- с. 129-146.

84. Іщенко В. Принцип допустимості і достатності засобів кримінально-процесуального доказування. Право України. – 2003. – № 7. – С. 90–93.

85. Каламайко А. Місце електронних засобів доказування та окремі питання їх використання у цивільному процесі. *Право та інновації*. 2015. № 2. С. 115–116.

86. Каргин К. В. Понятие и элементы юридической аргументации : монография. Н. Новгород : Нижегор. прав. акад., 2011. – 68 с.

87. Кипнис Н. М. Допустимость доказательств в уголовном судопроизводстве. – М. : Юристъ, 1995. – 128 с.

88. Кодекс адміністративного судочинства України URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15. (дата звернення: 05.10.2021)

89. Колмаков В. П. Способы собирания и закрепления судебных доказательств. Социалистическая законность. – 1955. – № 4. – С. 12–15.

90. Комаров В. В. Цивільне процесуальне право України. – Х. : Право, 1999. – С. 189–192.

91. Кравченко О. Зразкові та типові рішення: особливості судочинства та оскарження URL: http://gc.ua/wp-content/uploads/2017/12/Jurist-i-zakon-ukr.pdf. (дата звернення: 09.08.2021)

92. Кримінальний процесуальний кодекс України : науково-практичний коментар / відп. ред. : С.В. Ківалов, С.М. Міщенко, В. Ю. Захарченко. – Х. : Одіссей, 2013. – 1104 с.

93. Кудрявцев В. Л. Проблемы двойного стандарта при определении допустимости доказательств в российской уголовно-процессуальной науке. Актуальные проблемы уголовно-процессуального права и практика его применения : материалы Междунар. дистанц. науч.-практ. конф. – Караганда : КЮИ МВД РК им. Б. Бейсенова, 2009. – С. 7–13.

94. Лаевская А. Электронные доказательства в гражданском и хозяйственном процессе республики Беларусь: автореф. дисс. … канд. юрид. наук: спец. 12.00.15. Минск, 2017. 28 с.

95. Ларо Д. Актуальные налоговые споры в США. Налоговед. – № 6 (102). – 2010. – С. 71 – 79.

96. Лежух Т. Застосування електронних доказів у справах про захист честі, гідності та ділової репутації. *Віче*. 2013. № 16. С. 13-15.

97. Луспеник Д. Д. Новелізація цивільного процесу позитивно вплинула на судову практику. *Судебно-юридическая газета*. 2018. 3 вересня.

98. Луспеник Д.Д. Верховенство права – «новий» старий принцип цивільного судочинства: співвідношення із принципом законності. *Право України*. 2017. № 8. С. 9–20. С. 17.

99. Лученко Д. В. Про правову природу оскарження рішень, дій або бездіяльності суб'єктів владних повноважень. *Вісник Академії правових наук України* : зб. наук. пр. Академія правових наук України. – Х. : Право, 2011 – № 4 (67). – С. 155.

100. Ляшенко, Р. Д. Правова аргументація у сфері правотворчості. *Учен. зап. Таврич. нац. ун-та им. В. И. Вернадского. Серия «Юрид. науки»*. 2012. Т. 25 (64). № 2. С. 74–79.

101. МакКаллок проти публічної компанії «Імперіал Кемікал Індастріз» (MacCulloch v. Imperial Chemical Industries plc) [2008] IRLR 846, Апеляційний суд Сполученого Королівства з питань зайнятості, 22 липня 2008 року.

102. Митричев С. П. Предмет советской криминалистики и ее место в системе юридических наук. Социалистическая законность. – 1952. – № 3. – С. 25–26.

103. Ніколенко Л. М. Доказування в господарському судочинстві : навчальний посібник. Одеса : Фенікс ; Суми : ВТД Університетська книга, 2007. – с. 224.

104. Огляд практики Верховного Суду. Інститут зразкової справи URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Zrazkovi_spravi.pdf. (дата звернення: 06.04.2021)

105. Оксюта А. Зразкові справи можуть обернутись як зменшенням навантаження, так і невиправданою тяганиною. URL: http://zib.com.ua/ua/132357-zrazkovi_spravi_mozhut_obernutis_yak_zmenshennyam_navantazhe.html. (дата звернення: 06.06.2021)

106. Орлов Ю. К. Проблемы теории доказательств в уголовном процесс. – М. : Юристъ, 2009. 175 с.

107. Панчак О.Г. Поняття доктринального тлумачення закону про кримінальну відповідальність. *Часопис Академії адвокатури України.* 2011. № 3 (12). С. 1–7.

108. Параниця С. В. Реформування як виклик часу: зразкова та типова справи. новели в Кодексі адміністративного судочинства України. *Порівняльно-аналітичне право*. №6 2018. С. 286–289.

109. Пілотні рішення ЄСПЛ. URL: https://helpiks.org/5-92158.html (дата звернення: 05.13.2021)

110. Пільков К.М. Теорія і практика доказування у міжнародному комерційному арбітражі : монографія. Київ : Освіта України, 2016. 240 с.

111. Подорожна Т. Зразкові та типові справи як новий механізм адміністративного судочинства. URL: https://sud.ua/ru/news/blog/124220-zrazkovi-ta-tipovi-spravi-yak-noviy-mekhanizm-administrativnogo-sudochinstva. (дата звернення: 06.06.2021)

112. Пономарев И. П. Цифровое алиби и его проверка. Вестник ВГУ. – 2011. – № 2. – С. 437–444. – (Серия : Право).

113. Постанова ВГСУ від 05.12.2016 р. у справі № 904/118/16 URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/ Review/63318426.

114. Постанова ВГСУ від 15.01.2013р. у справі № 5008/419/2012 URL: http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/ 28_3956279.html.

115. Постанова ВГСУ від 17.01.2017 р. у справі № 924/473/16 URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/ Review/64199703.

116. Постанова ВГСУ від 19.10.2016 р. № у справі № 914/1233/15 URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/ Review/62160914.

117. Постанова ВГСУ від 27.07.2016 у справі № 914/3549/15 URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/ 59378577.

118. Постанова ВГСУ від 28.04.2015 № 912/3329/14 URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43840194.

119. Постанова ВГСУ від 31.03.2016 р. у справі № 922/5636/15 URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/ Review/56969968.

120. Постанова Верховного Суду від 17 квітня 2019 р. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/81652333 (дата звернення: 09.05.2021)

121. Постанова Об'єднаної Палати Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду від 20 червня 2018 р. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/74963333 (дата звернення: 10.05.2021)

122. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/GH4T400A.html. (дата звернення: 02.02.2022)

123. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо використання печаток юридичними особами та фізичними особами підприємцями: Закон України від 23.03.17 № 1982-VIII. Відомості Верховної Ради України, офіційне видання від 05.05.2017. 2017 р., № 18, ст. 222.

124. Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої інстанції: Постанова Вищого господарського суду України від 26.12.2011 № v0018600-11. Вісник господарського судочинства. 2012. № 1, ст. 27.

125. Про електронний цифровий підпис: Закон України від 22.05.2003 № 852-IV. Відомості Верховної Ради України, офіційне видання від 05.09.2003р., № 36, ст. 276.

126. Про електронні документи та електронний документообіг: Закон України від 22.05.2003 № 851-IV. Відомості Верховної Ради України, офіційне видання від 05.09.2003р., № 36, ст. 275. (Закони України).

127. Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи суду: Постанова Вищого Господарського суду України від 27.02.2009 № 1 від 27.02.2009. Вісник Верховного суду України. 2009 р. № 3, ст. 7.

128. Рабінович П. Правова аргументація (вихідні загальнотеоретичні характеристики). *Юрид. вісн. України*. – 2015. – №17–18. – С. 22.

129. Решетникова И. В. Доказательственное право Англии и США/ под. ред. И.В. Решетниковой. – 2-е изд., перераб. и доп. - М. : Городец, 1999. – с. 79-80.

130. Рішення Кіровського районного суду м. Дніпропетровська від 22.04.2013 року. Справа № 2-86/11// URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/31002564 (дата звернення: 12.02.2021)

131. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення положення частини 3 статті 62 Конституції України від 20.10.2011 р. № 12-рп/2011 (№ 1-31/2011) URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-11

132. Руда Т.В. Достовірність доказів у цивільному судочинстві США та України: порівняльноправовий аспект. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія: Юридичні науки*. 2011. Вип. 87. С. 73–78.

133. Руда Т.В. Поняття і зміст інституту доказування в цивільному процесуальному праві США та України: порівняльний аспект. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія: Юридичні науки.* 2008. Вип. 79. С. 47–50.

134. Савицкий В. М. Уголовный процесс России на новом витке демократизации. Государство и право. – 1994. – № 6. – С. 96–107.

135. Савчук М. Зразкове судочинство: типові та зразкові справи за новим КАС України. Юридична газета. № 49 2017. С. 17.

136. Словник української мови : в 11 т. / за ред. І. К. Білодіда ; АН УРСР ; Ін-т мовознавства. – К. : Наук. думка, 1970–1980. – Т. 1. – URL: http://sum.in.ua/s/ arghumentacija (дата звернення: 08.09.2021)

137. Соловьев А. Б. Доказывание в досудебных стадиях уголовного процесса. – М.: Юрлитинформ, 2002. – 71 с.

138. Степанова Т. Доказування та докази в господарському процесі України : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.04, НАН України. Ін-т екон.- прав. дослідж. Донецьк, 2002. 18 с.

139. Стоянов М. Концепції допустимості доказів: проблеми теорії, нормативної регламентації та правозастосовчої практики. Часопис Академії адвокатури України. – 2009. – № 4. – С. 1–10.

140. Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса. – М., 1958. – 703 с.

141. Суб'єкти доказування та оцінки доказів у цивільному процесі: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Т.В. Цюра; НАН України. Ін-т держави і права ім. В.М.Корецького. – К., 2005. – 20 с.

142. Тертишніков Р. В. Доказування і докази в судочинстві України: Науковопрактичний посібник. – Харків : ФІНН, 2009. – с. 36.

143. Треушников М.К. Судебные доказательства : монография. Москва : Юридическое бюро «ГОРОДЕЦ», 1997. 320 с.

144. Трусов А. И. Основы теории судебных доказательств / А.И. Трусов. – М., 1960. – С. 86–89.

145. Тюняева Н.Н. Относимость доказательств в арбитражном процессе : автореф. дис. канд. юрид. наук. СГАП. Саратов, 2011. 26 с.

146. Ухвала Великої Палати Верховного Суду від 30 жовтня 2018 р. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/77507469 (дата звернення:11.06.2021)

147. Ухвала Верховного Суду від 02 квітня 2018 року, справа №826/20408/16. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73173377 (дата звернення: 06.02.2022)

148. Ухвала Верховного Суду від 07 березня 2018 року, справа № 826/2568/15. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72693140 (дата звернення: 26.01.2021)

149. Ухвала Верховного Суду від 09 квітня 2019 року, справа №822/1335/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81046589 (дата звернення: 06.04.2021)

150. Ухвала Верховного Суду від 11 червня 2018 року, справа № 812/965/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74645659 (дата звернення: 06.04.2021)

151. Ухвала Верховного Суду від 11 червня 2018 року, справа №822/1335/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74616531 (дата звернення: 06.03.2021)

152. Ухвала Верховного Суду від 12 квітня 2019 року, справа №120/311/19-а. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81136753 (дата звернення: 06.04.2021)

153. Ухвала Верховного Суду від 15 лютого 2018 року, справа №816/2366/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72289634 (дата звернення: 06.04.2021)

154. Ухвала Верховного Суду від 15 травня 2018 року, справа № 810/1431/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74029069 (дата звернення: 26.04.2021)

155. Ухвала Верховного Суду від 16 лютого 2018 року, справа 825/171/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72290164 (дата звернення: 16.04.2021)

156. Ухвала Верховного Суду від 17 квітня 2019 року, справа № 824/210/19-а. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81215290 (дата звернення: 06.04.2020)

157. Ухвала Верховного суду від 19.02.2018 року, справа №826/2396/15. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72343774 (дата звернення: 06.05.2020)

158. Ухвала Верховного Суду від 25 квітня 2019 року, справа №540/406/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81431735 (дата звернення: 04.04.2021)

159. Ухвала Верховного Суду від 29 січня 2018 року, справа №825/4/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71979085 (дата звернення: 06.05.2022)

160. Ухвала Касаційного адміністративного суду від 20 вересня 2018 року у справі № 812/1786/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/73139306 (дата звернення: 06.04.2021)

161. Ухвала Касаційного адміністративного суду від 22 серпня 2018 року у справі № 826/3783/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/73139306 (дата звернення: 03.07.2021)

162. Ухвала Херсонського окружного адміністративного суду від 13 лютого 2019, справа № 540/112/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/79784684 (дата звернення: 06.03.2020)

163. Ухвала Хмельницького окружного адміністративного суду від 31 жовтня 2019 року, у справі № 560/2955/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/85301691 (дата звернення: 06.04.2020)

164. Фінансово-процесуальний кодекс ФРН (Finanzgerichtsordnung) від 06.10.1965 у ред. від 28.03.2001 // BGBL. I S. 442, 2262; 2002 I S. 679.

165. Фурса С. Я. Докази і доказування у цивільному процесі : наук.-практ. посіб. – К. : С. Я. Фурса ; КНТ, 2005. – 256 с.

166. Хижняк Є. С. Особливості огляду електронних документів під час розслідування кримінальних правопорушень. *Держава та регіони*. – 2017. – № 4 (58). – С. 80–85.

167. Хмыров А. А. О понятии косвенных доказательств и их значении в расследовании преступлений. – М., 1964. – 109 с.

168. Чорний С., Антонюк О. Електронні докази в цивільному процесі: проблеми застосування на практиці. URL: https://jvestnik-sss.donnu.edu.ua/article/ download/5468/5495.

169. Элькинд П.С. Цели и средства их достижения в советском уголовнопроцессуальном праве. – Л., 1976. – С. 15.

170. Юридична аргументація. Логічні дослідження : монографія. Харків : «Право», 2015. С. 128-139.

171. Юридична аргументація: Логічні дослідження : монографія / О. М. Юркевич, В. Д. Титов, С. В. Куцепал та ін. ; за заг. ред. О.М. Юркевич. – Х., 2012. – 211 с.

172. Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. Київ : «Укр. енцикл.», 2002. Т. 4: Н–П. 720 с.

Навчальне видання

ПРАВНИЧА АРГУМЕНТАЦІЯ

Навчальний посібник

За редакцію ***Щербанюк О.В.***

Автори:
Оксана Володимирівна ***Щербанюк***
Віталій Анатолійович ***Вдовічен***
Віталій Володимирович ***Гордєєв***
*Лаура Георгіївн****а Бзова***

Відповідальна за випуск ***Щербанюк О.В.***

Літературний редактор ***Лупул О.В.***

Технічний редактор ***Чораєва Г.К.***

Дизайн обкладинки ***Цвіра А.В.***

Підписано до друку 29.07.2022. Формат 60х84/16.
Умов.-друк. арк. 29,3.Обл.-вид. арк. 31,5. Зам. Н-084.
Електронне видання
Видавництво Чернівецького національного університету.
58002, Чернівці, вул. Коцюбинського, 2.
e-mail: ruta@chnu.edu.ua

Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 891 від 08.04.2002.



ЧНУ РУТА