

# Femida.ua

№1/2020

**ОЛЬГА  
ЮХИМЕНКО:**

МЕДІАЦІЯ І ПРИВАТНІ  
ВИКОНАВЦІ - ВЗАЄМНЕ  
ДОПОВНЕННЯ ЧИ  
ВИКЛЮЧЕННЯ?

**«ПОГЛЯД  
КРІЗЬ ЧАС»**

- КНИГА ПРО  
АДВОКАТІВ  
МИНУЛОГО

## ДІАНА КОЛОМІЙЦЕВА

„ ІСТОРІЯ ЗЕМЕЛЬНИХ РЕФОРМ В УКРАЇНІ  
ПІДТВЕРДЖУЄ ФАКТ, ЩО ОЧІКУВАННЯ  
ТА РЕАЛЬНІСТЬ НЕ СПІВПАДАЛИ – ЗАВЖДИ  
Є ТРЕТІЙ ВАРІАНТ „

ЧЕРНІГІВ / REIKARTZ HOTEL GROUP

15 | 05 | 2020

# II ВСЕУКРАЇНСЬКА ЗУСТРІЧ БЕЗ КРАВАТОК



**БОРЖНИК  
VS  
СТЯГУВАЧ:**

пробачити важко,  
стягнути  
"неможливо"...

Генеральний партнер



FEMIDA LEGAL  
ASSOCIATION

Генеральний медіа-партнер





ЗЛОЧИН І КАРА

## ЧОМУ В УКРАЇНІ НЕ САДЖАЮТЬ ЗА ЕКОНОМІЧНІ ЗЛОЧИНИ?



КНИЖКОВА ПОЛИЦЯ  
АДВОКАТА

ПОГЛЯД КРИЗЬ ЧАС



СУДОВА ПРАКТИКА  
ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ  
ВЕРХОВНИМ СУДОМ ПРАКТИКИ ЄСПЛ  
У ПОДАТКОВИХ СПОРАХ



ІНТЕРВ'Ю  
ДІАНА КОЛОМІЙЦЕВА,  
АДВОКАТ, КАН.ЮРИД.НАУК,  
КЕРУЮЧИЙ ПАРТНЕР  
«BOSSOM GROUP»



ТЕХНОЛОГІЇ  
ПРОБЛЕМАТИКА ЗАСТОСУВАННЯ  
ПОЛІГРАФА В УКРАЇНІ

МЕДІАЦІЯ

## 26

ЧОМУ МЕДІАЦІЯ ВИГІДНІША, НІЖ  
СУДОВИЙ ПРОЦЕС

МЕДІАЦІЯ

## 28

МЕДІАЦІЯ І ПРИВАТНІ ВИКОНАВЦІ  
– ВЗАЄМНЕ ДОПОВНЕННЯ ЧИ  
ВИКЛЮЧЕННЯ?

БАНКРУТСТВО І ЛИКВІДАЦІЯ

## 32

СВІТОВІ СТАНДАРТИ БАНКРУТСТВА  
- ПОРІВНЯННЯ З УКРАЇНСЬКИМ  
ЗАКОНОДАВСТВОМ

Засновник та видавець:  
ТОВ БСВ Профменеджмент  
Головний редактор:  
Олена Ходос

Літературний редактор: Юлія Шешуряк

Дизайн та верстка: Інна Вінченко

Наклад: 1000 примірників.

Періодичність виходу 4 рази на рік.

Сфера розповсюдження:  
загальнодержавна, зарубіжна.

Адреса редакції: 02072, м. Київ,  
вул. Бориса Гмири ½, оф. 141

З питань співпраці, розміщення реклами  
та розповсюдження звертайтеся:

тел. (044) 568-00-77

e-mail: office@femida.ua

Свідоцтво про державну реєстрацію  
друкованого засобу масової інформації:  
КВ № 18044-6894 Р  
Видається з 2010 року.

Передрук матеріалів можливий лише  
за наявності письмової згоди редакції.  
Думка редакції може не збігатись  
з думками авторів.

Відповідальність за зміст реклами  
несуть рекламодавці.



---

# СЛОВО РЕДАКТОРА

**С**вобода – найцінніше, що може мати людина. Залишається вільним від умовностей, маніпуляцій ЗМІ, думок інших та власних «тарганів» – талант, не кожному притаманний.

Стаття 22 Конституції України говорить, що права і свободи громадян є невичерпними. Та й справді, мабуть, не варто їх «вичерпувати», адже тоді є ризик дістатися «дна».

Як показує практика, свобода стає загрозою для людей некомпетентних, таких, що вважають себе «експертами» у всіх питаннях, починаючи від впровадження ринку землі до виявлення причин авіакатастрофи.

Істина народжується тільки при дотриманні законів, якими б недосконалыми вони нам не здавались. Цей шлях важкий, тернистий, сповнений кропіткої роботи, але лише так ми прийдемо до довгоочікуваного верховенства права.

Тому трактування змін до законодавства, експертні оцінки кейсів ми довіряємо тільки провідним фахівцям юридичної галузі, думки яких ґрунтовні й компетентні, базуються на досвіді та досконалих знаннях закону.

*З повагою,  
головний редактор  
Олена Ходос*



# Чому в Україні не саджають за економічні злочини?



**Денис Овчаров**  
адвокат, керуючий партнер  
АО "Овчаров та Партнери"

**Е**кономічні відносини в державі охороняються, зокрема, нормами кримінального закону. Втім, осіб, причетних до вчинення економічних злочинів, дуже складно притягнути до відповідальності. Чому так відбувається – розглянемо у цій статті.

### Стаття 212

Почнемо, напевно, із найцікавішого. Стаття 212 Кримінального кодексу України передбачає кримінальну відповідальність за ухилення від сплати податків.

Станом на сьогодні отримати обвинувальний вирок за вказаною статтею вкрай важко. Фактично, вона мертва. Відсутність практики притягнення до кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків пояснюється декількома факторами.

По-перше, у березні 2018 року Верховний Суд прийняв рішення, яким повністю змінив підхід до розслідування ухилення від сплати податків, вказавши, що слідчий не має права звертатися з клопотанням про проведення позапланової податкової перевірки до слідчого судді.

Це суттєво вплинуло на строки розслідування та позбавило можливості слідчого тримати ситуацію під контролем.

Важливо зрозуміти, що основою ст. 212 КК України є акт податкової перевірки та податкове повідомлен-

ня-рішення (ППР). Виникає очевидне запитання до слідства: як його отримати? В ідеалі – до відкриття кримінального провадження.

Тобто, алгоритм «ідеального» притягнення до кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків виглядає наступним чином:

- 1) податкова перевірка та отримання ППР;
- 2) підприємство оскаржує результати перевірки в адміністративному порядку;
- 3) у випадку, якщо підприємство програє справу та не сплачує суму за ППР, вирішується питання про відкриття кримінального провадження, і для цього потрібно, щоб донарахування були більші, ніж 3 153 000 грн (за ч. 1 ст. 212 КК України).

Перша проблема виникає тоді, коли правоохоронні органи вносять відомості до ЄРДР ще навіть до самої перевірки податковою та починають досудове розслідування.

Тут доречним буде питання: що варто вважати ознаками ухилення підприємства від сплати податків?

Перевірки не було, відбулися слідчі дії. Як же отримати акт податкової перевірки?

Для того, щоб виправити ситуацію, слідчий звертався до слідчого судді із клопотанням про призначення позапланової податкової перевірки. Як правило, судді від-

мовляють у задоволення такого клопотання, оскільки право на таке звернення не передбачено КПК України.

### І що потім роблять слідчі?

Вони повідомляють податкову про ознаки ухилення від сплати податків конкретного підприємства та просять відреагувати належним чином – провести перевірку. Податкова, у свою чергу, вносить дане підприємство в план податкових перевірок і протягом року проводить податкову перевірку.

Подальший сценарій подій зрозумілий: ППР, оскарження, у випадку програшу адміністративного процесу та несплату суми за ППР слідчий продовжує розслідування та вирішує питання про повідомлення про підозру.

Тобто, якщо немає акту податкової перевірки та податкового повідомлення-рішення, правоохоронні органи не можуть довести ухилення від сплати податків та притягнути особу до кримінальної відповідальності за ст. 212 КК України.

По-друге, завдяки багатьом непослідовним реформам правоохоронних органів та оголошеною боротьбою з корупцією, слідчі просто забули, як доводити умисел в ухиленні від сплати податків. Це підтверджує обширна практика виправдальних вироків та незначна кількість обвинувальних вироків, де основним джерелом доказів є визнання вини.



По-третє, це відповідальність. Середній штраф за ухилення від сплати податків за судовою практикою останніх років становив близько 15 000 грн. Суд, як правило, призначав покарання нижче нижчої межі.

У вересні 2019 року було внесено відповідні зміни до КК України і наразі штраф за несплату податків в особливо великих розмірах становить від 255 000 до 425 000 тисяч гривень.

Однак, навіть такі суми є неспіврозмірними з часом оплати праці слідчого, прокурора, оперативного співробітника та судді з його помічником і секретарем.

По-четверте, це строки давності. Справи про викрадення велосипеду більш ретельно та швидко слухають, а щодо податків – 2-3 роки у першій інстанції, не говорячи вже про оскарження. Така швидкість призводить до закриття справ за ч. 1 та ч. 2 ст. 212 КК України по строках давності, які становлять 2 та 5 років з моменту події відповідно.

#### Стаття 205-1

Наступною важливою статтею в економічних злочинах є ст. 205-1 КК України: підроблення документів, які подаються для проведення державної реєстрації юридичної особи та фізичних осіб підприємців.

Вона є більш наближеною до поняття «фіктивне підприємництво», яке раніше містилося в декриміналізованій ст. 205 КК України. З її допомогою можна краще зрозуміти, чи підприємство було насправді створене для здійснення підприємницької діяльності, чи для досягнення інших цілей.

Наприклад: у вас відсутній диплом юриста та ви взагалі не маєте відношення до юриспруденції, але при цьому створюється ФОП з видом діяльності надання юридичних послуг. Тут вже виникають ознаки фіктивного підприємництва.

Слід зазначити, що по ст. 205-1 КК України існує багато цікавих судових рішень, а покарання за даною статтею є більш суворим, ніж було в ст. 205 ККУ.

#### Стаття 191

Стаття 191 КК України (привласнення, розтрата майна або заволодіння шляхом зловживання службовим становищем) є наступною вартою уваги «економічною» статтею Кодексу.

Дана стаття в нашій країні працює тільки в площині розтрата чи заволодіння державного майна.

Раніше «розпилувати» бюджет було простіше: директор компанії укладав фіктивний договір з іншою компанією та переводив туди гроші за начебто надані послуги чи роботи, які насправді не надавались, і потім компанії між собою розподіляли «зароблені» кошти.

Наразі такі схеми-мамонти «розумні хлопці та дівчата» не використовують, за останні роки були створенні якісніші механізми, які допомагають ефективно освоїти державні кошти.

Виникає питання: чому НАБУ та СБУ мають досить низьку ефективність при розслідуванні злочинів по ст. 191 КК України?

Передусім, основним доказом по ст. 191 КК України є судово-економічна експертиза, яка демон-

## ДАНА СТАТТЯ В НАШІЙ КРАЇНІ ПРАЦЮЄ ТІЛЬКИ В ПЛОЩИНІ РОЗТРАТИ ЧИ ЗАВОЛОДІННЯ ДЕРЖАВНОГО МАЙНА.



струє збитки, що були завдані державі, та виявляє спосіб, яким було їх завдано.

Наприклад, у випадку придбання товару за завищеною чи заниженою ціною логічно поцікавитися – що ж таке завищена чи занижена ціна та як її визначити? Враховуючи той факт, що зараз велика кількість компаній працюють через систему Prozorro, а державна монополія на ціну відсутня, довести завищення чи заниження дуже складно.

Якщо раніше інструментом тиску було встановлення, чи справді ціна відповідає даному товару або послугам, то зараз ефективним способом є перевірка законності тендеру. Існує багато випадків, коли тендер відбувся, товар був придбаний, вмонтований, але у правоохоронних органів виникали питання щодо законності перемоги в тендері.

Правоохоронні органи вважають: якщо тендер був проведений з порушеннями, то все похідне від нього також є незаконним. І не важливо, були проведені роботи чи ні, був поставлений товар чи ні, - ці питання нікого не хвилюють.

Також слід наголосити, що в тендерних спорах часто з'являється позиція Антимонопольного комітету України, яку потім «щиро» підтримують правоохоронні органи.

Ще однією проблемою судово-економічної експертизи є те, що сьогодні експерти не несуть відповідальність за свої дії, притягнути експерта до відповідальності дуже важко. Чому так виходить? Тому, що деякі експерти в тій чи іншій мірі залежні від правоохоронних органів. Тобто, експерт може зробити експертизу, яка буде вигідна правоохоронним органам і не понести за це жодної відповідальності.

Отже, складність при притягненні до відповідальності за ст. 191 КК

## ЩЕ ОДНІЄЮ ПРОБЛЕМОЮ СУДОВО-ЕКОНОМІЧНОЇ ЕКСПЕРТИЗИ Є ТЕ, ЩО СЬОГОДНІ ЕКСПЕРТИ НЕ НЕСУТЬ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА СВОЇ ДІЇ, ПРИТЯГНУТИ ЕКСПЕРТА ДО ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ДУЖЕ ВАЖКО.

Україні полягає в отриманні експертизи низької якості, яка є основним доказом в даному складі злочину. Суддям досить складно розібратися в судово-економічній експертизі, особливо коли у захисту наявно декілька протилежних експертиз, які спростовують позицію слідчого.

Яскравий приклад якості здійснення слідства – «справа Труханова», в якій можна зустріти найбільш типові помилки при доказуванні винуватості за ст. 191 КК України.

Можливо, в правоохоронних органах є свій прокурорський кримінально-процесуальний кодекс або методології закордонних спецслужб, які є суттю реформ правоохоронних органів, але невідповідність цього практиці Європейського суду з прав людини ламають багато справ по ст. 191 КК України ще на стадії слідства.

Важливо наголосити, що зараз досить багато виправдувальних вироків по ст. 191 КК України виносяться виключно через порушення процедури розслідування.

Покарання за ст. 191 КК України також відсутнє у зв'язку із неможливістю знайти майно або гроші, які

були привласнені. Або якщо щось і знаходять, то важко довести, що це було отримано незаконним шляхом.

Склалася така судова практика: якщо справа «фактова» і зібраних доказів недостатньо для вручення підозри, то отримати арешт на майно досить важко, судді частіше знімають арешт з цього майна та повертають кошти.

Моя порада: якщо підприємство бажає працювати з державним майном, коштами, то повинно зважити для себе як репутаційні ризики, так і юридичні наслідки для підприємства.

Вважаю, що на даний час відсутні перспективи притягнення до кримінальної відповідальності за ст. 191 КК України через низьку якість кадрів правоохоронних органів та неможливість провести якісну судово-економічну експертизу на користь слідства.

Отже, підсумовуючи вищевикладене, хотів би порадити адвокатам мати розуміння, як дані злочини будуть розслідуватися та як будуть доводитися. Також потрібно вивчати обвинувальні та виправдувальні вироків й брати до уваги тактику захисту, яку використовують колеги. **І**

# ПОГЛЯД КРІЗЬ ЧАС



**Сергій Кульбач**  
адвокат, кандидат юридичних наук,  
доцент



**Валерій Кушнір**  
адвокат

”

**ЯК УСЕ ПОЧИНАЛОСЯ? ДЕКІЛЬКА РОКІВ ТОМУ ОДИН АДВОКАТ ІЗ М. ДНІПРО ЗВЕРНУВСЯ ДО КОЛЕГ З НЕЗВИЧНИМ ПРОХАННЯМ – ВИСТУПИТИ У РОЛІ ВАНТАЖНИКІВ ТА ДОПОМОГТИ У ПЕРЕВЕЗЕННІ КОЛИШНЬОГО АРХІВУ ДНІПРОПЕТРОВСЬКОЇ ОБЛАСНОЇ КОЛЕГІЇ АДВОКАТІВ (ДОКА). СЕРЕД ТИХ, ХТО ВІДГУКНУЛИСЯ, БУЛИ І МАЙБУТНІ АВТОРИ КНИГИ. ЧИМАЛА ЧАСТИНА ВКАЗАНОГО АРХІВУ ЗБЕРІГАЛАСЯ В ТЕХНІЧНОМУ ПРИМІЩЕННІ КОЛИШНЬОГО НАУКОВО-ДОСЛІДНОГО ІНСТИТУТУ В ДНІПРІ.**”

Усі найкращі ідеї зазвичай виникають спонтанно. Так сталося і з рішенням про необхідність увіковічення пам'яті адвокатів минулих поколінь. Як кажуть, не знаючи минулого, неможливо зрозуміти справжній сенс сьогодення та цілі майбутнього... Станом на січень 2020 року вже видані перші два випуски книги «История адвокатуры Днепропетровской области в событиях и лицах».

Як усе починалося? Декілька років тому один адвокат із м. Дніпро звернувся до колег з незвичним проханням – виступити у ролі вантажників та допомогти у перевезенні колишнього архіву Дніпропетровської обласної колегії адвокатів (ДОКА). Серед тих, хто відгукнулися, були і майбутні автори книги. Чимала частина вказаного архіву зберігалася в технічному приміщенні колишнього науково-дослідного інституту в Дніпрі.

Стан документів шокував усіх присутніх – без жодних належних умов, прямо на бетонній підлозі лежали особові справи адвокатів з великою кількістю інших, не менш важливих, документів щодо діяльності ДОКА. Створювалося враження, що всі потрапили до

якогось часового порталу. Звичайно, з того дня розпочалося ретельне дослідження цього історичного надбання.

Після уважного ознайомлення з таким «скарбом» виникла концепція написання книги – історико-архівного збірника, метою якого повинно було стати увіковічення пам'яті видатних адвокатів Дніпропетровської області.

Видання про історію адвокатури України описують певні епохальні події, що зумовили зародження, розвиток та становлення інституту судового представництва. Однак, жодна подія не відбувається без конкретних особистостей, жодна історія не будується без конкретних справ хоча б однієї людини.

З самого початку роботи, яка відбувалася виключно на громадських засадах, автори постали перед дилемою – якого формату повинна бути книга, на яку читацьку аудиторію вона орієнтована тощо.

Досліджуючи особисті справи адвокатів, автори відкрили для себе досі не відомі події, дізналися, що серед адвокатів минулого були героїчні постаті, які в тяжкий для країни післявоєнний час не залишили справу захисту, а стали

справжніми розбудовниками на згадку знищеної війною професії.

Було вирішено наповнити видання виключно оригінальними документами, які описували життєвий та професійний шлях кожної видатної особистості в історії адвокатури, адже ніщо так не підтверджує достовірність викладених фактів та обставин, як достовірний документ з минулого. Тобто, ніякої «нарколітературної» лірики, а лише фактичні дані у вигляді архівних документів. Така концепція книги, з одного боку, різко зменшувала коло потенційних читачів, проте збільшувалася професійна юридична спрямованість майбутнього видання. Час довів, що такий підхід себе цілком виправдав.

Виданням зацікавилися не тільки професійні юристи, а й інші спеціалісти в різних галузях. Книга набула широкої популярності серед дослідників історії, представників влади і, найголовніше, у серед пересічних громадян, які раніше навіть не цікавився історією адвокатури.

Випуски книги поділені за історичними епохами. Заплановано видати шість випусків та окремо спеціальний сьомий випуск, присвячений історії адвокатури 1900-1941 років. Автори не тільки опрацювали вищевказаний архівний матеріал, а й почали системний збір, накопичування, а головне – аналіз додаткових відомостей, документів з фондів архівних установ, приватних колекцій. Дуже цікаво досліджувати ту чи іншу постать, поєднуючи принципи історизму та сучасного підходу.

Архівні документи, які містяться в книгах, унікальні та цінні не тільки для адвокатури Дніпропетровської області, а й в цілому для адвокатури України. Дані документи дають нам можливість зрозуміти, в яких складних умовах відбувалося формування того правничого фундаменту, на якому й виникла сучасна адвокатура.

Захоплює вивчати матеріали дисциплінарних проваджень відносно адвокатів, де говориться про

«захист обвинуваченого незважаючи на його очевидну винуватість», «вільність у міркуваннях під час виступу в судових дебатах», «зневагу до лінії партії та каральних органів» тощо.

Особистості з минулого – це не просто адвокати, а й, передусім, правозахисники, піонери юридичної справи та достойні представники громадянського суспільства.

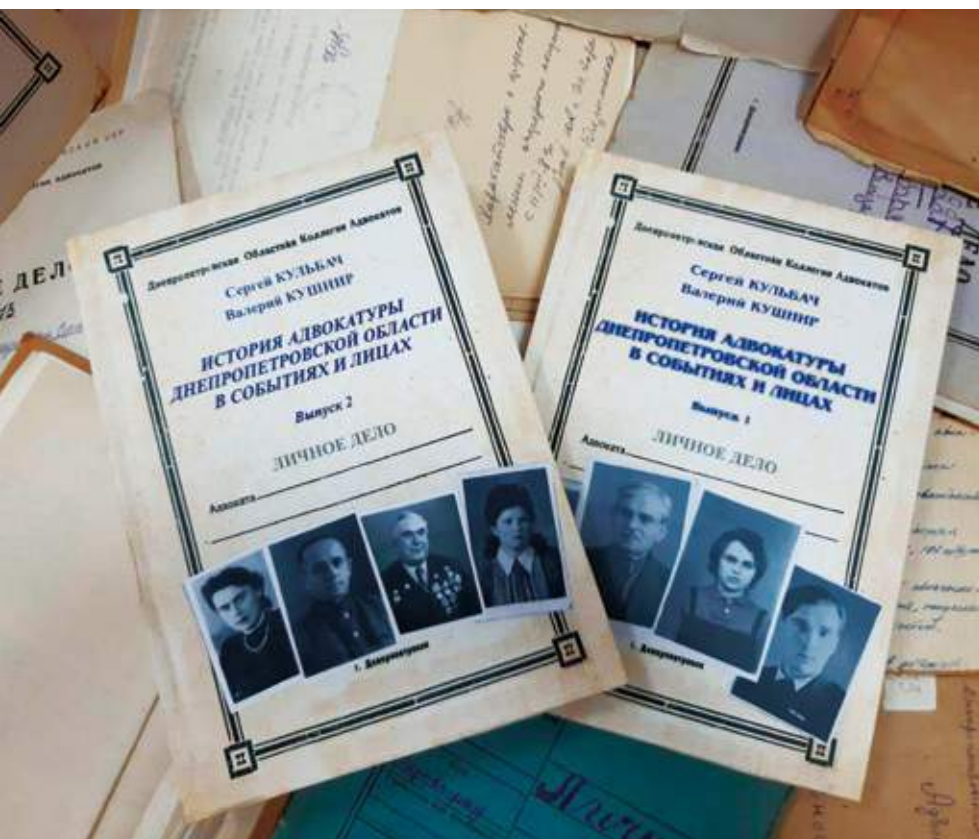
Особливу увагу автори приділили дослідженню біографічних даних адвокатів минулого, їх бойовому шляху під час Другої світової війни, оскільки саме пройшовши цей складний життєвий та бойовий шлях, вони й сформувалися як справжні бійці. Звичок своїх вони не міняли і в адвокатурі.

Найбільше, що вразило авторів при дослідженні особових справ адвокатів минулого, – це те, що жоден з них не був відзначений державною нагородою СРСР за роботу і досягнення в адвокатурі. При тому, що це відбувалося в епоху, коли нагородження державними нагородами було дуже масштабним.

Під час дослідження історико-архівних матеріалів автори для себе підтвердили теорію про те, що історія, немовби промінь – має свій певний початок, та не має кінця. І такі початки та продовження вимірюються не часовими проміжками, а посталями та особистостями, які сформували цю історію.

Вивчаючи біографічні дані про наших «професійних отців», беручи їх за приклад, ми надихаємось будувати сучасну адвокатуру в традиціях героїчного та непохитного служіння захисту прав кожної людини.

*P.S. Автори книги будуть вдячні за будь-які дані чи документи про осіб та події, які мали відношення до історії формування адвокатури України й Дніпропетровської області, і могли б бути використані в наступних випусках книги. **E***



**Р**инок сільськогосподарської землі в Україні нарешті відкривається. Діано, охарактеризуйте законодавчі зміни не з обивательської точки зору «зрада – перемога», а як юрист: яких першочергових трансформацій очікувати, чи є небезпеки та ризики?

Як свідчить історія розвитку нашої державності, всі соціальні та економічні перетворення починаються зі зміни земельних правовідносин. Без перебільшення, Україна зараз знаходиться на межі нового етапу земельної реформи, що однозначно призведе до трансформації чинного земельного правопорядку та утворення не тільки нових правил гри, а й появи на ньому нових гравців.

Зокрема, наразі триває формування нового та ще невідомого в дії учасника земельних правовідносин – об'єднаних територіальних громад, які незабаром стануть власниками землі сільськогосподарського призначення за межами населених пунктів. Проте ключовим фактом, що вплине на перерозподіл земельних активів, буде прийняття та введення в дію обігу «мораторних» земель сільськогосподарського призначення.

Тож реалізація можливих ризиків та небезпек, так само як і надії на новий земельний правопорядок, залежить від декількох факторів: по-перше, від особистих якостей та професійної компетенції кожного члена об'єднаної територіальної громади та від того, які рішення будуть прийматися на рівні кожної окремо взятої територіальної громади; по-друге, від рішень, які будуть прийматись кожним власником земель сільськогосподарського призначення, адже від цього залежить, на користь кого буде перерозподілятися земля як національний ресурс країни.

Настає епоха свідомих рішень та дій, причому кожного з нас, адже політика держави спрямована на передачу управлінських рішень в сфері земельних відносин громаді та безпосереднім учасникам ринку.

**Відкриття ринку землі може спричинити приплив інвестицій в економіку України?**

Вважаю, що однозначна відповідь на це питання в аспекті «так» або «ні» буде нечесною, не дивлячись на те, що фахівці в галузі економіки за попередніми оцінками

розраховують на зростання ВВП мінімально на 5-8 %. Проте, як на мене, однозначно спрогнозувати реакцію економіки України на введення в обіг «мораторних» земель сільськогосподарського призначення навряд чи можна.

Наша країна є унікальною в аспекті непрогнозованості, прикладом чого є історія реалізації земельних реформ. Якщо повернутися в 90-ті, то засновники земельної реформи, які розробляли моделі запровадження права приватної власності на землю, розраховували отримати в результаті її проведення міцний середній клас з тих, хто все життя працював на державній землі, який і далі мав реалізовувати свій трудовий та підприємницький потенціал на своїй землі. По факту, власники пайової землі та їх спадкоємці в своїй переважній більшості не виявили мотивації до праці на безкоштовно отриманих ними земельних ділянках. Зазначене призвело до утворення класу агрохолдингів, з якими поруч намагається розвиватись представлений в мінімальній кількості середній клас у складі фермерських господарств та сільськогосподарських кооперативів.

**ОДНИМ ІЗ НАЙБІЛЬШ ОЧІКУВАНИХ ТА РЕЗОНАНСНИХ ЗАКОНОДАВЧИХ АКТИВ, ЩО РОЗГЛЯДАЄТЬСЯ ВЕРХОВНОЮ РАДОЮ ПОТОЧНОГО СКЛИКАННЯ, Є ЗАКОНОПРОЕКТ ПРО ЗАПРОВАДЖЕННЯ РИНКУ ЗЕМЛІ В УКРАЇНІ, ПРИЙНЯТИЙ ЗА ОСНОВУ ВОСЕНИ 2019 РОКУ ТА ЗАПЛАНОВАНИЙ ДО ОСТАТОЧНОГО УХВАЛЕННЯ НАЙБЛИЖЧИМ ЧАСОМ. ЯК ВПЛИНЕ ДІЯ НОВОГО ЗАКОНУ НА ЕКОНОМІКУ ТА ЮРИДИЧНИЙ РИНОК УКРАЇНИ – ГОВОРИМО ІЗ ДІАНОЮ КОЛОМІЙЦЕВОЮ, АДВОКАТОМ, КАНДИДАТОМ ЮРИДИЧНИХ НАУК, КЕРУЮЧИМ ПАРТНЕРОМ «BOSSOM GROUP».**

# ДІАНА КОЛОМІЙЦЕВА

ІНТЕРВ'Ю



**АДВОКАТ,  
КАН. ЮРИД. НАУК,  
КЕРУЮЧИЙ ПАРТНЕР  
«BOSSOM GROUP»**

Власне, вся історія земельних реформ, які здійснювались в Україні, підтверджує факт, що прогнозні очікування та реальність, як правило, не співпадали, завжди є третій варіант.

**На Вашу думку, законопроект про обіг земель сільськогосподарського призначення написаний професійно? Чи незабаром будемо спостерігати внесення численних правок?**

Я розглядаю законопроект № 2178-10 з декількох аспектів. По-перше, він фактично дозволяє перевести весь існуючий земельний капітал, що знаходиться в оренді або на праві емфітевзису, у власність. Тобто, якщо правильно скористатися механізмами, які наразі створює уряд та Верховна Рада, та за умови наявності волі власників пайової землі, діючі суб'єкти ринку сільськогосподарського землекористування можуть стати власниками землі, якою вони володіють.

По-друге, що стосується подальшого обігу земель, то закон закладає ризик обігу не земель, а корпоративних прав юридичних осіб. Це за діючим законодавством буде дешевше для продавців і покупців. Тут криється ризик переходу прав на землю від корпорацій до корпорацій без юридичного обігу земель.

Загалом аналіз законопроекту не дозволяє однозначно сформулювати відповідь на питання: яких конкретно результатів від обігу земель ми прагнемо отримати? А відповідь на це питання якраз і є показником обґрунтованості та економічної прорахованості нових земельних правовідносин, які виникнуть в результаті його реалізації.

**Які нововведення можна очікувати в банківській сфері?**

В банківській сфері очікуємо нових правил роботи з земельними активами, нових методик оцінки їх ліквідності та нових кредитних програм за доступними кредитними ставками. Банки мають стати ключовим фінансовим партнером

сільськогосподарських товаровиробників, адже за інших умов розраховувати на економічний ефект від обігу земель сільськогосподарського призначення для нашого агросектора не доведеться.

Проте, без участі держави та зміни загальнодержавної стратегії кредитної політики навряд чи це є можливим. Тому, сподіваюсь, що перша програма КМУ про кредитування малого та середнього бізнесу, що має стартувати з 1 лютого 2020 року, стане початком нової кредитної політики для всіх учасників ринку.

**Малому та середньому агробізнесу вигідніше буде купити землю чи продовжувати орендувати?**

В даному випадку необхідно прораховувати рентабельність конкретного бізнесу. З правової точки зору, своя земля – це завжди високоліквідний актив, оскільки він наділений вартістю, а власник наділений значно більшою кількістю правових можливостей, ніж орендар. Тому своїм клієнтам ми радимо землю набувати у власність. Проте, оренда нічим не гірше, з нею треба вміти працювати, адже законодавство передбачає широке коло можливостей, які без фахівців-юристів, як правило, не застосовуються.

**Що можете поради́ти громадянам та бізнесу щодо оформлення купівлі-продажу сільськогосподарської земельної ділянки? Як найкраще захистити свої права?**

Перш за все, раджу відносити до купівлі-продажу земельної ділянки як до процесу створення свого капіталу, а не просто як до угоди. Саме тому варто починати з правової перевірки та оцінки земельної ділянки за двома критеріями: за ознакою оборотоздатності, тобто наявності правової можливості ділянки бути об'єктом відчуження (і це не тільки про мораторні землі), та за індивідуально-визначеними ознаками, які підтверджують її сформованість та геопросторову позицію.

Трапляються випадки, коли присвоєний кадастровий номер насправді не існує, або коли ділянка розташована не в тому місці, де вона має бути, а зовсім в іншому (за помилкою в координатах, які для ділянки є первісними) тощо. Тож варто перевіряти історію формування та обіг конкретної ділянки, аналізувати земельний актив з точки зору судової практики, яка дає широкий спектр підказок.

На стадії укладення угоди варто пам'ятати, що операції з землею регулюються Земельним кодексом України. І тільки за умови відсутності відповідної норми застосовується Цивільний кодекс України. Зокрема, Земельний кодекс визначає істотні умови та порядок укладання договорів, що передбачають відчуження прав на земельні ділянки. Незастосування цих положень тягне ризик недійсності договору.

Хочу звернути увагу на те, що земля – це не товар, це природний ресурс, що наділений ознаками оборотоздатності. Нормативно-правова матерія, яка регулює обіг земель, є складною в застосуванні. Тому звертайтеся до фахівців у галузі земельного права, адже свідоме чи несвідоме недотримання правових норм тягне роки судових процедур та витрат, яких можна було б уникнути.

**Чи можна очікувати галузевої революції на юрринку та посилення популярності практик земельного права, змін у клієнтських портфелях юрфірм?**

Безумовно, ринок юридичних послуг, так само як і банківський сектор, готується зустріти нові запити клієнтів. Зараз спостерігається посилення рекламних компаній саме цієї практики, запит на фахівців зазначеної галузі, яких небагато. Тому розквіт цієї спеціалізації ще попереду.

**Ваша компанія планує відкриття нових вакансій для цієї практики?**

При створенні компанії «BOSSOM GROUP» ми орієнтувались на спеціалізацію партнерів компанії. Тому

земельно-аграрна практика є нашою ключовою практикою, яку ми розвивали незважаючи на тенденції ринку. Вважаю, що наша команда повністю готова до задач, які будуть формуватися під впливом змін.

**Юристів агрофірм також очікує гаряча пора. Діано, до речі, розкажіть про свій досвід роботи в юрвідділах таких компаній. Це було цікаво?**

Так, це був безцінний досвід, наявність якого дозволяє одразу бачити проблемні зони бізнесу клієнта та вирішувати задачу якісно та комплексно з врахуванням взаємопов'язаних господарських процесів. Цей навик неможливо набути без досвіду роботи в якості юриста-інхауса. Вважаю, що цей досвід зробив нашу команду компетентною, чим я пишаюсь.

Складність полягала ще в тому, що такий ресурс не завжди вдається реалізувати: подекуди клієнти не хочуть відходити від традиційних схем роботи своєї діючої команди, вважаючи за краще мати те, що є, ніж випробувати нові підходи. До зовнішніх юристів в нашій країні звертаються за фактом виникнення проблеми, а не з метою її упередження. Тому зазви-

чай ми не обмежуємось вирішенням проблеми – ми показуємо, з яких причин вона виникла.

**Які правові проблеми існують у великого агробізнесу, а які – в малого?**

Проблеми великого та малого агробізнесу спільні. Їх умовно можна розділити на два блоки: перший – робота з активами, другий – проблемні питання операційної діяльності. І перші, і другі щоденно працюють над питаннями збереження та розширення земельного банку, укладанням господарсько-правових договорів, оформлення документів та судовими справами. Різниця тільки в масштабі операцій та кількості задач.

**Якщо говорити про судову практику в галузі земельного права, чи існує єдність позицій судів? Який внесок зробив новий Верховний Суд?**

Постанови Верховного Суду є сьогодні майданчиком нової практики, яка подекуди радує, а іноді дивує, особливо коли йдеться про різні позиції відповідної касаційної палати та Великої Палати Верховного Суду в аналогічних справах.

Як приклад можна навести справу щодо поновлення догово-

ру оренди землі та різні позиції Верховного Суду у складі палати Касаційного господарського суду (Постанова від 10.09.2018 № 920/739/17) та Великої Палати Верховного Суду (Постанови від 10.04.2018 у справі № 594/376/17-ц та від 05.06.2019 у справі № 709/433/17).

Однозначно можна сказати, що судові рішення Верховного Суду впливають на чинний земельний правопорядок.

**Як надалі повинно розвиватися земельне законодавство України, які ще нагальні питання потребують врегулювання? Можливо, охорона земель, екологія?**

Поки що в нашій державі питання екологічної політики в земельних правовідносинах займає другорядну позицію, хоча земля є основним національним багатством нашого народу. Не дивлячись на існування спеціальних законодавчих актів щодо охорони земель, на практиці дуже часто виникає питання щодо тих обов'язкових заходів, які має виконувати власник земель, особливо сільськогосподарського призначення. До нас часто звертаються

ТРАПЛЯЮТЬСЯ ВИПАДКИ, КОЛИ ПРИСВОЄНИЙ КАДАСТРОВИЙ НОМЕР ДІЛЯНЦІ НАСПРАВДІ НЕ ІСНУЄ, АБО КОЛИ ДІЛЯНКА РОЗТАШОВАНА НЕ В ТОМУ МІСЦІ, ДЕ ВОНА МАЄ БУТИ, А ЗОВСІМ В ІНШОМУ (ЗА ПОМИЛКОЮ В КООРДИНАТАХ, ЯКІ ДЛЯ ДІЛЯНКИ Є ПЕРВІСНИМИ) І Т.Д. ТОЖ, РАДИМО ПЕРЕВІРЯТИ ІСТОРІЮ ФОРМУВАННЯ ТА ОБІГ КОНКРЕТНОЇ ДІЛЯНКИ, АНАЛІЗУВАТИ ЗЕМЕЛЬНИЙ АКТИВ З ТОЧКИ ЗОРУ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ, ЯКА ДАЄ ШИРОКИЙ СПЕКТР ПІДКАЗОК.

**КОЖЕН ВЛАСНИК ЗЕМЕЛЬНОЇ ДІЛЯНКИ МАЄ ПОЧИНАТИ  
СВОЄ ГОСПОДАРЮВАННЯ З РОЗУМІННЯ ТОГО, ЩО  
ВЛАСНІСТЬ – ЗОБОВ’ЯЗУЄ, А ЗЕМЛЯ Є ТИМ ПРИРОДНИМ  
РЕСУРСОМ, ЯКИЙ ВРЕШТІ ОТРИМАЄ НАСТУПНЕ  
ПОКОЛІННЯ І З ЯКИМ ЙОМУ ДОВЕДЕТЬСЯ АБО ЖИТИ, АБО  
ВИЖИВАТИ. СТИМУЛЮВАННЯ ЕКОЛОГІЧНОГО СТАВЛЕННЯ  
ДО ЗЕМЛІ МАЄ БУТИ ПРІОРИТЕТОМ ДЕРЖАВНОЇ ЗЕМЕЛЬ-  
НОЇ ПОЛІТИКИ НАРІВНІ З ЇЇ ЕКОНОМІЧНОЮ СКЛАДОВОЮ.**

саме з такими запитанням і, як правило, після отримання акту перевірки дотримання земельного законодавства.

Вважаємо, що першочерговим заходом на рівні відкриття обігу земель сільськогосподарського призначення з боку держави має бути широка інформаційна обізнаність заходів охорони земель, які має вживати власник та землекористувач. Кожен власник земельної ділянки має починати своє господарювання з розуміння того, що власність – зобов’язує, а земля є тим природним ресурсом, який врешті отримає наступне покоління, і з яким йому доведеться або жити, або виживати.

Стимулювання екологічного ставлення до землі має бути пріоритетом державної земельної політики нарівні з її економічною складовою. Проте і в умовах сьогодення кожен аграрій може підтвердити істину – земля завжди віддячує за вкладені в неї працю, знання та інвестиції. Питання тільки в тому, хто на що заслуговує.

**Якій проблематиці Ви присвятили свою кандидатську роботу? На яку тему плануєте писати докторську?**

Моя кандидатська робота була присвячена темі правового регулювання межування земель в Україні. Щодо теми докторської – поки я остаточно не визначилась. Мене цікавить багато тем, від земельно-правових договорів до державної земельної політики. На даний час я не хочу себе обмежувати конкретною темою роботи, працюю над різними питаннями. Зокрема, зараз досліджую проблемні аспекти здійснення земельно-правових аукціонів, реалізації компетенції органів державної влади та місцевого самоврядування в сфері земельних правовідносин.

**Що Вас приваблює у викладацькій роботі?**

Студенти – це моє натхнення. Вони з кожним роком все креативніші, прогресивніші, з новими поглядами та позиціями. Здобути увагу та повагу студентів не так просто, як здається. Тому студенти мотивують мене до постійного розвитку та самовдосконалення.

**Якими основними професійними принципами повинен керуватися очільник юрфірми?**

Керівник юридичної компанії повинен створювати умови для реалізації потенціалу кожного члена

команди, але в межах єдиної стратегії компанії він має рівнозначно зосереджуватись на клієнтах та членах команди, щоб досягти високих результатів у роботі. Як на мене, реалізація зазначеного не є можливою без застосування таких принципів як професійна компетентність, вимогливість, що має поєднуватись з лояльністю.

**Задумувалися про те, щоб піти в політику? З кожним роком юристів при владі більше.**

Зараз я почуваю себе на своєму місці в якості керуючого партнера компанії «BOSSOM GROUP». За ці майже чотири роки розвитку компанії ми змінили декілька пар «чобіт», що тільки зміцнило нашу команду, віру в себе та довіру наших клієнтів, що є для нас головним. Ми готові до нових планових змін, які будемо застосовувати вже з нового 2020 року. Я за постійний розвиток – як особистісний, так і колективний. Тому не виключаю такої можливості. Проте на все свій час.

**Яке гасло ви могли би розмістити на стіні свого робочого кабінету?**

Цікаве питання... Мене завжди надихала така життєва істина: «Якщо у тебе є бажання, значить є сили здійснити його». Мрія і дія – явища одного правопорядку. **EB**





# ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ

## ЗАСТОСУВАННЯ ВЕРХОВНИМ СУДОМ ПРАКТИКИ ЄСПЛ У ПОДАТКОВИХ СПОРАХ



**Євген Морозов**  
адвокат, керуючий партнер АБ  
"Євгена Морозова"

”  
СТАТТЯ 17 ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ ТА ЗАСТОСУВАННЯ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ» ВКАЗУЄ, ЩО СУДИ ПРИ РОЗГЛЯДІ СПРАВ ЗАСТОСОВУЮТЬ ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВА ПОЛОЖЕННЯ КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД ТА ПРОТОКОЛІВ ДО НЕЇ, А ТАКОЖ ПРАКТИКУ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ (ЄСПЛ) ТА ЄВРОПЕЙСЬКОЇ КОМІСІЇ З ПРАВ ЛЮДИНИ. ”

**П**реамбула Закону України «Про судоустрій і статус суддів» встановлює, що правосуддя в Україні функціонує на засадах верховенства права відповідно до європейських стандартів та спрямоване на забезпечення права кожного на справедливий суд.

В свою чергу, стаття 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» вказує, що суди при розгляді справ застосовують як джерело права положення

Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та протоколів до неї, а також практику Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) та Європейської комісії з прав людини.

Крім того, відповідно до приписів частини другої статті 6 Кодексу адміністративного судочинства України суд застосовує принцип верховенства права з урахуванням судової практики ЄСПЛ.

З урахуванням вказаного, слід виділити рішення ЄСПЛ, які найчастіше використовуються в судовій практиці, зокрема у податкових справах, та умовно поділити їх на групи:

1. Справи «Серков проти України» (заява № 39766/05), «Щокін проти України» (заяви № 23759/03 та № 37943/06), в яких ЄСПЛ дійшов висновку про презумпцію правомірності дій платника податків за наявності суперечливих нормативних актів.

2. Справи «Булвес» АД проти Болгарії» (2009 рік, заява № 3991/03), «Бізнес Супорт Центр» проти Болгарії» (2010 рік, заява № 6689/03), «Компанія «Вестберга таксі Актіеболаг» та Вуліч проти Швеції» (заява № 36985/97), «Полторацький проти

України» від 29.04.2003 (заява № 38812/97), в яких ЄСПЛ дійшов висновку про правило «індивідуальної юридичної відповідальності», тобто платник податків не повинен нести відповідальність за порушення допущені його контрагентами.

3. Справа «Інтерсплав» проти України» (2007 рік, заява № 803/02) «Чахал проти Об'єданого Королівства» (№ 22414/93), «Афанасьєв проти України» (заява № 38722/02) щодо несвоєчасного бюджетного відшкодування податковими органами України та надання відповідного ефективного судового захисту.

Є також рішення ЄСПЛ, які не настільки популярні, але від того не менш важливі, зокрема:

- справи «Устименко проти України» від 06.10.2015, «Brumarescu v. Romania» від 28.11.1999, «Ryabykh v. Russia» від 24.07.2003, в яких говориться про принцип правової визначеності (res judicata), тобто принцип остаточності судового рішення;

- «Руїс Торіха проти Іспанії» (заява № 18390/91) від 23.11.1994, «Суомінен проти Фінляндії» (заява № 37801/97) від 01.07.2003, «Бендерський проти України» (№ 22750/02), «Проніна проти України»

(№ 63566/00), «Петриченко проти України» (№ 2586/07) – принципи обґрунтованості/вмотивованості судового рішення;

- «Юніон Аліментаріа Сандерс С.А. проти Іспанії» від 07.07.1989, «Олександр Шевченко проти України» (заява № 8371/02) від 26.04.2007, та «Трух проти України» (заява № 50966/99) від 14.10.2003 - сторони в розумні інтервали часу мають вживати заходів, щоб дізнатись про стан відомого їм судового провадження (рішення у справі) та демонструвати готовності брати участь на всіх етапах судового розгляду;

- «Креус проти Польщі» від 19.06.2011: «право на суд» не є абсолютним, воно може обмежуватися державою, зокрема фінансовими засобами (обов'язковість сплати судового збору);

- «Леваж Престасьон Сервіс проти Франції» від 23.10.1996; «Бруалья Гомес де ла Торре проти Іспанії» від 19.12.1997 - щодо умов прийнятності касаційної скарги після перегляду в апеляційній інстанції.

## Практика ВС

Верховний Суд дуже влучно справляється з суперечливістю та бланкетністю правових норм в діючому законодавстві, перекриваючи існуючі недоліки судовою практикою ЄСПЛ, яка, до речі, приймається для всіх держав-учасниць, що по суті вже є правовою дилемою, адже законодавства країн-учасників суттєво відрізняються, тому може існувати не тільки проблема перекладу.

Між тим, за допомогою практики ЄСПЛ, наприклад, вирішена проблема надмірного формалізму, який виражений в поверненні апеляційної скарги без розгляду у зв'язку із поданням її безпосередньо до суду апеляційної інстанції (ст. 297 Кодексу адміністративного судочинства України), а не через суд першої інстанції ( п.п. 15.5 пункту 15 частини першої Розділу VII Перехідних положень КАС України).

# ВЕРХОВНИЙ СУД ДУЖЕ ВЛУЧНО СПРАВЛЯЄТЬСЯ З СУПЕРЕЧЛИВІСТЮ ТА БЛАНКЕТНІСТЮ ПРАВОВИХ НОРМ В ДІЮЧОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ, ПЕРЕКРИВАЮЧИ ІСНУЮЧІ НЕДОЛІКИ СУДОВОЮ ПРАКТИКОЮ ЄСПЛ

Правові позиції з цього приводу висловлені Верховним Судом від 28 серпня 2018 року по справі № 804/6135/16, від 19 квітня 2019 року по справі №337/2020/18, від 15 березня 2019 року по справі № 2-а-7354/08 тощо.

Іншим прикладом вирішення суперечливості законодавства є Постанова Верховного Суду від 27 листопада 2019 в рамках справи № 160/3114/19 (№ К/9901/25439/19) відносно подвійної сплати ЄСВ самозайнятою особою, яка в той же час є найманим працівником, що взагалі суперечить меті запровадженого державою консолідованого страхового внеску.

Вирішена правова дилема стосовно суперечностей щодо сплати ЄСВ платником податків, розташованим на території населеного пункту, де проводилася антитерористична операція, оскільки ч. 2 статті 6 Закону України «Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування» зобов'язує платника єдиного внеску своєчасно та в повному обсязі нараховувати, обчислювати і сплачувати єдиний внесок, однак п. 9-4 вказаного Закону №2464-VI звільняє платників єдиного внеску від цього обов'язку на період з 14 квітня 2014 року до закінчення АТО або військового чи надзвичайного стану (Постанова Верховного Суду від 25 жовтня 2019 року по справі № 805/432/17-а).

Аналогічний приклад - податок на нерухоме майно, відмінне від земельної ділянки, для об'єктів нежитлової нерухомості та транспортний податок за 2015 рік, який був встановлений Законом України від 28.12.2014 № 71-VIII «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо податкової реформи», що набрав чинності 01.01.2015, а отже суперечить п.п. 4.1.9 пункту 4.1 статті 4 Податкового кодексу України, за змістом якого зміни до будь-яких елементів податків та

## ОДНАК ІНША, РІВНОЗНАЧНА НОРМА ЗАКОНУ, АБО Ж ВИМОГИ ПРИКІНЦЕВИХ ЧИ ПЕРЕХІДНИХ ПОЛОЖЕНЬ ПОДАТКОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА, ПЕРЕДБАЧАЮТЬ ЗОВСІМ ІНШУ МОДЕЛЬ ПОВЕДІНКИ ПЛАТНИКА ПОДАТКІВ, А ЗВІДСИ І ДІЙ КОНТРОЛЮЮЧОГО ОРГАНУ.

зборів не можуть вноситися пізніше як за шість місяців до початку нового бюджетного періоду, в якому будуть діяти нові правила та ставки. Оскільки плановим періодом для застосування цього рішення є 2016 рік, то податок за 2015 рік є неправомірним (Постанова Верховного Суду від 22 жовтня 2019 року по справі № 805/3904/16-а та від 10 вересня 2019 року по справі № 808/52/17).

Отже, відповідно до практики ЄСПЛ, яка сформувалась з питань імперативності правила про прийняття рішення на користь платників податків, можна стверджувати, що у разі існування неоднозначності у тлумаченні прав та/чи обов'язків платника податків слід віддавати перевагу найбільш сприятливому тлумаченню національного законодавства та приймати рішення на користь платника податків (Постанова Верховного Суду від 05 грудня 2019 року по справі № 260/358/19).

**ПІДСУМОК.** Багатогранність правових норм, складність податкового законодавства та багаторазове внесення змін законодавцем дає змогу

контролюючому органу приймати рішення, опираючись на бланкетну (відсилочну) норму. Однак інша, рівнозначна норма закону, або ж вимоги прикінцевих чи перехідних положень податкового законодавства, передбачають зовсім іншу модель поведінки платника податків, а звідси і дій контролюючого органу. Отже, практика ЄСПЛ при суперечливості правових норм національного законодавства відіграє вирішальну роль у податкових спорах.

### Суперечливе правозастосування

В той же час, інші справи ЄСПЛ викликають суперечливість вже у правозастосуванні. Зокрема, «Булвес» АД проти Болгарії» (2009 рік, заява № 3991/03), «Бізнес Супорт Центр» проти Болгарії» (2010 рік, заява № 6689/03), «Компанія «Вестберга таксі Актіеболаг» та Вуліч проти Швеції» (заява № 36985/97).

Так, у вказаних справах, як і у ст. 61 Конституції України, закріплено правило індивідуальної юридичної відповідальності.

Здавалосьь, вказане правило закріплено в нормах прямої дії, однак

в непоодиноких випадках Верховний Суд враховує лише певний контекст та посилається на один із пунктів рішення ЄСПЛ, упускаючи із виду інший, а отже фактично не бачить правову картину цілковито.

Наприклад, в рішеннях від 02 грудня 2019 року по справі № 804/729/17, від 28 жовтня 2019 року по справі № 280/5058/18 суд посилається на п. 65 рішення ЄСПЛ «Булвес» АД проти Болгарії», де зазначено, що «...з метою попередження зловживань може бути розумним передбачати у національному законодавстві вимоги особливої обачливості для платників ПДВ і на переконання колегії суддів, у разі нехтування платником податків своїм обов'язком щодо ретельної перевірки наданих йому від продавця первинних документів останній не може претендувати на формування податкового кредиту за таких обставин».

В той же час, суд не враховує п. 71 цього ж рішення у справі «Булвес» АД проти Болгарії», де ЄСПЛ зазначив, що «компанія-заявник не повинна нести відповідальність за наслідки невиконання постачальником його обов'язків».

Таким чином, ЄСПЛ чітко визначив правило індивідуальної відповідальності платника податків. Тобто, добросовісний платник податків не має зазнавати негативних

наслідків через порушення законодавства його контрагентом.

Вказаний підхід до визначення недопустимості порушення майнових прав особи знайшов своє продовження у праві Європейського Союзу, зокрема у Шостій Директиві від 17.05.1977 № 77/388/EU щодо гармонізації законодавства держав-членів стосовно податків з обороту.

Так, ще у 1976 році Рішенням «Енгель та інші проти Нідерландів» ЄСПЛ наголосив, що поняття «кримінального обвинувачення» у значенні статті 6 Конвенції має «автономне» значення і не залежить від того, чи пов'язано обвинувачення та застосовані санкції з кримінальним правопорушенням відповідно до національного законодавства, чи ні.

В контексті цього не потрібно також забувати і про декриміналізацію законодавцем ст. 205 Кримінального кодексу України («Фіктивне підприємництво»), на яку припадає лівова частка кримінальних проваджень, і яка була підґрунтям для необґрунтованого тиску на платників податків.

**ПІДСУМОК.** Проблемним питанням є те, що суд застосовує «букву закону», а не «дух закону», тобто цитує певні витяги з текстів цих процесуальних документів без врахування цілкового змісту

рішення ЄСПЛ, яке спрямоване, навпаки, на індивідуалізацію відповідальності в сфері податкового контролю.

Необхідно також підкреслити, що визначальним важелем у сфері податкових спорів є справа «Інтерсплав» проти України» (2007 рік, заява № 803/02), оскільки в ній ЄСПЛ чітко наголосив, що за певних обставин «легітимне очікування» на отримання «активу» також може захищатися статтею 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950, якщо для такого права в національному законодавстві існує достатнє підґрунтя («Суханов та Ільченко проти України» від 26.06.2014, заяви № 68385/10 та № 71378/10, § 35).

Своє відображення вказана практика ЄСПЛ знайшла в постанові Великої Палати Верховного Суду від 12.02.2019 по справі № 826/7380/15, де зроблено висновок, що ефективним способом захисту, який забезпечить поновлення порушеного права позивача в такій ситуації, є безпосереднє стягнення з Державного бюджету України через орган, що здійснює казначейське обслуговування бюджетних коштів на користь платника зборгованості бюджету з відшкодування податку на додану вартість (постанови Верховного Суду від 26 листопада 2019 року по справі № 818/7/16, від 05 вересня 2019 року по справі № 18/671/16).

#### **ЗАГАЛЬНИЙ ВИСНОВОК.**

Проблемним питанням в застосуванні практики Європейського суду з прав людини у податкових спорах є відсутність узагальнення та роз'яснення рішень в правозастосовній судовій практиці. А отже, єдиним правовим механізмом для остаточної правової визначеності та вирішення даної проблеми є структурованість, конкретизація та роз'яснення моделі поведінки в тих чи інших правовідносинах на рівні касаційного перегляду судових рішень. **■**





# WEALTHPRO

 UKRAINE KYIV 2020

**20-21 ЛЮТОГО**

HILTON KYIV

**Міжнародна B2C Конференція**  
Нетворкінг. Виставка.

-  Захист активів
-  Громадянство за інвестиції
-  Консалтинг
-  Банківська справа

## Спонсори та партнери



CapitalSystème/Investissements

ZUGIMPEX

COMFORM  
SOLUTIONS



BC@BOSCO-CONFERENCE.COM  
WWW.BOSCO-CONFERENCE.COM

+44 203 519 34 84  
+38 044 501 78 87

 **BOSCO**  
CONFERENCE

# **ПРОБЛЕМАТИКА ЗАСТОСУВАННЯ ПОЛІГРАФА В УКРАЇНІ**





**Балацький Роман**  
експерт-поліграфолог  
Всеукраїнської  
асоціації поліграфологів



**Балацька Оксана**  
адвокат-медіатор, поліграфолог,  
голова Миколаївського представництва  
Всеукраїнської асоціації поліграфологів

**С**ловосполучення «детектор брехні» ще зовсім нещодавно викликало у більшості пересічних громадян певний страх та незрозуміння. Пов'язано це було з відсутністю достатньої інформованості та ореолом таємничості навколо досліджень з використанням поліграфа.

Певну роль в цьому відіграло також обмежене застосування «детектора брехні» в повсякденному житті – практична відсутність так званих «цивільних досліджень». Адже основною сферою діяльності фахівців-поліграфологів була робота в різноманітних спецслужбах та силових відомствах. Порядок застосування поліграфа в цих структурах регламентувався, в основному, певними внутрішньовідомчими інструкціями та правилами.

Та з часом подібні дослідження почали активно застосовуватись як у бізнесі (в частині забезпечення кадрової безпеки підприємств), так і в різноманітних життєвих ситуаціях, коли виникала необхідність об'єктивної перевірки достовірності будь-якої інформації, яка надається людиною.

Звичайно, така динаміка використання досліджень на поліграфі стала можливою виключно завдяки їхній достатній ефективності та об'єктивності, і в той же час, це викликало гостру необхідність в їх стандартизації та приведенні до правових норм. Обов'язковим це стало особливо останнім часом, коли поліграфні дослідження по-

чали активно використовуватись в юридичній сфері, як різновид психологічних судових експертиз.

### Законодавча база

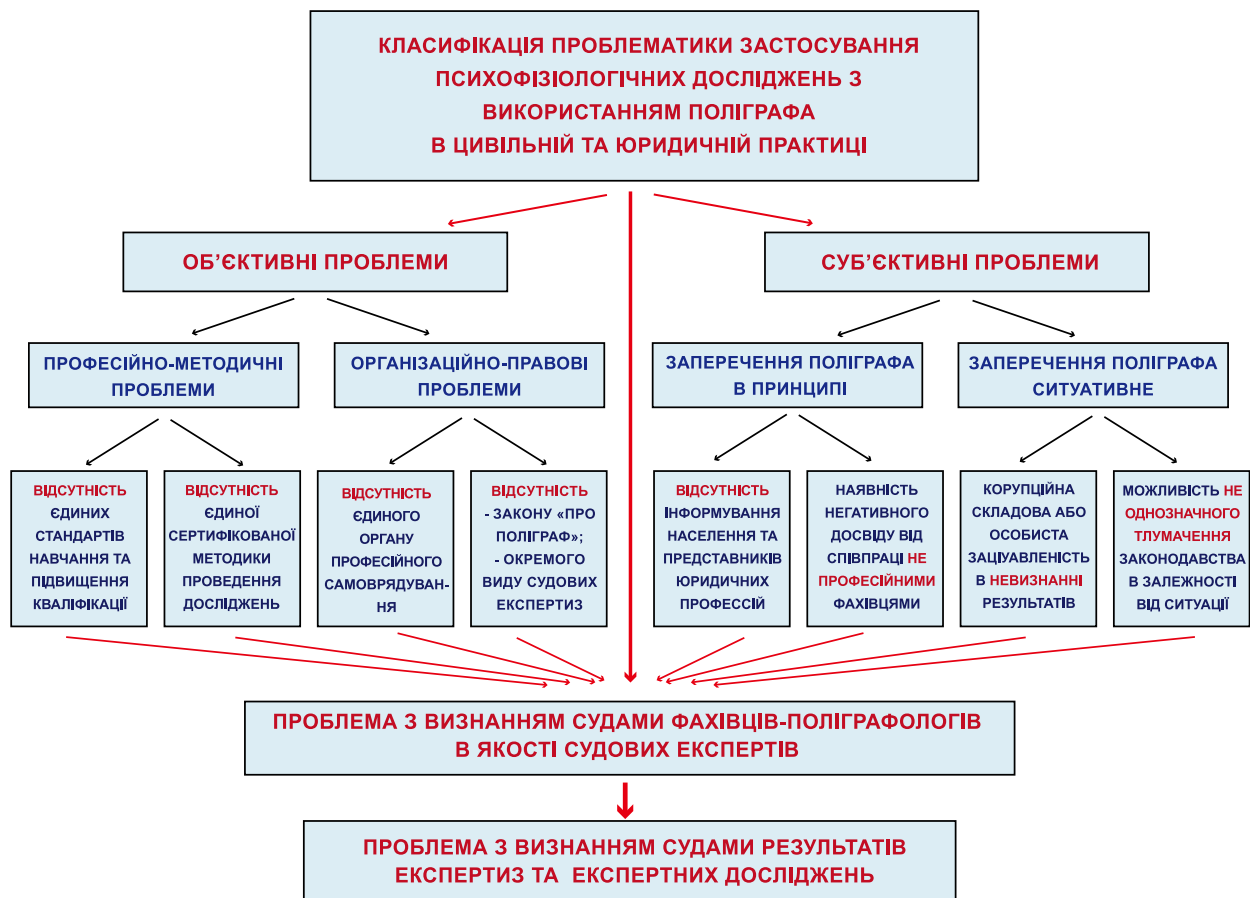
Відразу необхідно зазначити, що спеціальний закон про застосування поліграфа в нашій державі відсутній. Щодо необхідності створення такого закону є безліч думок – як «за», так і «проти». Втім, наразі існує достатньо законів, кодексів та підзаконних актів, які як прямо, так і опосередковано визначають порядок застосування психофізіологічних досліджень з використанням поліграфа в цивільній та юридичній практиці.

Перший крок в напрямку визнання даного виду діяльності на державному рівні було зроблено ще 01.11.2010, коли професія «експерт-поліграфолог» офіційно була включена до Національного класифікатору професій України під кодом 2144.2.

Другим кроком до визнання поліграфних досліджень саме як різновиду судових експертиз був наказ Міністерства юстиції України за № 1350/5 від 27.07.2015 «Про внесення змін до Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень», яким розділ VI «Психологічна експертиза» було доповнено п. 6.8, та дослідження на поліграфі офіційно визнані як засіб судових експертиз.

Третім важливим та вкрай необхідним кроком в напрямку стандартизації діяльності експертів-поліграфологів взагалі, і особливо в частині їх роботи в якості саме судових експертів, було введення Національного стандарту України щодо обладнання, яке використовується в цій сфері діяльності. Відповідно до Наказу ДП «УкрНДНЦ» від 15.11.2016 №378, з 20.01.2017 набув чинності ДСТУ 8692:2016 «Поліграфи. Технічні умови». Даний стандарт є чинним та

**ОСНОВНОЮ СФЕРОЮ ДІЯЛЬНОСТІ ФАХІВЦІВ-ПОЛІГРАФОЛОГІВ - БУЛА РОБОТА В РІЗНОМАНІТНИХ СПЕЦСЛУЖБАХ ТА СИЛОВИХ ВІДОМСТВАХ. ПОРЯДОК ЗАСТОСУВАННЯ ПОЛІГРАФА В ЦИХ СТРУКТУРАХ РЕГЛАМЕНТУВАВСЯ В ОСНОВНОМУ ПЕВНИМИ ВНУТРІШНЬОВІДОМЧИМИ ІНСТРУКЦІЯМИ ТА ПРАВИЛАМИ.**



чітко регламентує всі аспекти щодо застосування такого спеціального контрольно-вимірювального приладу як поліграф.

Наступним кроком в сфері стандартизації поліграфічних досліджень в судовій експертній діяльності є створення проекту Національного стандарту України ДСТУ «Судова психологічна експертиза. Використання поліграфа. Загальні вимоги». Наразі цей документ знаходиться в стадії формування та обговорення.

Останніми роками судові психологічні експертизи з використанням поліграфа активно проводяться державними Науково-дослідними інститутами судових експертиз.

Але слід зазначити, що діюче законодавство дозволяє проведення даних експертиз та експертних досліджень не лише атестованим

судовим експертам державних установ, а й іншим фахівцям у відповідній галузі знань, які не є атестованими судовими експертами. В такому випадку суд (у відповідь на клопотання сторін) виносить ухвалу про визнання вказаного фахівця судовим експертом в окремій справі та покладає на нього проведення судової психологічної експертизи з використанням поліграфа.

Звісно, цей фахівець, його обладнання, досвід та освіта повинні відповідати певним обов'язковим професійним критеріям та законодавству нашої держави. І такі фахівці на сьогоднішній день дійсно є. До того ж, надзвичайна завантаженість державних експертних закладів робить залучення таких фахівців особливо необхідним для своєчасного та якісного доступу громадян до здійснення правосуддя, захисту їх

конституційних прав та встановлення верховенства права.

### Перешкоди у застосуванні

Здавалося б, для використання поліграфа створено досить сприятливі умови, але, на жаль, не все так райдужно. Існує безліч причин, як об'єктивних, так і суб'єктивних, які перешкоджають поширенню практичного застосування поліграфа в нашій країні.

Об'єктивні причини можна виділити наступні:

- професійно-методичні: відсутність єдиної сертифікованої методики проведення досліджень, відсутність єдиних стандартів у навчанні та підвищенні кваліфікації. Слід зазначити, що на ринку освіти існує безліч пропозицій з навчання поліграфологів, як від приватних осіб, так і від



різноманітних організацій. Враховуючи, що дана професія здобується шляхом довгострокового підвищення кваліфікації на базі вищого навчального закладу з обов'язковим ліцензуванням, то цих норм мало хто з організаторів навчання дотримується. По факту, єдиним джерелом отримання дійсно якісної освіти поліграфолога на сьогодні є Одеський національний університет імені І.І. Мечникова. Дана програма навчання була стандартизована і пройшла затвердження Вченою радою ПСТ ОНУ імені І.І. Мечникова. Організатором є ГО «Всеукраїнська асоціація поліграфологів», при якій існує Науково-освітній центр. Викладацький колектив складають професори, доктори та кандидати наук, кращі поліграфологи України, з досвідом роботи на поліграфі більше ніж 15 років. Випускники таких курсів отримують свідоцтва державного зразка;

- організаційно-правові: відсутність єдиного органу професійного самоврядування поліграфологів (наприклад, на кшталт НААУ в адвокатурі) та відсутність відповідного закону щодо використання поліграфу.

Якщо у вирішенні об'єктивних проблем ведеться активна робота, то у боротьбі з суб'єктивною проблематикою складніше, бо тут доводиться стикатись з так званим «людським фактором»:

- частим проявом є абсолютне заперечення поліграфу внаслідок відсутності обізнаності в даній сфері діяльності – як у пересічних громадян, так і у представників юридичних професій. Також абсолютне заперечення можливе внаслідок негативного попереднього досвіду, отриманого від співпраці з непрофесійними фахівцями-поліграфологами;

- дуже часто зустрічається заперечення поліграфу ситуативне, коли існує особиста незацікавленість посадової особи у проведенні дослідження чи експертизи, або ж незацікавленість у визнанні їх результатів. Таке ситуативне заперечення може бути викликане як

корупційною складовою, так і іншими складовими в якійсь окремо взятій справі. Також до причин ситуативного заперечення поліграфу відноситься можливість неоднозначного тлумачення законодавства в залежності від необхідної ситуації.

Наявність таких перешкод призводить до проблем з визнанням досвідчених кваліфікованих фахівців-поліграфологів судовими експертами, а як наслідок – до невизнання результатів проведених ними судових експертиз чи експертних досліджень з використанням поліграфу. Переважно до проведення експертиз діло навіть не доходить, бо на клопотання про призначення суди відмовляють, нерідко з формальних причин.

### Судова практика

Для прикладу візьмемо справу № 219/8596/15-ц, ухвалу від 12 січня 2018 року Артемівського міськрайонного суду Донецької області, та справу № 372/1759/19, ухвалу від 21 травня 2019 року Обухівського районного суду Київської області.

Дві різні категорії справ, різне географічне розташування судів, а тексти висновку ухвал про відмову в призначенні експертиз – ідентичні. Тексти, до речі, просто унікальні. В них служителі Феміди дають свою експертну оцінку роботі поліграфу як приладу, який «досліджує емоції», що вже є абсолютно помилковим. Вказуючи на «відсутність нормативно-правового акту, що врегульовує питання проведення судової експертизи (психофізіологічне дослідження з використанням поліграфу (детектору брехні)», мабуть, забули про вищезазначені «Науково-методичні рекомендації з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень», які є невід'ємною складовою Закону України «Про судову експертизу». І не виключено, що таких скопійованих ухвал про відмови з необізнаним «обґрунтуванням» є багато.

Все ж таки, аналізуючи Єдиний реєстр судових рішень, останніми роками чітко вбачається позитивна динаміка та зріст кількості позитивних ухвал про призначення експертиз з використанням поліграфу. Ось декілька професійно обґрунтованих рішень, з яких видно, що судді є обізнаними в цій специфічній галузі: справа № 683/1929/19, ухвала від 23 вересня 2019 року Старокостянтинівського районного суду Хмельницької області; справа №463/4339/17, ухвала від 27 листопада 2019 року Личаківського районного суду м. Львова (зверніть увагу, що в даній ухвалі проведення експертизи покладено на фахівця, який не є атестованим судовим експертом!); справа № 760/24486/19, ухвала від 16 жовтня 2019 року Вищого антикорупційного суду; справа № 405/7363/19, ухвала від 08 жовтня 2019 року Ленінського районного суду м. Кіровограда. І це тільки невелика частина.

### Висновки та перспективи

Для того, щоб динаміка зростання впровадження поліграфу в судовій експертній діяльності була ще більш позитивною і щоб громадяни могли безперешкодно користуватись таким ефективним інструментом доказування, необхідно проводити цільові тематичні освітні заходи для представників різноманітних юридичних професій.

Знання та розуміння наукового й правового обґрунтування даної методики, загальних правил та вимог до її застосування дасть можливість «трьом китам» на яких стоїть судовий процес (суду, захисту та обвинуваченню), професійно та неупереджено використовувати поліграфні дослідження в своїй професійній діяльності. А можливо, навіть, і в повсякденному житті.

Як казав видатний австрійський письменник та критик Стефан Цвейг, «сумнів – це найлютіший ворог людського знання». І лише поліграф в змозі об'єктивно здолати будь-які сумніви. **IB**



**Горецький Олег**  
адвокат-медіатор, керуючий  
партнер Юридичної фірми  
"Горецький і Партнери"

”

**СЛІД ЗАУВАЖИТИ, ЩО МЕДІАЦІЮ НЕ МОЖНА ОТOTOЖНЮВАТИ З ПЕРЕГОВОРАМИ, АДЖЕ МЕДІАЦІЯ – ПРОЦЕС НАБАГАТО ШИРШИЙ. МІЙ ВЛАСНИЙ ДОСВІД АДВОКАТА-МЕДІАТОРА СПРИЯВ ФОРМУВАННЮ ПЕВНОЇ СТРАТЕГІЇ ВЕДЕННЯ СПРАВ: У БІЛЬШОСТІ ВИПАДКІВ КЛІЄНТУ ПІД ЧАС ПЕРШОЇ «ІНФОРМАЦІЙНОЇ» ЗУСТРІЧІ ПРОПОНУЄТЬСЯ САМЕ ВАРІАНТ ПОЗАСУДОВОГО ВРЕГУЛЮВАННЯ СПОРУ.** ”

**М**едіація – альтернативний спосіб вирішення спору за участі нейтрального посередника (медіатора) – набирає все більше популярності як у сфері приватних відносин, так і на рівні бізнесу, та є достатньо перспективним напрямком юридичних послуг в Україні.

Медіація активно застосовується як позасудовий варіант вирішення спору, і вже можна стверджувати про цілий ряд позитивних відмінностей цієї процедури.

По-перше, медіація – це економія коштів і часу, адже відпадає необхідність сплачувати судовий збір, нести інші витрати, пов'язані із розглядом справи в суді.

По-друге, медіація допомагає зберегти конфіденційність, адже судовий процес завжди має ризики стати в майбутньому публічним скандалом: конфлікти бізнес-партнерів, сімейні спори публічних осіб, трудові спори тощо. Тут можна стверджувати навіть про захист репутації сторін конфлікту.

По-третє, медіація дозволяє здійснити «розвантаження» судів.

Як і будь-яка процедура, медіація потребує належного законодавчого закріплення. Наразі, в Україні це питання не регламентовано на законодавчому рівні, що значно ускладнює її застосування на практиці. На жаль, законодавець упродовж останнього десятиліття



стримує розвиток цього інституту, хоча ще у 2006 році в Указі Президента України «Про Концепцію удосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів» говорилося про необхідність запровадження медіації – діяльності професійних посередників, які спрямовують учасників юридичного спору до компромісу і врегулювання спору самостійно самими учасниками.

Законодавець уже не раз намагався врегулювати цю процедуру, але проекти закону про медіацію не отримували належної підтримки в парламенті. Нещодавно у Верховній Раді зареєстровано урядовий законопроект № 2706 «Про медіацію», який має великі шанси бути прийнятим.

# ЧОМУ МЕДІАЦІЯ ВИГІДНІША, НІЖ СУДОВИЙ ПРОЦЕС

Поява в грудні 2017 року в нових редакціях процесуальних кодексів України глав, у яких йдеться про врегулювання спору за участю судді, свідчить про спроби формування нового інституту процесуального права. Проте, на мій погляд, обов'язкам суду сприяти врегулюванню спору жодним чином не кореспондуються відповідні права сторін. ЦПК, ГПК, КАС слід доповнити нормами, згідно з якими сторони мають право звернутися до суду або іншого посередника з метою проведення процедури врегулювання спору на будь-якій стадії відповідного процесу.

Отже, вкрай необхідна нормативна база для врегулювання порядку медіації, адже цей напрямок діяльності активно розвивається, а ме-

діатори мають діяти за правилами, чітко визначеними законодавчо.

Слід зауважити, що медіацію не можна ототожнювати з переговорами, адже медіація – процес набагато ширший. Мій власний досвід адвоката-медіатора сприяв формуванню певної стратегії ведення справ: у більшості випадків клієнту під час першої «інформаційної» зустрічі пропонується саме варіант позасудового врегулювання спору. Надається повна інформація про таку послугу та аргументується, чому цей альтернативний метод є набагато ефективнішим та швидким.

Позитивному результату медіації сприяє багатий життєвий та професійний досвід медіатора. Медіатор має розуміти, що він несе відповідальність за подальший перебіг спору, тому має максимально де-

тально ознайомитися з обставинами справи, вислухати позиції обох сторін, визначити конкретні проблемні питання, їх пріоритетність, змодельювати можливі шляхи вирішення конфлікту. При цьому медіатор має бути нейтральним, безстороннім та незалежним, працювати з емоціями, забезпечувати конструктивний зворотній зв'язок.

Практика та досвід свідчать, що найбільш медіабельними є цивільні і господарські спори: пов'язані із виконанням договорів; корпоративні конфлікти; розірвання шлюбу; вирішення питань щодо дітей тощо. Ці питання можна вирішити без зайвих емоцій шляхом примирення, і навіть на стадії судового провадження досягти позитивного результату.

*Ubi concordia – ibi victoria!* **E**



# МЕДІАЦІЯ І ПРИВАТНІ ВИКОНАВЦІ – ВЗАЄМНЕ ДОПОВНЕННЯ ЧИ ВИКЛЮЧЕННЯ?



**Ольга Юхименко**  
Приватний виконавець  
округу м. Києва,  
член ГО «Всеукраїнське  
об'єднання приватних  
виконавців «ФАКТ»

**К**лючовими факторами, які відлякують іноземних інвесторів в Україні, залишаються тривалі судові процедури і складність реального виконання судових рішень. Незважаючи на значне підвищення ефективності виконавчого провадження завдяки приватним виконавцям, в юридичній спільноті та на державному рівні активно обговорюються альтернативні способи вирішення спорів. Особливу увагу зосередили на популярному способі врегулювання проблемної заборгованості – медіації. Експерти продовжують вивчати, чи може ця процедура стати ефективною альтернативою примусовому виконанню судового рішення.

Альтернативні способи повернення заборгованості – актуальна тема для соціуму. Ще на початку реформи виконавчого провадження у Міністерстві юстиції й профільних комітетах Верховної Ради проводили численні круглі столи, присвячені новому напрямку у роботі з проблемною заборгованістю і виконанні рішень суду – медіації. Проте, прихильність представників влади і експертів до такого нового для України способу вирішення спорів була лише на словах. Досі медіація не закріплена у законодавстві і, відповідно, не користується значним попитом.

Медіація є погоджувальною процедурою, за допомогою якої завершується більшість цивільних та комерційних конфліктів у країнах Європи та США.

Спеціальний нормативний акт у ЄС – Директива №2008/52/ЄС Європейського Парламенту та Ради про деякі аспекти посередництва (медіації) в цивільних і комерційних справах – визначає медіацію як переговори між сторонами, що сперечаються за участю та під керівництвом нейтральної третьої особи – медіатора (посередника), що не має права виносити обов'язкове для сторін рішення.

Таким чином, європейська практика передбачає, що за своєю сутністю медіація є процедурою з примирення, в процесі якої за допомогою спеціально підготовленого посередника сторони конфлікту врегульовують спір та досягають компромісу шляхом переговорів, уникаючи примусових дій. Ключові принципи медіації – добровільність, незалежність, рівноправність сторін, неупередженість та нейтральність медіатора. Сторони медіації мають самостійно визначити коло обговорюваних питань, варіанти врегулювання конфлікту (спору) між ними, зміст мирової угоди за результатами медіації, строки та способи її виконання з урахуванням рекомендацій медіатора та інших учасників. Остаточні рішення мають бути прийняті сторонами конфлікту самостійно. Медіатор виконує функцію управління процесом медіації, аналізує конфлікт, виявляє інтереси і потреби сторін, допомагає організувати конструктивні переговори.

### Особливості національного законодавства

В Україні медіація як спосіб мирного врегулювання спору все ще перебуває на стадії становлення і до сьогодні не має законодавчого закріплення. Так, протягом трьох років розглядався фундаментальний законопроект № 3665 від 17.12.2015 «Про медіацію», але у лютому 2019 року він був відхилений та знятий з

розгляду. Остання спроба імплементувати зарубіжний досвід процедур примирення в українське законодавство була втілена в законопроекті № 10425 від 05.07.2019 «Про діяльність у сфері медіації», але і його було відкликано наприкінці серпня 2019 року. Очевидно, що законодавець не має впевненості, що медіація може стати ефективним методом повернення заборгованості в Україні сьогодні.

Медіація українським законодавством формально не заборонена. Навіть нормативно закріплені декілька способів врегулювання спорів, які за своїм змістом є процедурами примирення. Наприклад, досудові переговори, направлення претензії з метою безпосереднього врегулювання спору, укладення мирової угоди на будь-якій стадії судового процесу та виконавчого провадження, врегулювання спору за участі судді до початку розгляду справи по суті.

Тісно пов'язаний з медіацією також інститут врегулювання спорів за участю судді. Законодавчо такий інститут регулюється Цивільним процесуальним кодексом України, зокрема статтями 197, 201-205. Суддя може взяти участь у врегулюванні спору ще до початку розгляду справи по суті. При цьому він не має права надавати сторонам юридичні поради

та рекомендації, здійснювати оцінку доказів у справі. Строк медіації у такому випадку визначатиметься за погодженням сторін, але не довше тридцяти днів з дня постановлення ухвали про проведення врегулювання. Якщо сторони не досягнуть згоди, то повторне врегулювання через медіацію не допускатиметься.

За даними громадського об'єднання Національної асоціації медіаторів України, медіацію сьогодні провадять приблизно 120 осіб. Фактично, сторони конфлікту добровільно можуть звернутися до посередника і в процесі переговорів врегулювати спір. Однак, прийняте сторонами рішення не може бути примусово виконане. Будь-яка зі сторін може звернутися до суду з позовом, і після досягнення компромісу контроль за виконанням його умов не здійснюватиметься.

Спроби законодавчо врегулювати діяльність у сфері медіації досі не увінчалися успіхом у зв'язку із численними зауваженнями та неврегульованими питаннями в законопроектах. Наприклад, зауваження Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України до законопроекту № 3665 полягали в тому, що у проекті не були враховані в повній мірі існуючі міжнародні та європейські стандарти щодо медіа-

**КЛЮЧОВИМИ ФАКТОРАМИ, ЯКІ ВІДЛЯКУЮТЬ ІНОЗЕМНИХ ІНВЕСТОРІВ В УКРАЇНІ, ЗАЛИШАЮТЬСЯ ТРИВАЛІ СУДОВІ ПРОЦЕДУРИ І СКЛАДНІСТЬ РЕАЛЬНОГО ВИКОНАННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ. НЕ ЗВАЖАЮЧИ НА ЗНАЧНЕ ПІДВИЩЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ ВИКОНАВЧОГО ПРОВАДЖЕННЯ ЗАВДЯКИ ПРИВАТНИМ ВИКОНАВЦЯМ, В ЮРИДИЧНІЙ СПІЛЬНОТІ І НА ДЕРЖАВНОМУ РІВНІ АКТИВНО ОБГОВОРЮЮТЬСЯ АЛЬТЕРНАТИВНІ СПОСОБИ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ. ОСОБЛИВУ УВАГУ ЗОСЕРЕДИЛИ НА ПОПУЛЯРНОМУ СПОСОБІ ВРЕГУЛЮВАННЯ ПРОБЛЕМНОЇ ЗАБОРГОВАНOSTІ – МЕДІАЦІЇ.**

ції, а також відсутній комплексний підхід до предмету правового регулювання, запропоновані зміни в процесуальні закони несистемні і мають точковий характер, тому на законодавчому рівні не буде забезпечено збалансованих взаємовідносин між інститутом медіації та судовою системою тощо. Законопроект № 10425 було відкликано навіть до його розгляду Верховною Радою України.

### **Поточна ситуація**

Відсутність законодавчого регулювання діяльності у сфері медіації зумовлює правову невизначеність статусу медіатора, зокрема вимог до особи медіатора, стандартів навчання медіації, прав та обов'язків медіатора, відповідальності тощо. Крім того, відсутній нормативно закріплений механізм укладення мирової угоди за результатом медіації та порядок, строки її виконання, не передбачена можливість примусового виконання, що, очевидно, є мінусом для реального врегулювання спору та задоволення інтересів обох сторін. Примусове виконання мирової угоди стає можливим тільки у тому випадку, якщо вона укладена сторонами на будь-якій стадії судового процесу.

З точки зору ефективності процедури примирення можуть мати позитивний результат лише за умови наявності мети його досягнення у обох сторін медіації та сумлінного добровільного виконання досягнутої згоди і взятих на себе зобов'язань. Найчастіше трапляється, що одна зі сторін саботує виконання обов'язків, а укладення мирової угоди дає підстави лише на очікування належної поведінки опонента, але зовсім не є гарантією такої поведінки для іншої сторони конфлікту.

Тому медіація може стати ефективним інструментом врегулювання спору, наприклад, у сімейних, трудових спорах, спорах про стягнення заборгованості у випадку, якщо законодавчо буде передбачено механізм примусового виконання домовленостей.

Вирішення спору за допомогою медіації має стати ситуацією із взаємною вигодою для обох сторін. Це значно зекономить часові і фінансові ресурси, але за умови, що кожна сторона буде розуміти неминучість виконання зобов'язання. Рівень примусового виконання залишається незначним через неналежну поведінку боржників і м'якість основних законів у сфері примусового виконання рішень.

Для того, щоб медіація стала в Україні дієвим способом врегулювання, необхідно провести нормативні зміни комплексно та системно, врахувати міжнародні стандарти та рекомендації, забезпечити правову визначеність законодавчого регулювання, відсутність протиріч та неузгодженості в законодавстві у зв'язку з нормативним закріпленням нового альтернативного способу врегулювання спорів. Як зазначалося вище, неврахування в законопроектах всіх особливостей та аспектів процесу медіації, необхідних змін до законодавства та найкращої світової практики, вже ставали причинами відхилення проектів закону, внаслідок чого правове регулювання медіації в Україні досі не сформоване.

Тільки після встановлення належного та всебічного правового регулювання діяльність у сфері медіації стане ефективним способом врегулювання спорів.

Тим не менш, діяльність приватних виконавців медіація не замінить.

### **Медіатор vs приватний виконавець**

Відповідно до ч. 1 ст. 16 Закону України від 02.06.2016 № 1403-VIII «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів», приватний виконавець – це особа, уповноважена державою здійснювати діяльність з примусового виконання рішень у порядку, встановленому законом.

Незважаючи на схожу кінцеву мету – повернення заборгованос-

ті та виконання сторонами своїх зобов'язань – права природа діяльності медіатора та виконавця є різною. Медіатор здійснює посередницьку діяльність в організованих ним переговорах та допомагає сторонам самостійно знайти оптимальне для них рішення, а приватний виконавець має делеговані державою повноваження, забезпечує примусове виконання рішень і, по суті, діє на підставі наслідків відмови боржника від добровільного виконання зобов'язань.

Виконавець володіє виключними повноваженнями та законними засобами примусу. Він може, зокрема, накладати арешти на майно, здійснювати реєстрацію обтяжень майна та реалізовувати його, накладати стягнення на боржника, отримувати конфіденційну інформацію, безперешкодно входити на земельні ділянки, до приміщень, сховищ, іншого володіння боржника тощо. Вимоги виконавця є обов'язковими для виконання. Діяльність виконавця контролюється державним органом. За свої неправомірні рішення, дії чи бездіяльність виконавець несе високу міру відповідальності.

Медіатор – це особа, що може самостійно обиратися сторонами для посередництва у переговорах. Медіатор не володіє владними повноваженнями, не може застосовувати засоби примусу. Він є посередником, який організовує переговори, допомагає зробити їх структурованими, конструктивними, «зручними» для обох сторін. Медіатор не приймає кінцеве рішення, не контролює його виконання. За змістом діяльність медіатора можна порівняти з роботою психолога або дипломата, який вислуховує обидві сторони та допомагає врегулювати суперечки.

Діяльність медіатора є важливою, адже сторонам, що сперечаються, складно самостійно почути один одного, врахувати інтереси та потреби обох, прийняти спільне рішення. Завдання медіатора – створити такі обставини переговорів, за яких враховуватимуться інтереси і потреби

обох сторін, об'єктивно оцінюватимуться та аналізуватимуться всі варіанти та, зрештою, буде прийнято оптимальне, виважене і вигідне для обох сторін рішення.

На превеликий жаль, частка боржників сьогодні в Україні, які спроможні на такі переговори, надзвичайно невелика. Коли ж медіація не діє, у справу вступають приватні виконавці, здатні поставити крапку у спорі шляхом успішного завершення виконавчого провадження. При цьому, самі приватні виконавці також можуть використовувати методи медіації, але вони застосовуватимуться вже в межах відкритого виконавчого провадження, що автоматично накладає на боржника примусові зобов'язання.

На відміну від незакріпленої у законодавстві професії медіатора, приватні виконавці мають чітко визначений порядок допуску до професії. Особа може стати приватним виконавцем, якщо вона має стаж роботи у галузі права після отримання відповідного диплома не менше двох років, пройшла навчання та стажування приватного виконавця та склала кваліфікаційний іспит. Відбір кандидатів у приватні виконавці проводиться Кваліфікаційною комісією приватних виконавців при Міністерстві юстиції України.

Таким чином, приватний виконавець ще до початку діяльності має певний обсяг знань та практичного досвіду. Вимоги до медіатора на сьогодні нормативно не встановлені. Разом з тим, для здійснення діяльності у сфері медіації необхідна спеціальна підготовка, яку наразі надають низка вищих навчальних закладів України та приватних закладів (центрів, тренінг-центрів, інститутів тощо). Доступ до професії відкритий, але для забезпечення надання належної якості послуг медіатор має бути компетентним. Часто медіацію застосовують в своїй практиці юристи, сферою роботи яких є вирішення спорів.



Приватний виконавець здійснює специфічну діяльність та несе відповідальність за її реалізацію. Відповідальність медіатора законодавством не передбачена. Під час врегулювання спору про стягнення заборгованості медіація є допоміжним інструментом для досягнення певних домовленостей і тільки дає підстави сподіватися на їх добровільне виконання. А приватний виконавець має можливість забезпечити реальне надходження коштів, не чекаючи добровільного повернення боргу боржником. При цьому виконавець уповноважений встановити рахунки боржника, арештувати їх, примусово списати кошти в рахунок заборгованості, знайти і арештувати транспортний засіб, нерухомість, інше майно.

Сьогодні в Україні альтернативи приватному виконавцю не має, адже медіатори не володіють жодним набором повноважень, фактично не прописані у законі та не несуть жодної відповідальності за свої дії.

Разом з тим, результативним може бути співробітництво медіатора та приватного виконавця. В перспективі законодавче встановлення права ініціювати примусове виконання мирової угоди, укладеної за посередництвом медіатора, дозволить звернутися до приватного виконавця у разі її невиконання.

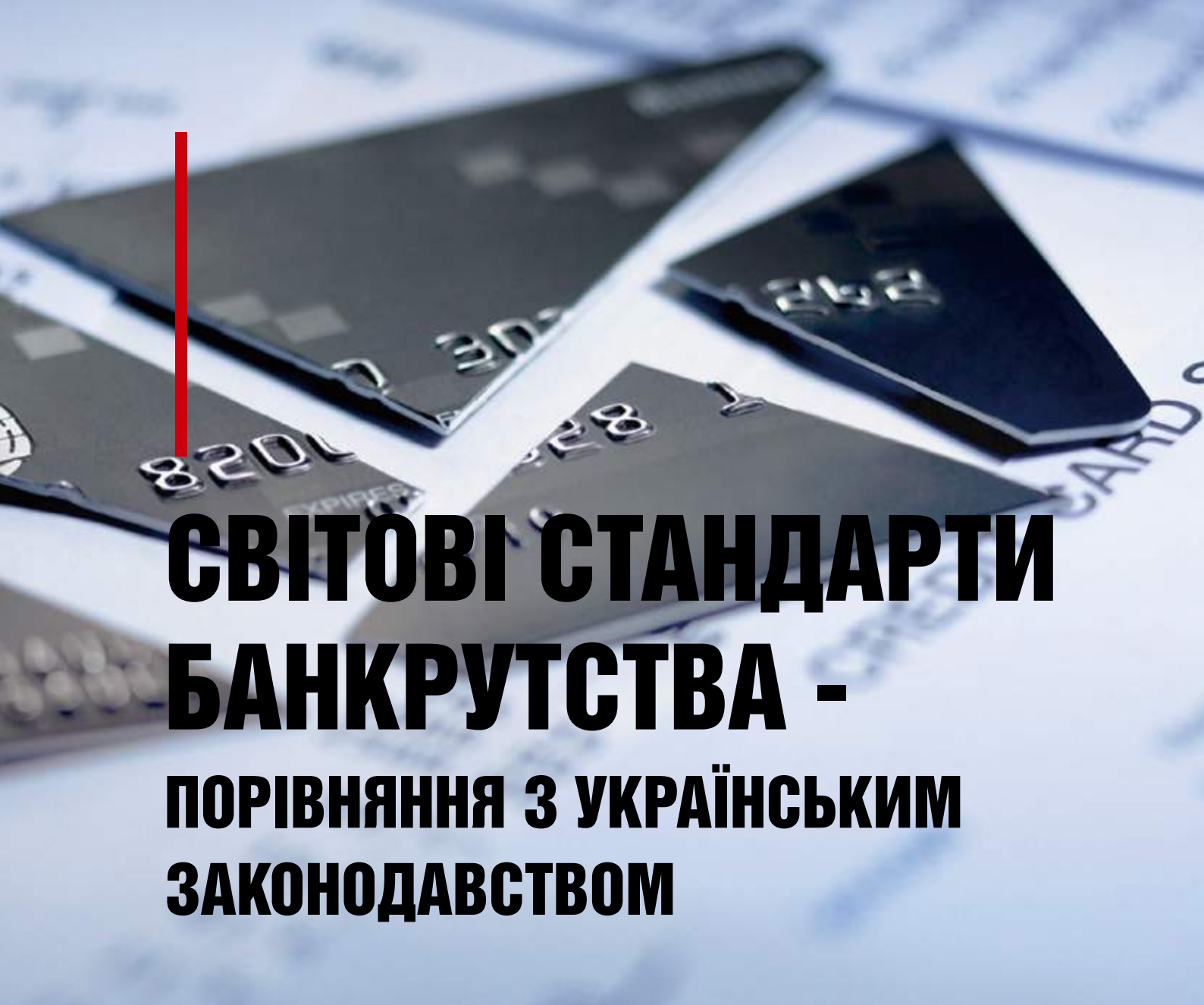
Отже, не зважаючи на схожість кінцевої мети роботи медіатора і

приватного виконавця, їх повноваження і способи роботи залишаються різними. Медіатор не виконує функцію примусового виконання рішення, що може здійснювати приватний виконавець.

Різна мета діяльності зумовлює і різний її зміст. Метою медіації є пошук компромісу та прийняття взаємовигідного рішення. Мета приватного виконавця – повернути борг у примусовому порядку, адже боржник і стягувач так і не знайшли компромісу і не прийняли рішення, яке задовольняє всіх.

Таким чином, в Україні сьогодні сам сенс медіації втрачається. Медіація є ефективним інструментом вирішення спорів тільки тоді, коли обидві сторони конфлікту спроможні на конструктивні переговори, бажають мирно вирішити спір та усвідомлюють свою готовність добровільно виконувати домовленості.

Використання медіації не дасть результату без детально визначеного правового статусу медіатора і деталізованої процедури її проведення, а також без чітко прописаної у законодавстві відповідальності осіб у процедурі та закріплених гарантій після досягнення компромісу між сторонами. Примусове виконання рішень не стане повноцінно дієвим, доки в країні не з'являться законодавчо закріплені норми жорсткого примусу та не буде забезпечена справжня відмова від паперового документообігу. **■**



# СВІТОВІ СТАНДАРТИ БАНКРУТСТВА - ПОРІВНЯННЯ З УКРАЇНСЬКИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ



**Тищенко Наталія**  
Арбітражний керуючий,  
Керуючий партнер  
Юридичної компанії Nobili

**Н**іщо так не лякає людей, як стати банкрутом, і ніщо так не манить людей, як банкрутство. Питання лише в тому, які цілі та яке законодавство в країні.

Нещодавно в Україні був введений в дію Кодекс з процедур банкрутства, що в майбутньому має підвищити позиції нашої країни в рейтингу Doing Business. Головна мета нового законодавства – спростити повернення кредиторами своїх коштів, прискорити процедурні питання та забезпечити прозорість продажу майна в банкрутстві. Кодекс більшою мірою спрямований на захист кредиторів, що є позитивним елементом, адже кредитор – це осо-

ба, яка вже втратила свої кошти у попередніх періодах і завдяки банкрутству має можливість їх повернути.

Кодекс робить доступним процес входження боржника в процедуру банкрутства. Кредитор може ініціювати процедуру банкрутства за наявності будь-якої суми боргу і без строкових обмежень, що стосуються непогашення заборгованості. Це значно розширює коло осіб, які найближчим часом можуть увійти в банкрутство.

Що стосується банкрутства фізичних осіб, то закладений у Кодексі бар'єр для багатьох українців є досить високим. Умови наступні: розмір прострочених зобов'язань – не менше 30 розмірів мінімальної заро-





бітної плати; припинення погашення кредиту чи здійснення планових платежів у розмірі 50 відсотків місячних платежів по кожному договору; наявність постанови про виконання провадження про відсутність майна; підтвердження обставин що боржник не зможе виконати грошові зобов'язання.

На відміну від України, американське банкрутне законодавство більш спрямоване на захист боржника. «Кодекс про банкрутство» США визначає, що в якості банкрута може бути визнано лише ту особу, яка знаходиться під юрисдикцією США. Підставою банкрутства на момент подачі заяви про визнання банкрутом повинен бути незабезпечений

борг в розмірі 250000 доларів США, тобто кредит, не підкріплений базовим активом. Такими є борги по банківській карті, медичній страховці, тобто борги і кредити без вимоги застави. Або ж у боржника повинен бути забезпечений борг – заставою в розмірі 750000 доларів США.

Законодавство Німеччини дозволяє банкрутство за відсутності ліквідності (нездатність сплатити 90 % боргів) та з метою розв'язання надмірної заборгованості (обсяг зобов'язань підприємства перевищує обсяг його активів). Для початку справи потрібен строк у 2 роки мінусової ліквідності.

Але в разі неспроможності погасити свою заборгованість перед кредиторами в майбутньому, особливо за обов'язковими платежами, особа може подати заявку на ліквідацію.

Якщо поглянути на законодавство Республіки Білорусь, то побачимо, що боржником там може бути неплатоспроможна юридична особа, що є комерційною або некомерційною організацією, та неплатоспроможні індивідуальні підприємці. Фізичні особи, як і у більшості країн пострадянського простору, не можуть бути банкрутами.

Українське законодавство дозволяє подавати заяви про визнання банкрутом будь-якого кредитора, а що стосується фізичної особи – лише самому боржнику. В Америці ж ініціатором банкрутства може стати як боржник, так і кредитор. Боржнику вигідніше почати банкрутство, тому що він може частину майна зберегти за собою. Закон зроблений так, що будь-хто в певний момент своїх кредитних труднощів може ініціювати банкрутство - для того, щоб почати «жити спочатку».

В більшості випадків отриманих коштів не вистачає на погашення всього кредиту, тому кредитор практично завжди залишається в збитку. Якщо банкрут спробував приховати своє майно від представника суду або буде виявлено факт, що він хоче стати фіктивним банкрутом, – це га-

рантія, що дана особа потрапить на лаву підсудних, оскільки був порушений кримінальний закон.

Так, у США процедуру банкрутства регламентує не лише кодекс про банкрутство, а й кримінальний закон. В обох документах прописано, що боржник відповідальний за обман кредитора, тому може позбутися всього свого майна. А якщо обман буде доведений, то може понести більш серйозне покарання - позбавлення волі.

Кримінальний кодекс України передбачає притягнення до кримінальної відповідальності за доведення до банкрутства, але судячи з практики щодо юридичних осіб, справи закриваються за терміном давності чи відсутністю належної доказової бази. Як буде з фізичними особами – покаже час та практика, але напевно чи ситуація суттєво зміниться.

Нові норми українського законодавства посилюють відповідальність засновників юридичної особи і керівництво боржника щодо вчасного розрахунку з кредиторами, регламентуючи положення про субсидіарну та солідарну відповідальність. Кодекс також містить положення про обов'язок боржника у місячний строк звернутися до господарського суду із заявою про відкриття провадження у справі, якщо задоволення вимог одного або кількох кредиторів призведе до неможливості виконання грошових зобов'язань боржника в повному обсязі перед іншими кредиторами (загроза неплатоспроможності). Кодексом встановлюється місячний строк та відповідальність за невиконання такого обов'язку, а саме: якщо керівник боржника допустив порушення цих вимог, він несе солідарну відповідальність за незадоволення вимог кредиторів.

Якщо в Німеччині виявиться, що боржник подав арбітражному керуючому недостовірну інформацію чи приховав дані щодо майна, то він переслідується за кримінальним законодавством.

Не важко спрогнозувати велику кількість кримінальних справ і щодо юридичних осіб, і відносно фізичних в Україні. Але навряд чи вони будуть ефективні й закінчуватимуться винесеними вироками.

Для проведення процедури банкрутства фізичних осіб в США американське Міністерство юстиції створило спеціальний орган – Виконавче бюро. Ця установа займається тим, що для кожного випадку призначає федеральних керуючих. Це може бути як одна особа, так і група, залежно від специфіки справи та її складності. Керівник від Виконавчого бюро і керує всім процесом процедури банкрутства. Позов про

визначення відбувається шляхом автоматизованого відбору із застосуванням Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи, з числа арбітражних керуючих, внесених до Єдиного реєстру арбітражних керуючих України, за принципом випадкового вибору. Система обирає трьох кандидатів – якщо перший не підтверджує своє бажання брати участь у справі, призначається наступний.

В Республіці Білорусь ситуація з арбітражними керуючими інша. Їх називають тимчасовими (антикризовими) керуючими. Такими керуючими можуть бути індивідуальні підприємці, юридичні або фізичні

прийнято рішення про ліквідацію (припинення діяльності).

Винагорода керуючим в Республіці Білорусь виплачується у вигляді безпосередньо винагороди або заробітної плати. Все залежить від категорії та характеру справи. Контроль за правильністю виплати винагороди та заробітної плати здійснює держава.

У Німеччині є схожість із нашим законодавством – арбітражним керуючим може бути юрист, сертифікований аудитор і сертифікований бухгалтер. Рішення про призначення також ухвалює суд. Але в Україні кар'єра арбітражного керуючого починається з отримання відповідного дозвільного документа у вигляді свідоцтва, а в Німеччині – з першого призначення у справі.

За свою роботу німецький арбітражний керуючий одержує відсоток від надходжень з продажу будь-якого майна боржника. Український арбітражний керуючий отримує основну винагороду в розмірі не менше 3-х розмірів мінімальної заробітної плати та додаткову (3 % суми погашених вимог та 5 % вартості повернутого в ліквідаційну масу майна).

Новелою українського Кодексу є продаж активів боржників виключно через онлайн-платформи на електронному аукціоні. У Німеччині ж більшість активів передається кредиторам як забезпечення боргу. В Україні теж запроваджено таку можливість, але лише для заставних кредиторів. Обов'язку продажу через аукціон не має, продажі можуть відбуватися не лише на онлайн-аукціонах, відсутня єдина платформа.

Майже всі країни допускають укладення мирової угоди в процедурі банкрутства. Український законотворець виключив цю можливість, хоча практика вже сьогодні показує, що це є необхідним елементом банкрутства. Сподіватимемося, ця норма буде найближчим часом внесена до Кодексу з процедур банкрутства. **13**

## **ДЛЯ ПРОВЕДЕННЯ ПРОЦЕДУРИ БАНКРУТСТВА ФІЗИЧНИХ ОСІБ В США АМЕРИКАНСЬКЕ МІНІСТЕРСТВО ЮСТИЦІЇ СТВОРИЛО СПЕЦІАЛЬНИЙ ОРГАН - ВИКОНАВЧЕ БЮРО.**

неспроможність розглядає місцевий суд, який займається питаннями банкрутства.

Новелою українського Кодексу стало створення єдиної саморегулюючої організації - Національної асоціації арбітражних керуючих України, членом якої стає кожен арбітражний керуючий з дня внесення інформації про нього до Єдиного реєстру арбітражних керуючих України.

Арбітражний керуючий призначається судом на стадії розпорядження майном для банкрутства юридичних осіб або виконання керування обов'язків керуючого реструктуризацією для фізичних осіб. Таке

особи. Цікаво, що керуючими можуть бути громадяни Республіки Білорусь, іноземні громадяни та особи без громадянства, які мають посвідку на проживання. Всі керуючі мають відповідати професійно-кваліфікаційним критеріям та мати відповідний атестат керуючого категорії «А», «В» або «С».

Цікавим в Республіці Білорусь є й те, що особа не може бути керуючим більш ніж в одному провадженні у справі про економічну неспроможність (банкрутство), за винятком проваджень у справах про економічну неспроможність (банкрутство) відсутніх боржників, індивідуальних підприємців, а також боржників, щодо яких у встановленому порядку

# КОМПАНІЯ БАРРИСТЕРС

## ЕФЕКТИВНЕ ВИРІШЕННЯ ЮРИДИЧНИХ ПИТАНЬ

ПОДАТКОВЕ  
ПРАВО

КРИМІНАЛЬНО-  
ПРАВОВИЙ  
ЗАХИСТ

ЗЕМЕЛЬНЕ ТА  
МІСТОБУДІВНЕ  
ПРАВО

ЮРИДИЧНЕ  
СУПРОВОДЖЕННЯ  
ГОСПОДАРСЬКОЇ  
ДІЯЛЬНОСТІ

ЕКОЛОГІЧНЕ  
ПРАВО

АГРАРНЕ ПРАВО

ПРЕДСТАВНИЦТВО  
ІНТЕРЕСІВ КЛІЄНТІВ  
У СУДАХ

ПРАВО  
ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ  
ВЛАСНОСТІ

СІМЕЙНЕ ПРАВО

ІТ ПРАВО

Адреса:

м. Київ, вул. Михайлівська, 5/6  
м. Київ, вул. Голосіївська 7, корпус 2

тел. +380 44 228 9519  
[www.barristers.kiev.ua](http://www.barristers.kiev.ua)



# ГОРЕЦЬКИЙ & ПАРТНЕРИ

ЮРИДИЧНА ФІРМА



ГОСПОДАРСЬКА ПРАКТИКА

КОРПОРАТИВНА ПРАКТИКА

АДМІНІСТРАТИВНА ПРАКТИКА

ЦИВІЛЬНА ПРАКТИКА

КРИМІНАЛЬНА ПРАКТИКА

МЕДІАЦІЯ

+38 (044) 222 79 05

[WWW.GORETSKYI.COM.UA](http://WWW.GORETSKYI.COM.UA)

[OFFICE@GORETSKYI.COM.UA](mailto:OFFICE@GORETSKYI.COM.UA)