

Наступна санкція

У питаннях санкційних обмежень саме на адвоката покладається найбільший тягар доказування перед судом порушень прав особи, недотримання балансу між правами людини та захистом національних інтересів

Катерина ЯКОВЕНКО • Спеціально для «Юридичної практики»



Кожен має право вільно пересуватися і вибирати місце проживання, мирно володіти своїм майном, право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і право на таємницю

кореспонденції, на свободу вираження поглядів.

Конвенційні права та свободи проти державного інтересу

З першого погляду здається, що відомо начебто всім юристам приписи Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Конвенція) та протоколів 1 і 4 до неї встановлюють примат прав і свобод людини над обмеженнями, які може бути запроваджено національними законами стосовно майна особи чи неї самої на території держави. Проте Конвенція, як і будь-який інший відомий звід правил, містить винятки, зокрема такі:

- кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції, органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання відбувається згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб (стаття 8 Конвенції);

- кожен має право на свободу вираження поглядів, але здійснення цих свобод, оскільки воно пов'язане з обов'язками і відповідальністю, може підлягати формальностям, умовам, обмеженням або санкціям, які встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету і безсторонності суду (стаття 10 Конвенції);

- кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном, але такі положення жодним чином не обмежують право держави приймати закони, які вона вважає за необхідне ввести в дію, щоб здійснювати контроль за користуванням майном відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів (стаття 1 Першого протоколу до Конвенції);

- кожен, хто законно перебуває на території будь-якої держави, має право вільно пересуватися і вибирати місце проживання в межах цієї території, на здійснення зазначених прав не може бути встановлено жодних обмежень, крім тих, що передбачені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної чи громадської безпеки, для підтримання публічного порядку,

запобігання злочину, для захисту здоров'я чи моралі або з метою захисту прав і свобод інших осіб. Права також можуть у певних місцевостях підлягати обмеженням, установленим згідно із законом і виправданим суспільними інтересами в демократичному суспільстві (статті 3 та 4 Протоколу № 4 до Конвенції).

Як бачимо конвенційні права та свободи підлягають обмеженням, коли:

- це необхідно для запобігання заворушенням чи злочинам, розголошенню конфіденційної інформації, для охорони здоров'я чи моралі, захисту репутації чи прав інших осіб, підтримання авторитету і безсторонності суду;

- йдеться про загрозу національній безпеці, територіальній цілісності, громадському порядку або безпеці, економічному добробуту країни, загальним інтересам;

- це потрібно в демократичному суспільстві.

Якщо ж у першому випадку все більш-менш зрозуміло: права та свободи обмежують у межах захисту прав і свобод інших осіб, в окремих випадках задля підтримки діяльності та авторитету органів влади, то критерії загрози національній безпеці, громадському порядку, загальним інтересам і необхідності в демократичному суспільстві не визначено нашим законодавцем. А отже, кожен державний орган у своїй діяльності використовує їх на власний розсуд у межах наданих дискреційних повноважень. Це, відповідно, може створювати підґрунтя для можливих зловживань із боку органів державної влади у питаннях обмежень конвенційних прав і свобод людини, що, своєю чергою, дає поштовх для розвитку так званої санкційної адвокатури (sanctio — «найсуворіша постанова»), а саме для боротьби із заходами правового впливу, які запроваджує держава відносно особи. Розглянемо найбільш поширені на сьогодні заходи державного правового впливу на особу.

Зокрема, не так давно громадськість не замислювалася над роллю санкцій Ради національної безпеки і оборони України (РНБО) як важеля тиску. У далекому 2014 році Закон України «Про санкції» приймався в постреволюційному «турборежимі» і був спрямований на створення обмежень в Україні для відомих іноземних фізичних та юридичних осіб, які походили з держави-агресора, з метою захисту національних інтересів, безпеки, суверенітету і територіальної цілісності України. Проте тепер санкції почали застосовуватись і до українських громадян, дехто з яких не має жодного стосунку до держави-агресора. Рішення РНБО стали основним і найпотужнішим механізмом обмежень, але не єдиним.

Стосовно дрібних гравців, які мають громадянство, зокрема, не держави-агресора, основними органами запровадження заборон є Державна міграційна служба (ДМС) України та Служба безпеки України (СБУ). Їх роль зводиться до непомітних для громадськості заборон в'їзду іноземців в Україну. Проте такі заборони, відповідно до аналізу Єдиного державного реєстру судових

рішень, здебільшого скасовуються адміністративними судами через суто технічні помилки, допущені під час їх запровадження державними органами. Тому головне завданням адвоката — звернути увагу суду на них.

Непримітна роль ДМС України на українському кордоні

ДМС України на рівні з РНБО та СБУ накладає на іноземців своєрідні заборони в інтересах забезпечення національної безпеки України. Вони зводяться до прийняття рішень про заборону в'їзду особи в Україну. Як правило, іноземець не знає про наявність рішення, поки його не зупинить Державна прикордонна служба України в пункті перетину українського кордону, адже такі рішення ДМС України зазвичай ніде не публікує, а дізнатись про нього можна лише на підставі запиту (на практиці достатньо адвокатського запиту).

Під час прийняття рішення міграційний орган керується Інструкцією про порядок прийняття Державною міграційною службою України та її територіальними органами рішень про заборону в'їзду в Україну іноземцям та особам без громадянства, затвердженою наказом Міністерства внутрішніх справ України від 17 грудня 2013 року № 1235 (Інструкція), яка не оновлювалася ще з 2017 року, за винятком деяких положень, тож вона не пристосована до реалій сьогодення, наприклад, у частині форми заборон і взаємодії залучених до цього процесу державних органів.

Тому, отримавши таке рішення, необхідно проаналізувати його суть (зокрема, чи має підґрунтя норма заборони) та перевірити дрібні деталі ідентифікації іноземця. На практиці виявлялась плутанина в перекладі громадянства іноземця, наприклад, громадянка Республіки Словенія (словенською Republika Slovenija) перетворювалася на громадянку Словацької Республіки (словацькою Slovenska republika).

Важливо з'ясувати, хто став ініціатором прийняття ДМС України такого рішення. В Інструкції міститься виключний перелік ініціаторів. Це (а) підрозділи Робочого апарату Укрбюро Інтерполу (або Департамент міжнародного поліцейського співробітництва (ДМПС) Національної поліції України (НПУ); (б) підрозділи кримінальної поліції; (в) органи досудового розслідування поліції; (г) підрозділи патрульної поліції; (д) органи охорони здоров'я; (е) ДМС України за власною ініціативою або за поданням державного, приватного виконавця.

Водночас у кожному випадку в кожного державного органу є своя чітко визначена підстава для такого подання. Наприклад, у разі ініціативи ДМПС останній надає ДМС України інформацію про іноземця, отриману в процесі співпраці з правоохоронними органами інших держав та міжнародних правоохоронних організацій, а підрозділи кримінальної поліції (це серед іншого Департамент карного розшуку НПУ) — інформацію про іноземця, отриману під час здійснення оперативно-розшукової діяльності.

На практиці ДМС України часто приймає рішення за ініціативою НПУ в цілому, не завжди вдаючись у деталі,

який її підрозділ є ініціатором та з яких підстав надійшла інформація. Нерідко такий лист НПУ може містити декілька непов'язаних підстав, наприклад, інформацію про наявність відомостей стосовно іноземця в обліках Національного центрального бюро Інтерполу іноземних країн і дані, отримані від правоохоронних органів іноземних країн у процесі обміну оперативною інформацією, що Інструкцією не передбачено.

Водночас відповідно до самої структури рішення в ньому обов'язково має бути зазначено посилання на норму щодо заборони та орган ініціатора.

Обов'язковим предметом дослідження суду стає також довідка. За Інструкцією рішення про заборону в'їзду приймається ДМС України на підставі наданої їй довідки ініціатора заборони, яка повинна містити вичерпні відомості, а саме (1) запропонований строк заборони в'їзду; (2) відомості, які обґрунтовують тривалість такого строку; (3) відомості про причетність іноземця до вчи-



нення суспільно небезпечного діяння чи про наявність невиконаних майнових зобов'язань перед юридичними або фізичними особами в Україні.

Отже, всі ці обставини повинні стати предметом перевірки судом у разі подання адміністративного позову про визнання дії ДМС України протиправними та скасування рішення про заборону в'їзду.

Посилення контролю СБУ над іноземцями

У 2021 році законодавець вирішив посилити роль не тільки РНБО, але і СБУ. У першому випадку — посиливши законодавче регулювання та спростивши процедуру видачі заборон, у другому — запроваджуючи масові та резонансні обмеження щодо артистів, кримінальних авторитетів тощо. 29 січня 2021 року було прийнято нову Інструкцію про порядок прийняття Службою безпеки України рішень про заборону в'їзду в Україну іноземцям та особам без громадянства, затверджену наказом СБУ № 31, що замінила попередню інструкцію, якою СБУ користувалася ще з 2009 року. З квітня 2021 року, коли набула чинності нова інструкція, було спрощено порядок прийняття СБУ рішень про заборону в'їзду іноземцям.

Тепер не є обов'язковим вчинення іноземцем суспільно небезпечного діяння — злочину. Замість цього впроваджується поняття діяння, яке суперечить інтересам забезпечення ➔

Наступна санкція

← національної безпеки України, що, як зазначалося вище, не унормовано в національному законодавстві. Тому тепер будь-яке діяння (дія або бездіяльність) іноземця СБУ може розцінити як таке, що становить загрозу національній безпеці України.

Крім того, ще однією розмитою підставою є інформація, отримана від органу безпеки іноземної держави, з урахуванням відповідних міжнародних договорів. Тепер, простіше кажучи, достатньо наявності між державами двосторонніх договорів та обміну між правоохоронними органами оперативною, контррозвідальною чи будь-якою іншою інформацією в межах двосторонньої співпраці, щоб обмежити особи в'їзд в Україну.

Проте досі необхідна підготовка функціональним підрозділом СБУ довідки, в якій має бути викладено обставини,

впливових кримінальних авторитетів, держави тощо.

З огляду на це санкційна адвокатура є відносно новим напрямом роботи, що потребує поступових виважених кроків із захисту клієнта, оскільки стали правову позицію в питаннях оскарження указів Президента про введення в дію рішення РНБО про накладення санкцій ні Верховний Суд (який до того ж є першою інстанцією в таких справах), ні його Велика Палата ще не виробили. Це, зокрема, зумовлено, знову ж таки, тим, що підстави застосування РНБО санкцій не мають чіткого визначення в українському законодавстві, і, зважаючи на подані учасниками докази, Верховному Суду варто було би дослідити:

— яка мета прийняття санкцій, чи не обумовлені вони політичними цілями чинної влади, оскільки ініціатором їх запровадження є не тільки РНБО, але і Президент України. Такого висновку дійшов Верховний Суд у постанові від 13 січня 2021 року у справі № 9901/405/19: «Відповідно до приписів частини 3 статті 10 Закону України «Про Раду національної безпеки і оборони України» рішення РНБО вводяться в дію указами Президента. За змістом такого формулювання в цьому законі дії Президента не є суто церемоніальними, інакше закон міг би передбачати інше формулювання, наприклад, про те, що рішення РНБО підписуються Президентом. Таке формулювання, як «введення в дію» та, ще більше, необхідність видання з цього приводу спеціального акта — указу Президента, означає, по-перше, що без таких дій Президента рішення РНБО саме собою чинності не набирає; по-друге, що Президент має дискрецію в питанні введення чи не введення такого рішення в дію, видання чи не видання відповідного указу. Необхідність розсуду з боку Президента в разі реалізації цього повноваження й означає здійснення ним аналітичної діяльності у вигляді оцінки доцільності, законності та обґрунтованості прийняття такого рішення»;

— який ступінь загрози особи національній безпеці України / втручання в інтереси національної безпеки. Цей ступінь, як правило, визначається Верховним Судом самостійно, оскільки чітких критеріїв втручання в такі інтереси законодавство не містить, і на це вказують суди на всіх рівнях (рішення Львівського Окружного адміністративного суду від 26 серпня 2020 року у справі № 461/2598/20, постанова Другого апеляційний адміністративний суду від 12 серпня 2021 року у справі № 520/2719/21, постанова Верховного Суду від 29 жовтня 2020 року у справі № 640/17571/19). Утім, необхідність доводити перед судом відсутність загрози національній безпеці, втручання в її інтереси покладається саме на суб'єкта санкцій та його адвоката. Це відображено і в судовій практиці Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ), який у рішенні від 17 травня 2018 року у справі «Ljatić v. the former Yugoslav Republic of Macedonia» (скарга № 19017/16) зазначив, що особа повинна мати можливість оскаржити твердження державного органу про ризик для національної безпеки. Хоча оцінка держав-

ного органу того, в чому саме полягає загроза для національної безпеки, об'єктивно має значну вагу, незалежний орган або суд повинен мати можливість реагувати в справах, у яких застосування цієї концепції не ґрунтується на відповідних фактах або виявляє тлумачення «національної безпеки», що суперечить закону або загальноприйнятому значенню і є свавільним (пункт 35);

— чи додержано принципу пропорційності — одного з елементів критерію «необхідності в демократичному суспільстві», який вимагає дотримання балансу між несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і цілями, на досягнення яких спрямовано оскаржуване рішення суб'єкта владних повноважень, що призвело до негативних наслідків для особи за відсутності її вини. У такому випадку дослідженню підлягає, наприклад, те:

1) чи діяв Президент України, видаючи відповідний указ, з метою реалізації своїх конституційних повноважень, у порядку та на підставі законодавства України, з дотриманням необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і цілями, на досягнення яких спрямовано рішення/дія, тобто пропорційно (постанова Верховного Суду від 4 листопада 2020 року у справі № 9901/138/20);

2) чи була нагальна потреба в запровадженні санкцій для невідкладного й ефективного реагування на загрози, що містяться у статті 1 Закону України «Про санкції» (постанова Великої Палати Верховного Суду від 3 березня 2020 року у справі № 9901/783/18).

Як бачимо, законодавець удосконалив механізми захисту національних інтересів та безпеки, суверенітету і територіальної цілісності України, суспільства та держави в цілому. Водночас такі обмеження і заборони не завжди мають на меті те, для чого їх було створено, іноді стаючи засобом тиску на окремих суб'єктів, групи чи цілі сектори економіки в інтересах інших осіб чи політичних груп. Тож остаточно кому у виразі «заборонити (,) не можна (,) дозволити» має поставити адвокат, адже саме на нього покладається найбільший тягар доказування перед судом порушень прав особи, незаконності обмежень і заборон, недотримання балансу між правами людини та захистом національних інтересів. І тут на захист клієнта доцільно процитувати пункт 100 рішення ЄСПЛ від 16 березня 2006 року у справі «Жданок проти Латвії» (скарга № 58278/00): «Для того щоб гарантувати стабільність та ефективність демократичної системи, від держави може вимагатися вжиття специфічних заходів. Водночас демократія є поняттям, заснованим на компромісі, що вимагає різних поступок із боку окремих осіб, які повинні інколи бути готові обмежити деякі зі своїх свобод так, щоб забезпечити більшу стабільність держави в цілому. Однак щоразу, коли держава має намір послатися на принцип «демократії, здатної себе захистити» для виправдання свого втручання в права людини, вона повинна уважно оцінити обсяг і наслідки такого заходу, а також те, чи дотримано балансу між вимогами щодо захисту демократичного суспільства, з одного боку, та захисту прав людини — з іншого».

ЯКОВЕНКО Катерина — юрист EQUITY, м. Київ

IP REPORTER



Matunya IP

Другий шанс ОКУ

У грудні 2021 року Верховна Рада України ухвалила в другому читанні проект Закону «Про внесення змін до Закону України «Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав» щодо забезпечення збору доходу від прав організаціями колективного управління» № 5572.

Від самого початку розробки законопроекту № 5572 став центром гарячих дискусій як у юридичній спільноті, так і серед авторів та виконавців, адже запропоновані зміни матимуть значний вплив на порядок роботи організацій колективного управління майновими правами інтелектуальної власності (ОКУ) і виплату роялті творцям та виконавцям.

Наразі у сферах публічного виконання (зокрема в закладах громадського харчування, магазинах) та публічного сповіщення (на телебаченні, радіо, стримінгових сервісах тощо) недраматичних музичних творів є лише по одній акредитованій організації колективного управління.

Законопроект № 5572 має, принаймні тимчасово, усунути їх монополію, надавши можливість й іншим організаціям колективного управління здійснювати добровільне колективне управління майновими правами правовласників у зазначених сферах.

Цей порядок діятиме, допоки Міністерство економіки України не відбере і не акредитує нові організації колективного управління та не затвердить нові тарифи, визначені цими новообраними організаціями. Водночас процедура визначення тарифів буде тепер здебільшого предметом узгодження між міністерством і зазначеними організаціями.

Також існує ризик, що цей законопроект внесе певну невизначеність у відносини колективного управління, адже впровадження запропонованих положень на практиці може тривати роками.

Водночас законопроект № 5572 є одним із важливих кроків, необхідних для перезавантаження неефективної системи колективного управління авторськими та суміжними правами у сфері публічного виконання.

Окрім цього, реалізація запропонованих проєктом закону змін сприятиме наближенню українського законодавства до європейських стандартів, а також імплементує положення Директиви Європейського парламенту і Ради 2014/26/ЄС «Про колективне управління авторським правом і суміжними правами та мультитериторіальне ліцензування прав на музичні твори для онлайн-використання на внутрішньому ринку» від 26 лютого 2014 року.

Наразі законопроект № 5572 чекає на підписання Президентом. Чекають і митці, автори та виконавці, які бажають отримати належні роялті та «безпіратський» музичний ринок України.

ДЕМЧЕНКО Аліса — юристка Matunya IP, м. Київ



Як правило, іноземець не знає про наявність рішення, поки його не зупинять у пункті перетину українського кордону, адже такі рішення ДМС України ніде не публікують

що є підставою для прийняття рішення, результати перевірки іноземця за інформаційними системами та оперативними обліками СБУ, МВС і банками даних Міжнародної організації кримінальної поліції — Інтерполу тощо. Найчастіше про таку довідку взагалі забувають, а прийняття рішення обґрунтовується як захід превентивного характеру для запобігання вчиненню іноземцем діяння, яке суперечить інтересам забезпечення національної безпеки України, що не узгоджується з вимогами законодавства.

Тому необхідно подбати про витребування в СБУ в суді (1) відомостей, що стали підставами прийняття рішення про заборону, зокрема навіть якщо вони становлять державну таємницю (попередньо слід дізнатись, чи мають судді адміністративного судочинства доступ до державної таємниці та спеціальне приміщення для перегляду документів, що її містять); (2) довідки та перевірити її на відповідність як самій постанові про заборону, так і вимогам відповідної інструкції.

Рішення РНБО: законна мета чи політичний тиск

РНБО, маючи державницьку мету — припинення порушень і захист державного інтересу, — є не тільки регулятором обмежень та блокування діяльності суб'єкта санкцій, але і, на жаль, на думку автора, іноді використовується як засіб тиску на окремих суб'єктів чи сектори економіки: масмедіа, телеканали, інтернет-ресурс, бізнес, публічних осіб,