

КІЗИМА І.В.

ПРАВОВИЙ ЗАХИСТ: СТОСУЄТЬСЯ КОЖНОГО



Забезпечення випуску книги:

ЛАГУТОВ Юрій Ернестович,
депутат Дніпровської районної у місті Києві ради,
директор Центру суспільного розвитку “ІНТЕР-АКЦІЯ”

У книзі здійснено огляд процесуального права з врахуванням його прогалин та комплексного (системного) методу правового захисту.

Матеріал адаптовано автором для широкого кола читачів на основі його науково-практичного посібника для студентів юридичних факультетів „Юридичні технології та нестандартне використання процесуальних інститутів”.

© Кізіма І.В., 2009

© Видання Центру суспільного розвитку

«ІНТЕР-АКЦІЯ», 2009

ВІД АВТОРА

Книга, яку ви тримаєте у руках – плід багатьох років кропіткої праці на юридичній ниві та у правовому полі держави, далекої за своєю суттю від правової.

Саме це й слугувало поштовхом, надало натхнення до створення юридичних технологій як методу боротьби з адміністративним ресурсом, корупцією в органах влади та «грошовими мішками».

Питання номер один, яке постало переді мною ще під час навчання, – це питання про те, як чесному правнику вирішувати справи своїх клієнтів, коли вирішення будь-яких питань у нашій державі залежить від товщини гаманця, а не від правової позиції.

*Вихід із такої ситуації викладений у цьому практичному виданні. Маю надію, що воно допоможе і вам. **Більш того, кожен зможе удосконалювати методи та способи нестандартного використання процесуальних інститутів у власній повсякденній практиці, а також контролювати діяльність свого юриста на основі набутих знань.***

*Пропоную приєднуватися до Ліги професійних юристів проекту «Юридичні технології» (**сайт - www.ut.kiev.ua**) та продовжувати разом розпочату роботу у проекті шляхом спілкування за допомогою Інтернету (**e-mail: urtechnologis@gmail.com**) та інших засобів зв'язку.*

Книга побачила світ завдяки сприянню депутата Дніпровської районної у місті Києві ради **ЛАГУТОВА Ю.Е.**

ВСТУП

З позицій побудови правової держави та громадянського суспільства нам варто не тільки знати, але й уміти використовувати ефективні методи і способи захисту своїх законних прав та охоронюваних законом інтересів. Адже, як і тисячі років тому, на даний час законодавство не лише закріплює права людини, але й є інструментом для порушення останніх.

Дана робота – це варіант доведення ефективності поєднання теорії та практики за допомогою нестандартного правового мислення. Нестандартне застосування процесуальних інститутів подається в аспекті використання комплексного методу та системного підходу в практичній юриспруденції шляхом створення юридичних технологій.

Автор не претендує на істину в останній інстанції, оскільки нестандартне мислення є і буде предметом досліджень багатьох авторів, в тому числі й поза межами правових наук.

Етичне обґрунтування охарактеризованого в роботі стилю практичної діяльності запропонував А.Смітюх, автор багатьох статей присвячених розгляду процесуальних диверсій. Зокрема, він зауважує, що нема нічого кращого для юриста, ніж, захищаючи порушене право в суді, бути причетним до відновлення справедливості. Проте традиційні чесноти юриста – вміння переконувати та обґрунтовувати власну позицію, майстерне володіння матеріалами справи – майже не мають значення в справі, результат якої відомий ще до її початку. В цьому випадку перед юристом – представником приреченої на поразку сторони, яка усвідомлює обґрунтованість власної позиції по суті спору і неможливість досягнення результату, постає дилема: програти справу, діючи за всіма правилами, або обрати шлях здійснення процесуальних диверсій. Історія озброєних конфліктів свідчить, що тактику партизанської боротьби обирає той, хто приречений у відкритому протистоянні. Отже, з етичної точки зору застосування процесуальних диверсій виправдане, якщо юрист, усвідомлюючи справедливість власної позиції по суті спору, знає, що розгляд справи через певні сторонні й позаправові фактори неодмінно призведе до поразки.

РОЗДІЛ І. ПРО ОСНОВНЕ

1.1. МИСЛИТИ НЕСТАНДАРТНО

Мислення — це особлива ідеальна діяльність людини, яка виникає, формується, розвивається в суспільстві, коли людина перебуває у певному соціокультурному середовищі.

Нестандартність визначається, зокрема, як невідповідність стандарту, стійкому уявленню людей про те чи інше явище природи, суспільства, мислення. Нестандартність — це унікальний принцип юридичної деонтології. Деонтологічні норми мають найбільшу цінність саме у нестандартних умовах, коли практично неможливо застосувати традиційний підхід, що доволі часто трапляється в юридичній практиці. Нестандартне правове мислення є нічим іншим як здатністю юриста віднаходити нові незвичайні способи вирішення юридичних справ. Ступінь оволодіння здатністю нестандартного мислення залежить, в першу чергу, від наполегливості самої людини, оскільки суспільство, як правило, схильне до сковування нестандартних рис особистості, які присутні, без винятку, у кожному з нас. Саме тому, суспільство, за влучним висловом Ю.Л.Трофімова, має бути насичене духом визначених соціальних очікувань для того, щоб з'явився потрібний геній.

Винайденню нестандартних рішень практичних проблем надзвичайно сприяє метод „мозкового штурму”. Цей метод відомий також під багатьма іншими назвами, серед них такі: метод Осборна, фабрика ідей, ярмарок ідей, серія нових ідей, конференція ідей та ін. Мозковий штурм іноді називають технікою групового творчого мислення (Е.Вітковский), В.Оконь відносить цей метод до групи дискусійних.

Метод „мозкової атаки” („мозкового штурму”) – це вишукування ідеї і пропозиції задля вирішення поставленого завдання, що здійснюється, як правило, групою осіб з 5-12 чоловік. При цьому діють такі правила роботи групи: вільне висловлювання максимальної кількості ідей, в тому числі й повністю фантастичних; заборона критики; схвалення всіх оригінальних ідей; доопрацювання всіх висловлених ідей. Для кожного виступу на-

дається до двох хвилин. Доповідач, що є досить важливим, має висловлювати свою думку так, щоб остання була зрозуміла навіть для пересічної особи.

Позитив нестандартності юридичних вчинків проявляється насамперед у тому, що за їх допомогою є можливість повернути до себе увагу суб'єктів процесу. Для прикладу, під час одного з семінарів, суддя господарського суду Київської області А.Верховець зазначив, що постійний розгляд однотипних справ призводить до втрати сприйняття кожної справи як індивідуальної.

Пригадаємо випадок з практики. Після пред'явлення позову про визнання права власності відповідач, розуміючи безперспективність вирішення справи на свою користь, обрав дуже просту тактику захисту: ухилитися від отримання судових повісток, так як фактично проживав у двох місцях (за місцем роботи та за місцем реєстрації). Ця обставина справи допомогла б йому при оскарженні рішення, ухваленого без його участі.

Прийнявши участь у процесі, автор книги, відразу ж подав клопотання про постановлення заочного рішення, хоча й усвідомлював, що суддя на це не погодиться, оскільки ще не були використані всі, передбачені законом, способи повідомлення. Таким чином, позивач по справі, по-перше, підтвердив свою рішучість у вирішенні спору, по-друге, продемонстрував, що готовий діяти нестандартно. Все це, в кінцевому рахунку, надало справі індивідуальної забарвленості, виокремило її з інших аналогічних справ.

Для характеристики позитивного впливу нестандартного підходу наведемо ще один приклад. В цивільній справі, яка тягнулася протягом двох років (вирішення правового конфлікту супроводжувалося адміністративним тиском), представником позивача було подано клопотання про проведення в залі судового засідання відеозапису із застосуванням стаціонарної апаратури, а також транслявання судового засідання по телебаченню, які допускаються на підставі ухвали суду за наявності згоди на це осіб, які беруть участь у справі (ч.8 ст.6 ЦПК України). Позивач висловлював на це свою згоду, а також вказував, що один з місцевих телеканалів має бажання використати даний матеріал у одній зі своїх передач. При цьому розрахунок позивача був не стільки на процесуальний ефект цього клопотання, скільки на психологічний вплив на сторону конфлікту.

1.2. ДІЄМО КОМПЛЕКСНО ТА СИСТЕМНО

Юридична технологія – сукупність прийомів і засобів, що спрямовані на цілеспрямовану, чітку й ефективну організацію дій для здійснення правового захисту. Юридична технологія – це розробка системи захисту (нападу) спрямована на отримання позитивного результату. Юридична технологія – це майстерне конструювання юридичного процесу за допомогою матеріальних та процесуальних норм.

В розробці юридичної технології, також як і в розробці інших технологій, використовуються технологічні схеми та карти.

Технологічна схема юридичної технології — умовне зображення юридичного процесу, поділ його на окремі стадії з позначенням логічних зв'язків між ними. Технологічна карта – це опис покрокової, поетапної послідовності дій із прогнозуванням їх розвитку в юридичному процесі.

Елементами юридичної технології є правові форми та акти застосування норм права учасників юридичного процесу. Процесуальна диверсія є не обов'язковою складовою юридичної технології, тоді як комплексний метод та системний підхід є її основою.

Системний підхід, як відомо, є одним з спеціальних способів наукового дослідження, за яким досліджуваний об'єкт розчленовують на елементи, що їх розглядають в єдності, тобто як систему. Системний підхід розвиває і конкретизує такі категорії діалектики, як зв'язок, відношення, зміст і форма, частина і ціле та інше.

Комплексний метод, з погляду системного підходу, передбачає послідовний аналіз простих і складних властивостей справи та оцінювання впливу кожної з них на кінцевий результат. Комплексний метод спрямований на побудову системи юридичних дій, а не на окремі її якості, а відтак сприяє ефективності правового захисту.

В межах даної роботи під системним підходом та комплексним методом розуміється сукупність правозахисних дій, спрямованих на забезпечення повного, всебічного та різностороннього впливу на сторону конфлікту з метою оптимізації юридичного процесу. Системний підхід та комплексний метод — це вплив на суб'єкта оскарження із використанням двох і більше галузей права, в залежності від конкретного випадку.

Тобто, у випадку необхідності оскаржувати діяння (дію, бездіяльність) певного суб'єкта права, останні мають аналізуватися комплексно, оскільки у протиправних діяннях сторони конфлікту,

як правило, присутні порушення норм права різних галузей: цивільної, кримінальної, господарської, адміністративної тощо.

Висловлюючись по-іншому, правопорушення в одній галузі права тісно межують з аналогічними правопорушеннями в інших. Для повного розуміння сказаного варто пригадати, що адміністративне правопорушення відмежовується від кримінального, по суті своїй, ступенем суспільної небезпеки. Тобто, при помилці у кваліфікації, за одне й те ж саме діяння людина може зазнати як адміністративного стягнення, так і кримінального покарання. Зазначимо, що помилки в практичній діяльності, на превеликий жаль, не рідкість, що обумовлено як об'єктивними, так і суб'єктивними факторами.

Для застосування системного підходу і комплексного методу у вирішенні юридичних завдань потрібно володіти детальною інформацією щодо повноважень та функцій державних органів влади та інших суспільних інституцій, звернення за правовим захистом до яких забезпечить можливість створення і успішну реалізацію юридичної технології.

Конституція України встановлює, що права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ч. 2 ст. 3 Конституції України). У разі порушення своїх прав та свобод громадянин може звернутися за їх захистом до судових органів, прокуратури, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, інших органів влади та їх посадових осіб. Крім того, в Україні діють численні громадські організації.

Основними правоохоронними органами держави є суд, прокуратура, органи внутрішніх справ, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини (омбудсмен).

Провідне місце серед правоохоронних органів посідає суд. Кожна особа в Україні може скористатися захистом Європейського суду з прав людини. Функцію парламентського контролю за додержанням в Україні прав і свобод людини і громадянина здійснює Уповноважений Верховної Ради України з прав людини. З чотирьох функцій, виконання яких покладене на прокуратуру Конституцією України, три безпосередньо пов'язані із захистом прав і свобод людини і громадянина.

Почнемо з найпростішого прикладу створення юридичної технології.

В 2005 році автору довелося бути представником сторони у справі, пов'язаній із зобов'язальними відносинами за договором про участь у витратах на утримання багатоквартирного житлового будинку.

Проаналізувавши обставини справи за допомогою вказаного методу була окреслена наступна технологічна схема:

1. Звернення до посадової особи житлово-експлуатаційної організації у письмовій формі щодо припинення порушень за договором та з проханням аргументовано пояснити причини останніх.

2. Звернення за судовим захистом.

На підставі вище поданої технологічної схеми розроблено технологічну карту юридичної технології:

1. Не реагування або неналежне реагування на звернення посадовою особою житлово-комунальної організації:

1) подати заяву до прокурора про вчинення адміністративного проступку, передбаченого ст. 212-3 КУпАП (порушення права на інформацію) посадовою особою житлово-експлуатаційної організації з проханням скласти у відповідності з п. 11 ст. 255 вищевказаного кодексу протокол про адміністративне правопорушення з направленням останнього до суду (ст.ст. 221, 257 КупАП).

Адміністративне порушення полягає у тому, що згідно ст. 212-3 Кодексу України про адміністративні правопорушення неправомірна відмова в наданні інформації, несвоєчасне або неповне надання інформації, надання інформації, що не відповідає дійсності, у випадках, коли така інформація підлягає наданню на запит громадянина чи юридичної особи відповідно до законів України “Про інформацію”, “Про звернення громадян” та “Про доступ до судових рішень”, тягне за собою накладення штрафу на посадових осіб від п'ятнадцяти до двадцяти п'яти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

2) подати заяву до місцевої державної адміністрації з проханням провести перевірку стану організації обслуговування населення житлово-комунального господарства посадовою особою житлово-комунальної організації (п.2 ч.1 ст.20 Закону України „Про місцеві державні адміністрації”) із зазначенням обставин справи та факту ігнорування безпосереднього звернення.

2. Звернення до суду:

1) подача позовної заяви (цивільний процес) до загального місцевого суду щодо неналежного виконання зобов'язань за вищезазначеним договором, відповідно до положень Цивільного процесуального кодексу України.

Цивільне правопорушення – це невиконання стороною взятих на себе, в даному випадку, договірних зобов'язань. Так, відповідно ст. 526 Цивільного кодексу України зобов'язання має виконуватися належним чином, відповідно до умов договору та вимог Цивільного кодексу, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог — відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться.

2) подача позову до посадової особи житлово-комунальної організації (адміністративний процес) про визнання протиправним дій чи бездіяльності останньої щодо не реагування чи неналежного реагування за звернення громадян.

Досліджуючи засоби попередження зловживання процесуальними формами А.Смітюх використовує поняття „стратегема”, що означає воєнну хитрість і безпосередньо стосується висвітленню питання даного розділу . Цивільне та господарське процесуальне право, на переконання автора зазначеної праці, дозволяє існування конфліктів: між тими самими сторонами, про той самий предмет, проте з різних підстав; між тими самими сторонами, з тих самих підстав, але про різні предмети; про один предмет, із тих самих підстав, проте з різним суб'єктним складом сторін. Саме такі, схожі між собою спори, за твердженням А.Смітюха, слід розглядати як однорідні процесуальні ситуації (однорідні справи) або „атаки клонів”. Зазначимо лише, що вказане повною мірою стосується й адміністративного процесу.

„Атака клонів” є окремим випадком множинності однорідних процесуальних ситуацій, коли такі ситуації свідомо створюються („клонуються”) в одному або різних судах протягом одного періоду часу. „Атаку клонів” можна розглядати як процесуальну стратегему, суть якої полягає у створенні низки однорідних процесуальних ситуацій шляхом одночасної подачі серії позовів з метою: приховування напряду справжнього удару і розосередження сил протилежної сторони; відвернення уваги протилежної сторони від справді важливих судових процесів; підвищення вірогідності досягнення кінцевого результату; створення процесуального середовища для здійснення певного стратегічного плану із метою максимально повного і тривалого дезорієнтування іншої сторони щодо справжніх намірів. Тут варто зазначити, що вчиняючи такі дії, потрібно звертати увагу на їх співмірність із запланованим результатом та їх доцільність для досягнення поставленої мети.

Цивільний та господарський процесу існують виключно з додержанням встановлених законодавством норм права. Мистецтво юриста, за твердженням А.Смітюха, полягає в умілому використанні законодавства. Окрім того, сторони або суд можуть зловживати правом. Як наслідок, виникає необхідність подолання їхнього диктату.

„Атака клонів” не у всіх випадках припускає докладання рівних зусиль на всіх напрямках у всіх „клонуваних процесах”. Навпаки, деякі, або усі „клони” можуть бути „порожніми” або, іншими словами, беззмістовними, формальними.

Усі однорідні процесуальні ситуації „атаки клонів” створюються без мети досягти заявлених у позовах (скаргах, заявах) результат, утворюючи разом одну комплексну відволікаючу процесуальну диверсію. Як стверджує А.Смітюх, водночас слід подавати й „головний” позов з іншими, відмінними від „клонуваних”, вимогами. Це викликає у опонента відчуття „безмежності” та повне нерозуміння того, яка саме варіація стратегії застосовується у даному випадку (оскільки сам факт маніпулювання, як правило, є очевидним). Зокрема, ним наводиться яскравий приклад застосування „атаки клонів” для створення процесуального середовища та наступного втілення певного стратегічного плану. Спочатку створюються тотожні процесуальні ситуації шляхом подачі однорідних позовів (скарг, заяв). При цьому всі дії позивачів (скаржників, заявників) або імітують комплексну відволікаючу процесуальну диверсію, або вказують на низький рівень юридичної культури (абсурдні позовні вимоги формулюються юридично безграмотно із посиланнями на нормативні акти, що втратили силу, із використанням непрофесійних зворотів та граматичними помилками). Через це опонент втрачає інтерес до заявлених вимог.

Аргументуючи вище вказане, вкажемо, що багато досвідних юристів, адвокатів радять своїм колегам не намагатися з першого ж судового засідання виглядати занадто високо з професійної точки зору в очах опонентів. Деякі з цією метою наймають на роботу в якості своїх помічників студентів юридичних факультетів.

Автор роботи звертає увагу, що юридична технологія не є тотожною „атаці клонів”, оскільки окрім відволікаючої функції, перша спрямована на вирішення юридичного конфлікту не в одному, а в декількох напрямках. „Атака клонів” в основному використовується для заплутування опонента, тоді як у сукупності правозахисних дій (юридичній технології) декілька або всі процесуальні форми мають самостійне значення, несуть змістовне навантаження.

Для ілюстрації вказаного – ситуація із практики автора. За цивільним позовом в кримінальній справі по обвинуваченню у вчиненні злочину, передбаченого ст.190 Кримінального кодексу України (шахрайство) позивачу було задоволено моральну шкоду. Підсудний за вироком суду був звільнений від покарання у зв'язку з набуттям чинності законом про амністію.

Добровільно виплатити суму моральної шкоди цивільний відповідач відмовився, а тому виконавчий лист за заявою стягувача було направлено до державної виконавчої служби. Державний виконавець, за результатами вчинення відповідних дій, виніс постанову про повернення виконавчого документу в зв'язку з відсутністю майна, на яке необхідно звернути стягнення (п.6 ч.1 ст. 40 Закону України „Про виконавче провадження”).

Проте із матеріалів кримінальної справи було відомо, що боржник має у спільній власності, разом з дружиною, будинок. Відповідно до ч.8 ст.50 зазначеного Закону у випадках коли боржник володіє майном спільно з іншими особами, стягнення звертається на його частку, що визначається судом за поданням державного виконавця.

Реалізуючи юридичну технологію, представником стягувача було подано заяву про необхідність виконання держвиконавцем вимоги ч.8 ст.50 Закону України „Про виконавче провадження”, тобто, звернутися до суду з відповідним поданням. Останнє було проігноровано, а тому наступними заходами було:

1. Звернення до державного виконавця із заявою про необхідність складання протоколу про адміністративне правопорушення боржником за ст. 51-1 (ухилення від відшкодування майнової шкоди, завданої злочином), відповідно до ст. 118-13 КУпАП, п. 6 ч. 1 ст. 255 цього кодексу.

2. Звернення до начальника обласного управління юстиції з проханням взяти на контроль вказану ситуацію.

При цьому важливим є те, що подавалася не скарга, а прохання проконтролювати додержання вимог законодавства державним виконавцем, відповідно до ст. 5 Закону України „Про державну виконавчу службу”.

Оскільки належного реагування на заяви не було, представник стягувача звернувся до загального місцевого суду, відповідно до ч. 1 ст. 383 Цивільного процесуального кодексу, зі скаргою на бездіяльність державного виконавця та до адміністративного суду з позовом про визнання протиправним бездіяльності начальника об-

ласного управління юстиції (ст. 104 Кодексу адміністративного судочинства України).

Як результат, ще до судових засідань, до стягувача зателефонував боржник і запропонував сплатити борг.

Працюючи юристом у одній підприємницькій структурі, автор роботи мав завдання представляти інтереси підприємства, до якого був пред'явлений **позов про захист прав споживачів**.

Позов обґрунтовувався тим, що продукція, яку споживач придбав у торговельному приміщенні відповідача, мала істотний недолік. Заперечення продавця полягали у тому, що товар, який дійсно реалізували у торговельному приміщенні відповідача не вводився в обіг зазначеним підприємством.

Менеджер з продажу, звільнений задовго до пред'явлення позову, ввійшовши у змову з працівником, який продовжував працювати у підприємця, здійснював підміну товару підприємця на власний з метою подальшої реалізації покупцям. В цей період керівництво підприємства виявило зниження обсягів продаж. Цей факт викликав стурбованість, оскільки ніяких об'єктивних, економічних причин для цього не було. Період року у який знизилися обсяги реалізації завжди був самим прибутковим у торговельній діяльності для цієї групи товарів (мобільних телефонів).

За результатами виявленого, всім причетним до вищевказаного було запропоновано написати заяви про звільнення за власним бажанням. Знаючи про те, що їх викрито, останні знищили комп'ютерну базу бухгалтерських даних ІС: підприємство, в якій накопичувалися, оброблялися та зберігалися дані про здійсненні продажі та інформація про покупців. Факт знищення було виявлено вже після звільнення вищевказаних осіб.

Подаючи позов споживач посилався не те, що стільниковий телефон має гарантійний талон підприємства підписаний продавцем та на письмове свідчення звільненого з роботи менеджера з продажу. При цьому розрахунковий документ у споживача був відсутній. Цікавим було те, що всі гарантійні талони на продукцію підприємства мали наскрізну нумерацію, тоді як на гарантійному талоні позивача такого номеру не було.

Ситуація, на перший погляд, проста. Для відстоювання своїх прав потрібно було професійно скласти і подати заперечення на позов, обмежившись цивільним процесом.

Проте, по-перше, внаслідок неодноразової підміни товару підприємцеві спричинено значні збитки, по-друге, невідомо скільки

власного товару було реалізовано змовниками і в яку кількість позовів це могло вилитися, по-третє, споживач був посадовою особою Секретаріату Президента України і, під час зустрічей з керівництвом, погрожував підприємству застосуванням адміністративного ресурсу. Зокрема, в письмовій претензії, ним вказувалося на те, що придбався телефон за власний рахунок для використання у службових цілях.

Відповідно до виявлених обставин справи була розроблена наступна схема захисту:

1. Заява до органів внутрішніх справ про вчинення злочину менеджером з продажу, передбаченого ст.ст. 192, 358 КК України (заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживання довірою, підроблення документів). Звернуто увагу також на можливість причетності споживача/позивача до вчинення злочину, передбаченого ст. 358 КК України та, враховуючи наявність у позовній заяві пояснення самого спілняка, зазначалося, що останнє має розцінюватися як готування до вчинення злочину, передбаченого ст. 384 КК України (завідомо неправдиве показання).

2. Заява на ім'я Глави Секретаріату Президента України з проханням взяти до відома факт зловживання службовим становищем посадовою особою Секретаріату, неправомірність дій якої окрім ознак злочину, передбаченого ст. 364 КК України (зловживання владою), містять також дисциплінарний проступок, який полягає у вчиненні дій, які порочать державного службовця та дискредитують державний орган, оскільки посадова особа, аргументуючи свої позовні вимоги до підприємства, вказала, що придбався телефон для потреб державної служби та виклала вказане на бланку Секретаріату Президента України.

3. Заперечення на позов та участь у судових засіданнях.

Для того, щоб забезпечити час на розгляд заяви про злочин та заяви щодо зловживання службовим становищем посадовою особою був необхідний час, а тому виявилася нагальна потреба у затягуванні цивільного процесу, оскільки не було впевненості щодо відсутності використання адміністративного ресурсу проти підприємства.

Для цього була продумана комбінація на зразок шахової „вилки”. Полягала вона у тому, що відповідач звертається з клопотанням до суду про продовження пропущених процесуальних строків та подає заяву про забезпечення доказів шляхом залучення до участі у справі свідків. Суд мав розглянути вищевказані клопотан-

ня і заяву та постановити ухвалу, якою або задовольнити або відмовити в їх задоволенні.

Відповідно до складеної технологічної карти проглядалися два можливих варіанта розвитку подій, кожен з яких забезпечував досягнення поставленої мети, а саме: тимчасове затягування розгляду справи по суті.

Варіант 1. У випадку задоволення клопотання і заяви суд має викликати свідків до суду, а відтак, справу відкладуть на час, який буде необхідний для їх явки. Якщо будь-хто зі свідків, викликаних судом, не з'явиться, це ще більш затягне час вирішення справи.

Варіант 2. У випадку відмови у задоволенні клопотання, ухвала оскаржуватиметься у апеляційній інстанції, що також призведе до отримання потрібного результату.

В зв'язку з порушенням кримінальної справи за фактом вчинення злочину, розгляд цивільної справи було зупинено на підставі п.4 ч.1 ст.201 ЦПК України.

Наступним кроком до оволодіння навичками створення ефективних юридичних технологій є ознайомлення з тактикою “напад проти нападу”, тобто перетворення сторони конфлікту із захисника в агресора, оскільки найкращим захистом є напад.

Для використання тактики „напад на напад” варто приділяти увагу таким процесуальним інститутам як зустрічний позов, наказне провадження у цивільному процесі, інформаційний запит. Інформаційний запит може використовуватися не тільки у нижчезазначених випадках, але й задля отримання роз'яснень, пояснень від компетентних органів влади щодо тих правових норм, які при застосуванні компетентними органами тлумачаться по-різному, переважно на шкоду громадянину.

Для розкриття сутності викладеного, як зразок, така ситуація. До автора **звернувся автомобіліст**, на якого було накладено адміністративне стягнення, в наслідок порушення п.30.2 Правил дорожнього руху, яким встановлюється, зокрема, обов'язок утримання номерних знаків автомобіля у чистоті. Випадок стався в сільській місцевості, де інспектором ДАІ було складено протокол про адміністративне правопорушення.

Для здійснення правового захисту було обрано зазначену вище тактику. Для реалізації останньої на ім'я начальника відділу ДАІ, окрім скарги на постанову по справі про адміністративне правопорушення, було направлено окремим документом, відповідно до ст. 32, 33 Закону України «Про інформацію», інформаційний запит,

з вимогою надати відомості щодо технічного стану автомобільних доріг у місці та на час складення протоколу (с. Стрижавка, Ставищенського району Київської області 22.02.2009). Конкретизуючи запит, була затребувана інформація щодо стану дорожнього покриття, його характеристики, часу і місця проведення планових ремонтів та оцінки, відповідно до вимог Технічних правил ремонту та утримання автомобільних доріг загального користування України П-Г.1-218-113-97. У інформаційному запиті було вказано, що зазначена інформація знадобиться в разі звернення до суду щодо скасування постанови по справі про адміністративне правопорушення.

Також, захищаючи права автомобіліста, було надіслано інформаційний запит до Департаменту державної автомобільної інспекції Міністерства внутрішніх справ України, де попереджаючи випадок неналежного розгляду скарги та інформаційного запиту до відділу ДАІ, вимагалось надання відомостей щодо права працівників ДАІ накладати адміністративні стягнення за забруднені номери в разі, якщо останнє трапилося на автомобільній дорозі, яка не відповідає технічним правилам утримання та ремонту автомобільних доріг загального користування.

Якщо прогнозується виникнення правового конфлікту, варто вживати превентивних заходів з метою полегшення врегулювання останнього на майбутнє.

Наприклад, **споживач послуг телефонного зв'язку** припустився зі своєї сторони порушень умов договору про надання послуг й розглядає ймовірною ситуацію, пред'явлення до нього претензій, позову з боку контрагента.

Проте, споживач може також мати претензії до оператора, якщо детально проаналізує умови договору та якість отриманих послуг. Фактом порушень зі сторони оператора можуть бути, наприклад, випадки SMS-спаму на телефонний номер споживача.

Враховуючи те, що у споживача і оператора наявні зустрічні вимоги, в разі виникнення юридичного конфлікту, підвищується вірогідність досягнення між ними мирової угоди. Якщо ж факт погіршення якості послуг дійсно мав місце, оператор, вірогідніше, перегляне свою політику стосовно споживача.

На завершення **подамо ідеальну схему юридичної технології, яку можливо ефективно використовувати у боротьбі проти адміністративного ресурсу:**

1. У порядку адміністративного судочинства подається позов про визнання дій/бездіяльності суб'єкта владних повноважень протиправними.

2. В разі отримання позитивного рішення, подається позов про відшкодування завданої протиправними діями/бездіяльністю майнової та моральної шкоди (цивільний процес).

3. Після задоволення цивільного позову подається заява до органів прокуратури з вимогою притягнути винну посадову особу до відповідальності за завдання матеріальних збитків державі неправомірними діями/бездіяльністю.

Реалізація даної технології надзвичайно корисна у побудові подальших відносин з суб'єктом владних повноважень, оскільки запобігає на майбутнє зловживання останнього.

Отже, майстерне використання юридичних технологій суттєво підвищує гарантії дотримання законності у суспільних правових відносинах.

РОЗДІЛ II. ПРО ДЕТАЛІ

2.1. ЩО ЦЕ ТАКЕ: ПРОЦЕСУАЛЬНІ ДИВЕРСІЇ?

Термін „процесуальні диверсії” увійшов у масовий вжиток у середовищі практикуючих юристів, адвокатів, суддів. Поняття процесуальної диверсії в юридичну термінологію ввів А.Смітюх.

Способи зловживання процесуальними правами досліджувалися Д.Ігнатовим, О.Бачуном. Зазначені автори замість терміну „процесуальна диверсія” використовують термін „зловживання правом”, проте їх не слід ототожнювати.

Процесуальні диверсії здійснюються не тільки і не стільки для забезпечення позитивного вирішення справи, скільки задля протидії виникненню негативного результату в юридичному конфлікті.

Деструктивні процесуальні диверсії слід відрізнити від конструктивного використання процесуальних інститутів. Прикладами таких конструктивних дій можуть бути:

- подача позову для захисту права від формальних правопорушень для створення зручної преюдиції (тобто встановлення судом певного факту або обставини, що виключає необхідність їх повторного доведення в іншому процесі) з метою забезпечення вирішення основної юридичної справи на свою користь;

- створення юридичних фактів для забезпечення зручної територіальної підсудності.

Процесуальна диверсія – це тимчасовий засіб, який може бути досить тривалим. Характеризуючи процесуальні інститути з позиції їх нестандартного використання, слід відзначити що клопотання, заява учасника процесу та ухвала в реагування на останнє є універсальним засобом впливу на процес та його координацію. Щодо ухвали, то ця теза підтримується й іншими авторами.

Процесуальний диверсант – це позивач, скажчик, заявник в певній справі, тобто особа, від імені якої безпосередньо здійснюється деструктивна процесуальна дія.

Процесуальним диверсантом може бути як сама сторона юридичного конфлікту, так й інша особа у випадку, якщо є можливим обґрунтування правопорушення її матеріального чи процесуально-

го права. В будь-якому випадку – процесуальний диверсант – особа, яка контролювана стороною конфлікту. Виникнення уявного правового конфлікту між процесуальним диверсантом і опонентом нескладно ініціювати у випадку, якщо останній об'єктивно не здатний контролювати коло власних контактів і зобов'язань. Найкраще, якщо правовий зв'язок між диверсантом і особою, яка ініціює диверсію взагалі не простежується, тобто диверсант – це абстрактний учасник суспільних відносин. Дуже легко створюється фактичний склад для процесуальної диверсії стосовно особи, яка надає послуги споживачам. Диверсант придбаває будь-який товар чи отримує послугу, попередньо відібравши продукт з наявними недоліками. Чек і сам продукт створює доказову базу порушення прав споживача.

Вказане А.Смітюхом, має рацію, проте не зважати на матеріальний зміст вимог при „клонуванні” недоречно, оскільки є ризик отримати обгрунтоване звинувачення в зловживанні правом.

Діяльність юридичних осіб, у тому числі господарська, формалізована, тому її паралізують за допомогою адміністративного ресурсу (перевірками контролюючих органів). Наприклад, скаргу можна ініціювати декілька перевірок компанії-опоненту й її афілійованих структур .

В той самий час, зазначає А.Смітюх, вплинути на фізичну особу, яка взагалі нічим не займається (наприклад, пенсіонера) практично неможливо. Щоправда, тут не взята до уваги можливість здійснення протиправного впливу.

Тому підконтрольні фізичні особи є найбільш придатними для процесуальних диверсій. Справи за участю фізичних осіб розглядаються судами загальної юрисдикції, а також беручи до уваги норми цивільного процесуального кодексу про підсудність, процесуальні диверсії поза межами основного процесу доцільно здійснювати саме в цих судах.

Зловживання правом є однією з найважливіших правових категорій. В.Грібанов визначає останнє як особливий тип правопорушення, яке вчиняється уповноваженою особою при здійсненні належного їй права із використанням недозволених конкретних форм у межах дозволеного законом загального типу поведінки.

Стаття 13 ЦК України встановлює заборону здійснення прав із наміром спричинити шкоду іншій особі, зловживання правом у інших формах, зобов'язує при здійсненні прав дотримуватись моральних засад суспільства та не порушувати прав інших осіб.

Таким чином, **зловживання правом** – це не тільки теоретичний, але й законодавчий термін, що надає остаточну і негативну правову оцінку діям особи. Будь-яке зловживання правом належить до сфери неналежного та є спотворенням правової реальності.

Зловживання процесуальним правом може бути як деструктивним, так і конструктивним, у тому сенсі, що воно може сприяти швидкому розв'язанню спору та припиненню правової невизначеності, хоча й всупереч закону. Отже, і про це вже говорилося, не кожне зловживання процесуальними правами можна розцінювати як процесуальну диверсію.

На даний час **жоден з процесуальних кодексів не встановлює відповідальності за вчинення процесуальних диверсій та зловживання правом**. Зокрема, ч.3 ст.27 Цивільного процесуального кодексу, ч.3 ст.22 Господарського процесуального кодексу, ч.2 ст.49 Кодексу адміністративного судочинства України лише встановлюють, що особи, які беруть участь у справі, зобов'язані добросовісно користуватися своїми процесуальними правами.

Ті ж негативні наслідки, що передбачені процесуальними кодексами, як правило, мають обмежену ефективність. Для прикладу, відповідальність за безпідставно поданий позов у вигляді покладання на сторону суми судових витрат не можна розглядати як дієвий спосіб у боротьбі з процесуальними диверсіями, оскільки все залежить від ціни конкретного питання.

Слід вказати, що якщо процесуальні диверсії вчинюються з метою перешкодити діям опонента у відповідь на явне зловживання процесуальними правами, то це не може розглядатися як негативне явище. **Вчинення процесуальних диверсій виправдовується також у разі коли інша сторона конфлікту вдається до адміністративного ресурсу.**

Класифікація процесуальних диверсій розроблена А.Смітюхом і подана у статті: „Що таке процесуальні диверсії”.

Відволікаючі процесуальні диверсії. Це, як правило, короткочасні, проте несподівані, й по можливості, болючі для сторони конфлікту засоби, які здійснюються частіше за все без зв'язку з основним спором у критичний момент розвитку подій. У час, коли напруга сторін зростає. Метою такого виду диверсій є зайняти опонента вирішенням життєво важливих для нього проблем (матеріальний аспект), створити в останнього відчуття незахищеності, невизначеності (психологічний аспект), відволікти юристів від вирі-

шення дійсно важливих проблем (організаційний аспект) або де-зінформувати його відносно стратегічного плану ведення правового конфлікту (інтелектуальний аспект). Також, неабияке значення має й фінансовий аспект (збільшення грошового навантаження на опонента).

Загороджувальні процесуальні диверсії. Здійснюються, як правило, у рамках спору або у зв'язку з ним для блокування конкретних можливостей опонента на якомога більший строк, маючи на меті зробити неможливим його перемогу, тобто досягнення очікуваного останнім практичного результату. Ці диверсії нагадують партизанську війну, тобто систематичне знищення шляхів сполучень та інфраструктури супротивника.

Диверсії в межах процесу. Загороджувальна процесуальна диверсія може бути здійснена в тому ж процесі, в якому сторона правового конфлікту – опонент – намагається досягнути головного успіху. Така диверсія може, за твердженням А.Смітюха, виявляється: а) в оскарженні ухвали про забезпечення позову у всіх інстанціях; б) у подачі зустрічного позову, який не відповідає вимогам процесуального закону та в подальшому оскарженні ухвали про його повернення у всіх судових інстанціях.

Однак, не в кожному процесі є підстава для застосування процесуальної диверсії. Такою підставою, як правило, є ухвала суду. Якщо ж її немає, то її створюють. Вище вже наводився приклад створення ухвали за допомогою комбінації на зразок шахової „вилки”.

Диверсія поза межами процесу і у зв'язку з ним. Це диверсія в контексті проблематики правового конфлікту. В межах іншого процесу, пов'язаного з основним, можливо здійснювати як відволікаючі, так і загороджувальні диверсії. Проте, загороджувальні диверсії виявляються більш доцільними. Такі диверсії можуть полягати:

- у прийнятті в іншому спорі ухвали про заборону відчуження спірного майна;

- у порушенні справи, існування якої унеможливує розгляд основної справи і створює підстави для її зупинення. Приклад такого випадку було подано вище, де порушення кримінальної справи призвело до зупинення провадження у цивільній.

У першому випадку бажано здійснювати диверсію від імені сторонньої особи, до того ж підконтрольними особами можуть бути як позивач, так і відповідач по новій справі. При цьому є

можливість здійснення цілого ряду процесуальних диверсій, наприклад: накладення арешту або заборон в різних судах за позовами різних осіб.

Диверсія поза межами процесу і без зв'язку з ним. Тобто поза контекстом проблематики правового конфлікту. В межах іншого процесу можливі лише відволікаючі диверсії. Така диверсія може виявлятися в арешті грошових засобів на рахунку опонента, з якого останній, як правило, здійснює розрахунки, або в арешті нерухомості, яку він збирається відчужувати або в порушенні провадження по справі про визнання недійсним установчих документів опонента. Природно, більш доцільно, щоб диверсію здійснювала особа, формально не пов'язана зі стороною правового конфлікту.

Причиною передбачуваної поразки у юридичному конфлікті є, як правило, вплив адміністративного ресурсу. Проте останній обмежений в часі, просторі та за колом осіб. Тому, на думку А.Смітюха, якщо джерело такого адміністративного ресурсу відоме, є сенс здійснити процесуальну диверсію в суді, який територіально знаходиться поза зоною його впливу.

Акцентуємо увагу на тому, що перемогти у правовому конфлікті шляхом здійснення лише процесуальних диверсій можливо тільки у випадку, якщо опонент з часом втратить інтерес до досягнення власної мети.

Ефективність відволікаючих диверсій залежить від кількості юристів опонента та/або його фінансових можливостей. Подібні диверсії потрібно планувати таким чином, щоб всі юристи сторони правового конфлікту були завантажені роботою (наприклад, зняттям арешту з грошових засобів, відкриттям нового рахунку, формуванням правової позиції в справі про визнання недійсними установчих документів) або ж їх кількість виходила за межі фінансової спроможності опонента, про що вже йшлося вище. Дуже важливо здійснювати відволікаючі диверсії своєчасно, в момент, на який заплановані активні дії, скеровані на перемогу у правовому конфлікті в цілому. Загороджувальні процесуальні диверсії максимально ефективні у випадку, якщо для опонента важливим є фактор часу.

Як один із способів вчинення „процесуальних диверсій” у літературі виділяється оскарження ухвал, що не можуть бути оскаржені окремо від рішення суду. Хоча такий варіант і можливий, проте, по-перше, законодавець вже звернув увагу на усунення прогалин щодо цього, по-друге, підключивши фантазію юриста, створити потрібну ухвалу у процесі не так вже й складно.

2.2. ЕФЕКТИВНЕ ВИРІШЕННЯ ЮРИДИЧНИХ СПРАВ

Поняття ефективності, оптимізації вирішення юридичних справ тісно межує з поняттям професійності у діяльності юриста, тобто вмінням швидко, ефективно виконувати власну роботу. Оптимізація діяльності залежить не тільки від професійних здібностей правника, а й від рівня правової культури та свідомості сторін юридичного конфлікту. Сприяє оптимізації вирішення юридичних завдань юридична практика, однією з функцій якої є оптимізуюча.

Юридична практика виконує цілий ряд функцій (напрямків діяльності). Такою функцією, з серед інших, є оптимізуюча.

Оптимізуюча функція властива юридичній практиці також на стадії реалізації права. Під час його реалізації фізичні особи, соціальні угруповання, правозастосовчі органи, інші суб'єкти права вчиняють дії згідно із вже сформованими у суспільстві оптимальними, ефективними моделями, внаслідок чого вони витрачають значно менше зусиль і часу для отримання бажаного результату. Таким чином, юридична практика суттєво оптимізує діяльність членів суспільства з реалізації норм права та підвищує ефективність цієї діяльності.

Досудове вирішення справи потрібно проводити за допомогою засобів, що забезпечують повну фіксацію останнього. Кожен момент переговорів, звернень має бути зафіксований письмово, за допомогою звуко-, відеозаписувального технічного засобу. Не зайвим буде завжди мати при собі технічні пристрої (магнітофон тощо) за допомогою яких можна реалізувати зазначене.

Досудове врегулювання бажано здійснювати за участю третіх, не зацікавлених у справі, осіб. Кожна така особа – це свідок у разі виникнення потреби.

Знання особливостей оформлення письмових звернень до опонента є запорукою успішного вирішення юридичної справи на досудовій стадії. У випадку, коли інша сторона досудового врегулювання є суб'єктом владних повноважень, **варто знати специфічні риси бюрократичного апарату. До таких рис належить:**

1. Бажання посадової особи переадресувати звернення на розгляд іншому органу, посадовій особі. На практиці неодноразово зустрічаються випадки порушення посадовцями ч.4 ст.7 Закону України „Про звернення громадян”, при цьому аргументується таке порушення ч.3 цієї статті.

2. Звернення щодо порушення законодавства може бути використане посадовою особою для забезпечення власного просування по службі.

3. Між центральними та місцевими органами влади, органами місцевого самоврядування завжди існують суперечності за сфери впливу та обсяг повноважень. Так виявляє себе на практиці система стримувань і противаг, закладена в Конституції України та природи людини.

4. Посадова особа не може бути постійно під патронатом інших осіб, оскільки адміністративний ресурс захищатиме таку особу допоки це не загрожуватиме викриттю його застосування.

Враховання вказаних рис бюрократичного апарату покладено автором в основу створення юридичних технологій за допомогою комплексного методу та системного підходу.

При досудовому врегулюванні юридичного конфлікту перше звернення має бути адресоване безпосередньо протилежній стороні або особі дії (бездіяльність) якої оскаржуються.

Аргументуючи доцільність досудового вирішення спорів С.Протасов звертає увагу на те, що судовий розгляд у суді може бути тривалий період часу. Проте, отримання рішення суду, яке набрало законної сили - ще не отримання результату, оскільки воно потребує виконання.

Враховуючи зазначене, С.Протасов пропонує **два кроки у позасудовому вирішенні господарського спору:**

1) інвентаризація заборгованості, тобто збір усіх первинних документів, які стосуються взаємовідносин із боржником і доводитимуть факт існування заборгованості та її розмір. Такими документами можуть бути договори, рахунки-фактури, акти виконаних робіт, акти приймання-передачі товару, прибуткові й видаткові накладні, будь-яке листування між сторонами - все, що може стосуватися господарських відносин між сторонами. Що ж до листування між сторонами, то воно може мати велике значення, якщо письмовий договір між сторонами не укладався й відсутні первинні документи, які доводять, наприклад, надання послуг чи виконання робіт;

2) підготовка й відправлення контрагенту-боржнику претензії. Правильне написання претензії може зіграти вирішальну роль у переконанні дебітора виконати зобов'язання. Тому стиль написання претензії має бути максимально офіційним, а сама претензія аргументована посиланням на первинні документи й на норми чин-

ного законодавства. Безперечно, відправлення претензії боржнику - справа добровільна, але є ситуації, коли без претензії у вигляді вимоги виконати зобов'язання не обійтися. Претензію необхідно надсилати, коли письмовий договір між сторонами не укладався або в укладеному договорі строк такого виконання не встановлений. Із цього приводу ч.3 ст.530 Цивільного кодексу України зазначає: якщо строк (термін) виконання боржником обов'язку не встановлений або визначений моментом пред'явлення вимоги, кредитор має право вимагати його виконання в будь-який час, а боржник має виконати такий обов'язок у семиденний строк від дня пред'явлення вимоги. У цьому випадку право на звернення до суду за захистом порушеного права залежить від пред'явлення претензії (вимоги), оскільки право буде порушене, якщо боржник порушив строк виконання свого зобов'язання. І саме завдяки претензії можна встановити строк виконання зобов'язання, якщо він не був попередньо встановлений.

Зрозуміло, що мета претензії - переконати боржника виконати зобов'язання добровільно, тому в тексті претензії мають міститися не тільки вимоги про погашення заборгованості, але й викладення можливих негативних наслідків для боржника.

Такими наслідками можуть бути покладення на боржника судових витрат. При цьому важливо показати, що передання справи до суду матиме для нього негативні матеріальні наслідки.

До претензії слід додати копії документів, які підтверджують наявність і розмір заборгованості, акти звіряння взаємних розрахунків, крім того, можна повторно направити на оплату рахунки-фактури й акти виконаних робіт. Не варто лише направляти оригінали документів, оскільки такі випадки на практиці зустрічалися.

Після отримання інформації про надходження претензії боржнику (наприклад, повідомлення про вручення) або після закінчення строку, достатнього для отримання боржником такого поштового відправлення доцільно зателефонувати боржнику й поспілкуватися з посадовою особою, яка уповноважена приймати рішення про погашення заборгованості. У розмові необхідно спокійним, але впевненим тоном викласти аргументовану позицію й змалювати можливі наслідки непогашення заборгованості. Не можна погрожувати, оскільки адекватною реакцією на погрози буде захист, який може виразитися у зверненні до правоохоронних органів, а ця обставина кредитору нічого, окрім зайвих проблем, не принесе.

„Але як діяти в ситуації, коли боржник визнає свої боргові зобов'язання, але просить розстрочити погашення боргу?” – ставить риторичне запитання С.Протасов. У цьому випадку необхідно зібрати якнайбільше інформації про господарську діяльність боржника, відкриті банківські рахунки, належне на праві власності майно для визначення доцільності звернення до суду з точки зору можливості подальшого виконання отриманого рішення.

Якщо за отриманою інформацією боржник - це діюче підприємство, яке має у власності майно, то необхідно порівняти термін відстрочки, про який просить боржник, і строк, необхідний для отримання судового рішення і його виконання, і після такого аналізу робити висновки, причому слід мати на увазі, що обіцянка боржника, навіть якщо вона викладена в письмовій формі й підписана уповноваженою особою - ще не гарантія належного виконання. Проте, в будь-якому випадку слід вимагати гарантійний лист із зазначенням визнаної суми боргу й строку її погашення. Гарантійний лист може бути доказом існування договірних відносин з боржником і факту надання йому послуг, виконання робіт та ін. Це особливо важливо, якщо договір у письмовій формі не укладався, а у кредитора відсутні первинні документи, які підтверджували б факти виконання ним обов'язків за договором (наприклад, акти виконаних робіт). У такому випадку С.Протасов радить піти на хитрість: усно домовитися з боржником про відстрочку сплати боргу, або виконання іншого зобов'язання за умови надання гарантійного листа. Так кредитор матиме на руках підтвердження факту існування господарських договірних відносин із боржником. А якщо з боку боржника все ж таки була хоча б мінімальна оплата, що може бути підтверджено банківськими виписками, то з такою доказовою базою можна звертатися до суду, обґрунтовано розраховуючи на позитивне рішення.

Так, оцінюючи перспективність звернення до суду за стягненням боргу, який підтверджувався простою розпискою (спір між фізичними особами), автор роботи з'ясував, що боржник не заперечує факту отримання грошової позики, проте постійно порушує усні домовленості щодо часу розрахунку. Більш того, він повернув частково отримані у борг кошти, не оформивши при цьому жодного документу. Кредитор був налаштований звертатися в суд, і тільки після отримання аргументів щодо вирішення спору на досудовій стадії, змінив свою думку. Увагу кредитора було звернено на те, що єдиним доказом отримання боржником суми грошей є розписка,

вчинена у простій письмовій формі. В судовому процесі, у випадку заперечення відповідача проти позову, була б необхідність у проведенні почеркознавчої (графологічної) експертизи. Це, по-перше, затягнуло б час, по-друге, вимагало б кошти на оплату. А тому кредитору, зважаючи на поступливість боржника, варто було нотаріально посвідчити додаткову розписку, в якій, по-перше, зменшити розмір позики, на суму яка повернута боржником, по-друге, визначити строк повернення позики або розстрочити повернення за досягнутими між сторонами домовленостями. Наступне звернення до суду, в разі необхідності, гарантувало б повне задоволення вимог позивача.

У вирішенні трудового спору з приводу неповної виплати заробітної плати при звільненні, а саме тієї її частини, яка видавалася „у конверті”, автор, у рамках досудового врегулювання справи, звернувся з аргументованою заявою до роботодавця, в якій варіантом вирішення конфлікту пропонував звернутися до податкової інспекції, органу пенсійного фонду з вимогою проведення перевірки факту ухилення від сплати податків та зборів на обов’язкове пенсійне страхування підприємством внаслідок неналежного оформлення виплачуваної працівникам заробітної платні.

Підсумовуючи викладене вкажемо, що, **перевагами досудового вирішення спорів є:**

- 1) збереження добрих відносин між учасниками конфлікту;
- 2) заощадження фінансових ресурсів;
- 3) економія часу;
- 4) збереження здоров’я фізичних осіб;
- 5) наявність невикористаної можливості для звернення до суду;
- 6) забезпечення отримання більш стійкої доказовою бази.

С.Протасов, як перевагу позасудового врегулювання спорів, вказує на можливість такого й після закінчення встановленого строку позовної давності.

Оптимізація вирішення судових справ великою мірою залежить від вчасного, оперативного реагування сторони конфлікту на спроби затягнути процес. Задля цього використовуються такі класичні засоби як заяви (клопотання), заперечення, знімання питань, на розгляді яких наполягає опонент. Кожного разу виявляючи подібні спроби сторона правового конфлікту має обгрунтовано доводити та звертати увагу суду, медіатора на неприпустимість та недоречність вчинення зазначених дій.

Питанням дослідження форсування судового процесу займався, вже неодноразово цитований, А.Смітюх. Автор статті „Процесу-

альний бліцкриг: нарис про тактику” зазначає, що прийоми форсування процесу можуть використовуватися не тільки для прискорення розгляду справи в порівнянні зі звичною тривалістю, але й як превентивний захід проти затягування процесу відповідачем. У своєму бажанні максимально затягнути або форсувати провадження по справі сторони стикаються з рядом положень процесуального закону, що призначені протидіяти як затягуванню, так і форсуванню процесу. Зазначимо, що оптимізація юридичного процесу і його форсування не є тотожними явищами, оскільки оптимізація спрямована на справедливий розгляд і вирішення правового конфлікту, тоді як форсування має на меті скоротити час на отримання потрібного юридичного результату.

Процесуальними кодексами, хоча й передбачаються, максимальні строки для розгляду справ у різних видах проваджень, по окремих категоріям справ і в різних інстанціях, проте зазначене не дотримується у цивільному та адміністративному процесі.

Сутність форсування судового процесу А.Смітюх визначає як намагання сторони конфлікту домогтися отримання рішення у справі в максимально стислий строк, а тому дії, спрямовані на забезпечення вказаного зводяться до того, щоб досягнути прийняття рішення по справі на власну користь в максимально короткий строк, виконавши при цьому вимоги процесуального закону про повний, всебічний та об’єктивний розгляд судом всіх обставин справи, залучення до участі у справі всіх зацікавлених осіб та їх явці в судове засідання, тим самим забезпечити відсутність підстав для скасування рішення судом апеляційної інстанції. Форсований судовий процес А.Смітюх називає процесуальним бліцкригом. В ньому позивач (заявник, скаржник) домагається прийняття судом рішення, яке дає йому вирішальну перевагу у правовому конфлікті в максимально короткий строк та з дотриманням всіх вимог процесуального закону.

Основним принципом планування процесуального бліцкригу є максимальне спрощення справи. Зазначене передбачає моделювання різноманітних вірогідних ситуацій і аналіз їх можливого впливу на розвиток справи.

А.Смітюх виділяє такі характеристики форсування судового процесу:

1. Самодостатність мотивування позовної заяви. Мотивування позову має бути вичерпним і по можливості простим. Формула позову не повинна вимагати від судді будь-яких значущих процесу-

альних дій, окрім прийняття рішення. Можливі пояснення інших учасників процесу чи надані ними докази не повинні вимагати зміни мотивування позовної заяви і відкладення розгляду справи.

2. Достатність явки учасників процесу. Для забезпечення стійкості рішення важливим є факт залучення до участі в справі всіх зацікавлених осіб і присутність учасників справи в судових засіданнях. У зв'язку з цим, формула процесу має передбачати мінімум неконтрольованих учасників з тим, щоб відвернути відкладення справи у зв'язку з їх неявкою. Формула процесу має виключати також можливість оскарження в зв'язку з незалученням всіх зацікавлених осіб.

На практиці це правило добре втілюється в життя, якщо однорідні позовні вимоги до декількох відповідачів не об'єднують в одній справі до чого схиляється А.Смітюх. Проте, якщо співвідповідачі є контрольованими особами або органами державної влади, використання інституту співвідповідачів має сенс.

3. Відсутність в процесі внутрішніх можливостей ускладнення справи. Чим менше процесуальних дій має вчинитися судом для вирішення спору, тим швидше буде прийняте рішення по суті справи. Чим менше ухвал постановляє суд, тим менше займе часу розгляд справи. Позивач має подавати до суду лише такі клопотання, які не можливо оскаржити окремо від рішення суду, а при можливості, взагалі їх не подавати.

В зв'язку з цим, на що звертає увагу А.Смітюх, „швидкий” позов не повинен забезпечуватися. Якщо є необхідність подати заяву про забезпечення позову, то це потрібно зробити в іншому „формальному” позові. В такому випадку оскарження ухвали про забезпечення позову не вплине на перебіг форсованого процесу.

4. Повна забезпеченість доказової бази. Доказова база в форсованому процесі має характеризуватися такими параметрами:

- всі докази надаються позивачем при подачі позову;
- справа не перевантажена доказовою базою. Для цього радимо докази не рахувати, а зважати на їх переконливість;
- необхідність допитувати свідків відсутня в принципі, тим більше відсутня необхідність викликати свідків відповідача;
- відсутня необхідність в призначенні експертизи;
- будь-які докази, які відповідач може витребувати, мають бути надані позивачем прямо в судовому засіданні.

5. Вирішальний характер процесу. Зусилля з планування та реалізації процесуального блицкригу мають сенс, якщо перемога надасть позивачу вирішальну перевагу в правовому конфлікті в цілому.

6. Очевидна переможність процесу. Із вимоги про вирішальний характер форсованого процесу випливає вимога про його очевидну переможність. В протилежному випадку вся стратегія сторони правового конфлікту опиняється під загрозою, а матеріальні витрати – позбавленими сенсу. Тому, по категорії справ, до яких належить форсований процес, має існувати напрацьована судами вищих інстанцій однозначна судова практика. Це надає певні гарантії, що рішення першої інстанції не буде скасоване апеляційною інстанцією. Проте, на практиці зустрічаються випадки, коли рішення суду першої інстанції витримувало апеляційну інстанцію, проте скасовувалося касаційною.

Зазначені вище характеристики форсованого процесу відображають об'єктивні ознаки правових ситуацій, які не завжди існують і в багатьох випадках не можуть бути забезпечені штучно.

Кожне відкладення розгляду справи є тактичною перевагою опонента, тому важливо заздалегідь підготувати вичерпну аргументацію і доказову базу проти можливих клопотань, скерованих на затягування процесу. Якщо відомий стиль роботи протилежної сторони, варто наперед підготувати письмові заперечення на можливі клопотання (заяви). Такі дії позивача (заявника, скаржника), як правило, шокують протилежну сторону, подавляють її психологічно і вселяють відчуття безнадійності.

Як підсумовує А.Смітюх, і з чим варто погодитися, вчинення всього перерахованого вище, не обов'язково забезпечить швидку перемогу у справі. Це відбувається тому, що специфіка цивільного та адміністративного процесу містить множинність процесуальних інститутів, які сприяють затягуванню. Дуже складно, а в більшості випадків, неможливо перешкодити відповідачу, який знає свої процесуальні можливості й уміло їх використовує. Саме тому, за твердженням автора, **необхідно позбавляти опонента можливостей процесуальної творчості ще на стадії планування процесу й передбачати його можливі дії.**

Отже, з позицій практики, форсування процесу здійснити надто важко, тоді як вчиняти процесуальні диверсії не складно, а відтак, здійснюючи максимальну кількість дій, спрямованих на форсування процесу та запобігання зловживання процесуальними правами опонентом можливо максимально оптимізувати юридичний процес будь-якої складності.

ВИСНОВОК

Задля нестандартного використання процесуальних інститутів та розробки юридичних технологій бажано володіти здатністю нестандартного правового мислення. Юридичні технології є одним з видів суспільних технологій, сукупністю прийомів і засобів, спрямованих на ефективну організацію правового захисту. Юридична технологія – це мистецьке оперування правовою матерією, вибудовування правової позиції, запрограмованої на отримання позитивного результату. Також можна вказати, що юридична технологія є конструюванням юридичного процесу за допомогою матеріальних та процесуальних норм.

В основі розробки юридичних технологій лежить комплексний метод і системний підхід, а до складу останніх можуть входити процесуальні диверсії. Елементами технології є правові форми та акти застосування норм права учасниками юридичного процесу.

ПІСЛЯМОВА

*Практика повсякденної роботи активістів **Центру суспільного розвитку “ІНТЕР-АКЦІЯ”**, значна частина яких є професійними фахівцями права, засвідчила, що в умовах нестабільного законодавства кияни гостро потребують кваліфікованої юридичної допомоги. Але, враховуючи надзвичайно високу вартість таких послуг, що надаються спеціалізованими комерційними структурами, для більшості простих людей вона недоступна. Натомість поширений метод надання безплатних правових порад під час виборчих кампаній обмежується виключно цим періодом і не визначається особливою якістю.*

*Для розв’язання даної гостро соціальної проблеми наша громадська організація відкрила власну загально-міську постійно діючу безплатну юридичну консультацію. Прийом проводить автор цієї книги юрист **Ігор Кізіма**. Розклад і місце зазначені на зворотній стороні обкладинки цієї книги.*

Звертайтеся, ласкаво просимо!