

Ольховська М. М.,
адвокат, аспірант
Академії адвокатури України

ЗАСТОСУВАННЯ СТОРОНОЮ ЗАХИСТУ ПРАВОВИХ ВИСНОВКІВ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ ІЗ ПРАВ ЛЮДИНИ У РАЗІ АПЕЛЯЦІЙНОГО ОСКАРЖЕННЯ УХВАЛИ СЛІДЧОГО СУДДІ ПРО ОБРАННЯ ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ

Анотація. Статтю присвячено дослідженню проблеми практичного застосування стороною захисту під час досудового розслідування практики Європейського суду із прав людини як джерела кримінального процесуального права України.

Ключові слова: ЄСПЛ, Конвенція із прав людини, скарга, тримання під вартою, слідчий суддя.

Постановка проблеми. Аналізуючи розвиток сучасного кримінального процесуального права України, безперечно, неможливо залишити поза увагою позитивний вплив практики Європейського суду із прав людини (далі – ЄСПЛ). Відповідно до ч. 2 ст. 8 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) [1] принцип верховенства права у кримінальному провадженні застосовується з урахуванням практики ЄСПЛ. Правові позиції, сформульовані у цих рішеннях, мають обов'язково враховуватись судами України. У результаті тривалого і динамічного («живого») тлумачення Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод (далі – Конвенція із прав людини) ЄСПЛ сформулював низку правоположень, які охоплюються верховенством права. Серед них основним є забезпечення права людини на справедливий суд. Це право відповідно до названої Конвенції та інтерпретації його ЄСПЛ включає:

- а) право на гарантований доступ до суду;
- б) право на законного компетентного і безстороннього суддю;
- в) право викласти свою позицію в суді;
- г) право на ефективні засоби юридичного захисту в суді;
- г) право на справедливий судовий розгляд;
- д) право на презумпцію невинуватості у кримінальному провадженні;
- е) право на розумний строк розгляду справи;
- є) право на відкритий розгляд справи (за винятком деяких випадків) [2, с. 41].

У ч. 5 ст. 9 КПК України закріплено, що кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики ЄСПЛ. Конвенція із прав людини 1950 р., до якої Україна приєдналась у 1997 р., в Розділі II «Європейський суд із прав людини» встановила обов'язкову силу рішень названого суду для держав, які приєднались до цього міжнародно-правового акта (ст. 46). Як визнання і в розвиток цього положення Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду із прав людини» від 23 лютого 2006 р. зобов'язав вітчизняні суди застосовувати під час розгляду справ Конвенцію із прав людини та прецедентну практику цього суду. Названий Закон України вперше офіційно визнав

рішення ЄСПЛ у конкретних справах (судовий прецедент) джерелом права в Україні. Правові позиції ЄСПЛ, що містяться у його рішеннях, урахуються у кримінальному провадженні. Ними також слід обґрунтовувати відповідні рішення, ухвалені органами, що ведуть кримінальне провадження [2, с. 45].

Питання застосування практики ЄСПЛ у кримінальному процесі вивчали О.І. Тищенко, О.Г. Яновська, С.Г. Пепеляєв, В.Г. Уваров, О. Дроздов, О. Дроздова. Разом із тим вважаємо, що відсутність здійсненого вітчизняними науковцями чіткого впорядкування рішень ЄСПЛ за правовими висновками, які містяться в них щодо того чи іншого процесуального питання, ускладнює їх застосування на практиці. У зв'язку із цим у цій статті ми, проаналізувавши практику ЄСПЛ, виділили рішення, які, на нашу думку, містять правові висновки, що можуть бути використані стороною захисту під час апеляційного оскарження ухвали слідчого судді про застосування запобіжного заходу під час досудового розслідування кримінального провадження. Також проведено дослідження щодо доцільності та обов'язковості застосування стороною захисту практики ЄСПЛ під час подачі відповідної апеляційної скарги.

Метою статті є наукове дослідження проблеми практичного застосування стороною захисту під час досудового розслідування практики ЄСПЛ як джерела кримінального процесуального права України.

Виклад основного матеріалу дослідження. Вважаємо, що недосконалість чинного вітчизняного кримінального процесуального законодавства зобов'язує звертатись до практики ЄСПЛ на всіх стадіях кримінального провадження. Не є винятком і стадія досудового розслідування. Особливо важливо, на наш погляд, для сторони захисту використовувати правові висновки ЄСПЛ під час апеляційного оскарження ухвали слідчого судді про застосування запобіжного заходу до підозрюваного. Адже саме під час досудового розслідування кримінального провадження вкрай вразливими є основні конституційні права і свободи підозрюваного, які можуть бути незаконно порушені.

Здійснення ефективного судового контролю в разі взяття особи під варту вважається, відповідно до системи Конвенції із прав людини, необхідним не лише для забезпечення права на свободу та особисту недоторканість, але також для того, щоб убезпечити від можливого неналежного поведіння за обставин, коли особа є особливо вразливою. Отже, пункт 3 ст. 5 Конвенції із прав людини передбачає обов'язкову та невідкладну судову перевірку підстав для позбавлення свободи після первинного затримання і взяття під варту підозрюваного у злочині. У п. 4 ст. 5 міститься вимога, щоб утримувана під вартою особа мала реальну можливість оскаржити законність позбавлення її

волі. При цьому має бути враховано дотримання багатьох специфічних умов із тим, щоб забезпечити їх ефективність як у процесі здійснення процедури кримінального розгляду, так і після її завершення [3, с. 19].

Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 309 КПК України під час досудового розслідування можуть бути оскаржені в апеляційному порядку ухвали слідчого судді про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. Використовуючи на практиці вищевказану процесуальну норму вітчизняного законодавства, на нашу думку, вкрай важливо застосовувати практику ЄСПЛ. Чинний КПК України містить низку прогалин, які стосуються підстав та порядку обрання запобіжного заходу під час досудового розслідування кримінального провадження. Це, зокрема, призводить до певних складнощів для сторони захисту в нормативно-правовому обґрунтуванні апеляційної скарги на ухвалу слідчого судді про застосування стосовно підозрюваного запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. Вважаємо, що саме в рішеннях ЄСПЛ викладені ґрунтовні процесуальні роз'яснення й основоположні правові висновки щодо забезпечення прав і свобод підозрюваного під час обрання щодо нього міри запобіжного заходу.

Відповідно до ч. 1 ст. 194 КПК України під час розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу слідчий суддя, суд зобов'язаний встановити, чи доводять надані сторонами кримінального провадження докази обставини, які свідчать про:

- 1) наявність обґрунтованої підозри у вчиненні підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення;
- 2) наявність достатніх підстав вважати, що існує хоча б один із ризиків, передбачених ст. 177 цього Кодексу і на які вказує слідчий, прокурор;
- 3) недостатність застосування більш м'яких запобіжних заходів для запобігання ризику або ризикам, зазначеним у клопотанні.

Згідно із ч. 2 ст. 194 КПК України слідчий суддя, суд зобов'язаний постановити ухвалу про відмову в застосуванні запобіжного заходу, якщо під час розгляду клопотання прокурор не доведе наявність усіх обставин, передбачених ч. 1 цієї статті. У ст. 177 КПК України закріплено, що метою застосування запобіжного заходу є забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього процесуальних обов'язків, а також запобігання спробам:

- 1) переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду;
- 2) знищити, сховати або спотворити будь-яку з речей чи документів, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення;
- 3) незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого, експерта, спеціаліста у цьому кримінальному провадженні;
- 4) перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином;
- 5) вчинити інше кримінальне правопорушення чи продовжити кримінальне правопорушення, у якому підозрюється, обвинувачується.

Підставою застосування запобіжного заходу є наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення, а також наявність ризиків, які дають достатні підстави слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний, обвинувачений, засуджений може здійснити дії, передбачені ч. 1 цієї статті. Слідчий, прокурор не мають права ініціювати засто-

сування запобіжного заходу без наявності для цього підстав, передбачених цим Кодексом.

Згідно з п. 2 ч. 3 ст. 407 КПК України за наслідками апеляційного розгляду за скаргою на ухвали слідчого судді суд апеляційної інстанції має право скасувати ухвалу і постановити нову ухвалу. Таким чином, незастосування чи неправильне застосування слідчим суддею вищевказаних норм КПК України є підставою для скасування судом апеляційної інстанції відповідної ухвали слідчого судді про застосування запобіжного заходу на основі доводів, викладених в апеляційній скарзі підозрюваного чи його захисника.

Проаналізувавши рішення ЄСПЛ, ми дійшли висновку, що наявність сумнівів і недоведеності щодо тієї чи іншої обставини, на яку вказує сторона обвинувачення як на підставу обрання міри запобіжного заходу, є безперечною причиною для відхилення слідчим суддею відповідного клопотання сторони обвинувачення.

Так, у справі «*Олександр Макаров проти Росії*» (15217/07 від 12 березня 2009 р.) [4] ЄСПЛ зазначив, що саме по собі непостійне місце проживання не створює небезпеки переховування від правосуддя. Пославшись на те, що повноважні органи не вказували на якісь інші обставини, які дозволяли б припустити, що в разі звільнення заявник переховуватиметься, ЄСПЛ дійшов висновку про невстановлення наявності такої небезпеки.

У справі «*Мамедова проти Росії*» (7064/05 від 1 червня 2006 р.) [5] ЄСПЛ зробив такий висновок: «Єдиною іншою підставою для подальшого тримання заявниці під вартою, яку вказували національні суди, було те, що вона може знищити докази, перешкоджати правосуддю або вчинити новий злочин. Суд припускає, що на початкових стадіях розслідування ризик втручання заявниці у здійснення правосуддя міг виправдовувати її тримання під вартою. Однак після того, як докази були зібрані, ця підстава своє значення втратила».

У справі «*Каучор проти Польщі*» (45219/06 від 3 лютого 2009 р.) [6] ЄСПЛ ще раз підкреслив значення принципу презумпції невинуватості, зазначивши, що невизнання особою своєї вини не може бути доказом того, що підозрюваний буде перешкоджати провадженню у справі та фальсифікуватиме докази. ЄСПЛ також зробив висновок, що хоч суворість можливого покарання є значущим елементом під час оцінювання ризику переховування від правосуддя чи скоєння нових злочинів, тяжкість обвинувачення сама по собі не може бути виправданням тривалих строків попереднього ув'язнення.

У справі «*Мамедова проти Росії*» (7064/05 від 1 червня 2006 р.) [5] ЄСПЛ зазначив, що поведінка співобвинуваченого не може бути вирішальним фактором для оцінки ризику переховування від правосуддя арештованої. Така оцінка має базуватись на особистих обставинах ув'язненої особи.

У справі «*В. проти Швейцарії*» (14379/88 від 26 січня 1993 р.) [7] ЄСПЛ зробив висновок, що небезпеку переховування від правосуддя не можна виміряти тільки залежно від суворості можливого покарання; її треба визначати з урахуванням низки інших релевантних факторів, які можуть або підтвердити наявність небезпеки переховування від правосуддя, або зробити її настільки незначною, що вона не може слугувати виправданням для тримання під вартою. При цьому треба враховувати характер обвинуваченого, його моральні якості, кошти, зв'язки з державою, у якій його переслідували за законом, і його міжнародні контакти.

Важливим, на нашу думку, для сторони захисту є висновок ЄСПЛ, викладений у рішенні у справі «*Мюллер проти Фран-*

ції» (24953/94 від 11 січня 2001 р.) [8], згідно з яким посилення на минуле особи не може бути достатнім для обґрунтування відмови у звільненні.

У разі посилення стороною захисту в апеляційній скаргі на ухвалу слідчого судді про можливість застосування до підозрюваного більш м'якого запобіжного заходу, на нашу думку, доцільно використовувати такі висновки ЄСПЛ:

1. *«Летельє проти Франції»* (12369/86 від 26 червня 1991 р.) [9]: «Коли єдиною підставою продовження строку тримання під вартою є побоювання, що обвинувачений зникне і таким чином уникатиме потім явки на судовий процес, його належить звільнити, якщо він у змозі забезпечити достатні гарантії такої явки, наприклад, через внесення застави».

2. У рішенні *«Бонніо проти Швейцарії»* (8224/78 від 5 грудня 1979 р.) [10] ЄСПЛ зробив висновок, що встановлювати суму застави належить з урахуванням насамперед майна підозрюваного. Разом із тим ЄСПЛ зазначив, що обвинувачений повинен сумлінно надати достатню інформацію, яку в разі потреби можна буде перевірити, про розмір свого майна, аби органи влади могли оцінити, якого розміру заставу встановлювати.

3. У справі *«Хайредінов проти України»* (38717/04 від 14 жовтня 2010 р.) [11] ЄСПЛ зазначив, що тримання особи під вартою буде свавільним, оскільки національні суди не обґрунтували необхідність такого тримання і не було розглянуто можливості застосування більш м'якого запобіжного заходу.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) в інформаційному листі від 4 квітня 2013 р. № 511-550/04-13 «Про деякі питання порядку застосування запобіжних заходів під час досудового розслідування та судового провадження відповідно до Кримінального процесуального кодексу України» [12] також указав судам першої та апеляційної інстанцій на обов'язковість застосування висновків, викладених у рішеннях ЄСПЛ, зокрема на рішення ЄСПЛ від 10 лютого 2011 р. у справі *«Харченко проти України»*, у якому зазначено, що «на етапі розгляду питання щодо взяття заявника під варту аргументами на користь такого рішення стали серйозність звинувачень, пред'явлених заявникові, та ризик його втечі. Після цього прокурори і суди не навели жодних підстав для продовження тримання заявника під вартою, лише зазначили, що запобіжний захід було обрано правильно. Проте згідно з п. 3 ст. 5 Конвенції із прав людини із закінченням певного часу тільки наявність обґрунтованої підозри перестає бути підставою для позбавлення свободи, і судові органи мають навести інші аргументи для продовження тримання під вартою. До того ж такі підстави мають бути чітко вказані національними судами (див. справу *«Словєс проти України»*, п. 60). Інших підстав національні суди у цій справі не наводять. Крім того, національні владні органи не розглядали можливості застосування інших запобіжних заходів, альтернативних триманню під вартою».

Варто підкреслити, що європейський шлях розвитку України неможливий без належного врегулювання вітчизняним законодавством питань захисту основних прав і свобод особи, зокрема під час досудового розслідування кримінального провадження. Безумовно, значним кроком у цьому напрямі стало визнання практики ЄСПЛ джерелом права в Україні. Українським важливим, на наш погляд, є те, що винесення судових рішень щодо обрання запобіжного заходу, які суперечать висновкам, викладеним у рішеннях ЄСПЛ, є не лише підставою для скасування таких рішень судом вищої інстанції, а й однією з підстав для притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності.

Так, відповідно до висновку від 9 червня 2015 р. № 51/02-15 Тимчасової спеціальної комісії Вищої Ради юстиції з перевірки суддів судів загальної юрисдикції [13] прийнято рішення про притягнення до дисциплінарної відповідальності судді районного суду із приводу незаконного обрання щодо особи міри запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, зокрема через невідповідність прийнятого судового рішення практиці ЄСПЛ.

Проаналізувавши судові рішення, винесені у період дії чинного КПК України щодо вирішення питання про застосування до підозрюваного запобіжного заходу, ми дійшли висновку, що прослідковується позитивна тенденція частішого застосування як судами першої, так і судами апеляційної інстанції практики ЄСПЛ. Наприклад, в ухвалі від 29 грудня 2012 р. у справі № 1224/197/12 Рубіжанського міського суду [14] слідчий суддя, відмовляючи в задоволенні клопотання слідчого про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою до підозрюваного, послався на рішення ЄСПЛ у справі *«Словєс проти України»* від 6 листопада 2008 р., у якому зазначено, що підозрюваний повинен бути звільнений з-під варту, якщо державні органи не можуть надати достатньо підстав, які виправдовують його тримання під вартою. Влада зобов'язана надати переконливі підстави для будь-якого строку тримання під вартою.

Ухвалою Апеляційного суду м. Києва від 8 червня 2015 р. у справі № 757/16862/15-к [15] скасовано ухвалу слідчого судді про продовження строку тримання підозрюваного під вартою. При цьому суд апеляційної інстанції у винесеній ухвалі зазначив, що «відповідно до практики ЄСПЛ, зокрема рішення *«Клішин проти України»*, наявність кожного ризику повинна мати не абстрактний, а конкретний характер та доводитися відповідними доказами. Обґрунтування неможливості запобігти ризикам шляхом застосування більш м'яких запобіжних заходів також повинна бути зумовлена достатніми даними. Достатні дані при цьому повинні бути не уявними або ж припустимими, а конкретними, визначеними, необхідними, підтвердженими відповідними доказами. Проте вказані вимоги закону також залишилися поза увагою слідчого та слідчого судді. Крім того, слід зазначити, що у разі, якщо стосовно особи ставиться питання про застосування винятково суворого запобіжного заходу, то слідчий суддя повинен приділити особливу увагу оцінці вагомості доказів вчинення нею злочину. Докази, які не мають ознак вагомості, не можуть собою обґрунтовувати підозру, яка була би достатньою для застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, а є лише підставою для подальшого проведення досудового розслідування у кримінальному провадженні. <...> У своєму рішенні *«Москаленко проти України»* ЄСПЛ указав, що ризик того, що заявник примушуватиме свідків і потерпілого давати неправдиві показання, має вимірюватися наявністю достатніх підтверджувальних даних. Разом із тим висновки слідчого та слідчого судді про те, що підозрюваний незаконно впливав на потерпілого, як було уже зазначено вище, не підтверджуються будь-якими об'єктивними даними, крім пояснень самого потерпілого, а також відомості про це не внесені до Єдиного реєстру досудових розслідувань. А самі собою пояснення потерпілого без переконливих даних є недостатніми для того, щоб вважати вказаний ризик доведеним настільки переконливо, щоб утримувати особу під вартою».

Висновки. Таким чином, ми зробили висновки, що недосконалість чинного вітчизняного кримінального процесуального законодавства щодо питання врегулювання порядку застосування до підозрюваного запобіжного заходу, норм КПК

України та положень Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду із прав людини» [16], якими практика ЄСПЛ визнається джерелом права України, зобов'язує сторону захисту більш активно використовувати правові висновки, викладені в рішеннях ЄСПЛ, зокрема під час апеляційного оскарження ухвали слідчого судді про застосування до підозрюваного запобіжного заходу.

Проаналізувавши судову практику вітчизняних судів за останній період, ми дійшли висновку, що прослідковується позитивна тенденція частішого застосування як судами першої, так і судами апеляційної інстанції практики ЄСПЛ під час вирішення питання щодо обрання міри запобіжного заходу. Проте, на нашу думку, значною перешкодою в цьому є відсутність в Україні належного наукового впорядкування рішень ЄСПЛ за критерієм викладених у них правових висновків. У зв'язку із цим доцільно провести відповідне узагальнення практики ЄСПЛ на державному рівні.

Література:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.
2. Науково-практичний коментар до Кримінального процесуального кодексу України 2012 р. / за заг. ред. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила. – К., 2012. – 1224 с.
3. МакБрайд Дж.. Європейська конвенція із прав людини та кримінальний процес / Дж. МакБрайд. – К. : К.І.С., 2013. – 576 с.
4. Олександр Макаров проти Росії : Рішення Європейського суду із прав людини від 12 березня 2009 р. (заява 15217/07) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=148607>.
5. Мамедова проти Росії : Рішення Європейського суду із прав людини від 1 червня 2006 р. (заява 7064\05) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.inform-ust.ru/law/sp14.htm>.
6. Каучор проти Польщі : Рішення Європейського суду із прав людини від 3 лютого 2009 р. (заява 45219\06) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=106442>.
7. В. проти Швейцарії : Рішення Європейського суду із прав людини від 26 січня 1993 р. (заява 14379\88) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=106442>.
8. Мюллер проти Франції : Рішення Європейського суду із прав людини від 11 січня 2001 р. (заява 24953\94) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=106442>.
9. Летельє проти Франції : Рішення Європейського суду із прав людини від 26 червня 1991 р. (заява 12369\86) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980_159.
10. Бонншо проти Швейцарії : Рішення Європейського суду із прав людини від 5 грудня 1979 р. (заява 8224\78) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=106442>.
11. Хайредінов проти України : Рішення Європейського суду із прав людини від 14 жовтня 2010 р. (заява 38717\04) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://old.minjust.gov.ua/19615/>.
12. Про деякі питання порядку застосування запобіжних заходів під час досудового розслідування та судового провадження відповідно до Кримінального процесуального кодексу України : Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 4 квітня 2013 р. № 511-550/04-13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0511740-13>.
13. Висновок від 9 червня 2015 р. № 51/02-15 Тимчасової спеціальної комісії Вищої Ради юстиції з перевірки суддів загальної юрисдикції [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.vru.gov.ua/.../51_tsk_09.06_2015_doc.
14. Ухвала слідчого судді Рубіжанського міського суду від 29 грудня 2012 у справі № 1224/197/12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/>.
15. Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 8 червня 2015 р. у справі № 757\16862\15-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/>.
16. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду із прав людини : Закон України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>.

Ольховская М. Н. Применение стороной защиты правовых выводов Европейского суда по правам человека при апелляционном обжаловании определения следственного судьи об избрании меры пресечения

Аннотация. Статья посвящена исследованию проблемы практического применения стороной защиты во время досудебного расследования практики Европейского суда по правам человека как источника уголовного процессуального права Украины.

Ключевые слова: ЕСПЧ, Конвенция по правам человека, жалоба, содержание под стражей, следственный судья.

Olkhovska M. The application by the party of protection of the legal conclusions of the European Court of Human Rights while appealing against the definition of an inquest judge on the choice of a preventive measure

Summary. The article is devoted to the investigation of the problem of practical application by the defense side during the pre – trial inquiry of the ECHR's practice as a source of criminal procedural law of Ukraine.

Key words: ECHR, Convention on Human Rights, appeal, detention, judge inquest.