

## Судова практика і проблеми вдосконалення законодавства



### Міжнародні стандарти захисту прав людини як складова утворення незалежної судової влади в Україні \*

**Б.М. Пошва,**  
суддя Верховного Суду  
України,  
заслужений юрист України

#### Summary

*In this article the author studies complicated issues of using international human rights standards and ways to improve appropriate for Ukraine mechanisms of enhancement of the rights of individuals in criminal proceedings, whereas establishment of independent judicial power should be the necessary prerequisite in this, which is in line with the constitutional principle of separation of powers*

Історія України, як і будь-якої держави, завжди була, є і буде історією боротьби за права людини. Світлі сторінки цієї історії неодноразово змінювалися темними. Проте вже у 16—17 століттях на території сучасної України були приклади захисту прав і свобод людини, які сьогодні прийнято називати «євростандартами». Сучасників вражало, за свідченням видатного історика Д. Яворницького, зваженість, об'єктивність судочинства запорозьких козаків.

«Не можна сказати... щоб запорозькі судді, які керувалися у своїй практиці виключно звичаєм, дозволяли собі сваволю і допускали зволікання у справах: і невелика чисельність запорозького товариства, і суто народний устрій його, і повна доступність будь-якого члена козацької громади до найвищих начальників робили суд на Запорозжжі простим, скорим і правим у повному і точному сенсі цих слів; покривджений і кривдник словесно викладали перед суддями суть своєї справи... вислуховували рішення і негайно клали край своїм суперечкам і непорозумінням, причому перед суддями були однаково рівні — і простий козак, і знатний товариш»<sup>1</sup>.

На противагу природному праву людини, яке становить суть євростандартів і тоді вважалося основою справедливого суду на Запорозжжі, у Полтаві, як розповідається в історичному романі Ліни Костенко «Маруся Чурай», діяли позитивні закони:

...і так вже іспокон:  
статут Литовський, Магдебурзьке право,  
панове судді, — це для нас закон!<sup>2</sup>.

На відміну від змагальної судової процедури у запорозьців, до заарештованої та обвинуваченої у вбивстві Марусі Чурай, коли вона, скориставшись своїм правом на справедливий суд (для сучасників — статті 62, 63 Конституції України і ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.; далі — Конвенція 1950 р.), відмовлялася давати свідчення перед судом і мовчала, позитивний закон (статут Литовський) дозволяв суду м. Полтави для здобуття доказів застосувати до обвинуваченої тортури.

\* Автор планує продовження цієї теми в одному з наступних номерів журналу.

<sup>1</sup> Яворницький Д. І. Історія запорозьких козаків. У 3 т. — К., 1990. — Т. 1. — С. 189 (Тут і далі — переклад автора).

<sup>2</sup> Костенко Л. Маруся Чурай: Історичний роман у віршах. — К., 1982. — С. 20.

У романі процес судового розгляду передано так:

Дійшли до чого, сваримось навзаєм!  
Ніяк не можемо рішення прийняти.  
То треба знати, чого ще не знаємо.  
То знаємо те, чого не треба знати...  
То що ж ми будемо думати-гадати,  
як і про це закон є акурат.  
Оскаржену на квестію віддати,  
і хай із нею поговорить кат...<sup>3</sup>

І ці рядки, і весь роман «Маруся Чурай» — світло й тінь справедливого суду не тільки в минулій історії, оскільки в ньому порушуються питання, актуальні й для нинішніх суддів, які розглядають справи кримінальної юрисдикції: чи мав місце злочин; якщо так, то який; чи доведена вина підсудної, коли «пів-Полтави свідків за дверми», та ін.

**Після розпаду СРСР народ України, який згідно зі ст. 5 Основного Закону України є єдиним джерелом влади в Україні, проголосив на найвищому політичному рівні про свій європейський вибір і, відкривши нову сторінку у своїй історії, докладає зусилля для досягнення цієї мети і побудови демократичної, правової держави**

У пізнішій історії України були інші акти права (у т.ч. Конституція Пилипа Орлика 1710 р.), які підтримували втрачені демократичні правові цінності, що діяли на Запорозькій Січі.

Після розпаду СРСР народ України, який згідно зі ст. 5 Основного Закону України є єдиним джерелом влади в Україні<sup>4</sup>, проголосив на найвищому політичному рівні про свій європейський вибір і, відкривши нову сторінку у своїй історії, докладає зусилля для досягнення цієї мети і побудови демократичної, правової держави.

У цій статті маємо за мету дослідити питання щодо вдосконалення державного механізму дотримання в кримінальному судочинстві України прав особи, визначених у Конвенції 1950 р. та Конституції, з огляду на необхідність утворення незалежної судової влади в Україні, з урахуванням досвіду як держав — учасниць зазначеної Конвенції, так і США.

Важливими кроками на цьому шляху є прийняття Верховною Радою України 28 червня 1996 р. Конституції України, Закону від 17 липня 1997 р. № 475/97-ВР «Про ратифікацію Конвенції

про захист прав і основних свобод людини 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» (далі — Закон № 475/97-ВР), у п. 1 якого зазначено, що Україна повністю визнає на своїй території дію ст. 46 Конвенції щодо визнання обов'язковою і без укладення спеціальної угоди юрисдикцію Європейського суду з прав людини (далі — Європейський суд) в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції.

Підтвердженням європейського вибору України є положення ч. 4 ст. 55 Конституції про те, що кожен має право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна; ст. 26 Віденської

конвенції про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р. (ратифікована Україною 14 травня 1986 р. у складі СРСР), у якій зазначено: «Кожен чинний договір є обов'язковим для його учасників і повинен добросовісно виконуватись»; ст. 27 цієї ж Конвенції: «Учасник не може посилатись на положення свого внутрішнього права як на виправдання для невиконання ним договору»; ст. 19 Закону від 29 червня 2004 р. № 1906-IV «Про міжнародні договори України», в якій зазначено, що чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства; якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору, а також ч. 1 ст. 46 Конвенції 1950 р. про обов'язковість остаточних рішень Європейського суду в будь-яких справах, у яких вони є сторонами.

Оскільки зі змісту ст. 1 Конвенції 1950 р. вбачається, що Високі Договірні Сторони гарантують кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією, права і свободи, визначені в розд. 1 цієї Конвенції, «держави, які ратифікували Конвенцію, автоматично беруть на себе двоє як зобов'язання. По-перше, вони повинні забезпечити, щоб їх національне законодавство відповідало Конвенції. У деяких випадках для виконання взятих на себе зобов'язань їм доводиться вносити зміни у своє законодавство і

<sup>3</sup> Костенко Л. Знач. праця. — С. 21.

<sup>4</sup> Див. також: Рішення Конституційного Суду України від 5 жовтня 2005 р. № 6-рп/2005 у справі за конституційним поданням 60 народних депутатів України про офіційне тлумачення положень частини першої статті 103 Конституції України в контексті положень її статей 5, 156 та за конституційним зверненням громадян Галайчука Вадима Сергійовича, Подгорної Вікторії Валентинівни, Кислої Тетяни Володимирівни про офіційне тлумачення положень частин другої, третьої, четвертої статті 5 Конституції України (справа про здійснення влади народом).

практику. По-друге, держави, які приєднуються до Конвенції, повинні ліквідувати будь-які наявні у них порушення основоположних прав і свобод, які захищаються Конвенцією»<sup>5</sup>.

Виходячи із практики Європейського суду<sup>6</sup>, його екс-суддя від України, відомий науковець В. Буткевич стверджує, що «держава відповідає перед конвенційними органами за факти і події, які відбулися на її території лише після вступу в силу ратифікованої нею Конвенції»<sup>7</sup>.

**Законами від 21 червня 2001 р. № 2533-III та від 12 липня 2001 р. № 2670-III «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України» запроваджено судовий контроль за арештом, триманням під вартою і затримання осіб, підозрюваних у вчиненні злочину, а також порядок проведення огляду та обшуку житла або іншого володіння особи, тобто обмеження тих прав і свобод, які передбачено статтями 5 і 8 Конвенції 1950 р.**

Із 11 вересня 1997 р., тобто з часу приєднання України до Конвенції 1950 р. і до закінчення дії розд. XV Конституції «Перехідні положення» (28 червня 2001 р.), український законодавець не вносив змін до чинного Кримінального і Кримінально-процесуального кодексів для приведення їх у відповідність з вимогами Конвенції 1950 р. і практикою Європейського суду.

Такі зміни було внесено законами від 21 червня 2001 р. № 2533-III та від 12 липня 2001 р. № 2670-III «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України» (далі — Закон № 2533-III та Закон № 2670-III). Зокрема, запроваджено судовий контроль за арештом, триманням під вартою і затримання осіб, підозрюваних у вчиненні злочину, а також порядок проведення огляду та обшуку житла або іншого володіння особи, тобто обмеження тих прав і свобод, які передбачено статтями 5 і 8 Конвенції 1950 р., і то далеко не в тому обсязі, який забезпечується практикою Європейського суду.

Оскільки постійно зростала кількість звернень громадян України до Європейського суду (у 2002 р. було винесено 1 рішення проти України, у 2003 — 6, у 2004 — 13, у 2005 — 120, у 2006 р. — 114) і сума стягнутої у 2006 р. з України компенсації становила 3 млн. грн<sup>8</sup>, виникла потреба внести істотні зміни для підвищення рівня захисту прав і свобод людини.

На підтвердження обов'язку держави виконати рішення Європейського суду у справах проти України та усунути причини порушення Конвенції 1950 р. і протоколів до неї, а також створити передумови для зменшення кількості заяв до Європейського суду проти України Верховна Рада прийняла Закон від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» (далі — Закон № 3477-IV).

У п. 1 ст. 2 цього Закону підтверджено обов'язковість виконання Україною рішення Європейського суду відповідно до ст. 46 Конвенції. Серед заходів загального характеру було передбачено зміну практики застосування законодавства українськими судами і рішення Європейського суду визнано джерелами права, якими суди в Україні керуються при вирішенні справ.

Згідно зі ст. 19 Закону № 3477-IV орган представництва України в Європейському суді здійснює перевірку всіх проектів нормативно-правових актів на предмет узгодженості з Конвенцією 1950 р., а невідповідність їх положень є підставою для відмови в його державній реєстрації. Тому за висновком українського науковця Л. Лобойка, «...всі закони в Україні є (точніше, повинні бути) джерелом євростандартів захисту прав людини у кримінальному судочинстві»<sup>9</sup>.

Вперше в історії незалежної України у процесі судової реформи судовим рішенням Верховного Суду України відповідно до Закону від 7 липня 2010 р. № 2453-VI «Про судоустрій і статус суддів» (далі — Закон № 2453-VI) було надано статус обов'язковості. До цього такий статус мали тільки рішення Конституційного Суду України (згідно з ч. 2 ст. 150 Конституції)<sup>10</sup> та рішення Європейського суду (відповідно до Законів № 475/97-ВР і № 3477-IV).

У зв'язку з цим було внесено зміни до кодексів України. Зокрема, у ст. 400<sup>25</sup> Кримінально-процесуального кодексу України (далі — КПК) зазначено: рішення Верховного Суду України, прийняте за наслідками розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих

<sup>5</sup> Донна Гомьен, Девід Харрис, Лео Зваак. Європейская Конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика. — М., 1998. — С. 32.

<sup>6</sup> Див.: Рішення Європейського суду у справі «Невмержицький проти України» (Nevmerzhiysky v. Ukraine) від 25 листопада 2003 р. (заява № 546250).

<sup>7</sup> Буткевич В. Особливості з'ясування правового змісту ст. 3 ЄКПЛ та застосування основних стандартів// Європейський суд з прав людини. Судова практика. — К., 2011. — С. 837.

<sup>8</sup> Див.: <http://www.minjust.gov.ua/0/news/10557>

<sup>9</sup> Лобойко Л. М. Європейські стандарти дотримання прав людини у галузі кримінального судочинства: поняття, система і цінність для реформування кримінального процесу України / Матеріали «круглого столу» «Актуальні проблеми реформування кримінально-процесуального законодавства». — Дніпропетровськ, 2007. — С. 7.

<sup>10</sup> У Рішенні Конституційного Суду України від 14 грудня 2000 р. № 15-рп/2000 (справа про порядок виконання рішень Конституційного Суду України) зазначено: «Відповідно до Конституції України рішення Конституційного Суду України є обов'язковими до виконання на території України, остаточними і не можуть бути оскаржені (частина друга статті 150)» (п. 2).

самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, є обов'язковим для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності зазначену норму закону, та для всіх судів України. Невиконання судових рішень тягне за собою відповідальність, встановлену законом.

**З метою забезпечення єдності національної судової практики, що формується як Європейським судом, так і Верховним Судом України, на нашу думку, доцільно у ст. 412 КПК 2012 р. доповнити перелік істотних порушень вимог кримінального процесуального закону положенням, за яким судові рішення у будь-якому разі підлягає скасуванню, «якщо судами при постановленні рішення не враховано вимоги цього Кодексу щодо обов'язковості судових рішень Верховного Суду України»**

Аналогічний статус мають рішення Верховного Суду України в інших юрисдикціях (ст. 111<sup>28</sup> Господарського процесуального кодексу України, ст. 360<sup>7</sup> Цивільного процесуального кодексу України, ст. 244<sup>2</sup> Кодексу адміністративного судочинства України).

На підтвердження відповідальності за невиконання судового рішення у ст. 382 Кримінального кодексу України (далі — КК) законодавець передбачив відповідальність за умисне невиконання вироку, рішення, ухвали, постанови суду, що набрали законної сили, або за перешкоджання їх виконанню, в т.ч. вчинення таких дій службовою особою, яка займає відповідальне чи особливо відповідальне становище, та посилив кримінальну відповідальність за умисне невиконання службовою особою рішення Європейського суду.

У науково-практичних коментарях до КК записано, що невиконання службовою особою рішення Європейського суду містить склад злочину за умови, що таке рішення є остаточним<sup>11</sup>.

З огляду на зміст ст. 2 Закону № 3477-IV така відповідальність може наставати за невиконання рішення Європейського суду у справах проти України, оскільки саме ці рішення є обов'язковими до виконання, і цим же Законом передбачено зміну практики правозастосування судами України.

Крім того, більш як через 10 років із часу ратифікації Конвенції 1950 р. Верховному Суду України згідно із п. 2 ч. 2 ст. 38 Закону № 2453-VI і п. 2. ч. 1 ст. 400<sup>12</sup> КПК надано повноваження переглядати судові рішення з підстав встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція

якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом.

Станом на 1 вересня 2012 р. за такою процедурою Верховний Суд України як найвищий судовий орган у системі судів загальної юрисдикції не лише скасував судові рішення після встановлення Європейським судом порушень статей 3, 5, 6, 13 Конвенції 1950 р. у 18 справах, а й дав для судів держави оцінку порушень природних прав людини (конвенційних і конституційних норм) як істотних порушень вимог кримінально-процесуального закону, які законодавець у ч. 1 ст. 370 КПК визначив як такі, що перешкодили (а тепер — що можуть перешкодити) національному суду «повно та всебічно розглянути справу і постановити законний, обґрунтований і справедливий вирок чи постанову» (ч. 1 ст. 412 Кримінального процесуального кодексу 2012 р., який набуде чинності з 19 листопада 2012 р.; далі — КПК 2012 р.).

З метою забезпечення єдності національної судової практики, що формується як Європейським судом, так і Верховним Судом України, на нашу думку, доцільно у ст. 412 КПК 2012 р. доповнити перелік істотних порушень вимог кримінального процесуального закону положенням, за яким судові рішення у будь-якому разі підлягає скасуванню, «якщо судами при постановленні рішення не враховано вимоги цього Кодексу щодо обов'язковості судових рішень Верховного Суду України», адже врахування висновків Верховного Суду України, які викладені в його ухвалах відповідно до вимог статей 455 і 456 цього Кодексу, є обов'язковим для суду при ухваленні вироку за ч. 6 ст. 368 КПК 2012 р.

У вітчизняному судочинстві, на думку відомого науковця, судді Європейського суду *ad hoc* С. Шевчука, існує «подвійний» захист прав людини та основоположних свобод, перелік яких збігається на конституційному та конвенційному рівнях<sup>12</sup> і який, на жаль, ще не завжди підтверджується національною судовою практикою.

Суддя Конституційного Суду України В. Кампо (і не тільки він) переконаний, що «за багатьма оцінками судова влада в Україні відстає від потреб розвитку сучасного українського суспільства, а тому вона об'єктивно неспроможна забезпечити належний захист прав,

<sup>11</sup> Див.: Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: у 2 т. / за заг. редакцією П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. — К., 2009. — Т. 1. — С. 465; Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / за редакцією М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. — К., 2012. — С. 1116—1117.

<sup>12</sup> Див.: Шевчук С. Європейський суд з прав людини та українська судова система: необхідність узгодження судової практики. Науково-практичні матеріали апеляційного суду Запорізької області 2011 р. — С. 5.



свобод та законних інтересів громадян, відповідно до засад правової держави та верховенства права»<sup>13</sup>.

Підтвердженням цього є зростання кількості звернень проти України до Європейського суду і непоодинокі факти судових помилок, які вдалося виправити у національній правовій системі за нововиявленими обставинами. Зокрема, за даними Європейського суду, на судовий розгляд комітету чи палати за 2011 р. було передано 64 тис. 500 заяв (у 2010 р. — 61 тис. 300), розглянуто — 52 тис. 188 (у 2010 р. — 41 тис. 182), триває розгляд — 151 тис. 600 (у 2010 р. — 139 тис. 650)<sup>14</sup>.

Також у 2010 та 2011 рр. на виконання рішень Європейського суду з державного бюджету було сплачено 29 млн 174 тис. 853 грн 54 коп. та 25 млн 21 тис. 734 грн 79 коп. відповідно<sup>15</sup>.

Отже, виникає запитання: чому протягом 15 років після внесення таких законодавчих змін щодо євроінтеграційних прагнень держави у вітчизняному судочинстві не досягнуто сучасних мінімальних стандартів захисту прав людини, які визначені практикою Європейського суду, відповідно до принципу верховенства права? Насамперед, за оцінкою відомих вітчизняних науковців (В. Тація, В. Буткевича, С. Шевчука, Н. Онищенко, А. Селіванова, П. Рабіновича, О. Петришина, С. Погребняка, Д. Кухнюка, Б. Малишева, Л. Луць, В. Кампо, В. Навроцького, М. Буроменського<sup>16</sup>, А. Осетинського, М. Сірого та ін.)<sup>17</sup> і практиків, яку поділяє і автор, у підходах як до розуміння природи фундаментальних

або основоположних прав і свобод людини (які є «непорушними» і «невідчужуваними», оскільки вони не надаються державою, а тому не можуть бути нею заборані та скасовані), так і способів їх обмеження.

На переконання С. Шевчука, «українські правники-позитивісти не визнають *de facto* прямої дії норм про права людини та основні свободи у так званих важких справах, коли ці норми не можуть застосовуватися судами безпосередньо, а потребують конкретизації шляхом прийняття законів, які визначають зміст цих прав та встановлюють обмеження на їх реалізацію»<sup>18</sup>.

**Природні права людини (крім тих, що мають форму декларацій), закріплені в Конституції України (як і в конституціях інших країн), одночасно є нормами як матеріального, так і процесуального права, а також нормами прямої дії і згідно з ч. 2 ст. 21 Конституції України є «невідчужуваними та непорушними»**

Наслідком такого підходу до розуміння природно-правового походження прав людини та їх змісту є їх вилученість із судового процесу як таких, що не мають самостійного юридичного значення, без «конкретизуючого закону» і це тоді, коли в ч. 3 ст. 8 Конституції передбачено, що «норми Конституції є нормами прямої дії. Звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується».

Водночас норми Конституції будь-якої демократичної країни (як і чинної Конституції України) про права і свободи людини завжди мають форму декларації або матеріального права, і останні також є нормами прямої дії. Процедура звернення до суду на підставі цих норм успішно реалізується в США, країнах Європи, а реалізувати зазначене право у такий спосіб в інших видах державної влади практично неможливо.

Зазначаючи про процесуальний характер цих прав у кримінально-правовій процедурі, науковці, які стоять на позиції природного походження прав людини<sup>19</sup>, розглядають їх і як «матеріальні права конституційного рівня»<sup>20</sup>. Так, С. Шевчук на підтвердження такого підходу наводить визначення, сформульоване Конституційним судом Словенії, згідно з яким «предметом кримінального процесу є матеріальні конституційні права особи»<sup>21</sup>. Такої думки дотримуються також в інших демократичних країнах.

<sup>13</sup> Кампо В. Правові підвалини Конституційного Суду України як необхідний елемент забезпечення судово-правової реформи. Вісник Конституційного Суду України. — 2010. — № 2. — С. 112.

<sup>14</sup> Див.: [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/11ce0bb3-9386-48dc-b012-ab2c046fec7c/0/stats\\_en\\_2011.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/11ce0bb3-9386-48dc-b012-ab2c046fec7c/0/stats_en_2011.pdf)

<sup>15</sup> Див.: <http://www.minjust.gov.ua/0/9329>

<sup>16</sup> Див.: Тація В. Імплементація Європейських стандартів у галузі прав людини — важливий напрям правової політики України // Право України. — 2010. — № 10; Пилипчук П. П. Верховний Суд України і забезпечення однакового застосування судами законодавства // Вісник Верховного Суду України. — 2004. — № 11; Буткевич В. Знач. праця / Верховенство права як принцип правової системи / Відпов. редактор Н.М. Онищенко. — К., 2008; Шевчук С. Судова правотворчість. Світовий досвід і перспективи в Україні. — К., 2007; Буроменський М. Європейський кодекс свободи та демократії. — К., 2010; Луць Л. А. Перспективи становлення судового прецеденту як джерела права України // Вісник Центру суддівських студій. — 2006. — № 6; Селіванов А. О. Право тлумачити закони та юридичні наслідки застосування офіційної інтерпретації // Вісник Верховного Суду України. — 2006. — № 7; Городовенко В. В. Проблеми становлення незалежної судової влади в Україні. — К., 2007; Навроцький В. О. Значення судової практики і прецеденту для кримінально-правової кваліфікації // Вісник Верховного Суду України. — 2000. — № 6; Кухнюк Д. В. Судовий прецедент у кримінальному процесі: проблеми впровадження // Вісник Верховного Суду України. — 2008. — № 4; Малишев Б. В., Москалюк О. В. Застосування норм права. теорія і практика. — К., 2010; Пошва Б. Судовий прецедент: проблеми запровадження в Україні // Вісник Верховного Суду України. — 2008. — № 9; Погорілко В. Ф., Головченко В. В., Сірий М. І. Проблеми обмеження прав людини. Права та свободи людини і громадянина в Україні. — К., 1997; Осетинський А. Й. Реформування системи судів господарської юрисдикції в аспекті конституційного статусу касаційної інстанції. Право України. — 2005. — № 6; Пошва Б. М. Право на свободу та особисту недоторканність: прецедентна практика Європейського суду з прав людини і питання вдосконалення кримінального судочинства в Україні // Вісник Верховного Суду України. — 2011. — № 3.

<sup>17</sup> Див.: Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення / Колективна монографія А.М. Бернюков, В.С. Бігун, Ю.П. Лобода, Б.В. Малишев, С.П. Погребняк, С.П. Рабінович, В.С. Смородинський, О.В. Стобба. — К., 2009.

<sup>18</sup> Шевчук С. Знач. праця. — С. 40.

<sup>19</sup> Шевчук С. Порівняльне прецедентне право з прав людини. — К., 2002. — С. 16.

<sup>20</sup> Шевчук С. Судовий захист прав людини: Практика Європейського суду з прав людини у контексті західної правової традиції. — К., 2006. — С. 180.

<sup>21</sup> Там само. — С. 39.

Таким чином, природні права людини (крім тих, що мають форму декларацій), закріплені в Конституції України (як і в конституціях інших країн), одночасно є нормами як матеріального, так і процесуального права, а також нормами прямої дії і згідно з ч. 2 ст. 21 Конституції України є «невідчужуваними та непорушними».

В Україні ще до ухвалення рішень Конституційного Суду України Пленум Верховного Суду України у п. 2 постанови від 1 листопада 1996 р. № 9 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» (як найвищий на той час судовий орган в Україні) визначив, що «оскільки Конституція України, як зазначено в її ст. 8, має найвищу юридичну силу, а її норми є нормами прямої дії, суди при розгляді конкретних справ мають оцінювати зміст будь-якого закону чи іншого нормативно-правового акта з точки зору його відповідності Конституції і в усіх необхідних випадках застосовувати Конституцію як акт прямої дії. Судові рішення мають ґрунтуватись на Конституції, а також на чинному законодавстві, яке не суперечить їй. Суд безпосередньо застосовує Конституцію у разі, коли правовідносини, що розглядаються судом, законом України не врегульовано»<sup>22</sup>.

Таку позицію Пленуму Верховного Суду України підтримав Конституційний Суд України у рішеннях від 19 квітня 2001 р. № 4-рп/2001 (справа щодо завчасного сповіщення про мирні зібрання) тлумаченням про те, що «норми Конституції України є нормами прямої дії (ч. 3 ст. 8 Конституції) та застосовуються безпосередньо незалежно від того, чи прийнято на їх розвиток відповідні закони або інші нормативно-правові акти» (п. 2), від 11 грудня 2007 р. № 11-рп/2007 у справі за конституційним зверненням громадянина Касьяненка Бориса Павловича щодо офіційного тлумачення положень пункту 8 частини третьої статті 129 Конституції України, частини другої статті 383 КПК України (п. 3.1) та від 11 жовтня 2011 р. № 10-рп/2011 (справа про строки адміністративного затримання) про те, що в Україні визнається і діє принцип верховенства права; Конституція України має найвищу юридичну силу; закони та інші нормативно-правові акти

приймаються на основі Конституції України та повинні відповідати їй; норми Конституції України є нормами прямої дії (ст. 8 Основного Закону) (абз. 2 п. 3.1).

Аналогічне право особи підтверджено й у Рішенні цього Суду від 30 вересня 2009 р. № 23-рп/2009 (справа про право на правову допомогу) щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (далі — Рішення Конституційного Суду № 23-рп/2009), у п. 4 якого зазначено, що «відповідно до Основного Закону України положення «кожен має право на правову допомогу» (частина перша статті 59) є нормою прямої дії (частина третя статті 8), і навіть за умови, якщо це право не передбачене відповідними законами України чи іншими правовими актами, особа не може бути обмежена у його реалізації».

**На відміну від позитивного закону (яким є як чинний КПК, так і КПК 2012 р.), Рішенням Конституційного Суду № 23-рп/2009 гарантовано неможливість обмеження особи у реалізації права на захист**

Наприклад, пряма дія ч. 3 ст. 8 і ст. 59 Конституції буде мати місце при вирішенні питання про обов'язкову участь захисника під час розгляду справ у порядку ч. 3 ст. 299 КПК чи за особливими порядками кримінального провадження (гл. 35 розд. VI КПК 2012 р.), тобто коли фактичні обставини справи не досліджуються судом, а в ст. 45 КПК (як і в ст. 52 КПК 2012 р.) обов'язкову участь захисника за такими процедурами не передбачено.

На відміну від позитивного закону (яким є як чинний КПК, так і КПК 2012 р.), Рішенням Конституційного Суду № 23-рп/2009 гарантовано неможливість обмеження особи у реалізації права на захист, зокрема, за наведеної процедури.

Аналогічної позиції дотримався також Європейський суд у справах «Девеєр проти Бельгії» від 27 лютого 1980 р., «МакКонел проти Сполученого Королівства» від 8 лютого 2000 р., у яких він визнав обов'язкову участь захисника у зв'язку зі складністю вибору процедури угоди про визнання вини, зокрема, щодо можливих наслідків і переваг судового розгляду — бути винуватим у вчиненні менш тяжких злочинів чи невинуватим, тяжкість покарання, яке становило три роки позбавлення волі, складність справи (пункти 32—36 рішення у справі «Каранта проти Швейцарії» від 24 травня 1991 р.), складність застосовного законодавства (п. 61—64 рішення у справі «Бенгем проти Сполученого Королівства» від 10 червня 1996 р.), використання доказів, здобутих із

<sup>22</sup> Станом на 10 серпня 2000 р. у чинній редакції ст. 40 (абз. 3 ч. 1) Закону від 5 червня 1981 р. № 2022-Х «Про судоустрій України» було передбачено, що Верховний Суд України: «вивчає і узагальнює судову практику, аналізує судову статистику і дає керівні роз'яснення судам у питаннях застосування республіканського законодавства, що виникають при розгляді судових справ. Керівні роз'яснення Пленуму Верховного Суду України є обов'язковими для судів, інших органів і службових осіб, що застосовують закон, по якому дано роз'яснення», а тому положення цієї постанови мають обов'язковий характер, як і рішення Конституційного Суду України.

порушенням права затриманого на мовчання, привілею проти самообвинувачення та ін.

У справі «*Бортнік проти України*» від 27 січня 2011 р. Європейський суд зазначив, що ст. 6 Конвенції 1950 р. «не перешкоджає особі добровільно відмовитись — відкрито чи опосередковано — від свого права на деякі гарантії справедливого суду (див. рішення щодо прийнятності у справі «*Квятковська проти Італії*» (*Kwiatkowska v. Italy*), № 52868/99, від 30 листопада 2000 року, та рішення у справі «*Пицальніков проти Росії*» (*Pishchalnikov v. Russia*), № 7025/04, п. 77, від 24 вересня 2009 року). Проте для того, щоб відмова від права брати участь у судовому розгляді була дійсною для цілей Конвенції, вона має бути встановлена у недвозначній формі і супроводжуватись мінімальними гарантіями, співмірними з її важливістю (див. рішення у справі «*Пуатрімоль проти Франції*» (*Poitrimol v. France*), від 23 листопада 1993 року, п. 31...».

**Очевидною є потреба доповнення і ст. 52 КПК 2012 р. положенням про обов'язкову участь захисника, «коли цього вимагають інтереси правосуддя» чи «коли справа розглядається за процедурою, де фактичні обставини справи не досліджуються»**

Практикою Європейського суду за різних обставин, зокрема, де фактичні обставини справи досліджуються, як щонайменшу гарантію визнаю обов'язкову участь захисника, «коли цього вимагають інтереси правосуддя» (п. 3 ст. 6 Конвенції 1950 р.), а тому питання щодо обов'язкової участі захисника за процедур, де фактичні обставини справи з дотриманням як конституційних, так і конвенційних прав не досліджуються, законодавці різних країн закріпили як обов'язкову мінімальну гарантію й у позитивних законах, наприклад, у ст. 45 КПК Грузії, ст. 69 КПК Молдови, ст. 51 КПК РФ, ст. 38 КПК Естонії, кримінальній процедурі США, Великобританії, ФРН, Іспанії, Італії та ін.

Очевидною є потреба доповнення і ст. 52 КПК 2012 р. положенням про обов'язкову участь захисника, «коли цього вимагають інтереси правосуддя» чи «коли справа розглядається за процедурою, де фактичні обставини справи не досліджуються», інакше, коли суд у зазначених процедурах буде дотримуватися виключно позитивного закону (КПК) і забуде про Рішення Конституційного Суду № 23-рп/2009 та практику Європейського суду (відома більш як у 30 справах за цією процедурою), то гарантії права особи на справедливий суд будуть під загрозою.

Про необхідність прямого посилання судів як на зазначені норми Конвенції 1950 р.,

так і практику Європейського суду йдеться і в Брайтонській декларації від 19—20 квітня 2012 р. «Майбутнє Європейського Суду з прав людини», зокрема в ній зазначено про «надання сторонам у справі права, в межах відповідних параметрів національної судової процедури та без зайвих перешкод, звернути увагу національних судів і трибуналів на відповідні положення Конвенції і судової практики Суду» (п. 9 розд. IV).

На думку С. Шевчука, головним стримуючим чинником для українських суддів, що призводить до «кризи легітимності» прецедентного права, є «відсутність системного бачення прецедентного права з прав людини, що створено як Європейським судом з прав людини, так і судами інших юрисдикцій»<sup>23</sup>, і з цим не можна не погодитися.

Розглянемо приклад щодо імплементації і гарантування українським законодавцем природного права людини на свободу та особисту недоторканність (як матеріального, так і процесуального), передбаченого ст. 29 Конституції і ст. 5 Конвенції 1950 р. Порушення цього права Європейський суд встановив більш як у 50 справах проти України.

Зокрема, у пілотному рішенні Європейського суду у справі «*Харченко проти України*» від 10 лютого 2011 р. йдеться про те, що «Суд постійно констатує порушення пункту 1 (с) статті 5 Конвенції щодо періодів, протягом яких тримання під вартою здійснювалося без відповідного судового рішення, особливо протягом періоду після закінчення слідства та до початку судового розгляду, а також щодо судових рішень, винесених на стадії судового розгляду, які не містять визначених строків подальшого тримання під вартою, таким чином залишаючи без змін такий запобіжний захід, а не продовжуючи строк його застосування, що суперечить вимогам статті 5» (п. 98).

Крім того, Європейський суд часто констатує порушення п. 3 ст. 5 Конвенції 1950 р. на тій підставі, що «навіть коли йдеться про тривалі строки тримання під вартою, національні суди часто обґрунтовують продовження строку тримання під вартою однаковими підставами протягом всього періоду ув'язнення, якщо взагалі роблять це, тоді як згідно з пунктом 3 статті 5 після спливу певного часу подальше існування обґрунтованої підозри перестає само по собі бути підставою для позбавлення

<sup>23</sup> Шевчук С. Судовий захист прав людини... — С. 40; Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Нечипорук і Йонкало проти України» від 21 квітня 2011 р. (п. 150).



свободи, а суди зобов'язані обґрунтувати рішення про продовження тримання під вартою іншими підставами, які мають бути чітко вказані» (п. 99).

**Ще за рік до запровадження судового контролю за арештом, триманням під вартою і затримання осіб, підозрюваних у вчиненні злочину в Україні, Міністерство юстиції рекомендувало дотриматися практики Європейського суду, в т.ч. у справі «Летельє проти Франції» від 26 червня 1991 р., де зазначено, що «особлива тяжкість деяких злочинів може викликати таку реакцію суспільства і соціальні наслідки, які виправдовують попереднє ув'язнення як виключну міру запобіжного заходу протягом певного часу»**

У цьому рішенні Європейський суд зазначив, що обидві проблеми є законодавчими прогалинами (які не було врегульовано законами № 2533-III та № 2670-III — прим. автора), хоча на той час практика Європейського суду щодо обрання запобіжного заходу у виді тримання під вартою під час судового розгляду та продовження строків тримання під вартою вже існувала «у справах «Скоццарі та Джунта проти Італії» (*Scozzari and Giunta v. Italy*) [GC], № 39221/98 і № 41963/98, п. 249, ECHR 2000-VIII; «Крістіна Гудвін проти Сполученого Королівства» (*Christine Goodwin v. the United Kingdom*) [GC], № 28957/95, п. 120, ECHR 2002-VI; «Лукенда проти Словенії» (*Lukenda v. Slovenia*), № 23032/02, п. 94, ECHR 2005-X та «С. і Марпер проти Сполученого Королівства» (*S. and Marper v. the United Kingdom*) [GC], №№ 30562/04 і 30566/04, п. 134, ECHR 2008-...» (п. 97 зазначеного рішення Європейського суду) та інших справах і була відома для українського законодавця з Методичних рекомендацій для центральних органів виконавчої влади щодо застосування в законотворчій діяльності Конвенції про захист прав і основних свобод людини (схвалено постановою колегії Міністерства юстиції України від 21 листопада 2000 р. № 40).

Ще за рік до запровадження судового контролю за арештом, триманням під вартою і затриманням осіб, підозрюваних у вчиненні злочину в Україні, Міністерство юстиції рекомендувало дотриматися практики Європейського суду, в т.ч. у справі «Летельє проти Франції» від 26 червня 1991 р., де зазначено, що «особлива тяжкість деяких злочинів може викликати таку реакцію суспільства і соціальні наслідки, які виправдовують попереднє ув'язнення як виключну міру запобіжного заходу протягом певного часу». Проте у справах, де особа обвинувачується у вчиненні тяжкого злочину, виходячи тільки з самої тяжкості обвинувачення, «попереднє ув'язнення не

повинно визначати покарання у виді позбавлення волі, не може бути «формою очікування» обвинувального вироку» (п. 51).

Європейський суд, дотримуючись своєї прецедентної практики, ще в 1991 р. у цій справі проти Франції дав оцінку обставинам, коли тримання під вартою є обґрунтованим, зокрема, коли є небезпека тиску на свідків, небезпека втечі від слідства, запобігання порушенню громадського порядку, суті гарантії явки до суду і судового контролю, проте, на жаль, європейський досвід мав мінімальний вплив на українського законодавця.

Наприклад, А.О. Селіванов наводить відоме рішення Європейського суду в справі «Гуццарді проти Італії» від 2 жовтня 1980 р., у якому «сформульоване правило стосовно можливості та допустимості досудового ув'язнення підозрюваного чи обвинуваченого. Згідно з цим правилом досудове ув'язнення особи, зважаючи лише на саму суспільну небезпечність інкримінованого злочину, можливе тільки за обвинуваченням у вчиненні тяжкого насильницького злочину проти життя чи здоров'я людини. В інших випадках досудове ув'язнення можливе лише у випадку обґрунтованих і конкретних побоювань правоохоронних органів щодо втечі обвинуваченого чи продовження ним злочинної діяльності. Це положення, таким чином, є нормою права України з моменту набрання чинності зазначеним Законом про ратифікацію Конвенції, і в силу ч. 2 ст. 17 Закону № 1906-IV (у редакції 2001 р.) мало перевагу перед нормою ч. 2 ст. 155 КПК, відповідно до якої за обвинуваченням у тяжких ненасильницьких злочинах, що містилися у досить широкому переліку, дозволялось ув'язнювати особу до суду, беручи до уваги лише мотив суспільної небезпечності злочину. Вітчизняні правоохоронні органи, включаючи Генеральну прокуратуру України, скептично сприймали як зазначену норму зі справи Гуццарді, так й інші аналогічні приписи Європейського суду». Лише Законом № 2533-III ст. 155 цього Кодексу була приведена у відповідність із зазначеною прецедентною нормою<sup>24</sup>.

Аналогічні порушення ст. 5 Конвенції Європейський суд встановлював і в інших справах: «Невмержицький проти України» від 5 квітня 2005 р., «Єлоєв проти України» від 6 листопада 2008 р. (пункти 49—55), «Свершов проти України» від 27 листопада 2008 р. (пункти 63—65), «Сергій

<sup>24</sup> Див.: Селіванов А.О. Право тлумачити закони та юридичні наслідки застосування офіційної інтерпретації // Вісник Верховного Суду України. — 2006. — № 7. — С. 2—3.



Волосюк проти України» від 12 березня 2009 р. (п. 50). Такі порушення мали місце в українській судовій практиці до ухвалення рішення у справі «Харченко проти України» від 10 лютого 2011 р.

**Хоча закінчення граничних строків тримання під вартою як у КПК (ст. 156), так і в КПК 2012 р. пов'язується зі стадією досудового слідства, водночас згідно з п. 4 ч. 1 ст. 237 чинного КПК (Питання, які з'ясовуються суддею при попередньому розгляді справи) суддя повинен з'ясувати, чи немає підстав для зміни, скасування або обрання запобіжного заходу, в т.ч. тримання під вартою, але без зазначення конкретної вказівки про таке у ст. 244 КПК (Рішення судді за результатами попереднього розгляду справи) і за відсутності процедури та строку обрання чи продовження у статтях 253—256 КПК обов'язковість такого процесуального рішення чомусь втрачається**

На сьогодні практики і науковці вже порушують питання про те, що якщо практика Європейського суду є обов'язковою відповідно до зазначених законів та має пріоритет як норма міжнародного права над національними законами, то чому за її недотримання (як і національного закону), наприклад, щодо граничних строків тримання під вартою під час досудового слідства (ст. 156 КПК) як запобіжного заходу, який обмежено 18 місяцями і закінчується в день надходження справи до суду, під час додаткового (нового) розслідування справ, які неодноразово повертаються прокурором чи судами різних інстанцій, не повинна наступати відповідальність за ч. 4 ст. 382 КК (невиконання службовою особою рішення Європейського суду) і ч. 2 ст. 371 КК (завідомо незаконні тримання під вартою) або як мінімум дисциплінарна відповідальність службової особи.

Як підставу для таких запитань практики та науковці наводять рішення Європейського суду у справі «Харченко проти України» від 10 лютого 2011 р. (п. 97), в якому зазначено, що «стаття 46 Конвенції — у світлі її тлумачення в контексті статті 1 — покладає на державу-відповідача юридичний обов'язок вжити під наглядом Комітету Міністрів відповідних заходів загального та/або індивідуального характеру для забезпечення права заявника», яке, на думку Європейського суду, було порушене. Вони також звертають увагу на те, що в цьому рішенні йдеться про обов'язок держави-відповідача вжити таких заходів і стосовно інших осіб, які перебувають в аналогічній ситуації, зокрема, шляхом вирішення проблем, які призвели до таких висновків суду, тобто щодо порушення строків тримання під вартою осіб, додаткове (нове) розслідування або новий судовий розгляд щодо яких все ще триває. Оцінку Європейського суду у зазначеній

справі підтвердив Конституційний Суд України у Рішенні від 29 червня 2010 р. № 17-рп/2010 у справі щодо відповідності Конституції України (конституційності) абзацу восьмого пункту 5 частини першої статті 11 Закону України

«Про міліцію» (далі — Рішення № 17-рп/2010), посиляючись на практику Європейського суду у справах проти України.

Іншою підставою, на їх думку, є положення ч. 3 ст. 197 КПК 2012 р. (Строк дії ухвали про тримання під вартою, продовження строків тримання під вартою), згідно з якою сукупний строк тримання під вартою під час досудового розсліду-

вання не повинен перевищувати 12 місяців, як граничний строк, а ч. 5 п. 2 ст. 206 цього Кодексу (Загальні обов'язки судді щодо захисту прав людини) зобов'язує суддю звільнити особу, незалежно від наявності клопотання слідчого, прокурора, якщо державний орган чи службова особа не доведе «неперевищення граничного строку тримання під вартою». Ініціатори цих доводів стверджують, що законодавець привів позитивний закон у відповідність до практики Європейського суду, скоротив граничний строк досудового тримання під вартою на 6 місяців, ліквідував інститут додаткового (нового) розслідування як неконституційний, як цього вимагають міжнародні зобов'язання держави, визначені у наведених законах № 475/97-ВР та № 3477-IV, а деякі суди і судді, маючи такий самий обов'язок, судової практики все ще не змінюють.

Хоча закінчення граничних строків тримання під вартою як у КПК (ст. 156), так і в КПК 2012 р. пов'язується зі стадією досудового слідства, водночас згідно з п. 4 ч. 1 ст. 237 чинного КПК (Питання, які з'ясовуються суддею при попередньому розгляді справи) суддя повинен з'ясувати, чи немає підстав для зміни, скасування або обрання запобіжного заходу, в т.ч. тримання під вартою, але без зазначення конкретної вказівки про таке у ст. 244 КПК (Рішення судді за результатами попереднього розгляду справи) і за відсутності процедури та строку обрання чи продовження у статтях 253—256 КПК обов'язковість такого процесуального рішення чомусь втрачається.

Подальші дії суду, передбачені в ст. 249 КПК, щодо зупинення і направлення справи за підсудністю, повернення її прокуророві (ст. 249<sup>1</sup> КПК), прийняття рішень, на підставі яких справи можуть бути оскаржені в апеляції, взагалі не

передбачають обов'язку суду вирішувати питання про законність продовження тримання особи під вартою.

Суд апеляційної інстанції чи касаційний суд відповідно до вимог статей 374, 396 КПК може скасувати вирок (постанову) і повернути справу прокурору на додаткове (нове) розслідування чи новий судовий розгляд. У них не міститься жодних вимог щодо вирішення питання про зміну запобіжного заходу тримання під вартою чи її продовження. При цьому жодна із зазначених норм КПК не покладає на суд обов'язку здійснення судового контролю, згідно з Конституцією, за перебуванням особи під вартою як тимчасовому запобіжному заході, включно із дотриманням граничних строків.

**Європейський суд неодноразово звертав увагу на недосконалість чинного законодавства України, зокрема, щодо строку тримання під вартою осіб і необхідність дотримуватися принципу правової визначеності, що підтвердив Конституційний Суд України у Рішенні № 17-рп/2010**

Водночас у ч. 2 ст. 29 Конституції гарантується, а ч. 1 ст. 14 КПК прямо передбачено, що «ніхто не може бути арештований інакше як на підставі судового рішення», про що Європейський суд з урахуванням положень п. 4 ст. 5 Конвенції 1950 р. зазначив у справі «Соловей і Зозуля проти України» від 27 листопада 2008 р.

Європейський суд неодноразово звертав увагу на недосконалість чинного законодавства України, зокрема, щодо строку тримання під вартою осіб за вищенаведених обставин і необхідність дотримуватися принципу правової визначеності, що підтвердив Конституційний Суд України у Рішенні № 17-рп/2010, посилаючись на практику Європейського суду у справах проти України.

Аналізуючи правомірність затримання будь-якої особи за підозрою у занятті бродяжництвом, Конституційний Суд України мотивував своє рішення про неконституційність зазначеної норми Закону від 20 грудня 1990 р. № 565-ХІІ «Про міліцію» висновком Європейського суду у справі «Єлоєв проти України» від 6 листопада 2008 р., у якому «Суд вважає, що відсутність чітко сформульованих положень, які б визначали, чи можливо належним чином продовжити (якщо так, то за яких умов) застосування на стадії судового слідства запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, обраного на визначений період на стадії досудового слідства, не відповідає критерію «передбачуваності закону» для цілей пункту 1 статті 5 Конвенції. Суд також нагадує, що

практика, яка виникла у зв'язку із законодавчою прогалиною і яка зумовлює тримання особи під вартою протягом необмеженого і непередбачуваного строку за обставин, коли таке тримання не передбачається ні конкретним положенням законодавства, ні будь-яким судовим рішенням, сама по собі суперечить принципу юридичної визначеності, який імплікований Конвенцією і який становить один із основних елементів верховенства права» (п. 53).

Непослідовність законодавця щодо обов'язку судді вирішити питання про запобіжний захід на стадії попереднього розгляду у чинному КПК (статті 244—256), яке існує з 2001 р., виправлено у ч. 3 ст. 315 КПК 2012 р. (Вирішення питань, пов'язаних з підготовкою до судового розгляду), але, на відміну від ст. 206 КПК 2012 р. (Загальні обов'язки судді щодо захисту прав людини), це передбачено як право, а не як обов'язок суду.

Так, у ст. 315 КПК 2012 р. «суд за клопотанням учасників судового провадження має право обрати, змінити чи скасувати заходи забезпечення кримінального провадження, в тому числі запобіжний захід, обраний щодо обвинуваченого», хоча в ч. 2 ст. 19 Конституції гарантується єдиний спосіб поведінки органів державної влади та її представників (включаючи суддів — прим. автора), що «органи державної влади», «їх посадові особи зобов'язані діяти», а не мають можливість діяти (інакше кажучи, зловживати).

Далі у цій же частині зазначеного Кодексу непослідовність законодавця щодо обов'язку національного суду набуває форми ігнорування пілотного рішення Європейського суду у справі «Харченко проти України» від 10 лютого 2011 р., коли він передбачає, що за відсутності клопотань сторін кримінального провадження «застосування заходів забезпечення кримінального провадження, обраних під час досудового розслідування, вважається продовженим» (ч. 3 ст. 315).

Передбачення обов'язку суду щодо обрання, скасування або зміну запобіжного заходу (ст. 331 КПК 2012 р.), навіть незалежно від клопотання сторін на стадії судового розгляду, який згідно з вимогами ст. 316 цього Кодексу має бути призначений не пізніше десяти днів після завершення підготовки до судового розгляду, є своєрідною загрозою права на свободу та особисту недоторканність, коли судді не зрозуміють, що законодавець кардинально змінив підходи до забезпечення природних прав людини і в позитивному законі, яким є КПК 2012 р.

Тому до виправлення недоліків законодавцем у змісті ст. 315 КПК 2012 р. суддя повинен діяти відповідно до вимог ст. 206 цього Кодексу, з урахуванням принципу верховенства права та прецедентної практики Європейського суду, як передбачено ч. 2 ст. 8 та частинами 3—6 ст. 9 цього Кодексу.

**Незважаючи на суперечність законодавчого врегулювання граничних строків тримання під вартою у позитивному законі, яким є КПК, межі цього запобіжного заходу стадією досудового слідства не завершуються**

Аналогічно повинні усувати законодавчу прогалину щодо судового контролю за правом на свободу і особисту недоторканність судді касаційної інстанції (ст. 442 КПК 2012 р.) та Верховного Суду України (гл. 33 цього Кодексу).

Отже, незважаючи на суперечність законодавчого врегулювання граничних строків тримання під вартою у позитивному законі, яким є КПК, межі цього запобіжного заходу стадією досудового слідства не завершуються.

З посиланням на зазначені справи проти Італії та Франції, справу «Вемхоф проти Німеччини» від 27 червня 1968 р. (п. 9 с. 23) Європейський суд, оцінюючи українське кримінально-процесуальне законодавство у справі «Невмержицький проти України» від 25 листопада 2003 р., з огляду на природний характер прав людини, які однаково захищаються в усіх країнах — учасницях Ради Європи, зазначив, що при визначенні тривалості тримання заявника під вартою упродовж судового розгляду згідно з ч. 3 ст. 5 Конвенції слід брати до уваги період, який починається з моменту затримання підозрюваного і закінчується днем винесення вироку, навіть і судом першої інстанції (п. 134).

Наведена практика Європейського суду прямо зобов'язує національні суди дотримуватись такого рівня правового захисту особи, щоб свавільне втручання з боку держави в її право на свободу, гарантоване ст. 5 Конвенції, було співмірним обмеженню цього права і забезпечувало баланс між суспільними інтересами, які можуть вимагати тримання особи під вартою і важливістю права особи на свободу — з урахуванням презумпції невинуватості. При встановленні такого балансу важливим фактором є тривалість тримання особи під вартою, яка не повинна перевищувати розумних строків, а не обов'язково граничних строків під час досудового розслідування, в т.ч. у КПК 2012 р. (рішення Європейського суду у справі «Летельє проти Франції» від 26 червня 1991 р., «Лабіта

проти Італії» від 6 квітня 2000 р., «Сааді проти Сполученого Королівства» від 29 січня 2008 р.

У справі «Невмержицький проти України» від 25 листопада 2003 р., даючи оцінку розумності строку тримання заявника під вартою під час досудового слідства, Європейський суд вважає, що «його не можна розглядати за теоретичними канонами. Кожна справа має бути досліджена з огляду на її специфічні обставини. Тривале тримання під вартою може бути виправдано за

наявності показників реальної потреби суспільного інтересу, який, незважаючи на презумпцію невинуватості, домінує над принципом поваги до особистої свободи, передбаченим статтею 5 Конвенції (див. «Kudla v. Poland» (GC) 30210\96 р. 110). З цією метою суди, приділяючи належну увагу принципу презумпції невинуватості, мають дослідити всі факти, що вказують на наявність або відсутність суспільного інтересу, що виправдовує відхід від правила, передбаченого ст. 5 Конвенції 1950 р., і викласти їх у рішеннях щодо заяв про звільнення. Вкрай суттєво, що на підставі доводів, наведених у цих рішеннях та задокументованих фактів, наданих заявником, Європейський суд має вирішити, чи мало місце порушення п. 3 ст. 5 Конвенції. Суд має також бути впевненим, що національні органи демонстрували особливу старанність упродовж кримінального провадження. У той же час складність та спеціальні характеристики розслідування є тими факторами, які необхідно брати до уваги.

Відсутність єдності національного законодавства і практики Європейського суду щодо дотримання граничних строків тримання під вартою призвело до того, що з часу затримання і до постановлення вироку судом тримання під вартою встановлено: у справі «Москаленко проти України» від 20 травня 2010 р. — 4 роки і 10 місяців 25 днів, «Лопатін і Медведський проти України» від 20 травня 2010 р. — 3 роки і 4 місяці, «Єлов проти України» від 6 листопада 2008 р., «Доронін проти України» від 19 лютого 2009 р., «Соловей і Зозуля проти України» від 27 листопада 2008 р., «Невмержицький проти України» від 5 квітня 2005 р. — понад 2 роки 5 місяців, «Боротюк проти України» від 16 грудня 2010 р. — понад 2 роки і так у багатьох інших справах, яким дала оцінку вже Рада суддів України<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Див.: Рішення Ради суддів України від 17 лютого 2012 р. № 1 «Про стан організації діяльності місцевих та апеляційних загальних судів Донецької, Луганської, Сумської та Харківської областей при обранні запобіжного заходу у вигляді в'язниці під вартою на стадії досудового слідства та додержання строків розгляду кримінальних справ, за якими підсудні тримаються під вартою, з огляду на вимоги Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практику Європейського суду з прав людини».



Не менш важливим у дотриманні природного права на свободу та особисту недоторканність (ч. 3 ст. 29 Конституції) у КПК 2012 р. є обмеження органів розслідування у випадку затримання особи без дозволу суду доставити її до суду не протягом 72 годин, а для суду — у цей же термін перевірити законність затримання цієї особи і винесення вмотивованого рішення щодо взяття її під варту (як за чинним КПК), а не пізніше 60 год.

**Хоча норми КПК в частині підстав обмеження права на свободу та особисту недоторканність відповідають вичерпному переліку в п. 1 ст. 5 Конвенції, зміст самої ст. 29 Конституції в цій частині потребує внесення змін**

Підтримуючи позитивний крок законодавця щодо посилення конституційних гарантій права особи на свободу та особисту недоторканність, одночасно вважаємо, що ці зусилля слід привести у відповідність до європейських стандартів, передбачивши час для затримання органами розслідування особи до 48 год, а для судового контролю — 24 год, як це імplementовано РФ (ст. 94 КПК), ст. 196 КПК Грузії і т.д.

У Рішенні Конституційного Суду України № 17-рп/2010 правомірність обмеження права на свободу та особисту недоторканність, гарантованого ст. 29 Конституції, пов'язується з метою, визначеною для такого обмеження у самій конституційній нормі — «у разі нагальної необхідності запобігти злочині чи його перепинити» (абз.1 п. 3.2). Зміст конституційного права затриманого цим Рішенням конкретизовано перевіркою «компетентним судом не лише додержання органами державної влади та їх посадовими особами норм процесуального права, на підставі яких проводилося затримання, а й обґрунтованості підозри, яка стала підставою для затримання, законності мети, з якою воно застосовувалося». При цьому «законність мети» затримання знову ж таки не може суперечити тій, яка зазначена у конституційній нормі. Якщо ж порівняти за змістом підстави обмеження права на свободу та особисту недоторканність у КПК і КПК 2012 р. і визначену у ст. 29 Конституції мету, то можна побачити значно ширший перелік підстав у кримінально-процесуальному законі, ніж у конституційній нормі. Хоча норми КПК в частині підстав обмеження права на свободу та особисту недоторканність відповідають вичерпному переліку в п. 1 ст. 5 Конвенції, зміст самої ст. 29 Конституції в цій частині потребує внесення змін, оскільки він є значно вужчим в обсязі повноважень

правоохоронних органів і судів, ніж це передбачено міжнародним договором.

При внесенні змін до цієї конституційної норми для Конституційної Асамблеї та українського законодавця прийнятним був би досвід забезпечення цього права у ст. 104 Конституції ФРН, ст. 18 Конституції Грузії, ч. 3 ст. 55 Конституції РФ, ст. 20 Конституції Литовської Республіки, ст. 34 Конституції Мальтійської Республіки та багатьох інших держав, де обмеження затримання особи органами розслідування до 48 год. без судового контролю є складовою гарантією цього конституційного права.

Іншим прикладом, але вже порушення ст. 6 §§ 1 і 3(с) Конвенції щодо адміністративного арешту заявника і початкової кваліфікації злочину, у вчиненні якого особа підозрювалася, Європейський суд встановив у пілотному рішенні у справі «Балицький проти України» від 3 листопада 2011 р. Зокрема, він зазначив, що «практика, за якої до особи застосовується адміністративний арешт для забезпечення її доступності для допиту в якості підозрюваного у вчиненні кримінального злочину, раніше вже визнавалася Судом свавільною за статтею 5, оскільки державні органи не забезпечували процесуальних прав заявника як підозрюваного у вчиненні кримінального злочину (див. рішення від 19 лютого 2009 року в справі «Доронін проти України» (*Doronin v. Ukraine*), заява № 16505/02, п. 56, та рішення від 24 червня 2010 року в справі «Олексій Михайлович Захаркін проти України» (*Oleksiy Mykhaylovych Zakharkin v. Ukraine*), заява № 1727/04, п. 88). У рішенні в справі «Нечипорук і Йойкало проти України» (*Nechiporuk and Yonkalo v. Ukraine*) (заява № 42310/04, п. 264, від 21 квітня 2011 року) Суд наголосив, що, формально застосувавши до заявника адміністративне затримання, а фактично поводячись із ним як із підозрюваним у вчиненні злочину, органи слідства позбавили його доступу до захисника, участь якого була б обов'язковою згідно із законодавством України, якби він обвинувачувався у вбивстві, вчиненому групою осіб та/або з корисливих мотивів, тобто злочині, у зв'язку з яким його фактично допитували» (п. 51).

Аналогічну оцінку практики адміністративного затримання та арешту, які здійснюються з іншою метою, ніж та, що зазначена у ст. 29 Конституції та ст. 5 Конвенції, Конституційний Суд України на підставі практики Європейського суду підтвердив у Рішенні від 11 жовтня 2011 р. № 10-рп/2011 (справа про

строки адміністративного затримання), поклавши на державу обов'язок припинити подібні порушення у справах щодо будь-яких інших осіб, які розглядаються в українських судах.

**Численні порушення практики Європейського суду, які виникають як результат законодавчих прогалин і судових помилок, мають місце у десятках справ проти України, зокрема, щодо розслідування скарг на катування або нелюдське чи таке, що принижує гідність, поводження**

Отже, більш як 10-річна імплементація українським законодавцем європейського стандарту права на свободу і особисту недоторканність, як конституційного, так і конвенційного права (яка все ще триває у КПК 2012 р.) також є частиною відповіді, чому за захистом, зокрема й свого конституційного права, українцям все ще необхідно звертатися до Європейського суду, а державі відшкодовувати десятки мільйонів гривень за недосконалість державної правової системи, замість того, щоб зробити досконалою судову владу в Україні.

Зазначені та інші численні порушення практики Європейського суду, які виникають як результат законодавчих прогалин і судових помилок, мають місце у десятках справ проти України, зокрема, щодо розслідування скарг на катування або нелюдське чи таке, що принижує гідність, поводження, що свідчить про існування на національному рівні системної проблеми під час розслідування кримінальних справ (пілотне рішення у справі «Каверзін проти України» від 15 травня 2012 р.), оцінки доказів, права на справедливий судовий розгляд<sup>26</sup> і їх усунення значно ускладнюється «певною вилученістю правової системи України із загальноєвропейського контексту, а також і необізнаністю українських суддів із загальносвітовими тенденціями у сфері судового захисту прав людини»<sup>27</sup>.

Науковець і суддя Конституційного Суду України В. Кампо, не відкидаючи організаційних і матеріальних потреб у реформуванні судової системи, головним висновком щодо цієї проблеми також вважає «необхідність зміни суддями правового світогляду, що базується на ідеології природного права й заснованих на ньому цінностей, в т.ч. верховенства права». Поки що більшість українських суддів стоїть на позиціях юридичного нормативізму...<sup>28</sup>

Погоджуючись із такою позицією в принципі, водночас не можемо не навести прикладів існування нової судової практики суддів України, які ухвалюють свої рішення відповідно до прин-

ципів верховенства права, практики Конституційного Суду України і Європейського суду. До них належать постанови Дніпровського районного суду м. Києва у справах № 1-195, № 1-601 про зміну запобіжного заходу з тримання під

вартою на заставу та підписку про невиїзд, виправдальний вирок за 2011 р. № 1-522; рішення Мелітопольського та Бердянського міськрайонних судів, Вільнянського районного суду Запорізької області від 9 червня 2011 р. і 3 серпня 2011 р. та інших районних судів, десятки ухвал Апеляційного суду Запорізької області від 12 вересня і 12 грудня 2011 р., від 23 квітня 2010 р., № 10-963 за 2009 р., № 11-1993 за 2006 р. та багато інших щодо відмови в обранні запобіжного заходу у виді взяття під варту; ухвали Апеляційного суду Рівненської області №10-283, № 10-317, № 10-320 за 2011 р. із тих же підстав, постанови та вироки № 2208/386/11, № 2208/1932/12 та інші Кам'янець-Подільського міськрайонного суду Хмельницької області, № 4-92 Збарзького районного суду Тернопільської області, Заводського районного суду Миколаївської області, які напрацьовано завдяки реалізації програми Європейського Союзу і Ради Європи спільно з Верховним Судом України, Національною школою суддів України, МФ «Центр суддівських студій», ВГО «Асоціація суддів України» «Боротьба з проявами жорстокого поводження і безкарністю у країнах Південного Кавказу, Молдові й Україні» та програми координатора проєктів ОБСЄ в Україні спільно з Верховним Судом України<sup>29</sup>.

Зокрема, Дніпровський районний суд м. Києва постановою від 7 липня 2011 р. у справі № 1-522/11 про повернення справи на додаткове розслідування змінив запобіжний захід із тримання під вартою на підписку про невиїзд щодо К., який обвинувачувався у відкритому викраденні жіночої сумки 29 липня 2007 р. за попередньою змовою з І., що була повернута потерпілій через 15 хв. після викрадення. Справа до цього часу тричі поверталась на додаткове розслідування для усунення істотних порушень вимог КПК, однак К. продовжував утримуватися під вартою без визначення

<sup>26</sup> Див.: Європейський суд з прав людини. Судова практика. — К., 2011.

<sup>27</sup> Шевчук С. Судовий захист прав людини... — С. 40.

<sup>28</sup> Див.: Кампо В. Правові позиції Конституційного Суду України як необхідний елемент забезпечення судово-правової реформи // Вісник Конституційного Суду України. — 2010. — № 2. — С. 118.

<sup>29</sup> Див.: Ахтирська Н.М., Касько В.В., Маланчук Б.А., Мелікан А., Пошва Б.М., Фулей Т.І., Шукліна Н.Г. Застосування в Україні європейських стандартів протидії жорстокому поводженню і безкарності. Науково-практичний посібник для суддів / за заг. редакцією професора В.Т. Маляренка. — К., 2011. — С. 156—175.

строку його подальшого тримання. Мотивуючи своє рішення, суд посилається на рішення у справі «Харченко проти України» від 10 лютого 2011 р. щодо оцінки дотримання строків тримання особи під вартою (п. 74) і зазначив, що «хоча суд й погодив тримання під вартою заявника у своєму рішенні, він не встановив строк його подальшого тримання під вартою й ніяк не обґрунтував своє рішення...» Це поставило заявника у стан невизначеності щодо підстав його продовження і, по суті, поза межами судового контролю, передбаченого Конституцією України.

Прикладом забезпечення права на свободу та особисту недоторканність у період після закінчення досудового слідства і початку судового розгляду, як зміну практики «утримання під вартою без відповідного рішення суду», що встановлено у справі «Харченко проти України» від 10 лютого 2011 р., є постанова колегії суддів Шевченківського районного суду м. Запоріжжя від 4 вересня 2012 р. у справі про обвинувачення К. у вчиненні злочину, за який передбачено довічне позбавлення волі. Досудове слідство у справі тривало 6 місяців і з надходженням справи до суду закінчилися не тільки строки тримання під вартою, відповідно до ч. 5 ст. 156 КПК, але й ті, які встановлені судом.

Враховуючи, що у статтях 237—245, 253 КПК не визначено процедуру і строки щодо зміни, продовження чи обрання запобіжного заходу у виді тримання під вартою під час судового розгляду справи, колегія суддів, вирішуючи заявлене клопотання, вийшла з вимог ст. 14 КПК та ст. 29 Конституції України, ч. 1 ст. 5 Конвенції 1950 р., якими передбачено, що «ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом», вимог статей 13 і 17 Закону № 3477-IV про те, що «при розгляді справ суди застосовують Конвенцію та практику Суду як джерело права» та змінюють практику застосування національного закону, рішення Європейського суду у справі «Харченко проти України» від 10 лютого 2011 р., де зазначено, що ст. 46 Конвенції — у світлі її тлумачення в контексті ст. 1 — покладає на державу-відповідача юридичний обов'язок вжити заходів загального характеру для забезпечення права стосовно інших осіб, ситуація яких аналогічна ситуації заявника, а саме усунути проблеми, які призвели до таких висновків Європейського суду (п. 97).

У присутності обвинуваченого та його захисника колегія суддів обрала К. запобіжний захід

у виді тримання під вартою строком на два місяці, враховуючи процедуру і строки обрання, передбачені КПК 2012 р. під час розгляду справи в суді, оскільки чинний КПК цих процедур не визначає.

**За відсутності у Верховного Суду України правових засобів, за допомогою яких можна було б підтвердити правильність таких нових рішень і надати їм статус обов'язковості (за аналогією до ст. 400<sup>25</sup> КПК щодо норм матеріального права), такі рішення залишатимуться особистою позицією тих суддів, які їх постановили, і які підтримали лише в окремих апеляційних судах**

Подібних прикладів захисту прав особи на підставі практики Європейського суду і Конвенції 1950 р. найбільше у судових рішеннях судів Запорізької та Рівненської областей.

Проте за відсутності у Верховного Суду України правових засобів, за допомогою яких можна було б підтвердити правильність таких рішень і надати їм статус обов'язковості (за аналогією до ст. 400<sup>25</sup> КПК щодо норм матеріального права), такі рішення залишатимуться особистою позицією тих суддів, які їх постановили, і які підтримали лише в окремих апеляційних судах.

Саме для того, щоб забезпечити верховенство права і зупинити свавілля, забезпечити реальну незалежність судів, суддів і судових рішень, правову захищеність громадян, боротьбу з корупцією у всіх сферах суспільного життя, на всіх щаблях влади, повернення довіри суспільства до судової та правоохоронної систем, Президент України В. Янукович у посланні до Українського народу 3 червня 2010 р. вказав на основні принципи, які мають визначати зміни у вітчизняній системі права: зрозумілість для громадян норм поведінки, закріплених у нормативно-правових актах; однаковість застосування правових норм; відповідність законодавства сучасним світовим стандартам прав і свобод людини і відповідність нормативно-правових актів загальним принципам права, закріпленим у Конституції України, передусім свободи, у тому числі — свободи слова, справедливості, рівності<sup>30</sup>.

Як убачається зі змісту цього послання, це далеко не повний перелік змін, які забезпечать реалізацію демократичного принципу поділу влади на законодавчу, виконавчу та судову<sup>31</sup>, що для запровадження євростандартів захисту прав людини в Україні є вкрай необхідним.

<sup>30</sup> Див.: <http://www.president.gov.ua/news/17307.html>

<sup>31</sup> Див.: Там само.