



## тема:

**Тиск на адвокатуру** загрожує погіршенням стану дотримання прав людини в Україні

с. 3

**Комітет захисту прав адвокатів** заявляє про бездіяльність правоохоронних органів у відстоюванні гарантій адвокатської діяльності

с. 4

**Аналітичний огляд окремих рішень,** ухвалених ЄСПЛ протягом червня 2018 року

с. 41

**Огляд судової практики** Верховного Суду

с. 56



## Новини та події

Тиск на адвокатуру загрожує погіршенням стану дотримання прав людини в Україні .....	3
Комітет захисту прав адвокатів заявляє про бездіяльність правоохоронних органів у відстоюванні гарантій адвокатської діяльності .....	4

## Адвокатська діяльність

*А. Нерсисян*

Повідомлення про підозру адвокату за дорученням прокурора регіону: питання правомірності .....	6
--	---

## Кримінальні справи

*А. Бойченко-Картъє, О. Овчинников*

Щодо постанови особи перед судом у кримінальних справах. ....	10
---	----

*О. Задорожний*

Про невідповідність автоматичного застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою конвенції та практики ЄСПЛ .....	17
--	----

*О. Несінов*

Прогалини в практиці застосування кримінального процесу: неврегульованість процедури визнання матеріалів доказами. ....	19
---	----

*А. Сербіна*

Виконання покарання у виді штрафу. ....	22
---	----

### РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

**Ізовітова Л. П.**

Голова Національної асоціації адвокатів України, Ради адвокатів України

**Гвоздів В. А.**

Заступник Голови Національної асоціації адвокатів України, Ради адвокатів України

**Кухар О. І.**

Заступник Голови Національної асоціації адвокатів України, Ради адвокатів України

**Дроздов О. М.**

Голова Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури України

**Крупнова Л. В.**

Заступник Голови Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури України

**Місяць А. П.**

Заступник Голови Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури

**Болдін М. Я.**

Голова Вищої ревізійної комісії адвокатури

### Офіційний бюлетень Національної асоціації адвокатів України

Реєстраційне свідоцтво  
серія KB № 20370-10170 Р від 19.11.13 р.

#### Засновник

Національна асоціація адвокатів України

#### Юридична та фактична адреса засновника:

04070, м. Київ, вул. Борисоглібська, 3,  
поверх 2

#### Секретаріат НААУ

(044) 392-73-71  
факс: (044) 392-73-70  
E-mail: info@unba.org.ua  
www.unba.org.ua

#### Партнер НААУ



**rwc**



*Barristers*

With faith in God and knowledge of law



## Цивільні справи

О. Розгон

Припинення шлюбу в разі його розірвання  
та визнання фіктивним: відмінності між правовими  
наслідками на прикладах судової практики..... 25



## Цікаві справи

Л. Белкін

Озираючись назад... У контексті останніх рішень  
Верховного Суду з процесуальних питань ..... 36



## Практика ЄСПЛ

О. Дроздов, О. Дроздова

Аналітичний огляд окремих рішень, ухвалених ЄСПЛ  
протягом червня 2018 року..... 41



## Судова практика

Огляд судової практики Верховного Суду..... 56



## Історія адвокатури

І. Василик, Г. Басара-Тилищак

Адвокат Буковини Микола Василько  
(до 150-річчя від дня народження)..... 61

### Головний редактор

Ізовітова Л. П.

### Редактор

Ковтун М. С.

### Загальний дизайн

Гладченко Ю. О.

### Відповідальний випускаючий

Олійник Е. М.

### Реєстраційне свідоцтво:

серія KB № 20370-10170P

### Видавець

ТОВ «Видавничий будинок  
«Фактор»

### Редакція:

вул. Сумська, 106а,  
м. Харків, 61002, Україна  
тел.: (057) 76-500-76  
e-mail: mskovtyn@gmail.com  
www.id.factor.ua

### Віддруковано

згідно з наданим  
оригінал-макетом  
у друкарні «Фактор-Друк»,  
вул. Саратовська, 51,  
м. Харків, 61030, Україна  
тел.: (057) 717-53-55

### Номер замовлення

7732

### Загальний тираж видання

4300 екз.

### Передплатний індекс: 86385

### Періодичність виходу

раз на місяць

### Дата виходу

17.09.2018 р.

© ТОВ «Видавничий будинок «Фактор»,  
2018.

Усі права на публікації захищені.  
Відтворення та поширення  
(розповсюдження) у будь-який спосіб  
творів (окремих частин творів),  
розміщених у бюлетені «Вісник  
Національної асоціації адвокатів  
України», допускається лише  
за дозволом Національної асоціації  
адвокатів України. При відтворенні  
матеріалів, що містяться у бюлетені  
«Вісник Національної асоціації адвокатів  
України», посилання на видання  
і вказівка імені (псевдоніма) автора  
твору обов'язкові.



# ТИСК НА АДВОКАТУРУ ЗАГРОЖУЄ ПОГІРШЕННЯМ СТАНУ ДОТРИМАННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ



Зростання тиску на адвокатуру загрожує погіршенням стану дотримання прав людини в Україні. Обидві тенденції мають бути оцінені міжнародними правозахисними організаціями, які мають необхідні інструменти для змін на державну політику в цій сфері.

Про це йшлося під час конференції **«Адвокатура як інститут збереження демократії і гарантія прав людини в Україні»**, що відбулася 30 серпня 2018 року у Києві. Конференція була організованою НААУ за участю уповноваженого представника управління спеціальних процедур офісу Верховного Комісара ООН з прав людини **Стефано Сенсі**, який перебував з візитом в Україні.

Статистика порушень прав адвокатів свідчить про загрозливу ситуацію для ефективної і безпечної професійної діяльності захисників. Найбільш поширеними причинами для тиску на адвокатів є ототожнення адвокатів з клієнтами та наявність у адвокатів прав збирати докази, щоб захистити своїх клієнтів.

*«Правоохоронні органи сьогодні полюють на наші докази. У ході обшуків намагаються винести все, і наша робота із збирання доказів невинуватості людини зводиться нанівець»*, — зазначила **Голова НААУ Лідія Ізовітова**.

За її словами, останнім трендом стало порушення конституційної норми, якою кожному надано право на правничу допомогу з боку деяких суспільних груп. Такі активісти намагаються підмінити конституційну норму своїми правилами і фільтрувати, хто має право на адвоката, а хто ні. При цьому ними здійснюються і спроби фізичного впливу на участь адвокатів в окре-

мих справах, чим порушується право на вільний вибір захисника. Така ситуація свідчить про наступ на права людини і, зокрема, ігнорування ст. 7 Загальної декларації з прав людини ООН, якою проголошено, що *«Всі люди рівні перед законом і мають право, без будь-якої різниці, на рівний їх захист законом. Усі люди мають право на рівний захист від якої б то не було дискримінації, що порушує цю Декларацію, і від якого б то не було підбурювання до такої дискримінації»*.

Наявні в українському законодавстві гарантії не працюють на те, щоб запобігати порушенням та забезпечувати невідворотність відповідальності за злочини проти адвокатів. Таке ставлення правоохоронних та державних органів до прав адвокатів порушує не лише національне законодавство, але й міжнародні стандарти, гарантовані адвокатам Основними принципами про роль юристів ООН.

Зважаючи на ключову роль адвокатури в захисті прав людини, тиск на адвокатів прямо суперечить й іншим міжнародним документам, які зобов'язала виконувати Україна, зокрема і фундаментальному Пакту про громадянські і політичні права.

Систематизовані дані про види порушень прав адвокатів опубліковано у звіті НААУ<sup>1</sup>. Оновлені цифри свідчать про те, що професія перебуває під ризиком, а на тлі погіршення ситуації з правами людини в Україні тиск на адвокатуру може мати руйнівні наслідки для всіх українських громадян.

З 2013 року було вбито 8 адвокатів. Загалом тільки у провадженні Генеральної прокуратури з 2016 року було відкрито близько 600 кримінальних проваджень стосовно прав адвокатів, проте, до суду було передано менше 1 % цих кримінальних справ. Порушення відбуваються кожного дня, наприклад: щойно, 29 серпня, у Києві було 12 обшуків адвокатів, 7 — у Дніпрі.

Адвокати наголошують на тому, що спроби протистояти тиску на професію і змусити закон працювати виявляються марними. Абсурдною виглядає ситуація, коли необхідно домовлятися з правоохоронними органами про те, щоб вони виконували свої законні обов'язки.

<sup>1</sup> Зі звітом можна ознайомитися на сайті НААУ за посиланням: URL: [http://unba.org.ua/assets/uploads/news/novosti/UNBA\\_Zahyst\\_Adv\\_2018\\_UKR\\_WEB\(1\).pdf](http://unba.org.ua/assets/uploads/news/novosti/UNBA_Zahyst_Adv_2018_UKR_WEB(1).pdf).



За словами Голови НААУ Лідії Ізовітової, така ситуація свідчить про те, що національні інструменти для захисту прав адвокатів не працюють. На звернення до правоохоронних та державних органів надходять формальні відповіді, в яких інколи міститься заперечення самих фактів порушень прав захисників.

*«Механізми захисту нашої організації, нашої професійною спільнотою вичерпані. Саме тому ми звертаємося до уповноваженого Ради ООН з прав людини. Також, зважаючи на те, що ситуація з правами людини в Україні моніториться місією ООН в Україні, ми звертаємо увагу на те, що маркерів моніторингу недостатньо, щоб відобразити стан дотримання прав людини в нашій країні. Окрім того, мають бути і рекомендації, що держава повинна робити, аби її вправляти», — сказала Лідія Ізовітова.*

Окрім індивідуальних випадків порушень, звіт містить інформацію про перешкоджання діяльності органів адвокатського самоврядування. Ради адвокатів регіонів та Комітети захисту прав адвокатів у їхньому складі разом з НААУ формують загальнонаціональний інструментарій захисту права на професію. Проте і цей, передбачений законом, механізм не застрахований від втручання та навіть фізичного блокування їхньої роботи.

Особливу увагу учасниками конференції приділено інструментам захисту прав адвокатів на міжнародному рівні. Стефано Сенсі розповів про інструменти ООН, які застосовуються під час захисту прав адвокатів. Зокрема, спеціальні процедури ООН передбачають роботу спецдоповідача з питань незалежності суддів та адвокатів. Така особа діє як незалежний експерт, який складає звіти, здійснює моніторингові візити до окремих країн та реагує на індивідуальні випадки порушень прав адвокатів у формі адресних комюніке.

У межах роботи із захисту прав адвокатів на міжнародному рівні Комітет захисту прав адвокатів НААУ звернувся з індивідуальними скаргами щодо порушень прав адвокатів Олександра Надреберна (м. Одеса), Володимира Богатиря (м. Київ) та з колективним зверненням по стану порушень прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності в Україні протягом 2016 — 2018 років із детальним описом кожної ситуації.

Сьогодні адвокати OA AVER LEX передали особисто Стефано Сенсі індивідуальні скарги про грубі порушення прав адвокатів AVER LEX під час розгляду резонансних політичних справ у Печерському та Оболонському районних судах міста Києва.

## КОМІТЕТ ЗАХИСТУ ПРАВ АДВОКАТІВ ЗАЯВЛЯЄ ПРО БЕЗДІЯЛЬНІСТЬ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ У ВІДСТОЮВАННІ ГАРАНТІЙ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

10 серпня 2018 року відбулося чергове засідання Комітету захисту прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності.

Темою обговорення стали нові випадки побиття адвокатів та результати прес-конференції, проведеної та організованої Комітетом у зв'язку із такими нападами на адвокатів. Вирішено звернутися до усіх міжнародних організацій із проханням втрутитись у ситуацію із системним порушенням владою гарантій адвокатської діяльності.

Членами Комітету було затверджено детальний алгоритм звернення до Комітету захисту прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності та до Міжнародної комісії юристів з метою проведення розслідувань фак-

тів порушення професійних прав адвокатів владою.

Затверджено розроблений спільними зусиллями Міжнародного комітету та Комітету захисту прав та гарантій адвокатської діяльності **проект Меморандуму про співпрацю між НААУ та Міжнародною комісією юристів.**

Також у ході засідання були внесені зміни до Положення про Комітет захисту прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності та прийнято рішення про направлення тексту Положення для затвердження Радою адвокатів України.

Також Комітет заявив про відсторонення держави та правоохоронних органів у протидії порушенням прав адвокатів.





Про це заявила Голова Комітету Ганна Боряк під час прес-конференції на тему «Напад на адвокатуру — політика держави, направлена на порушення прав і гарантій адвокатської діяльності».

*«Ми сьогодні констатуємо факти. Перший факт — це відсутність у держави обов'язку відповідати за гарантії адвокатської діяльності. Другий факт, який сьогодні констатуємо, це застосування сили, як аргументу у переконанні правової позиції сторони обвинувачення. І третій факт — це залякування адвокатів і втручання в адвокатську діяльність, зокрема, з боку представників Міністерства внутрішніх справ. Представники Міністерства внутрішніх справ, втручаючись в адвокатську діяльність, покривають представників начебто громадських організацій у їх спробах вломитися до офісу НААУ, погрожувати адвокатам у соціальних мережах, застосовувати силу до адвокатів як аргумент необхідності примусити адвоката мовчати», — зазначила Ганна Боряк.*

За її словами, такі випадки відбуваються під фактичним прикриттям правоохоронних органів. Звернення щодо розслідування порушень прав захисника залишаються без належного реагування.

*«У нашій державі ми змушені дійти до того, що адвокат повинен надавати правову допомогу іншому адвокату з метою захисту колег від бездіяльності правоохоронних органів», — наголосив заступник Голови Комітету Ігор Колесніков.*

Адвокатська спільнота обурена тим, що лише за два тижні кінця липня — початку серпня було зафіксовано понад 10 порушень прав та гарантій адвокатської діяльності.

*«На мою адресу на сьогодні надходять погрози, які я сприймаю з неспокійним серцем. Усе ж таки ототожнення нас і клієнта — це, напевно, найбільш страшна ситуація. Відповідну мою заяву було зареєстровано, внесення відомості в державний реєстр за ст. 399 ч. 1 Кримінального кодексу України про те, що у залі судового засідання, 7 липня, в Апеляційному судді міста Києва мені були нанесені побої. Ці дії були перекваліфіковані слідством на частину другу, оскільки на сьогоднішній момент є висновок медичної експертизи, де мені нанесені легкі тілесні ушкодження з критерієм тривалості розгляду здоров'я», — повідомив про своє побиття у приміщенні Апеляційного суду м. Києва заступник Голови Комітету адвокат Олег Поваляєв.*

За словами адвоката Катерини Кармазіної, злочини проти захисників наразі замовчують та не дають їм



розголосу: *«На всю країну змовчали про факт побиття адвоката Юрія Кармазіна, а по-друге, на очах у всієї країни показали, що, якщо ви не визнаєте свою провину у скоєнні якихось злочинів, вас будуть вивозити у невідомому для ваших родичів і ваших адвокатів напрямків для тортур».*

Про втручання в діяльність органів адвокатського самоврядування повідомила член Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії м. Києва Тетяна Гнатюк.

*«2 серпня під час засідання КДКА до зали засідань увірвалася велика кількість людей, у тому числі серед них були депутати і так звані активісти. Ми не мали можливості перейти до іншої зали, аби прийняти рішення через те, що нас заблокували і не давали можливості вийти близько 4 годин. Найцікавіше, що під час таких дій були присутні і представники поліції, на очах яких такі дії здійснювалися, не дивлячись на те, що з нашого боку були прохання зупинити ці неправомірні дії, нас просто проігнорували. Це все відбувалося за підтримки народних депутатів Дейдея і Хмари. Таким чином, усе це свідчить про активне втручання в адвокатську діяльність, у роботу органів адвокатського самоврядування з метою «зламати» Національну асоціацію адвокатів України, підпорядковувати та диктувати свої правила і щоб ми підкорялися цим вимогам», — розповіла Тетяна Гнатюк.*

Наразі українські адвокати ведуть роботу зі створення механізму їх міжнародного захисту.

Голова Комітету Ганна Боряк звернулася до Міністра внутрішніх справ України Арсена Авакова з проханням надати правову оцінку подіям, що відбуваються з нападом на адвокатів та втручанням в діяльність самоврядних органів в групі з невідомими особами.

Відеозапис прес-конференції Комітету захисту прав і гарантій адвокатів при НААУ від 10 серпня 2018 року можна переглянути за посиланням: <http://press.liga.net/press-conf/releases/pres-konferentsiya-z-onlayn-tr-napad-na-advokaturu-v-ukraini>.



# ПОВІДОМЛЕННЯ ПРО ПІДОЗРУ АДВОКАТУ ЗА ДОРУЧЕННЯМ ПРОКУРОРА РЕГІОНУ: ПИТАННЯ ПРАВОМІРНОСТІ



Армен Нерсисян, адвокат, к. ю. н.

*Однією з гарантій незалежності адвокатури є спеціальний порядок притягнення адвоката до кримінальної відповідальності. З одного боку, адвокат, як і будь-яка особа, зобов'язаний дотримуватись норм чинного законодавства. Водночас непоодинокими є спроби штучного притягнення адвоката до кримінальної відповідальності за «незручну», з погляду правоохоронних органів, позицію у справі. Саме запобігання схожим ситуаціям є метою такого спеціального порядку притягнення до відповідальності.*

*Водночас у правозастосовній практиці трапляються випадки, коли текст підозри адвокату підписано компетентною особою (наприклад, прокурором області), а фактичне вручення підозри відбувається іншим суб'єктом (слідчим, прокурором нижчого рівня тощо). Вочевидь, виникає питання щодо законності та правових наслідків таких дій.*

Для відповіді на це питання слід насамперед звернутися до ст. 19 Конституції України, яка встановлює, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Спеціальним законом України у сфері врегулювання кримінального провадження є Кримінальний процесуальний кодекс України<sup>1</sup> 2012 року. Нормами п. 14 ч. 1 ст. 3 КПК встановлено, що **притягнення до кримінальної відповідальності** — це стадія кримінального провадження, яка починається з моменту **повідомлення особі про підозру** у вчиненні кримінального правопорушення.

Частиною 1 ст. 276 КПК встановлено, що повідомлення про підозру обов'язково **здійснюється** в порядку, передбаченому ст. 278 цього Кодексу, у випадках:

- 1) затримання особи на місці вчинення кримінального правопорушення чи безпосередньо після його вчинення;
- 2) обрання до особи одного з передбачених цим Кодексом запобіжних заходів;

## **3) наявності достатніх доказів для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення.**

Особливості повідомлення про підозру окремі категорії осіб визначаються гл. 37 цього Кодексу.

Абзац 1 ч. 1 ст. 277 КПК визначає, що письмове повідомлення про підозру **складається** прокурором або слідчим за погодженням з прокурором. У свою чергу, ч. 1 ст. 278 КПК України встановлено, що письмове повідомлення про підозру **вручається в день його складення** слідчим або прокурором, а у випадку неможливості такого вручення — у спосіб, передбачений цим Кодексом для вручення повідомлень.

Таким чином, логічний метод правових досліджень дозволяє зробити висновок, що термін «здійснення повідомлення про підозру» (ч. 1 ст. 276 КПК) включає в себе дві взаємопов'язані дії:

- 1) складання повідомлення про підозру (ч. 1 ст. 277 КПК);
- 2) вручення повідомлення про підозру (ч. 1 ст. 278 КПК).

Із цим погоджується професор О. В. Капліна, яка визначає, що підозра — це обґрунтоване припущення

<sup>1</sup> Далі за текстом — КПК.



слідчого та/або прокурора про причетність особи до вчинення кримінального правопорушення, яке формалізоване у повідомленні про підозру та має бути перевірено для спростування або підтвердження. Повідомлення про підозру — це процесуальна діяльність, зміст якої полягає у **складанні** слідчим або прокурором письмового повідомлення про підозру **та його врученні** особі відповідно до ст. 276 — 279 КПК<sup>2</sup>.

Підозра в українській науці сприймається як **процесуальне рішення** прокурора, слідчого за погодженням з прокурором, що ґрунтується на **зібраних доказах** під час досудового розслідування та у якому формується припущення щодо причетності конкретної особи до вчинення кримінального правопорушення з повідомленням про це такій особі та з роз'ясненням її прав і обов'язків<sup>3</sup>. З цього можна зробити висновок, що фактично повідомлення про підозру є результатом збирання доказів стороною обвинувачення і проявом її волі щодо початку притягнення особи до кримінального провадження. У свою чергу, таке рішення (повідомлення про підозру) спричиняє виникнення специфічних процесуальних прав, які мають бути **негайно** роз'яснені.

Таким чином, **повідомлення про підозру включає в себе як складання повідомлення про підозру, так і його вручення та роз'яснення прав підозрюваного.**

Ця проблема стає все більш актуальною з огляду на кримінальне переслідування осіб, щодо яких здійснюється особливий порядок кримінального провадження.

Відповідно до ст. 480 КПК особливий порядок кримінального провадження застосовується стосовно: 1) народного депутата України; 2) судді, судді Конституційного Суду України, а також присяжного на час виконання ним обов'язків у суді, Голови, заступника Голови, члена Вищої ради правосуддя, Голови, заступника Голови, члена Вищої кваліфікаційної комісії суддів України; 3) кандидата у Президенти України; 4) Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини; 5) Голови, іншого члена Рахункової палати;

6) депутата місцевої ради; **7) адвоката**; 8) Генерального прокурора, його заступника, прокурора Спеціалізованої антикорупційної прокуратури; 9) Директора та працівників Національного антикорупційного бюро України; 10) члена Національного агентства з питань запобігання корупції.

Пунктом 1 ч. 1 ст. 481 КПК усталено, що письмове повідомлення про підозру **здійснюється: адвокату, депутату місцевої ради, депутату Верховної Ради Автономної Республіки Крим, сільському, селищному, міському голові — Генеральним прокурором, його заступником, керівником регіональної прокуратури** в межах його повноважень<sup>4</sup>.

Пунктом 13 ч. 1 ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» установлена така гарантія, як повідомлення про підозру адвоката у вчиненні кримінального правопорушення, яке може бути здійснене виключно Генеральним прокурором, його заступником, прокурором Автономної Республіки Крим, області, міста Києва та міста Севастополя;

Спеціальний порядок здійснення кримінального провадження щодо адвоката, таким чином, є однією з гарантій адвокатської діяльності та захисту адвоката від тиску.

Відповідно до ст. 1 КПК України порядок кримінального провадження на території України визначається лише кримінальним процесуальним законодавством України. Кримінальне процесуальне законодавство України складається з відповідних положень Конституції України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, цього Кодексу та інших законів України.

Міжнародні договори, ратифіковані Верховною Радою України, є невід'ємною частиною національного законодавства.

Так, Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 р. у п. «а» ч. 3 ст. 14 вказує, що кожен має право при розгляді будь-якого пред'явленого йому кримінального обвинувачення щонайменше на такі гарантії на основі цілковитої рівності — бути терміново і докладно повідомленим мовою, яку він розуміє,

<sup>2</sup> Капліна О. В. Підозра у кримінальному провадженні: поняття, ознаки, сутність / О. В. Капліна // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. № 1. 2013. С. 238—242.

<sup>3</sup> Гринюк В. О. Повідомлення про підозру як форма здійснення первинного обвинувачення у кримінальному провадженні / В. О. Гринюк // Форум права. № 1. 2017. С. 20—25.

<sup>4</sup> Далі за текстом — прокурор рівня не нижче обласного.





про характер та підставу пред'явленого йому обвинувачення.

У п. «а» ч. 3 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року визначено, що кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має щонайменше такі права, як бути негайно і детально поінформованим зрозумілою для нього мовою про характер та причини обвинувачення, висунутого проти нього.

Частиною 2 ст. 20 КПК передбачено, що слідчий, прокурор зобов'язані роз'яснити підозрюваному, обвинуваченому його права та забезпечити право на кваліфіковану правову допомогу з боку обраного ним або призначеного захисника. Вищезазначена норма узгоджується із п. 2 ч. 3 ст. 42 КПК, яким визначено, що підозрюваний має право бути чітко і своєчасно повідомленим про свої права, передбачені КПК, а також отримати їх роз'яснення.

У ч. 8 ст. 42 КПК визначено, що підозрюваному, обвинуваченому вручається пам'ятка про його процесуальні права та обов'язки одночасно з їх повідомленням особою, яка здійснює таке повідомлення.

Вищезазначені вимоги щодо роз'яснення підозрюваному його прав забезпечують одну із головних засад кримінального провадження, передбачену п. 13 ч. 1 ст. 7 КПК, а саме право на захист підозрюваного (ч. 2 ст. 20 КПК).

Рішенням Ради адвокатів України № 222 від 23.09.17 р. «Про затвердження роз'яснення пункту 13 частини першої статті 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»<sup>5</sup> визначено, що **термін «здійснюється»** у контексті гарантій адвокатської діяльності в обов'язковому порядку включає в себе підписання повідомлення про підозру, **вручення повідомлення про підозру та роз'яснення процесуальних прав підозрюваному.**

Натомість надання доручення про повідомлення/вручення повідомлення про підозру іншій службовій особі є наслідком порушення гарантій адвокатської діяльності, оскільки така дія сама по собі нівелює визначений статус адвоката, послаблює гарантії професійної недоторканості.

Слід зважити, що ст. 86 КПК визначає, що доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому цим Кодексом. Недопустимий **доказ**

**не може бути використаний при прийнятті процесуальних рішень, на нього не може посилається суд при ухваленні судового рішення**

Частинами 1 і 2 ст. 87 КПК встановлено, що недопустимими є докази, отримані внаслідок **істотного порушення прав та свобод людини**, гарантованих Конституцією та **законами України**, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також будь-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини. Причому суд зобов'язаний визнати істотними порушеннями прав людини і основоположних свобод, зокрема, такі діяння:

1) здійснення процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов;

2) отримання доказів унаслідок катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність особи, поводження або погрози застосування такого поводження;

**3) порушення права особи на захист;**

4) отримання показань чи пояснень від особи, яка не була повідомлена про своє право відмовитися від давання показань та не відповідати на запитання, або їх отримання з порушенням цього права;

5) порушення права на перехресний допит.

У відповіді на перше питання констатується, що повідомлення адвокату про підозру слідчим та нероз'яснення прокурором обласного рівня чи вище підозрюваному зі спеціальним статусом адвоката його прав та обов'язків підозрюваного є **порушенням його прав, у тому числі і права на захист**, котре передбачене КПК, Конституцією України, а також міжнародними договорами України, **а також гарантій адвокатської діяльності**, встановлених Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

## ПІДСУМОВУЮЧИ

1. Повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення щодо адвоката має бути здійснено виключно уповноваженим суб'єктом — Генеральним прокурором, його заступником, керівником регіональної прокуратури в межах його повноважень. Таке здійснення передбачає проведення всього

<sup>5</sup> Див. веб-сайт НААУ. URL: [http://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/rishennya/2017-09-23-r-shennya-rau-222\\_59d4f61c29010.pdf](http://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/rishennya/2017-09-23-r-shennya-rau-222_59d4f61c29010.pdf).



комплексу дій — як складання повідомлення про підозру, так і його безпосереднє вручення із роз'ясненням прав підозрюваного — спеціально уповноваженим суб'єктом. Вручення неуповноваженим суб'єктом повідомлення про підозру адвокату є, таким чином, порушенням приписів КПК.

2. Обов'язок слідчого або прокурора (у випадку коли про підозру повідомляється адвокату прокурором рівня не нижче обласного) — детально роз'яснити права підозрюваного при врученні особі повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, що є обов'язковим (імперативним) та не передбачає можливості недотримання або ухилення. Відтак повідомлення адвокату про підозру слідчим та нероз'яснення прокурором обласного рівня чи вище підозрюваному зі спеціальним статусом адвоката його прав та обов'язків підозрюваного є порушенням його прав, у тому числі і права на захист, котре передбачене КПК, Конституцією України, а також міжнародними договорами України, а також

гарантій адвокатської діяльності, встановлених Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

3. Випадки, коли повідомлення про підозру адвокату вручене слідчим, а права підозрюваної особи зі статусом адвоката взагалі не роз'яснено або роз'яснено неналежним чином, є порушенням прав такої особи (адвоката), у тому числі права на захист, передбаченого кримінальним процесуальним законодавством України, а також гарантій адвокатської діяльності, встановлених Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

4. Докази, здобуті у кримінальному провадженні щодо адвоката, якому повідомлення про підозру було фактично вручене та права були роз'яснені неналежною особою (іншою, ніж Генеральний прокурор, його заступник чи керівник регіональної прокуратури), є недопустимими і не можуть бути використані при прийнятті процесуальних рішень, на нього не може посылатися суд при ухваленні судового рішення.

## ПОРУШУЮТЬ ТВОЇ ПРАВА?



КОМІТЕТ ЗАХИСТУ  
ПРАВ АДВОКАТІВ НААУ



телефонуй

**(067) 692-44-43\***

*\*гаряча лінія працює цілодобово*





# ЩОДО ПОСТАННЯ ОСОБИ ПЕРЕД СУДОМ У КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВАХ



**Олександр Овчинников,**  
адвокат, член НААУ,  
адвокат Страсбурзької колегії адвокатів  
(Франція)

**Анна Бойченко-Картъє,**  
адвокат, член НААУ,  
адвокат Паризької колегії адвокатів  
(Франція)



*Адвокати у кримінальних справах добре знають, що в Україні існує декілька варіантів постання особи перед судом при слуханні кримінальних справ або розгляді клопотань щодо застосування запобіжних заходів. Особи, що з'являються перед судом вільними, розміщуються на лавці захисту поряд із своїм захисником, та відповідають на питання суду або встаючи, або біля спеціальної кафедри. Тоді як особи, щодо яких застосовано арешт або запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, систематично поміщаються під час судового засідання до кліток з металевими ґратами або до скляних боксів, що встановлено в більш сучасних залах судових засідань. Для того щоб звільнити своїх підзахисних із таких кліток та боксів на час судового слухання, адвокати змушені заявляти відповідні клопотання, що не завжди задовольняються судами.*

На сьогодні порядок постання перед судом особи, яка не є вільною, регулюється Інструкцією з організації конвоювання та тримання в судах обвинувачених (підсудних), засуджених за вимогою судів<sup>1</sup>, затвердженою наказом Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства юстиції України, Верховного Суду України, Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, Державної судової адміністрації України та Генеральної прокуратури України від 26.05.15 р. № 613/785/5/30/29/67/68, яка передбачає, що у залі судового засідання місце для тримання обвинувачених (підсудних), засуджених обладнується загородженнями відповідно до вимог ДБН.

Пункт 4 вищезгаданого наказу дозволив використання стаціонарних металевих загороджень у залах судових засідань місць для тримання обвинувачених

(підсудних), засуджених до повної їх заміни загордженням зі скла чи органічного скла.

У свою чергу, розд. 7 ДБН В.2.2-26:2010 «Вимоги до безпеки експлуатації будинків судів» передбачає розміщення підсудних за металевими ґратами, а також, при проектуванні зони для утримання підсудних, можливість використання kabini з огорожею зі спеціального захисного скла замість металевих загороджувальних ґрат (п.п. 7.1.8). Площа kabini для розміщення підсудних визначається з розрахунку не менше ніж 0,8 м<sup>2</sup> на одного підсудного <...> Kabina повинна мати технологічний отвір для зняття наручників і передавання підсудним документів для ознайомлення та спілкування підсудних із захисниками.

Інструкції про порядок конвоювання та тримання в судах підсудних (засуджених) за вимогою судових

<sup>1</sup> Далі за текстом — Інструкція з організації конвоювання.



органів, затверджена наказом Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства юстиції України, Генеральної прокуратури України, Верховного Суду України, Служби безпеки України від 16.10.96 р. № 705/37/5/17-398 1-3/503/239, що діяла до 26.05.15 р., передбачала, що до 50 % залів судових засідань, в яких розглядаються кримінальні справи, обладнуються стаціонарними металевими загородами, які відокремлюють підсудних від складу суду і присутніх громадян.

Проте систематичне поміщення підсудних до клі-

ток із металевими ґратами та до скляних кабін, що не враховує обставини конкретної справи, не відповідає практиці Європейського суду з прав людини<sup>2</sup>, про що йтиметься в першій частині цієї статті. Друга частина буде присвячена практиці постанови особи перед судом у кримінальних справах у Франції, а також досвіду боротьби французьких адвокатів, до яких належать і автори цієї статті, проти встановлення скляних боксів у залах судових засідань, що може стати прикладом для української адвокатської спільноти.

## ПРАКТИКА ЄСПЛ ЩОДО ПОМІЩЕННЯ ОСІБ ДО КЛІТОК З МЕТАЛЕВИ ҐРАТАМИ ТА СКЛЯНИХ БОКСІВ

Перш за все необхідно наголосити, що національне законодавство України, у тому числі кримінально-процесуальне, передбачає механізм прямого застосування Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод<sup>3</sup> та практики ЄСПЛ у випадках, коли певна норма національного законодавства їм суперечить<sup>4</sup>.

Що ж стосується практики ЄСПЛ стосовно поміщення особи до спеціальної клітки під час судового розгляду, то необхідно зазначити, що в більш ранніх справах Суд розглядав це питання в контексті ст. 6 § 2, що встановлює принцип презумпції невинуватості. Пізніше, починаючи з 2005 р.<sup>5</sup>, Суд почав аналізувати практику поміщення до клітки в залі судового засідання з позиції ст. 3 Конвенції, що забороняє приниження чи знущання над особою.

Суд, неодноразово розглядаючи скарги на тримання в металевих клітках та скляних боксах, зокрема, у багатьох справах проти країн колишнього СРСР, де така практика була звичайною, виробив наступну практику з цього питання.

### ПРАКТИКА ПОМІЩЕННЯ ДО МЕТАЛЕВОЇ КЛІТКИ

Однією із перших та гучних справ, в якій Суд оцінив сумісність тримання заявника у металевій клітці під час судового розгляду, була справа «Ходорковський проти Росії»<sup>6</sup>. Суд дійшов висновку про порушення ст. 3 Конвенції, базуючись на тому, що пан Ходорковський звинувачувався у ненасильницькому злочині, не мав судимості та схильності до насильства, тоді як поміщення його до клітки не було зумовлено якимось реальним ризиком, а тільки тим фактом, що лава підсудних розташувалася у металевій клітці, що була перманентною конструкцією. Окрім того, Суд зазначив, що судовий процес, протягом якого заявника було поміщено до клітки, висвітлювався національним та міжнародними засобами масової інформації.

З іншого боку, у справі «Тітаренко проти України»<sup>7</sup> Суд 4 голосами проти 3 вирішив, що поміщення заявника до металевій клітці не становило порушення ст. 3 Конвенції, оскільки, по-перше, його підозрювали у скоєнні особливо насильницького злочину проти

<sup>2</sup> Далі за текстом — ЄСПЛ або Суд.

<sup>3</sup> Далі за текстом — Конвенція.

<sup>4</sup> Див. ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.06 р., ч. 2 ст. 8 КПК. Також ч. 4 та 5 ст. 9 КПК визначає, що у разі якщо норми цього Кодексу суперечать міжнародному договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, застосовуються положення відповідного міжнародного договору України. Кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини.

<sup>5</sup> Див. «Сарбан проти Молдови» («Sarban v. Moldova»), № 3456/05, § 90, рішення від 04.10.05 р., також «Ашот Харутунян проти Вірменії» («Ashot Harutyunyan v. Armenia»), № 34334/04, § 123-129, рішення від 15.06.10 р.

<sup>6</sup> Див. «Ходорковський проти Росії», № 5829/04, § 120-126, рішення від 31.03.11 р.

<sup>7</sup> Див. «Тітаренко проти України», № 31720/02, § 58-64, рішення від 20.09.12 р.





поліцейських, які намагалися його заарештувати у зв'язку із іншим злочином, та, по-друге, судовий процес не висвітлювався ЗМІ. Проте троє суддів, що не погодились із думкою більшості<sup>8</sup>, відстоювали позицію, що обвинувачення заявника у скоєнні насильницького злочину не є вирішальним. На їхню думку, зважаючи на принцип презумпції невинуватості, єдиним фактором, що має значення, є наявність дійсного та специфічного ризику в залі судового засідання, що не було оцінено національним судом, а тому, навіть за відсутності уваги ЗМІ, поміщення до металевої клітки становить приниження людської гідності в порушення ст. 3 Конвенції.

У справі «Свинаренко та Сляднев проти Росії»<sup>9</sup> Великою Палатою Суду було встановлено принцип, згідно з яким **тримання особи у металевій клітці під час судового засідання саме собою, з огляду на його об'єктивно принизливий характер, є несумісним з нормами цивілізованої поведінки, яка є характерною ознакою демократичного суспільства та становить приниження людської гідності у порушення ст. 3 Конвенції**.

Посилаючись на справу «Свинаренко та Сляднев проти Росії», Суд знайшов порушення ст. 3 Конвенції у справі «Корнейкова та Корнейков проти України»<sup>10</sup>, в якій до вагітної заявниці, що підозрювалась у розбійному нападі, було обрано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою. Під час судових засідань заявницю, яка перебувала на пізній стадії вагітності, тримали у клітці із металевими ґратами, а пізніше, коли вона стала годуючою матір'ю, тримання за такими ґратами відокремлювало її від своєї дитини. При цьому суддя, у провадженні якого перебувала справа, відмовив у задоволенні клопотань заявниці про те, щоб її не тримали у металевій клітці, оскільки, на його думку, поміщення підсудних до таких кліток передбачене законодавством та не має винятків, тоді як перебування за межами клітки відповідало б тимчасовому звільненню з-під варти, що суперечило б обраному

заявниці запобіжному заходу. Вирішуючи цю справу, Суд, серед іншого, особливо зазначив, що обґрунтованість тримання заявниці за металевими ґратами ніколи не розглядалась, зважаючи на вищевикладену позицію національного судді.

Також порушення ст. 3 Конвенції у зв'язку із необґрунтованим триманням заявника за металевими ґратами було знайдено в справі «Луценко проти України» (№ 2)<sup>11</sup>. Зокрема, Судом було встановлено, що, оскільки заявник не мав судимості та не обвинувачувався у насильницькому злочині, його тримання в металевій клітці не могло бути вмотивоване метою безпеки. Суд також взяв до уваги, що заявник був відомим політичним діячем та судовий процес висвітлювався журналістами та фотографами.

У справі «Кулік проти України»<sup>12</sup> Суд у складі комітету із 3 суддів<sup>13</sup> встановив порушення ст. 3 Конвенції у зв'язку із триманням в металевій клітці заявника, який звинувачувався у вчиненні навмисного вбивства. Зокрема, у рішенні Суд зауважив, що тримання в металевих клітках під час судових слухань підсудних, навіть яких ще не було засуджено, є стандартною процедурою в Україні. Порушення ж у цій справі було встановлено на тій підставі, що Урядом не було доведено наявності дійсного та специфічного ризику, який би виправдовував тримання заявника, якого охороняли три охоронці, у металевій клітці під час судового засідання. Тобто практика Суду еволювала таким чином, що навіть якщо особа звинувачується у вчиненні насильницького злочину та судові засідання не є медійним, тримання в клітці може бути виправдане тільки за наявності дійсного та специфічного ризику, що може виникнути в залі судового засідання.

Такий підхід було підтверджено Судом в недавній справі «Караченцев проти Росії»<sup>14</sup>, в якій заявник скаржився на тримання в металевій клітці в слідчому ізоляторі під час його участі через відеоконференцію в засідання із розгляду його апеляційних скарг на постанови щодо застосування до нього тримання

<sup>8</sup> Див. Особливу думку суддів SPIELMANN, ZUPANČIČ та POWER-FORDE у справі «Титаренко проти України», № 31720/02.

<sup>9</sup> Див. «Свинаренко та Сляднев проти Росії» ([ВП], заяви № № 32541/08 та 43441/08, §138

<sup>10</sup> Див. «Корнейкова та Корнейков проти України», № 56660/12, § 160-166, рішення від 24.03.16 р.

<sup>11</sup> Див. «Луценко проти України» (№ 2), № 29334/11, § 168-173, рішення від 11.09.15 р.

<sup>12</sup> Див. «Кулік проти України», № 34515/04, § 117-121, рішення від 02.02.17 р.

<sup>13</sup> Суд розглядає справи у складі комітету із 3 суддів, коли існує усталена практика стосовно певного питання, що постійно повторюється.

<sup>14</sup> Див. «Караченцев проти Росії», № 23229/11, § 39-54, рішення від 17.04.18 р.



під вартою. У цій справі Суд вказав, що той факт, що заявник не був фізично присутній у залі судового слухання і тому не поставав у металевій клітці на публіці, не позбавляє таке поміщення до клітки принизливого ефекту, що порушує ст. 3 Конвенції, адже достатнім є те, що особа відчуває себе приниженою у своїх власних очах.

Підсумовуючи, підкреслимо, що за загальним правилом поміщення особи до металеві клітки під час судового засідання саме собою є неприпустимим, оскільки має об'єктивно принизливий характер, що суперечить вимогами ст. 3 Конвенції. Згідно з чинною практикою Суду єдиним критерієм виправданості застосування такого заходу безпеки є наявність дійсного та специфічного ризику порушення безпеки чи втечі особи під час судового розгляду, який в кожному конкретному випадку має бути оцінений судом, перед яким постає особа.

### ПРАКТИКА ПОМІЩЕННЯ ДО СКЛЯНИХ КАБІН

Поміщення підсудних до скляного боксу було предметом розгляду в справі *«Ярослав Белоусов проти Росії»*<sup>15</sup>, як в аспекті ст. 3 Конвенції, так і в аспекті права на захист, гарантованого § 3 ст. 6 Конвенції.

Аналізуючи скаргу на порушення ст. 3 Суд вказав, що, на відміну від металевих кліток, поміщення особи до скляного боксу, саме собою не становить приниження, яке досягає «мінімального рівня суворості», що вимагається для застосування ст. 3 Конвенції. Однак такий рівень може бути досягнуто, якщо умови тримання в скляному боксі спричиняють рівень страждань та труднощів, що перевищує неминучий рівень страждань, характерний для позбавлення волі.

Так, у справі *«Ярослав Белоусов проти Росії»* та справах інших співобвинувачених у кримінальній справі<sup>16</sup> Суд знайшов порушення ст. 3 Конвенції, з огляду на (I) розмір скляного боксу та кількість підсудних (заявник тримався в скляному боксі площею 5,4 м<sup>2</sup> разом з десятьма іншими підсудними), (II) значну тривалість судових засідань та (III) той факт, що завдяки ЗМІ під-

судні були показані широкій публіці в цьому тісному боксі. При цьому Суд зауважив, що застосування скляних кабін, яке ускладнювало для заявника участь у слуханнях та спілкування із захисником, хоча і могло спричинити хвилювання та стрес, але саме собою це не є достатніми для досягнення рівня суворості, що вимагає ст. 3 Конвенції.

Розглядаючи скаргу з позиції ст. 6 Конвенції, Суд перш за все нагадав, що тримання під вартою в судовій залі може вплинути на справедливість судового розгляду, гарантованого цією статтею. Зокрема, тримання під вартою може зашкодити здійсненню права на ефективну участь у судовому засіданні та отримання практичної та ефективної юридичної допомоги<sup>17</sup>. Суд також наголосив, що право підозрюваного спілкуватися зі своїм адвокатом без ризику бути підслуханим третіми особами є одним із основним вимог справедливого судового розгляду в демократичному суспільстві, адже інакше правова допомога значно втратила б свою корисність. Так, ураховуючи важливість, що надається праву на захист, будь-які заходи, що обмежують участь підсудного у процесі або встановлюють обмеження на його стосунки із адвокатом, можуть бути запроваджені тільки в разі необхідності та мають бути пропорційними ризикам, що існують в кожному конкретному випадку.

У справі *«Ярослав Белоусов проти Росії»* Суд установив, що відокремлення підсудних за скляною стіною не тільки певним чином зменшило їх пряму участь у слуханні, але й зробило неможливим конфіденційне спілкування заявника зі своїм адвокатом, з яким він мав спілкуватися через мікрофон у безпосередній близькості до конвойних поліцейських. Крім того, скляна кабіна не була обладнана для того, щоб робити нотатки та працювати з документами<sup>18</sup>. Далі Суд вказав, що визначення найбільш прийнятних заходів безпеки в кожній конкретній справі належить національним судам, що мають не тільки враховувати інтереси належного здійснення правосуддя, очевидності справедливості процедури, дотримання презумпції невинуватості, а також забезпечити право обвинуваченого

<sup>15</sup> Див. *«Ярослав Белоусов проти Росії»*, № 2653/13 та 60980/14, § 120—128, рішення від 04.10.16 р..

<sup>16</sup> Див. справи інших співобвинувачуваних у кримінальній справі стосовно протестів на Болотній площі в Москві: *«Кавказький проти Росії»*, № 19327/13, § 60—61, рішення від 28.11.17 р.; *«Луцкевич проти Росії»*, № 6312/13, § 70, рішення від 15.05.18 р. тощо.

<sup>17</sup> Ibidem, § 149—154.

<sup>18</sup> Ibidem, § 151.



ефективно брати участь у процесі та отримувати правову допомогу. Суд дійшов висновку, що в цій справі застосування скляної kabini не було виправдано ризиком порушення безпеки, а становило звичайну практику. Крім того, національний суд, що розглядав справу, не визнав негативний вплив застосування скляної клітки на реалізацію права особи на захист та не вжив заходів, направлених на врівноваження таких обмежень. На цих підставах Суд дійшов висновку, що право заявника на ефективну участь у судовому розгляді та отримання практичної та ефективної правової допомоги було обмежено не виправдано

та непропорційно, що порушило § 1 та § 3 (b) та (c) ст. 6 Конвенції.

На сьогодні Суд ще не розглядав українських справ стосовно поміщення до скляної kabini, змонтованої відповідно до Інструкції з організації конвоювань та ДБН В.2.2-26:2010. Але нагадаємо, що згідно з вищезазначених українських ДБН підсудний має спілкуватися із захисником через *технологічний отвір для зняття наручників і передавання підсудним документів для ознайомлення та спілкування підсудних із захисниками*, що явно унеможливило конфіденційне спілкування із захисником під час судового засідання.

## ПРАКТИКА ПОСТАННЯ ОСОБИ ПЕРЕД СУДОМ У ФРАНЦІЇ

### ПОРЯДОК ПОСТАННЯ ОСОБИ В ЗАЛІ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ ЗГІДНО З ПРАВОМ ЄС

Питання порядку постанови підозрюваного перед судом врегульоване Директивою ЄС № 2016/343 від 09.03.16 р. **Стосовно посилення деяких аспектів презумпції невинуватості та права участі в кримінальному процесі**<sup>19</sup>. Зокрема, ст. 5 Директиви встановлює, що Країни-Члени мають вжити належних заходів та стежити за тим, щоб підозрювані та особи, які переслідуються, не поставали в судовому засіданні та на публіці як винуваті через застосування примусових заходів фізичного впливу. Відповідно до § 2 ст. 5 Країни-Члени можуть застосовувати такі примусові заходи фізичного впливу, які виявляються необхідними, з огляду на обставини конкретної справи, для дотримання безпеки та запобіганню підозрюваному чи особі, яка переслідуються, втекти чи увійти в контакт із третіми особами.

Крім того, п. 20 Преамбули Директиви передбачає, що компетентні органи мають утримуватись від представлення підозрюваної чи переслідуваної особи як винуватої на слуханні чи на публіці, через застосування таких заходів фізичного впливу, як наручники, скляні бокси, клітки з металевими ґратами, за винятком випадків, коли застосування таких заходів виявляються необхідними, з огляду на обставини конкретної справи щодо безпеки, зокрема, щоб заважати підозрюваному

чи особі, яка переслідуються, завдати шкоди собі або іншим, чи пошкодити майно, чи заважати втекти чи увійти в контакт із третіми особами як свідками чи потерпілими. Отже, згідно із зазначеною Директивою поміщення особи до металевої клітки або скляного боксу є винятком, а не правилом, необхідність застосування якого в кожному конкретному випадку має бути виправдано наявністю вищезазначених ризиків.

Країнам-Членам Директивою було надано час до 01.04.18 р. для транспозиції її положень до свого законодавства, що не було дотримано у Франції. Нагадаємо, що директиви, які не були перенесені до національного законодавства у встановлений для цього час, набувають прямої дії<sup>20</sup>.

### ПРАКТИКА ПОСТАННЯ ОСОБИ ПЕРЕД СУДОМ У ФРАНЦІЇ

У світлі посилення заходів безпеки у зв'язку із терористичною загрозою в країні 18.08.16 р. Міністерство юстиції Франції своєю постановою<sup>21</sup> затвердило «Національні вказівки безпеки судової діяльності». Вони, зокрема, передбачили встановлення в залах судових засідань, де розглядатимуться кримінальні справи, скляних боксів та «комбінованих» боксів (з металевими ґратами та склом по боках зі сторони суддів та публіки) з метою поміщення до них підсудних, що утримуються під конвоєм.

<sup>19</sup> DIRECTIVE (UE) 2016/343 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales.

<sup>20</sup> Див. Рішення Суду Юстиції Європейського Союзу Van Duyn від 04.12.74 р. та Ratti від 05.04.79 р.

<sup>21</sup> Arrêté du 18 août 2016 portant approbation de la politique ministérielle de défense et de sécurité № OR: JUST1624217A.



Обурені перспективою запровадження такої практики, у жовтні 2017 року французькі адвокати звернулися до Захисника прав (французький аналог Омбудсмана) з проханням надати свою думку стосовно систематичного встановлення скляних боксів та боксів з металевими ґратами в залах судових засідань на підставі зазначеної постанови Міністерства юстиції.

Наприкінці 2017 року Міністр юстиції Франції наказав призупинити встановлення скляних та комбінованих кабін відповідно до «Національних вказівок безпеки судової діяльності».

У лютому 2018 року Національна Рада колегій адвокатів Франції закликала Міністра юстиції негайно виконати вимоги Директиви ЄС 2016/343 від 09.03.16 р. А вже 13.04.18 р. звернулась із відкритим листом до Міністра юстиції Франції, в якому від імені всіх адвокатів Франції вимагала демонтаж усіх скляних кабін та кабін з ґратами, які не є гідними сучасної демократії XXI століття. Національна Рада колегій адвокатів, серед іншого, зазначала, що застосування таких конструкцій ізолює та стигматизує особу, віддаляє її від свого захисника та порушує принцип презумпції невинуватості та право на захист.

Проте 16.04.18 р. відкрила свої двері нова будівля Трибуналу Парижа, в якій такі скляні бокси було встановлено в залах, де розглядатимуться кримінальні справи, що викликало протести адвокатів Паризької колегії, так само як і в їх колег з Кретею, Тулузи Нантеру та Гренобля. Так, паризькі адвокати протестували проти початку проведення слухання в новій будівлі із встановленими боксами, у кримінальних справах, в яких підсудні не постають вільними (зокрема, так звана «прискорена процедура», в якій суд розглядає справу відразу після закінчення арешту). Адвокати зазначали, що поміщення особи до скляного боксу дає суддям сигнал, що особа є небезпечною та порушує принцип презумпції невинуватості, який має бути дотриманий таким же чином, що стосовно осіб, які постають перед судом вільними. Крім того, адвокати вказували, що перебування особи в такому боксу порушує її гідність та позбавляє можливості вільно спілкуватись зі своїм адвокатом та зашкоджує здійсненню захисту.

На думку адвокатів, застосування боксів має на меті зменшення витрат держави на охорону залів судових слухань, що відбуватиметься за рахунок порушення прав підсудного. Адвокати вимагали від Міністерства юстиції негайного демонтажу скляних боксів в залах нового Трибуналу до початку слухань кримінальних справ.

17 квітня 2018 року Захисник прав оприлюднив рішення<sup>22</sup>, яким висловив свою думку, що, враховуючи шкоду, що застосування боксів завдає здійсненню права на захист та принципу презумпції невинуватості та, за відсутності контролю ризиків та координації заходів безпеки в кожному конкретному засіданні, систематичне встановлення боксів та кліток у залах судових засідань, обмежує основні права обвинувачених чи підозрюваних, що не постають вільними. Захисник прав не погодився із встановленим правилом, що особи, які не з'являються в суді вільними, поміщаються до скляних та «комбінованих» боксів. Серед іншого, він рекомендував Міністерству юстиції скасувати положення «Національних вказівок безпеки судової діяльності» щодо встановлення боксів, забезпечити зали судових засідань, в яких такі бокси відсутні та обмежити застосування боксів виключними випадками, коли наявний особливо серйозний ризик щодо безпеки засідання та коли інші заходи безпеки та персонал виявляється недостатнім. При цьому, у випадку застосування таких боксів, вони мають бути сконструйовані таким чином, щоб забезпечити належне та конфіденційне спілкування із адвокатом, перекладачем, можливість передавати документи тощо.

При винесенні зазначеного рішення Захисник прав виходив із наступних міркувань.

По-перше, кількість інцидентів<sup>23</sup> у судах є незначною, більшість з яких мали місце не в залі судових засідань, а на шляху до нього (кулуари, паркінг, зал очікування).

По-друге, Захисник прав звернув увагу на порушення ст. 3 та 6 Конвенції, знайдені ЄСПЛ в щодо розміщення в клітках та скляних кабінах.

По-третє, він нагадав відповідно до положень Кримінально-процесуального кодексу Франції<sup>24</sup> та судової практики керування судовим засіданням здійснюється

<sup>22</sup> Див. Рішення Захисника прав Жака Тубона n°2018-128 від 17.04.18 р.

<sup>23</sup> Від 3 до 6 випадків на рік за період з 2012 року до 2017 року.

<sup>24</sup> Див. ст. 309, 321, 401, 404, 505—507 Кримінально-процесуального кодексу Франції.





головуючим суддею, який самостійно вирішує щодо необхідних заходів безпеки, складу конвою, місця розміщення підсудних та членів їх родин під час слухання та, за потреби, поміщення підсудного за захисне скло замість лави захисту поряд зі своїм адвокатом<sup>25</sup>. На думку Захисника прав, положення «Національних вказівок безпеки судової діяльності» щодо систематичного встановлення боксів незаконно обмежує права головуєчого в судовому засіданні.

Захисник прав надав Міністерству юстиції та Міністерству внутрішніх справ 2 місяці, щоб доповісти про виконання зазначених рекомендацій.

19 квітня 2018 року після декількох тижнів дискусій між Президентом Трибуналу Парижа, Прокуратурою, Міністерством юстиції та представниками Паризької колегії адвокатів було вирішено демонтувати бокси, залишивши їх тільки в залах судових засідань, де розглядатимуться справи, пов'язані із тероризмом та організованою злочинністю.

Таке досягнення адвокатів Паризької колегії могло б надихнути українську адвокатську спільноту на боротьбу за те, щоб практика застосування металевих кліток та скляних боксів у Україні стала виключною, як це має бути, зокрема, відповідно до практики ЄСПЛ. На жаль, суди не завжди задовольняють такі клопотання, не дивлячись на відсутність ризиків, пов'язаних з безпекою судового розгляду. Необхідно зазначити, що мотивування, викладене в рішенні Захисника прав, також доречні та справедливі для українських реалій. Важливо було б наполягати та нагадувати судам, Прокуратурі та Міністерству юстиції та внутрішніх справ України, що, з огляду на ст. 321 Кримінального процесуального кодексу України, право вирішувати, які заходи є необхідними для забезпечення в судовому засіданні належного порядку, належить тільки головуєчому, та не може бути обмежене через затвердження державних будівельних норм або інструкцій про організацію конвоювання.

<sup>25</sup> Див. Рішення Захисника прав від 17.04.18 р. Cour de cassation, Chambre criminelle, 7 déc. 1966, no 66-91.247, Bull. crim. no 281. 15 Cour de cassation, Chambre criminelle, 17 mars 1851, Bull. crim. no 147. 16 Cour de cassation, Chambre criminelle, 20 févr. 1985, no 84-94.750, Bull. crim. no 81. — Crim. 15 mai 1985, no 84-95.752, ibid. no 188. 17 Cour de cassation, Chambre criminelle, 16 févr. 2011, no 10-82.114. 18 Cour de cassation, Chambre criminelle, 1er déc. 1910, Bull. crim. no 595.



# ПРО НЕВІДПОВІДНІСТЬ АВТОМАТИЧНОГО ЗАСТОСУВАННЯ ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ У ВИГЛЯДІ ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ КОНВЕНЦІЇ ТА ПРАКТИКИ ЄСПЛ



Олександр Задорожний, адвокат

31 жовтня 2014 року набули чинності зміни до ч. 5 ст. 176 Кримінального процесуального кодексу України<sup>1</sup>, відповідно до яких запобіжні заходи у вигляді особистого зобов'язання, особистої поруки, домашнього арешту, застави не можуть бути застосовані до осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні злочинів, передбачених ст. 109 — 114 1, 258 — 258 5, 260, 261 Кримінального кодексу України<sup>2</sup>. Те ж саме закріплено і в ч. 1 ст. 183 КПК, яка унормовує, що тримання під вартою є винятковим запобіжним заходом, який застосовується виключно у разі, якщо прокурор доведе, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів не зможе запобігти ризикам, передбаченим ст. 177 цього Кодексу, крім випадків, передбачених ч. 5 ст. 176 цього Кодексу.

Інакше кажучи, слідчі судді, суди повинні безальтернативно, тобто автоматично застосовувати найсуворіший запобіжний захід у вигляді тримання під вартою лише на тій підставі, що особа підозрюється (нехай і явно необґрунтовано) в одному із перелічених у ч. 5 ст. 176 КПК кримінальних правопорушень.

Водночас ст. 5 § 1 (с) Конвенції встановлює право-захисний стандарт, відповідно до якого нікого не може бути позбавлено свободи, крім таких випадків, і відповідно до процедури, встановленої законом: (с) законний арешт або затримання особи, здійснене з метою допровадження її до компетентного судового органу за наявності **обґрунтованої** підозри у вчиненні нею правопорушення або якщо **обґрунтовано** вважається необхідним запобігти вчиненню нею правопорушення чи її втечі після його вчинення.

Це основоположне право належить до так званих обмежених прав, оскільки воно не може бути «збалансоване» як відносні права (ст. 6, 8, 9, 10 Конвенції тощо). Таке право, через його обмежений характер,

не підлягає поширювальному трактуванню і може тлумачитись виключно буквально.

Так, у рішенні ЄСПЛ у справі «Гарькавий проти України» (№ 25978/07, п. 62—63, від 18.05.10 р.) зазначається про те, що ст. 5 Конвенції гарантує основоположне право на свободу та недоторканність. Це право є **найважливішим** у «демократичному суспільстві» у розумінні Конвенції. Кожен має право на захист цього права. Це означає, що особа не може бути позбавлена або не може позбавлятися свободи і лише вузьке тлумачення цих винятків відповідає цілям цього положення, а саме — **гарантувати, що нікого не буде свавільно позбавлено свободи.**

Важливо підкреслити те, що таке тлумачення є установлене практикою ЄСПЛ та підтримано Великою Палатою ЄСПЛ у справі «Лабіта проти Італії» («Labita v. Italy») № 26772/95, п. 170).

Цікавим та корисним є нещодавнє рішення ЄСПЛ у справі «Рашад Хасанов та інші проти Азербайджану»<sup>3</sup> (№ 48653/13, від 07.07.18 р.). До речі,

<sup>1</sup> Далі за текстом — КПК.

<sup>2</sup> Далі за текстом — КК.

<sup>3</sup> Переклад цього рішення здійснили адвокати О. Дроздов та О. Дроздова. Див. за посиланням : [http://unba.org.ua/assets/uploads/644b585b855a3ad2ca7d\\_file.pdf](http://unba.org.ua/assets/uploads/644b585b855a3ad2ca7d_file.pdf).



це рішення винесене п'ятою секцією, до якої належить й Україна.

У п. 91 цього рішення ЄСПЛ зазначив, що ст. 5 § 1 Конвенції містить *вичерпний перелік дозволених підстав для позбавлення свободи*, яких необхідно суворо дотримуватися. Особа може бути затримана відповідно до ст. 5 § 1 (с) Конвенції лише в контексті кримінального провадження з метою допровадження її до компетентного судового органу *за наявності «обґрунтованої підозри»* у вчиненні правопорушення».

У п.п. 93 та 94 цього рішення ЄСПЛ наголошується, що вимога того, щоб підозра була заснована на *обґрунтованій* підставі, є важливою частиною гарантії *від свавільного арешту* та затримання (див. *«Гусинський проти Росії»*, № 70276/01, § 53). Той факт, що підозра створена сумлінно, є недостатнім. Формулювання «обґрунтована підозра» означає наявність фактів або інформації, яка б переконала об'єктивного спостерігача у тому, що відповідна особа, можливо, вчинила правопорушення. При цьому тлумачення терміна «обґрунтована» залежить від усіх обставин справи. Під час оцінювання «обґрунтованості» підозри Суд повинен мати можливість з'ясувати, чи була забезпечена сутність гарантії, передбаченої ст. 5 § 1 (с). Отже, Уряд-відповідач повинен надати принаймні деякі факти або інформацію, яка могла б переконати Суд у тому, що заарештована особа обґрунтовано підозрювалася у вчиненні стверджуваного злочину.

Вищенаведеному суперечить ч. 5 ст. 176 та ч. 1 ст. 183 КПК.

І це при тому, що до повноважень слідчого судді належить здійснення судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів у кримінальному провадженні (п. 18 ч. 1 ст. 3 КПК).

Гарантія судового контролю при арешті або затриманні, передбачена також і ст. 5 § 3 Конвенції, відповідно до якої кожен, кого заарештовано або затримано згідно з положеннями підпункту «с» § 1 цієї статті, має негайно постати перед суддею чи іншою посадовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу, і йому має бути забезпечено розгляд справи судом протягом розумного строку або звільнення під час провадження. Таке звільнення може бути обумовлене гарантіями з'явитися на судові засідання.

Прикметно, що при вирішенні питання про обрання запобіжного заходу до особи, яка підозрюється у вчиненні одного із кримінальних правопорушень, передбачених ч. 5 ст. 176 КПК, національне законодавство,

зокрема і ст. 194 КПК, не звільняє слідчого суддю, суд від здійснення судового контролю, а навпаки — імперативно закріплює їх беззаперечний *обов'язок* встановити, чи доводять надані сторонами кримінального провадження докази обставини, які свідчать про: 1) наявність *обґрунтованої* підозри у вчиненні підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення; 2) наявності 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.

Варто зауважити, що відповідно до практики ЄСПЛ тяжкість можливого покарання не є сама собою самодостатньою підставою для обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, а попереднє ув'язнення не може бути «формою очікування» вироку з огляду на повагу до презумпції невинуватості (див. рішення у справі *«Летельє проти Франції»*, № 12369/86, § 51, від 26.06.1991р).

Тобто судовий контроль є, безумовно, обов'язковим. Утім, через цитовані вище приписи ч. 5 ст. 176 та ч. 1 ст. 183 КПК такий судовий контроль є, висловлюючись термінами ЄСПЛ, «теоретичним та ілюзорним». Тоді як одним із принципів тлумачення Конвенції є її практичне та ефективне застосування, адже *«Конвенція гарантує не теоретичні та ілюзорні права, а права, що мають практичний вплив і є ефективними»* (п. 75 рішення у справі *«Афанас'єв проти України»* та рішення ЄСПЛ у справі *«Ейрі проти Ірландії»*). Отже, цим порушується ст. 13 «Право на ефективний засіб юридичного захисту» у поєднанні зі ст. 5 § 1 (с) та § 3 Конвенції.

Підсумовуючи вищенаведене, можна цілком впевнено стверджувати про невідповідність Конвенції та практики ЄСПЛ, а також і Конституції України, приписів ч. 5 ст. 176 та ч. 1 ст. 183 КПК щодо безальтернативного, автоматичного застосовування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, особам, підозрюваним у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч. 5 ст. 176 КПК.

Глибоко переконаний, що як Конституційний Суд України (за конституційними скаргами), так і ЄСПЛ підтримають правову позицію щодо категоричної неприпустимості автоматичного застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою без дієвого та ефективного судового контролю та перевірки наявності «обґрунтованої підозри».



# ПРОГАЛИНИ В ПРАКТИЦІ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ: НЕВРЕГУЛЬОВАНІСТЬ ПРОЦЕДУРИ ВИЗНАННЯ МАТЕРІАЛІВ ДОКАЗАМИ



Олег Несінов, адвокат

*Одним із важливих елементів досягнення умов справедливого правосуддя в кримінальному процесі є дотримання процедури, у тому числі процедури визнання матеріалів доказами. Вважаю, що законодавство та судова практика має в цьому питанні прогалини, які можуть бути використані учасниками процесу.*

*Ця стаття є продовженням статті автора «Прогалини в практиці застосування кримінально-процесуального законодавства, які доцільно використовувати для успіху в процесі»<sup>1</sup>. Також окремі аспекти цього питання були висвітлені на сторінках інтернет-видання «Протокол» у статті автора «Порушення процедури оцінки доказів. Прогалини в практиці застосування кримінального процесу».*

У визначенні доказу (ч. 1 ст. 84 Кримінального процесуального кодексу України<sup>2</sup>) містяться його обов'язкові складові елементи — фактичність даних та отримання у передбаченому КПК порядку.

Це означає, що якщо джерело доказів визначено, оцінено та названо доказом, то це вже свідчить про те, що він отриманий у передбаченому КПК порядку. Саме тому повторно надавати оцінку його допустимості, тобто законності отримання, не потрібно, **бо доказ, за своїм визначенням, не може бути недопустимим. Інакше — це не доказ, а щось інше.** А тому стаття про допустимість доказу (ст. 86 КПК) та вимоги КПК щодо оцінки допустимості доказів (ст. 94 КПК), на мій погляд, є не тільки зайвими, але й абсурдними.

Судова практика та кримінально-процесуальне законодавство чітко не регламентує, коли і як суди повинні встановлювати законність та фактичність тих даних, які їм надаються, для того щоб у подальшому оцінити і назвати їх доказами. Не кажучи про

те, що такі самі дії мають робити слідчий та прокурор (ст. 94 КПК).

Виходячи з цієї позиції, можна стверджувати, що вся судова практика в Україні йде хибним шляхом.

Наприклад, при обранні запобіжного заходу, продовженні строків тримання особи під вартою слідчі судді та колеги апеляційних судів, які переглядають їх рішення (ухвали), стверджують, що не надають оцінки доказам до розгляду кримінального провадження по суті.

При цьому, обґрунтовуючи свої рішення, вони все ж таки посилаються на певні матеріали досудового розслідування, називаючи їх доказами.

Ось типовий приклад з власної практики: витяг з ухвали від 20.11.2017 р. колегії суддів Апеляційного суду Дніпропетровської області у справі № 183/2052/17, провадження № 11-сс/774/1421/17<sup>3</sup>: «Розглядаючи клопотання слідчого про продовження строку тримання під вартою для прийняття законного та обґрунтованого рішення в порядку ст. 199 КПК, суд повинен з'ясувати всі обставини, які передбачають

<sup>1</sup> Несінов О. Прогалини в практиці застосування кримінально-процесуального законодавства, які доцільно використовувати для успіху в процесі. Вісник НААУ. 2018. № 6 (44). с. 40—43.

<sup>2</sup> Далі за текстом — КПК.

<sup>3</sup> Див. ЄДРПР. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/70473045>.





підстави для застосування цього запобіжного заходу, та умови, за яких таке продовження можливе.

Колегія суддів вважає, що зазначені вище вимоги кримінального процесуального закону при розгляді клопотання **слідчим суддею дотримані**, а доводи сторони захисту, викладені в судовому засіданні та зазначені в апеляційній скарзі щодо незаконності та необґрунтованості ухвали слідчого судді, є безпідставними.

Згідно з матеріалами провадження 13 вересня 2017 року ОСОБА\_4 повідомлено про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 115 КК, а саме вбивстві, тобто умисному протиправному заподіянні смерті іншій людині.

**З наданих матеріалів вбачається, обґрунтованість підозри ОСОБА\_4 у вчиненні інкримінованого їй злочину підтверджується низкою доказів, наявних у кримінальному провадженні**, зокрема протоколом огляду місця події (трупа) від 29.04.2017 р., а саме ділянки місцевості, яка розташована приблизно 70 метрів від залізничних шляхів поблизу електроопори № 17 на відстані близько 300 метрів від вул. Заводської м. Новомосковська Дніпропетровської області, де в каналі виявлений труп ОСОБА\_6 з явними ознаками насильницької смерті; **протоколом допиту свідка ОСОБА\_7** від 04.05.2017 р., яка надала пояснення щодо відносин між нею та її чоловіком ОСОБА\_4, який протягом тривалого часу погрожував та неодноразово застосовував до неї фізичне насильство та погрожував фізичною розправою, а також при останній зустрічі був одягнений у темний спортивний костюм та кросівки темного кольору з трьома білими полосами; протоколом огляду від 08.05.2017 р., предметом якого були кросівки фірми «Адідас», які добровільно надав ОСОБА\_4; протоколом огляду від 11.05.2017 року, предметом якого були вилучені 08.05.2017 р. речі ОСОБА\_4; **протоколом допиту свідка ОСОБА\_7** від 07.09.2017 р., в ході якого пояснила, що надані їй для огляду кросівки належать її чоловіку ОСОБА\_4, а також при перегляді відеозапису вона впізнала на відео її чоловіка, який йшов за ОСОБА\_6; протоколом огляду та перегляду відеозапису від 07.09.2017 р. за участю двох понятих та свідка ОСОБА\_7, яка впізнала по зовнішності, одягу та по ході свого чоловіка як особу, яка йшла за ОСОБА\_6, що проходила по вул. Мануїльській м. Новомосковська Дніпропетровської області; висновком судової молекулярно-генетичної експертизи № 312 від 17.08.2017 р., відповідно до яко-

го на лівій кросівці, що належить ОСОБА\_4, виявлено ДНК сліду крові, генотип якого співпадає із генотипом потерпілої ОСОБА\_6 на 99,9 %; висновками судово-медичних експертиз та іншими доказами, долученими до клопотання слідчого.

Враховуючи викладене, доводи підозрюваного та його захисника ОСОБА\_3 щодо необґрунтованості підозри ОСОБА\_4 колегія суддів вважає неприйнятними, оскільки такі твердження спростовуються матеріалами провадження».

Із наведеного вбачається, що колегія суддів чомусь називає перелічені матеріали досудового розслідування доказами. Тоді як ніхто не перевіряв, чи містять вони обов'язкові елементи, такі як фактичність даних та отримання в передбаченому КПК порядку. Ці дані також не отримувались у змагальній процедурі. Навіть доказами в цій ухвалі називаються показання свідків, що допитувались слідчим, — на що відповідно до вимог ч. 4 ст. 95 КПК забороняється посилається навіть судом при розгляді провадження по суті.

Тепер зверніть увагу, як прямо протилежно в цій же ухвалі судом обґрунтовується відхилення доводів захисту, у тому числі щодо оцінки доказів.

«Аналізуючи доводи скарги захисту стосовно фальсифікації доказів та про необхідність їх оцінки з погляду допустимості, колегія суддів звертає увагу, що на стадії досудового розслідування слідчий суддя при вирішенні клопотання про продовження строку дії запобіжного заходу і апеляційний суд при апеляційному перегляді рішення слідчого судді, **не вправі вирішувати ті питання, які повинен вирішувати суд під час розгляду кримінального провадження по суті, зокрема оцінювати докази з погляду їх достатності і допустимості** для визнання особи винуватою чи невинуватою у вчиненні кримінального правопорушення, а лише зобов'язаний на підставі розумної оцінки сукупності отриманих доказів визначити, що причетність особи до вчинення кримінального правопорушення є вірогідною та достатньою для застосування щодо нього запобіжного заходу. Тобто здійснює оцінку доказів, відповідно до ст. 94 КПК, виключно в межах вирішення питання обґрунтованості підозри, враховуючи критерії для її визначення, а саме слідчий суддя має перевірити достатність відомості, які дають підстави для об'єктивного, стороннього спостерігача зробити висновок, що така особа могла скоїти зазначений злочин».



Із наведеного видно, що для того, щоб виправдати дії сторони обвинувачення, матеріали досудового розслідування суд називає доказами, вважає їх достатніми достовірними, чим надає їм оцінку, одночасно доводи адвоката відхиляються, з обґрунтуванням, що суд не вправі надавати оцінку доказам.

Що підтверджує упередженість на користь сторони обвинувачення (чим важко здивувати).

Але не менш важливим з цього є висновок про те, що суди та слідчі судді системно не розуміють, що для того, щоб назвати надані матеріали досудового розслідування доказом, вони зобов'язані *пересвідчитись у наявності в цих матеріалах щонайменше двох елементів: фактичності зазначених у них даних та отримання в передбачений КПК спосіб*.

За умови дотримання цих вимог, можна було б взагалі не вести мову про оцінку доказів. Хоча ст. 94, ч. 3 ст. 370 КПК вимагає це робити навіть слідчим суддям.

Слід також ураховувати, що відповідно до визначення тлумачного словника<sup>4</sup> — **фактом є незаперечна річ**.

Тому фактичні дані, які мають міститися в матеріалах досудового розслідування, також **мають бути незаперечні. Лише за такої умови вони можуть називатися доказами**.

Практикуючі адвокати навряд чи погодяться з тим, що в будь-яких матеріалах досудового розслідування такі незаперечні дані існують. А тому в законний спосіб отримати статус доказу дуже не просто. Що й мають використовувати адвокати для заперечення позиції опонента.

Крім того, у постанові Верховного Суду України від 21.01.16 р. № 5-249к/15 зазначено, що «*переконливість кожного доказу доводиться у змагальній процедурі безпосередньо перед тим складом суду, який дає цьому доказу юридично значущу оцінку*».

Оскільки матеріали досудового розслідування отримують поза змагальною процедурою (іноді для сторони захисту розслідування закінчується за один день, в який пред'являють підозру та вручають обвинувальний акт), то всі надані матеріали досудового розслідування не можуть вважатися і називатися доказами. У наведеному прикладі судової ухвали й ці вимоги дотримані не були.

Усе це свідчить про системність порушень і наявність прогалин у практиці застосування кримінального процесу в питанні визнання матеріалів доказами.

### **З цих висновків є й похідні.**

Наприклад, є не коректною практика застосування ст. 349 КПК, яка зобов'язує суд виносити ухвалу про обсяг доказів та порядок їх дослідження. Бо суд не має права вести мову про обсяг доказів та їх дослідження, доки спочатку не з'ясує, чи є ті матеріали, що знаходяться у сторін, доказами в розумінні ч. 1 ст. 84 КПК.

Таким чином, я вважаю, що вимоги КПК та судова практика щодо оцінки доказів, визнання їх допустимими мають бути переглянуті, а процедура визнання наданих матеріалів доказами має бути врегульована.

Положення КПК та судову практику щодо оцінки допустимості доказів вважаю зайвою, такою, що підлягає зміні.

До внесення таких змін рекомендую учасникам кримінального процесу заперечувати проти того, щоб матеріали досудового розслідування, до проведення вищезазначеної процедури, називались та вважались доказами, що надасть перевагу в процесі.

*До відома. У наведеній судовій ухвалі, підзахисний, що обвинувачується за ч. 1 ст. 115 КПК, усе ж звільнений з під варті, і зараз, уже 7 місяців, знаходиться без будь-якого запобіжного заходу, але для цього в період досудового розслідування мені знадобилося ініціювати та взяти участь у 22 судових засіданнях судів першої та апеляційної інстанції.*

<sup>4</sup> Див. за посиланням: <http://sum.in.ua/s/fakt>.



# ВИКОНАННЯ ПОКАРАННЯ У ВИДІ ШТРАФУ



**Анастасія Сербіна,**

адвокат, головний редактор спецвипуску «Юридичні практики»

*Одним із видів покарання у кримінальному провадженні є штраф — грошове стягнення, що накладається судом у випадках і розмірі, встановлених в Особливій частині Кримінального кодексу України<sup>1</sup>, з урахуванням положень ч. 2 ст. 53 КК. Про те, яким чином має виконуватися це покарання, та про роль органу пробачії мова піде у цій статті.*

## ШТРАФ — ЯК ВИД ПОКАРАННЯ

Нагадаю: згідно з нормами КК штраф може признатися як основне або додаткове покарання.

Розмір штрафу визначається судом залежно від тяжкості вчиненого злочину та з урахуванням майнового стану винного в межах від тридцяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян до п'ятдесяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, якщо статтями Особливої частини КК не передбачено вищого розміру штрафу.

За вчинення злочину, за який передбачене основне покарання у виді штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, розмір штрафу, що призначається судом, **не може бути меншим за розмір майнової шкоди**, завданої злочинцем, або отриманого внаслідок вчинення злочину доходу, незалежно від граничного розміру штрафу, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК.

Суд, встановивши, що такий злочин вчинено у співучасті і роль виконавця (співвиконавця), підбурювача або пособника у його вчиненні є незначною, може призначити таким особам покарання у виді штрафу в розмірі, передбаченому санкцією

статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК, без урахування розміру майнової шкоди, завданої злочинцем, або отриманого внаслідок вчинення злочину доходу.

**Штраф як додаткове покарання** може бути призначений лише тоді, коли його спеціально передбачено в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК.

З урахуванням майнового стану особи суд може призначити штраф **із розстрочкою виплати певними частинами строком до одного року**.

У разі несплати штрафу в розмірі не більше трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян та відсутності підстав для розстрочки його виплати **суд замінює несплачену суму штрафу покаранням у виді громадських робіт із розрахунку одна година громадських робіт за один установлений законодавством неоподатковуваний мінімум доходів громадян або виправними роботами із розрахунку один місяць виправних робіт за двадцять установлених законодавством неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, але на строк не більше двох років**.

У разі несплати штрафу в розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян,

<sup>1</sup> Далі за текстом — КК.



призначеного як основне покарання, та відсутності підстав для розстрочки його виплати суд **замінює несплачену суму штрафу покаранням** у виді поз-

бавлення волі із розрахунку один день позбавлення волі за вісім неоподатковуваних мінімумів доходів громадян **у таких межах:**

від 1 до 5 років позбавлення волі	у випадку призначення штрафу за вчинення злочину середньої тяжкості
від 5 до 10 років позбавлення волі	у випадку призначення штрафу за вчинення тяжкого злочину
від 10 до 20 років позбавлення волі	у випадку призначення штрафу за вчинення особливо тяжкого злочину

Якщо під час розрахунку строку позбавлення волі цей строк становить більше встановлених цією частиною статті меж, суд замінює покарання у виді штрафу покаранням **у виді позбавлення волі на максимальний строк**, передбачений для злочину відповідної тяжкості цією частиною статті.

### ВИКОНАННЯ ПОКАРАННЯ

Органом, уповноваженим виконувати вирок суду у вигляді штрафу, є орган пробації.

Згідно зі ст. 26 Кримінально-виконавчого кодексу України засуджений зобов'язаний **сплатити штраф у місячний строк після набрання вироком суду законної сили** і повідомити про це кримінально-виконавчій інспекції за місцем проживання шляхом пред'явлення документа про сплату штрафу.

У разі призначення штрафу з розстрочкою виплати певними частинами засуджений зобов'язаний сплачувати штраф у розмірі та у строки, встановлені виро-

ком суду. **Про сплату відповідної частини штрафу засуджений повідомляє** кримінально-виконавчій інспекції за місцем проживання шляхом пред'явлення документа про сплату відповідної частини штрафу.

У разі несплати засудженим штрафу у вказаний строк, суд за поданням кримінально-виконавчої інспекції розглядає питання про розстрочку виплати несплаченої суми штрафу або заміну несплаченої суми штрафу покаранням у виді громадських, виправних робіт або позбавлення волі відповідно до закону.

2 квітня 2018 року наказом Міністерства юстиції України № 1301/5 затверджено **Порядок виконання уповноваженими органами з питань пробації судових рішень про призначення покарання у виді штрафу**<sup>2</sup>. Цей Порядок визначає механізм виконання уповноваженими органами з питань пробації судових рішень про призначення покарання у виді штрафу.

При виконанні судового рішення **на орган пробації покладаються:**

1	облік засуджених
2	контроль за строками сплати штрафу засудженими
3	внесення до суду подань стосовно засуджених, які порушують строки сплати штрафу або ухиляються від сплати штрафу

Виконання судових рішень здійснюється за місцем проживання засудженого. Підставою для виконання судового рішення є копія судового рішення, підписана відповідним працівником суду та суддею, а також скріплена відбитком гербової печатки суду, та розпорядження суду про його виконання.

У день отримання судового рішення дані про засудженого заносяться до журналу обліку осіб, засуджених до покарання у виді штрафу.

У триденний строк з дня реєстрації отриманого рішення орган пробації надсилає:

- до суду, який виніс судове рішення, — повідомлення про прийняття судового рішення до виконання;
- до підрозділів інформаційної підтримки та ко-

ординації поліції територіальних органів поліції повідомлення про засуджену особу.

На кожного засудженого в органі пробації заводиться особова справа. Номер особової справи має збігатися з номером, за яким судові рішення зареєстровані в журналі обліку.

В особовій справі зберігаються всі матеріали, пов'язані з виконанням судового рішення, які підшиваються у хронологічній послідовності. Аркуші особової справи нумеруються і заносяться до опису.

Якщо у судовому рішенні, що надійшло до органу пробації, виявлені неточності, які перешкоджають виконанню покарання у виді штрафу, орган пробації протягом трьох днів інформує про це суд, який виніс

<sup>2</sup> Далі за текстом — Порядок.





судове рішення, для вжиття заходів щодо усунення виявлених неточностей.

У день отримання судового рішення **засудженому** за адресою, зазначеною у судовому рішенні, **надсилається повідомлення**. Засуджений зобов'язаний сплатити штраф у місячний строк після набрання судовим рішенням законної сили і повідомити про це орган пробації **шляхом пред'явлення документа про сплату штрафу**.

У документі про сплату штрафу мають міститися реквізити, які звіряються з реквізитами для сплати штрафу за кримінальними провадженнями (справами), що розміщені на офіційних веб-сайтах місцевих загальних судів.

Якщо засуджений не з'явився до органу пробації та не підтвердив сплату штрафу шляхом пред'явлення документа після закінчення місячного строку від набрання судовим рішенням законної сили, **орган пробації надсилає подання до суду**, який виніс судове рішення, для вирішення питання про розстрочку ви-

плати несплаченої суми штрафу або заміну несплаченої суми штрафу покаранням у виді громадських, виправних робіт або позбавлення волі відповідно до закону.

У разі якщо засуджений під час призначення штрафу з розстрочкою виплати не повідомив орган пробації про сплату чергового платежу, через місяць після закінчення строку виплати чергового платежу орган пробації надсилає до суду подання про заміну несплаченої суми штрафу покаранням у виді громадських, виправних робіт або позбавлення волі відповідно до закону.

У разі якщо штраф призначено як додаткове покарання до позбавлення або обмеження волі, відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 537 Кримінального процесуального кодексу України орган пробації направляє до суду **подання про відстрочку** виконання судового рішення до відбуття засудженим покарання у виді позбавлення або обмеження волі.

**Виконання покарання у виді штрафу припиняється**, а засуджений знімається з обліку у зв'язку із:

Підстава	Підтвердження
сплатою штрафу	квитанція
заміною несплаченої суми штрафу покаранням у виді громадських, виправних робіт або позбавлення волі	копія відповідного судового рішення
скасування вироку	копія відповідного судового рішення
застосування амністії	копія відповідного судового рішення
видання Указу Президента України про помилування засудженого	копія Указу про помилування
смерть	рішення суду про оголошення засудженого померлим або повідомлення органу державної реєстрації актів цивільного стану чи копія свідоцтва про смерть
зміна засудженою особою постійного місця проживання	підтвердження про отримання особової справи й постановку засудженого на облік в уповноваженому органі з питань пробації за новим місцем проживання

У день отримання одного з зазначених вище документів готується довідка про зняття засудженого з обліку за підписом керівника органу пробації, яка підши-

вається у хронологічному порядку до особової справи засудженого. При цьому у триденний строк після зняття з обліку засудженого орган пробації надсилає:

- до суду, який виніс відповідне судове рішення, — повідомлення про виконання судового рішення та зняття засудженого з обліку
- до підрозділів інформаційної підтримки та координації поліції територіальних органів поліції — повідомлення про засуджену особу згідно з додатком 3 до Порядку

Про дату та підстави зняття засудженого з обліку робиться відповідний запис у журналі обліку

та на титульному аркуші (обкладинці) його особової справи.

# ПРИПИНЕННЯ ШЛЮБУ В РАЗІ ЙОГО РОЗІРВАННЯ ТА ВИЗНАННЯ ФІКТИВНИМ: ВІДМІННОСТІ МІЖ ПРАВОВИМИ НАСЛІДКАМИ НА ПРИКЛАДАХ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ



**Ольга Розгон**, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін та правового забезпечення підприємницької діяльності Харківського економіко-правового університету, доцент, к. ю. н., сертифікований експерт НААУ

*Безумовно, для вітчизняної правової системи випадки визнання шлюбу фіктивним не є новими, але досі залишаються суперечності на практиці, відповідно залишаються питання для обговорення, зокрема, щодо встановлення різниці в наслідках у випадку припинення шлюбу в разі його розірвання та визнання його фіктивним або неукладеним. Для того щоб суд ухвалив правильне рішення, йому мають бути надані належні докази, які б свідчили про намір кожного з подружжя укласти шлюб.*

Припинення шлюбу — юридичний факт, із настанням якого припиняються правовідносини, що виникають між подружжям з юридичного факту державної реєстрації шлюбу. Воно обов'язково має бути оформлене за правилами, встановленими сімейним законодавством, тобто шляхом здійснення реєстрації в органах реєстрації актів цивільного стану<sup>1</sup>.

Відповідно до ст. 104 Сімейного кодексу України<sup>2</sup> підставами для припинення шлюбу є:

- смерть одного з подружжя або оголошення його померлим;
- розірвання шлюбу.

Основні *правові наслідки припинення шлюбу* як у першому, так і у другому випадку є однаковими — це припинення особистих і майнових відносин подружжя. Проте кожен вид припинення шлюбу має певні особливості. Смерть одного з подружжя (оголошення його померлим) означає абсолютне

припинення всіх особистих і майнових відносин подружжя: відкриття спадщини, визначення частки кожного з подружжя у спільному майні тощо. На відміну від цього при розірванні шлюбу між сторонами (колишнім подружжям) можуть зберігатися деякі взаємні права та обов'язки (право на отримання аліментів від колишнього чоловіка/дружини, право на спільне майно тощо).

СК не містить поняття недійсності шлюбу. Але ст. 38 СК вказує, що підставою недійсності шлюбу є порушення вимог, встановлених статтями 22, 24 — 26 СК.

Стаття 40 СК регулює випадки, коли шлюб визнається недійсним за рішенням суду (шлюб, укладений без вільної згоди жінки та чоловіка та фіктивний шлюб).

Відсутність наміру створити сім'ю може бути як в обох осіб, що *уклали фіктивний шлюб*, так і в однієї з них (наприклад, укладення шлюбу необхідне для отримання якихось пільг і привілеїв).

<sup>1</sup> Далі за текстом — ДРАЦС.

<sup>2</sup> Далі за текстом — СК.



*Підставами для визнання шлюбу недійсним (фіктивним) у зв'язку з відсутністю наміру сторін створити сім'ю і набути прав та обов'язків подружжя як обов'язкової вимоги до шлюбу є:*

- наявність корисливої мети (реєстрація шлюбу задля отримання візи, громадянства);
- наявність майнової вигоди (укладення шлюбу задля забезпечення себе нерухомістю та успадкування її в майбутньому);
- окреме проживання;
- відсутність спільно набутого майна;
- відсутність турботи один про одного та взаємної матеріальної підтримки;
- невиказування подружніх відносин перед третіми особами;

- небажання народжувати спільних дітей;
- підтримання статевих стосунків із третіми особами;
- демонстрування перед третіми особами відсутності фактичних шлюбних відносин і наголошення на фіктивності реєстрації шлюбу.

Право вимагати визнання шлюбу фіктивним мають особи, чий права та інтереси порушує або може порушити такий шлюб (наприклад, це може бути один із подружжя, чий шлюб може бути визнаний недійсним на підставі його фіктивності), а також особи, яким за законом надано право захищати права та інтереси інших осіб (законні представники неповнолітніх або недієздатних осіб, представники органів опіки та піклування, прокурор)<sup>3</sup>.

### ВІДМІННОСТІ МІЖ ПРАВОВИМИ НАСЛІДКАМИ ВИЗНАННЯ ШЛЮБУ ФІКТИВНИМ І ПРИПИНЕННЯ ШЛЮБУ В РАЗІ ЙОГО РОЗІРВАННЯ

Визнання шлюбу фіктивним	Припинення шлюбу в разі його розірвання
Не є підставою для виникнення в осіб, між якими він був зареєстрований, прав та обов'язків подружжя, а також прав та обов'язків, які встановлені для подружжя іншими законами України	Тягне за собою припинення особистих прав та обов'язків (статті 51, 52, 54, 55, 56 СК). При цьому деякі з них припиняються саме з моменту розірвання шлюбу, а деякі за бажанням одного з подружжя чи відповідно до закону продовжують тривати ще певний час
Якщо протягом недійсного шлюбу особи набули майно, воно вважається таким, що належить їм на праві спільної часткової власності. Розмір часток кожного з них визначається відповідно до їхньої участі у придбанні цього майна своєю працею та коштами. Якщо особа не знала і не могла знати про перешкоди до реєстрації шлюбу, вона має право на: 1) поділ майна, набутого у недійсному шлюбі, як спільної сумісної власності подружжя; 2) проживання у житловому приміщенні, в якому вона оселилася у зв'язку з укладенням шлюбу, визнаного згодом недійсним; 3) аліменти відповідно до статей 75, 84, 86 і 88 СК; 4) прізвище, яке вона обрала при реєстрації шлюбу. Особа, яка оселилася у житловому приміщенні іншої особи у зв'язку з реєстрацією з нею шлюбу, визнаного згодом недійсним, не набула права на проживання у ньому і може бути виселена	Розірвання шлюбу означає припинення режиму спільної сумісної власності подружжя. Речі, набуті кожною особою після розірвання шлюбу, належать їй на праві приватної власності. Разом із тим особливістю відносин колишнього подружжя є те, що стосовно майна, яке було набуто під час шлюбу, режим спільної сумісної власності зберігається до моменту поділу такого майна. Втрачається право на спадщину за законом після смерті колишнього чоловіка/дружини, право на пенсійне забезпечення у зв'язку із втратою другого з подружжя за встановленими у законі підставами тощо

<sup>3</sup> Семенов Ю. И. Происхождение брака и семьи. М.: Мысль, 1974. 309 с. С. 86-87.



Визнання шлюбу фіктивним	Припинення шлюбу в разі його розірвання
<p>Якщо особа отримувала аліменти від того, з ким перебувала в недійсному шлюбі, сума сплачених аліментів вважається такою, що одержана без достатньої правової підстави і підлягає поверненню відповідно до Цивільного кодексу України<sup>4</sup>, але не більш ніж за останні три роки</p>	<p>Можуть зберігатися деякі взаємні права та обов'язки (право на отримання аліментів від колишнього чоловіка/дружини, право на спільне майно тощо). Із припиненням шлюбу закон пов'язує також виникнення у подружжя права на утримання. Відповідно до ч. 2 ст. 76 СК після розірвання шлюбу особа має право на утримання, якщо вона стала непрацездатною до розірвання шлюбу або протягом одного року від дня розірвання шлюбу і потребує матеріальної допомоги та якщо її колишній чоловік/дружина може надавати матеріальну допомогу. Крім того, особа має право на утримання, коли вона стала інвалідом після спливання одного року від дня розірвання шлюбу, якщо її інвалідність була результатом протиправної поведінки щодо неї колишнього чоловіка або дружини під час шлюбу</p>
<p>Особа, яка у зв'язку з реєстрацією недійсного шлюбу змінила своє прізвище, вважається такою, що іменується цим прізвищем без достатньої правової підстави</p>	<p>Після розірвання шлюбу особа, яка змінила своє прізвище у зв'язку з реєстрацією шлюбу, має право надалі іменуватися цим прізвищем або відновити своє дошлюбне прізвище. Для вирішення цього питання згода іншого з подружжя не потрібна. Після розірвання шлюбу та отримання відповідного свідоцтва особа має право на повторний шлюб (ст. 116 СК). Зрозуміло, що в один і той самий час особа може перебувати лише в одному шлюбі. Тому особа може набути право на шлюб тільки після припинення попереднього шлюбу, що має бути підтверджено відповідним Свідоцтвом про розірвання шлюбу</p>
<p>Недійсність шлюбу не впливає на обсяг взаємних прав та обов'язків батьків і дитини, яка народилася у цьому шлюбі</p>	<p>Із припиненням шлюбу закон пов'язує питання щодо визначення походження дитини. Так, відповідно до ч. 2 ст. 122 СК вважається, що дитина походить від подружжя, якщо вона народжена до спливання десяти місяців після припинення шлюбу. Після цього колишній чоловік не може бути записаний як батько дитини у Книзі реєстрації народжень</p>

Для більш ґрунтовного з'ясування відмінностей між правовими наслідками визнання шлюбу фіктивним та його припинення звернемося до судової практики.

Так, за матеріалами справи<sup>5</sup> на обґрунтування пер-вісного позову позивачка мотивує заявлені вимоги тією обставиною, що сімейне життя не склалося через різні характери та переконання, тривалий час сторони спору не проживають сім'єю, не ведуть спільне господарство,

не пов'язані сімейним побутом, тому оскільки шлюб із відповідачем має виключно формальний характер, позивачка вважає, що їх сім'я розпалася остаточно.

У судове засідання позивачка за первісним позовом та її представник з'явилися, позов підтримали в повному обсязі.

Відповідач за первісним позовом ОСОБА\_4 позов ОСОБА\_2 заперечив, оскільки вважає, що слід визнати

<sup>4</sup> Далі за текстом — ЦК.

<sup>5</sup> Див. ЄДРПР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73216156>.

спірний шлюб недійсним як такий, що був укладений із боку ОСОБА\_2 без реальних намірів створення сім'ї та з корисливих міркувань.

На обґрунтування зустрічного позову зазначає, що ОСОБА\_2 погодилася на його пропозицію зареєструвати шлюб із метою отримання Канадської візи, і менш ніж через місяць після реєстрації шлюбу звернулася до суду із заявою про його розірвання, послугуючись тим, що ОСОБА\_4 на той час перебував за кордоном.

Проаналізувавши докази в їх сукупності, суд вважає, що матеріалами справи доведено, що сторони не проживають сім'єю, не ведуть спільне господарство, будь-яких клопотань про надання строку з метою збереження шлюбу та сім'ї учасниками справи суду не заявлялося, відтак суд вважає, що шлюб необхідно розірвати як такий, збереження якого суперечитиме інтересам сторін спору.

Суд зазначає, що первісним чинником для визначення, чи перебувають особи у відносинах, тотожних загальноновизнаному поняттю «сім'я», є встановлення наявності в них спільних особистих немайнових прав та обов'язків — урегульованих нормами сімейного права відносин стосовно особистих немайнових благ та інтересів осіб, які перебувають у шлюбі.

Системний аналіз наданих стороною позивача за зустрічним позовом доказів не дозволяє суду оцінити ствердно «поза розумним сумнівом» (res judicata) відсутність у сторін спору наміру щодо створення сім'ї.

Перш за все на користь сторони позивачки за первісним позовом свідчили допитані в судовому засіданні свідки. Показання свідка зі сторони ОСОБА\_4 мають загальний характер і не спростовують показання інших свідків про реальне бажання та намір ОСОБА\_2 жити сім'єю з ОСОБА\_4.

Окрім цього, на користь дійсного бажання та наміру сторін жити сім'єю суд оцінює звернення ОСОБА\_4 із заявою до суду про надання строку для примирення з метою збереження шлюбу та сім'ї з ОСОБА\_2 та згоду останньої на пропозицію ОСОБА\_4.

Суд ухвалив розірвати шлюб ОСОБА\_2 та ОСОБА\_4, а в задоволенні позову ОСОБА\_4 про визнання шлюбу недійсним відмовити.

### ПРОЦЕДУРНІ ВІДМІННОСТІ МІЖ «НЕДІЙСНИМ ШЛЮБОМ» ТА «НЕУКЛАДЕНИМ ШЛЮБОМ»

Шлюб, зареєстрований за відсутності нареченої та (або) нареченого, вважається неукладеним. Запис про такий шлюб у ДРАЦС анулюється за рішенням суду за заявою заінтересованої особи.

Недійсний шлюб	Неукладений шлюб
визначається таким за рішенням суду за позовом визначеної у законі особи (ст. 42 СК)	визначається таким за рішенням суду за заявою заінтересованої особи або прокурора
спричиняє правові наслідки: не впливає на обсяг прав та обов'язків батьків і дитини, яка народилася у цьому шлюбі; добросовісна сторона може зберігати за собою деякі права, що належать подружжю	не тягне за собою жодних правових наслідків

Визначимо різницю між «недійсним шлюбом» та «неукладеним шлюбом» на наступному прикладі. Позивачка звернулася до суду з позовом<sup>6</sup>, позовні вимоги ОСОБА\_1 мотивувала тим, що 12.04.13 р. між нею та ОСОБА\_6 було зареєстровано шлюб у ДРАЦС реєстраційної служби Вінницького міського управління юстиції у Вінницькій області, про що зроблено актовий запис № 599.

07.11.13 р. ОСОБА\_6 помер, у зв'язку з чим позивачка звернулася до Першої вінницької державної

нотаріальної контори із заявою про прийняття спадщини за заповітом. Однак у видачі свідоцтва про право на спадщину їй було відмовлено.

Суд, беручи до уваги висновок експертів, дійшов висновку, що шлюб між ОСОБА\_6 та ОСОБА\_5 був зареєстрований без нареченого та без його згоди, а підпис в актовому записі від імені ОСОБА\_6 є підробленим.

Суд оцінює показання ОСОБА\_3 про те, що померлий ОСОБА\_6 після розірвання шлюбу з ОСОБА\_19

<sup>6</sup> Див. ЄДРСР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61324017>.





продовжував із нею сімейні відносини, вів спільне господарство, оскільки цей факт заперечується ОСОБА\_1, а також у матеріалах справи міститься заповіт ОСОБА\_6, складений 26.05.13 р. приватним нотаріусом Вінницького міського нотаріального округу, зі змісту якого вбачається, що померлий заповів усе належне йому майно, де б воно не знаходилося і з чого б воно не складалось, у тому числі все те, що буде належати йому на день смерті та на що він матиме право за заповітом, ОСОБА\_1.

Виходячи з вищенаведеного, суд вважає, що між ОСОБА\_6 та ОСОБА\_19 існували неприявні стосунки, оскільки заповіт він склав не на її ім'я.

Суд оцінює показання ОСОБА\_3 про те, що заяву про реєстрацію шлюбу в 2011 році між ОСОБА\_6 та її сестрою ОСОБА\_5 було подано в один день із реєстрацією їх шлюбу в сільській раді, оскільки надалі в судових засіданнях вона їх змінила та зазначила, що заяву вони подали у 20-х числах січня 2011 року, а реєстрація шлюбу відбулась 25 лютого 2011 р.

Матеріалами справи встановлено, що підпис від імені ОСОБА\_6 в актовому записі про шлюб № 4 від 25 лютого 2011 року, складеного сільською радою, виконаний не ним особисто, а іншою особою. Враховуючи це, суд доходить висновку, що ОСОБА\_6 під час реєстрації його шлюбу в сільській раді присутній не був, що є підставою для визнання шлюбу неукладеним.

Разом із тим суд звертає увагу, що факт присутності ОСОБА\_6 під час реєстрації шлюбу 2011 року в сільській раді заперечується позивачем-відповідачем ОСОБА\_1, яка пояснила, що останній тривалий час хворів та погано пересувався, а також цей факт підтверджується показаннями свідків ОСОБА\_20 та ОСОБА\_9.

Суд не бере до уваги свідчення в судовому засіданні свідків ОСОБА\_10 та ОСОБА\_11, оскільки їх показання є плутаними і суперечливими.

Зважаючи на вищевикладене, суд вбачає підстави для задоволення позовних вимог ОСОБА\_1 до ОСОБА\_3, сільської ради *про визнання шлюбу неукладеним*.

Щодо вимог за зустрічним позовом ОСОБА\_3 до ОСОБА\_1, ДРАЦС *про визнання шлюбу недійсним і скасування актового запису*, суд виходив із наступного.

Оцінивши допустимість, достовірність кожного доказу окремо, а також достатність і взаємний зв'язок

в їх сукупності за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному, об'єктивному та безпосередньому дослідженні наявних у справі доказів, суд дійшов висновку, що позовні вимоги позивача ОСОБА\_1 до ОСОБА\_3, сільської ради *про визнання шлюбу неукладеним* знайшли своє підтвердження в судовому засіданні, тому позов *підлягає задоволенню*, а позовні вимоги за зустрічним позовом ОСОБА\_3 до ОСОБА\_1, ДРАЦС *про визнання шлюбу недійсним і скасування актового запису*, не знайшли своє підтвердження в судовому засіданні, тому позов *не підлягає задоволенню*.

Чинне законодавство передбачає, що *розірвати можна тільки шлюб, укладений у законному порядку*, з дотриманням всіх умов і підстав його укладення, тобто тільки дійсний шлюб. Таким чином, фіктивний шлюб як вид недійсного шлюбу не припиняється, а визнається у судовому порядку.

Оскільки на практиці недійсність шлюбу виникала зазвичай як наслідок порушення виключно трьох вимог закону (реєстрація шлюбу з особою, яка вже перебуває у шлюбі; з особою, яка є недієздатною або страждає на тяжкий розлад психічного здоров'я; без наміру створити сім'ю), умисел однієї зі сторін виявлявся дуже яскраво. Змодельовати ситуацію, в якій особа не знала, але повинна була б знати про перешкоди для шлюбу, практично неможливо. У зв'язку з цим словосполучення «повинна була знати» до статей 45, 46 СК включене не було<sup>7</sup>.

Саме відсутність наміру створити сім'ю є ключовою ознакою для визнання шлюбу фіктивним.

Стаття 38 СК, визначаючи підстави недійсності шлюбу, не називає таку підставу, як відсутність наміру подружжя створити сім'ю і набути прав та обов'язків подружжя. Національне сімейне законодавство має певну неузгодженість норм ст. 38 та 40 СК, оскільки, з одного боку, Кодекс *прямо не передбачає наявність наміру* подружжя створити сім'ю і набути прав та обов'язків подружжя як обов'язкової вимоги до шлюбу і не відносить відсутність такого наміру до підстав недійсності шлюбу за ст. 38 СК, а з іншого боку — на відсутність такого наміру як обов'язкову підставу визнання шлюбу недійсним вказує ст. 40 СК.

Ця неузгодженість норм сімейного права може призвести до втрати правового навантаження ст. 38

<sup>7</sup> Ромовська З. В. Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар. 3-тє вид. перероб. і доп. К.: Правова єдність, 2009. 432 с. С. 82.



СК, оскільки при розгляді справ про визнання шлюбу недійсним із підстав його фіктивності суд керуватиметься лише ст. 40 СК, не вдаючись до правової оцінки загальних підстав недійсності шлюбу, встановлених ст. 38 СК<sup>8</sup>.

Правові наслідки недійсності шлюбу для добросовісної особи, на противагу загальним для недобросовісної особи, законом віднесені до спеціальних, оскільки презюмується, що, укладаючи недійсний шлюб, особи діяли протиправно. Власне, у цьому випадку діє презумпція вини, запозичена з цивільного права (що є природнім, адже сімейне право як самостійна галузь виокремилася саме з цивільного, тому чимало принципів, методів, функцій є для них спільними). Обидва з подружжя вважатимуться винними, якщо не доведуть, що, реєструючи недійсний шлюб, вони не знали і не могли знати про перешкоди до його укладення<sup>9</sup>.

Наслідки недійсності шлюбу для добросовісного подружжя практично такі ж, як і при розлученні. Особа має право на: поділ майна, набутого у шлюбі як спільної сумісної власності; проживання у житловому приміщенні, в якому вона оселилася у зв'язку з реєстрацією шлюбу; прізвище, яке вона обрала при реєстрації шлюбу; аліменти відповідно до ст. 75, 84, 86, 88 СК.

Слід зазначити, що при визнанні шлюбу недійсним за добросовісною особою можуть бути збережені тільки права, передбачені ст. 46 СК. Інших прав, що впливають із факту перебування у шлюбі, наприклад, *права на спадкування*, відшкодування шкоди, заподіяної смертю другого з подружжя, вона не має. Спадкове законодавство відносить подружжя до спадкоємців першої черги за законом, тому за відсутності підстав спадкування за заповітом (недійсність заповіту, смерть спадкоємців за заповітом, позбавлення їх права на спадщину тощо) один із подружжя набуває право на спадщину другого з подружжя.

Коли ж у судовому порядку шлюб визнано недійсним, сімейні відносини між подружжям вважа-

ються неіснуючими і колишній із подружжя право на спадкування за законом не набуває. У тому разі, коли спадщина за законом вже була отримана, а потім шлюб був визнаний недійсним, заінтересовані особи можуть звернутися до такого спадкоємця з позовом про повернення безпідставно набутого, оскільки спочатку підстава збагачення мала місце (шлюбні відносини, які дозволили особі отримати спадщину за законом), а потім відпала.

Вважаємо, що все ж позбавлення добросовісних дружини/чоловіка права на спадщину, виплат у зв'язку із втратою годувальника, страховки є безпідставним. У випадку визнання шлюбу недійсним після його припинення внаслідок смерті одного з подружжя другий із подружжя, який є добросовісним, повинен мати всі права, що впливають зі шлюбних відносин.

Отже, при визнанні шлюбу недійсним *закон стоїть на боці добросовісної особи*. Спеціальні правові наслідки недійсності шлюбу близькі до правових наслідків його розірвання. Проте захист інтересів особи, яка не знала і не могла знати про перешкоди для укладення шлюбу, вимагає визнати за нею право на спадкування в першій черзі за законом і право на утримання на тих самих підставах, що і подружжя у дійсному шлюбі<sup>10</sup>.

Укладення шлюбу для майнової вигоди без мети створення сім'ї є підставою визнання його недійсним.

За матеріалами справи<sup>11</sup> позивачка ОСОБА\_4 у червні 2009 року звернулася до суду з позовом в інтересах неповнолітньої ОСОБА\_5 до ОСОБА\_3, третьої особи ДРАЦС, про визнання шлюбу, укладеного між ОСОБА\_6 та ОСОБА\_3 та зареєстрованого 25.07.07 р. ДРАЦС, фіктивним із моменту укладення та зобов'язання відділу ДРАЦС видати відповідне свідоцтво. В уточнених у листопаді 2011 року позовних вимогах позивачка зазначила, що реєстрація шлюбу між ОСОБА\_6 та відповідачем ОСОБА\_3 відбулась у той час, коли колишній чоловік ОСОБА\_4 хворів на тяжку хворобу — туберкульоз легенів і стаціонарно перебував на лікуванні у протитуберкульозній лікарні. Заява,

<sup>8</sup> Войтенко Т. В. Фіктивність шлюбу як підстава його недійсності // Науково-практична Інтернет-конференція 17.05.2012 р. Секція № 3. URL: [http://www.legalactivity.com.ua/index.php?option=com\\_content&view=article&id=282%3A160512-14&catid=43%3A3-0512&Itemid=47&lang=en](http://www.legalactivity.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=282%3A160512-14&catid=43%3A3-0512&Itemid=47&lang=en).

<sup>9</sup> Анопій І. В. Правові наслідки недійсності шлюбу для добросовісної особи / І. В. Анопій // Університетські наукові записки. 2009. № 1. С. 56-59. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap\\_2009\\_1\\_11](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2009_1_11).

<sup>10</sup> Анопій І. В. Правові наслідки недійсності шлюбу для добросовісної особи. Там само.

<sup>11</sup> Див. ЄДРСР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69382181>.



згідно з якою відбулася реєстрація шлюбу, не підписана відповідальною особою ДРАЦС.

Шлюб між ОСОБА\_6 та ОСОБА\_3, зареєстрований 25 липня 2007 року, визнано недійсним, про що ДРАЦС зроблено відповідний актовий запис. Колегія суддів погоджується з висновками суду першої інстанції про задоволення позову в частині визнання недійсним укладеного шлюбу.

За матеріалами іншої справи<sup>12</sup> ОСОБА\_1 звернулася до суду з позовом про визнання шлюбу, укладеного між ОСОБА\_3 та ОСОБА\_2 та зареєстрованого у ДРАЦС 18.07.14 р., недійсним та анулювання актового запису про цей шлюб. Позов обґрунтовувався тим, що відповідачка ставила за мету забезпечення своєї родини житлом і не мала наміру створити сім'ю.

У червні 2017 року позовні вимоги ОСОБА\_1 були уточнені та обґрунтовувалися тим, що відповідно до висновку повторної судово-психіатричної експертизи ОСОБА\_3 на момент подання заяви про державну реєстрацію шлюбу 17.06.14 р. та реєстрації шлюбу 18.07.14 р. не усвідомлював значення своїх дій і не міг керувати ними, тому вільної згоди з боку ОСОБА\_3 на реєстрацію шлюбу не було. Позивачка просила визнати шлюб недійсним із дня його державної реєстрації та анулювати актовий запис про реєстрацію цього шлюбу.

Відповідачка переїхала жити до квартири ОСОБА\_3 із смт Диканька, Полтавської області у вересні-жовтні 2013 року, а в липні 2014 року вони зареєстрували шлюб. Вона доглядала за ОСОБА\_3, а коли сварилися з ним, то догляд здійснювала соціальна працівниця, а ОСОБА\_1 проживала у племінниць, квартира яких знаходиться поруч із квартирою ОСОБА\_3. ОСОБА\_3 переніс декілька операцій, лежав із запаленням легенів у лікарні, а 30.10.14 р. помер. Після його смерті ОСОБА\_1 звернулася до Першої державної нотаріальної контори із заявою про прийняття спадщини.

Суду було надано аудіозапис в електронному вигляді та його роздруківку із розмовами позивачки, відповідачки та її родичів. Із цього запису вбачається, що ОСОБА\_2, укладаючи шлюб з ОСОБА\_3, не мала наміру створити сім'ю.

За рішенням суду шлюб обов'язково визнається недійсним, якщо він був зареєстрований без віль-

ної згоди жінки або чоловіка, у разі його фіктивності (ст. 40 СК).

Згідно з довідкою від 31.10.14 р. причиною смерті ОСОБА\_3 є хронічна недостатність мозкового кровообігу.

Разом з тим при проведенні повторної судово-психіатричної експертизи, призначеної ухвалою суду 17.11.16 р., висновком № 241 від 19.04.17 р., виконаним Київським міським центром судово-психіатричної експертизи, було встановлено, що ОСОБА\_3 на період червня-липня страждав на хронічний психічний розлад у вигляді судинного недоумства. ОСОБА\_3 за своїм психічним станом на період червня-липня 2014 року не усвідомлював значення своїх дій і не міг керувати ними.

Зазначений висновок є чітким і категоричним щодо абсолютної неієздатності ОСОБА\_3 стосовно розуміння значення своїх дій і можливості керувати ними при поданні заяви про шлюб та укладенні шлюбу.

Крім того, за клопотанням представника відповідача адвоката ОСОБА\_5 в судовому засіданні 27.03.18 р. експерт ОСОБА\_10 роз'яснив свій висновок та підтвердив висновки, наведені в ньому.

Суд вважає висновок повторної експертизи належним і достатнім доказом, оскільки він виконаний комісією експертів із трьох спеціалістів вищої кваліфікаційної категорії державного медичного закладу, підпорядкованого Київській міській державній адміністрації, узгоджується з іншими належними та достовірними доказами, а саме показаннями свідків (сусідів та санітара П'ятої міської лікарні) про поведінкові розлади ОСОБА\_3.

Аналізуючи всі надані сторонами докази по справі, оцінивши їх у сукупності за своїм внутрішнім переконанням, заслухавши пояснення представників сторін, суд доходить переконливого висновку, що позов ОСОБА\_1 підлягає задоволенню.

Зважаючи на те, що суд дійшов висновку про задоволення позову і закінчення розгляду справи по суті, суд вважає за необхідне скасувати заходи забезпечення позову, застосовані згідно з ухвалою Ленінського райсуду м. Полтава від 20.04.15 р. щодо заборони Першій державній нотаріальній конторі м. Полтава видавати свідоцтво про право на спадщину за законом і заповітом на спадок, що залишився після смерті ОСОБА\_3, який помер 30.10.14 р.

<sup>12</sup> Див. ЄДРСР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74553510#>.

Відповідно юридичною підставою рішення суду стала ст. 40 СК, оскільки умовою дійсності шлюбу є наявність взаємної згоди осіб, які укладають шлюб, та спрямування волі цих осіб на створення сім'ї, а цього не відбулося за матеріалами справи, оскільки у наведених прикладах один із подружжя не усвідомлював значення своїх дій і не міг керувати ними.

Отже, фіктивним є той шлюб, який подружжя уклало заради певної мети, при цьому чоловік і жінка не мають бажання жити разом, народжувати й виховувати дітей, вести спільне господарство тощо. Зазвичай цей вид шлюбу укладається заради майнової вигоди, виїзду за кордон, отримання громадянства певної країни, махінацій із грошима та в бізнесі.

### НЕОБХІДНІСТЬ НАЯВНОСТІ НАЛЕЖНИХ ДОКАЗІВ ПРИ РОЗГЛЯДІ СПРАВ ПРО ВИЗНАННЯ ШЛЮБУ НЕДІЙСНИМ

Однією з найбільших проблем у визнанні фіктивного шлюбу недійсним є *складність доведення фіктивності шлюбу*. При цьому дозволяється використовувати для доведення цього факту засоби доказування, передбачені ст. 57 ЦПК, а саме: пояснення сторін, третіх осіб, їхніх представників, показання свідків, речові докази, письмові докази, висновки експертів. Як показує судова практика, найчастіше доказом фіктивності шлюбу може бути нетривале спільне проживання, приховання наміру виїхати за кордон, ухилення від інтимних стосунків, підтримання інтимних відносин з іншою особою<sup>13</sup>.

За матеріалами справи<sup>14</sup> ОСОБА\_1 звернулася до ОСОБА\_2 з позовом, в якому зазначає, що 03.09.05 р. виконкомом сільської ради Білопільського району зареєстровано шлюб між відповідачкою та ОСОБА\_3, який помер 19.04.17 р. Зазначений шлюб має всі ознаки фіктивності, оскільки укладений без наміру створення сім'ї та набуття прав і обов'язків подружжя, а лише з метою використання відповідачкою ОСОБА\_3 *заради матеріальних благ*. 09.12.15 р. ОСОБА\_3 склав заповіт на її користь. Після його смерті відкрилася спадщина на майно, на яке претендує вона та відповідачка. Тому укладення шлюбу між ОСОБА\_2 та ОСОБА\_3 порушує її законні права та інтереси як спадкоємця останнього за заповітом.

У п. 13 постанови Пленуму Верховного Суду України від 21.12.07 р. № 11 «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя» зазначено, що при розгляді судом справ про визнання шлюбу недійсним слід мати на увазі, що за наявності одних підстав суд зобов'язаний, а за наявності інших суд може визнати шлюб недійсним. За рішенням суду шлюб обов'язково визнається недійсним, якщо він був зареєстрований без вільної згоди жінки або чоловіка, а також у разі його фіктивності (ст. 40 СК). Шлюб не може бути визнано недійсним, якщо на момент розгляду справи відпали обставини, які засвідчують відсутність згоди особи на шлюб або її небажання створити сім'ю.

Причому відсутність мети щодо створення сім'ї може стосуватися як бажань однієї особи, що реєструє шлюб у ситуації існування мети створення сім'ї в іншій особі, так і двох осіб одночасно за їх взаємною згодою та обізнаністю. Причини реєстрації фіктивного шлюбу можуть бути різними. Як правило, вони пояснюються та обумовлюються бажанням отримати певні права, підставою виникнення яких самостійно чи у складі інших юридичних фактів є шлюб, наприклад, отримання спадщини, житлової площі тощо. У випадку встановлення фіктивності шлюбу намір визначається стосовно речей неправового характеру — бажання проживати разом, вести спільне господарство, дбати про добробут та моральний стан сім'ї тощо. Саме за речами неправового характеру, що супроводжують відносини осіб після реєстрації шлюбу, можна визначити намір осіб щодо шлюбу.

Водночас слід мати на увазі, що відсутність наміру створити сім'ю у момент укладення шлюбу може бути цілком компенсована його появою після реєстрації шлюбу, коли за всіма об'єктивними обставинами можна стверджувати, що в особі з'явився намір створити сім'ю, наприклад, коли після реєстрації шлюбу, який мав ознаки фіктивності, особи почали разом проживати, вести спільне господарство, дружина завагітніла або у подружжя народилися діти, чоловік піклується про дружину та дітей, подружжя запрошують до себе своїх батьків і друзів, підтримують інтимні стосунки,

<sup>13</sup> Юніна М. П., Настич Т. М. Проблемні питання інституту шлюбу в сучасному сімейному праві України // Порівняльно-аналітичне право. 2018. № 1. URL: <http://www.pap.in.ua/index.php/arhiv-vidannja/102>.

<sup>14</sup> Див. ЄДРСР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/70981792#>.





разом відпочивають та відвідують своїх рідних і близьких тощо.

Таким чином, шлюб вважається фіктивним лише тоді, коли обидві сторони діяли свідомо і кожна з них не мала наміру створити сім'ю. Однак не може бути визнаний фіктивним шлюб, коли особи, які його зареєстрували, згодом фактично створили сім'ю, що відповідає всім її вимогам.

За теоретичним визначенням шлюб — це добровільний сімейний союз (спільність) жінки та чоловіка, спрямований на створення сім'ї, зареєстрований у встановленому порядку з дотриманням вимог закону, і такий, що породжує у них особисті та майнові права й обов'язки подружжя.

Умовою дійсності шлюбу є наявність взаємної згоди осіб, які укладають шлюб, воля цих осіб повинна бути спрямована на створення сім'ї.

В аналізованій справі позивачка ОСОБА\_1, свідки з її боку ОСОБА\_6 та ОСОБА\_7 суду підтвердили, що після реєстрації шлюбу ОСОБА\_3 та ОСОБА\_2 спільно проживали у будинку ОСОБА\_3 приблизно 4 роки. Після цього відповідачка покинула ОСОБА\_3 та перешла жити до іншого будинку.

ОСОБА\_1 суду зазначила, що відповідачка із померлим зареєстровані були за різними адресами і це свідчить про відсутність з її боку наміру створити сім'ю. Але реєстрація місяця проживання за різними адресами не є доказом фіктивності шлюбу між відповідачкою та ОСОБА\_3.

Крім того, позивачка суду зазначила, що з боку ОСОБА\_3 намір був створити повноцінну сім'ю з ОСОБА\_2, з його боку фіктивних намірів не було.

Посилання ОСОБА\_1 на те, що відповідачка з 2009 року не проживала разом із чоловіком і не вела спільного господарства, не може бути підставою для визнання шлюбу недійсним, оскільки згідно із ч. 1 ст. 56 СК дружина та чоловік мають право на вільний вибір місця свого проживання.

Твердження про те, що ОСОБА\_2 уклала шлюб з ОСОБА\_3 заради заволодіння його майном, без наміру створити сім'ю, є голосливими та не підтверджені жодним доказом, натомість, виходячи з доводів позову та всебічного дослідження обставин справи, суд дійшов висновку про особисте добровільне волевиявлення ОСОБА\_3 та відповідача щодо укладення шлюбу з метою створення сім'ї.

Також одним із аргументів фіктивності шлюбу позивачка зазначила складання померлим заповіту на її користь. Але складання заповіту ОСОБА\_3 на користь позивачки не може бути доказом фіктивності його шлюбу з відповідачкою.

Свідки, які були допитані судом за клопотанням позивачки, суду пояснили лише той факт, що останні роки свого життя ОСОБА\_3 та ОСОБА\_2 мешкали за різними адресами. ОСОБА\_3 зловживав спиртними напоями, блукав по селу і просив у людей їжу та гроші, а відповідачка не піклувалася про нього. Свідок ОСОБА\_8 із подружжям ОСОБА\_3 познайомився лише в 2013 році. Але зазначене свідками не свідчить про фіктивність укладення шлюбу між ОСОБА\_3 та ОСОБА\_2.

З огляду на викладене, враховуючи наведені вимоги закону та проаналізовані в судовому засіданні докази, суд вважає, що позивачкою не доведені обставини, на які вона посилається в позові.

Під час розгляду справи судом не встановлено жодних передбачених законом підстав для визнання шлюбу недійсним. ОСОБА\_2 та ОСОБА\_3 при укладенні шлюбу не мали для цього перешкод, визначених законом, зареєстрували шлюб у відповідному державному органі, мали намір створити сім'ю та після реєстрації шлюбу проживали як подружжя, мали взаємні права та обов'язки подружжя.

При розгляді цього спору необхідно також установити, наскільки цим шлюбом порушені права та інтереси позивачки.

У ході судового розгляду позивачкою не надано жодного належного та допустимого доказу на підтвердження порушення відповідачкою законних прав та інтересів позивача. Суд ухвалив відмовити ОСОБА\_1 у задоволенні позову до ОСОБА\_2 про визнання шлюбу недійсним за безпідставністю.

Коли є підстави вважати, що *шлюб укладено з корисливою метою*, зокрема, з метою набуття майна у порядку спадкування після смерті того з подружжя, який є хворим, *а отже, його можна визнати фіктивним*, то його фіктивність має бути доведено у суді на підставі належних доказів.

За матеріалами справи<sup>15</sup> судом встановлено, що спадкодавець ОСОБА\_7 зареєстрував шлюб з ОСОБА\_5 27.08.14 р. у ДРАЦС реєстраційної служби Кіровоградського міського управління юстиції, про що

<sup>15</sup> Див. ЄДРСР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67717573>.



складено відповідний актовий запис та видано свідоцтво про шлюб.

У свою чергу, позивачі ОСОБА\_3 та ОСОБА\_4 пред'явили позов до суду з вимогами про визнання шлюбу, укладеного між їх батьком ОСОБА\_7 та відповідачкою ОСОБА\_5, недійсним, зазначаючи як на підставу позовних вимог у цій частині, які були підтримані під час судового розгляду справи представником позивачів, що зазначений шлюб був укладений без вільної згоди ОСОБА\_7 на його укладення, оскільки останні місяці життя ОСОБА\_7 тяжко хворів, знаходився у безпорадному стані, не спроможний був самостійно забезпечити умови свого життя, потребував стороннього догляду, допомоги та піклування, які йому за плату, а не з почуття обов'язку дружини, надавала відповідачка.

З огляду на зазначене, позивачі вважають, що ОСОБА\_5 повинна бути усунута від права на спадкування за законом, оскільки, знаючи про стан здоров'я ОСОБА\_7, усвідомлювала, що останні місяці життя він важко хворів, знаходився у безпорадному стані, розуміла, що доглядає його за плату, а не з почуття обов'язку дружини, зважаючи на те, що у шлюбі вони перебували лише 6 днів і за цей час спільного майна не придбали.

Позивачами ОСОБА\_3, ОСОБА\_4 заявлено вимоги про визнання зареєстрованого 28.08.14 р. шлюбу між ОСОБА\_7 та ОСОБА\_5 недійсним на підставі ч. 1 ст. 40 СК. При цьому судом зазначається, що позовна заява містить посилання на ст. 40 СК в цілому, однак зміст заявлених вимог та обставин, якими обґрунтовані вимоги, вказує на те, що вимогу про визнання шлюбу недійсним заявлено саме з підстав ч. 1 ст. 40 СК, тобто з підстав, що шлюб зареєстрований без вільної згоди чоловіка.

Позивачі в позові та представник позивачів у судовому засіданні відсутність вільної згоди чоловіка ОСОБА\_7 на укладення шлюбу з відповідачкою ОСОБА\_5 обґрунтували тим, що в останній місяць життя ОСОБА\_7 хворів, не міг говорити, самостійно їсти і пити, через хворобу та похилий вік був неспроможний самостійно забезпечити умови свого проживання, потребував стороннього догляду, допомоги та піклування.

На обґрунтування позовних вимог у заявлених підставах позову позивачі *не посилаються на те*, що по відношенню до їх батька ОСОБА\_7 було застосоване фізичне чи психічне насильство, а також на те,

що в момент реєстрації шлюбу ОСОБА\_7 страждав на тяжкий психічний розлад або ж перебував у стані алкогольного сп'яніння, внаслідок чого не усвідомлював сповна значення своїх дій та (або) не міг керувати ними, на підставі чого ці обставини з'ясуванню не підлягають.

Аналізуючи зібрані у справі докази, пояснення сторін, свідків, які в наданих суду показаннях фактично зазначили про перебіг подій за період з березня 2014 року по вересень 2014 року, але не зазначали про наявність обставин, передбачених ч. 1 ст. 40 СК, за яких шлюб може бути визнано недійсним, суд доходить висновку про недоведеність позивачами передбачених ч. 1 ст. 40 СК правових підстав для визнання шлюбу недійсним. Відповідно у позові ОСОБА\_3, ОСОБА\_4 про визнання недійсним шлюбу, який було укладено 27.08. 14 р. між ОСОБА\_7 та ОСОБА\_5 і зареєстровано ДРАЦС, на підставі ч. 1 ст. 40 СК слід відмовити.

Крім того, судом зазначається, що при розгляді цього спору про визнання шлюбу недійсним, необхідно встановити, наскільки цим шлюбом порушені права та інтереси позивачів. У ході судового розгляду представником позивачів у порядку ст. 10, 60 ЦПК не надано жодного належного та допустимого доказу на підтвердження порушення відповідачем законних прав та інтересів позивачів. Більше того, заявлені позивачами вимоги про визнання за ними права власності в порядку спадкування на спадкове майно жодним чином не обґрунтовані та не доведені.

Звернемо увагу, що з моменту виникнення бажання до волевиявлення минає певний проміжок часу. В одних випадках цей проміжок є коротким, в інших — довгим. Саме в цей період часу людина обмірковує шляхи, за допомогою яких вона може задовольнити свої бажання. Результатом цього є певна дія. Але ще до настання завершальної дії воля може певним чином виявитися у поведінці особи. Людина може, наприклад, розповісти будь-кому про свої наміри.

Таким чином, допускаються різні форми зовнішнього волевиявлення: словами (усно), письмовим актом, мовчанням, поведінкою особи. В останньому випадку говорять про так звані конклюдентні дії, тобто дії, в яких втілюється взаємозрозуміла воля осіб. Мовчання визнається виявом волі у випадках, передбачених законодавством. Волевиявлення може здійснюватися як безпосередньо самою особою, так і через



представника (опосередковано). Але законом заборонено укладання шлюбу через представника. Опосередкований спосіб волевиявлення зазвичай зумовлюється відсутністю здатності або фізичної можливості уповноваженої особи вчиняти юридичні дії.

Вільне укладення шлюбу передбачає відсутність пороків волевиявлення, обумовлених насильством, погрозами та іншим впливом на психіку особи чи обох осіб, які одружуються. Насильство, погрози можуть виходити як від однієї з осіб, які укладають шлюб, так і від інших осіб (батьків, родичів). Виключається вільне волевиявлення і при помилці або обмані, який допускається як одним, так і обома з подружжя.

Згода особи є способом зовнішнього виявлення її внутрішньої волі на реєстрацію шлюбу. До визначення вольового аспекту укладення шлюбу певною мірою можуть застосовуватися загальні теоретичні конструкції, зокрема, вимогою до змісту волі особи є: а) наявність волі; б) серйозність намірів; в) відсутність помилки; г) свобода волі. Що стосується умов волевиявлення, то, окрім необхідної форми, потрібні: а) ясність виявлення; б) визначеність вияву волі.

Якщо існує певний дефект волі та волевиявлення або їх неспівпадіння, вважається, що при реєстрації шлюбу особа діяла без вільної згоди.

Якщо особа страждала на тяжкий психічний розлад, вона, без сумніву, не могла сповна усвідомлювати значення своїх дій і (або) керувати ними. Причому шлюб визнається судом недійсним, якщо особа саме в момент реєстрації шлюбу страждала на тяжкий психічний розлад, тобто коли її хворобливий психічний стан не є хронічним. Якщо ж особа була визнана неієздатною у зв'язку з тим, що вона внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу не здатна усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними (ч. 1 ст. 39 ЦК), то шлюб із такою особою є недійсним і без рішення суду в силу прямого припису закону (ч. 3 ст. 39 СК).

Шлюб визнається недійсним, якщо особа під час реєстрації шлюбу перебувала у стані алкогольного, наркотичного або токсичного сп'яніння. Стан сп'яніння має бути таким, щоб особа не усвідомлювала сповна значення своїх дій і (або) не могла керувати ними. Ці обставини мають бути доведені в суді.

Шлюб визнається також недійсним, якщо його було зареєстровано в результаті фізичного чи психічного насильства. У СК використовується поняття «фізичне та психічне насильство», тоді як у ст. 231 ЦК поняття «насильство» є родовим і визначається як фізичний чи психічний тиск на особу з боку іншої сторони або іншої особи. Очевидно, що принципової різниці у змісті наведених понять немає.

Шлюб визнається недійсним за рішенням суду в разі його фіктивності. Фіктивний сімейно-правовий стан — це результат протизаконного прийому, який полягає у здійсненні особою наданих законом правомочностей у цілях, які не відповідають їх змісту та соціальному призначенню. Зокрема, шлюб є фіктивним, якщо його укладено жінкою та чоловіком або одним із них без наміру створення сім'ї і набуття прав та обов'язків подружжя. Фіктивність намірів може мати місце як щодо обох сторін, так і щодо однієї з них.

Інколи особа може намагатися формально отримати деякі елементи правового статусу подружжя — право на пільги, право на отримання пенсій, допомог та інших платежів, право виїзду за кордон як члену сім'ї певної особи тощо. При цьому вона не має наміру реально створити сім'ю та підтримувати подружні стосунки. За таких обставин інтереси другої (добросовісної) сторони можуть бути серйозно порушені.

Закон передбачає можливість настання негативних правових наслідків недійсності шлюбу лише для однієї сторони (ст. 45 СК) і, навпаки, збереження прав подружжя за сумлінною стороною, яка не мала намірів укласти фіктивний шлюб. Якщо ж обидві сторони реєстрували шлюб без наміру створення сім'ї, то негативні наслідки будуть запроваджені щодо жінки та чоловіка одночасно. За таких обставин до суду з позовом можуть звертатися інші особи, права яких порушені недійсним шлюбом<sup>16</sup>.

Таким чином, припускаємо, що в останньому судовому прикладі мовчазний прояв волевиявлення підтверджує добровільність шлюбу, але детальніше не маємо можливості проаналізувати цей момент, тому що з матеріалів справи це не вбачається можливим.

<sup>16</sup> Науково-практичний коментар до Сімейного кодексу України // Шлюб, який визнається недійсним за рішенням суду. URL: <http://pinkchildhood.com.ua/index.php/batkam/s-imia-ta-shliub/121-sim-ia-ta-shliub/303-shliub-iakyi-vyznaietsia-nediisnym-za-rishenniam-sudu.html>.



# ОЗИРАЮЧИСЬ НАЗАД...

## У КОНТЕКСТІ ОСТАННІХ РІШЕНЬ ВЕРХОВНОГО СУДУ З ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ПИТАНЬ



Леонід Белкін, адвокат

*У попередніх випусках Вісника НААУ було опубліковано низку статей автора. Однак судова практика не стоїть на місці. А тому видається доцільним повернутися до тем попередніх публікацій, оскільки висловлені у них міркування знайшли підтвердження на більш високому рівні реформованого Верховного Суду.*

### ЩОДО ОСКАРЖЕННЯ УХВАЛ СЛІДЧОГО СУДДІ

У грудні 2017 року у Віснику НААУ була опублікована стаття автора «Розширення можливостей апеляційного оскарження ухвал слідчого судді: процесуальні особливості та судова практика»<sup>1</sup>. У статті йшлося про можливість апеляційного оскарження ухвал слідчого судді, які (ухвали) прийняті за межами його повноважень, зокрема щодо неможливості призначення різноманітних перевірок у межах кримінального провадження у судовому порядку та можливості оскарження відповідних ухвал. З цього приводу з'явилася нова судова практика та висловилися Велика Палата Верховного Суду у постанові від 23.05.18 р.

Кримінальний процесуальний кодекс України<sup>2</sup> 2012 року має значно звужені, навіть порівняно із КПК 1960 року, можливості оскарження процесуальних документів з метою захисту (відновлення) порушених прав осіб. Тому становить інтерес будь-як судова прак-

тика, яка надає підстави для розширення можливостей такого оскарження. 3 липня 2016 року Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних та кримінальних справ почав формувати судову практику, відповідно до якої якщо слідчий суддя прийняв ухвалу, яку він не мав права ухвалювати відповідно до КПК, така ухвала підлягає оскарженню, навіть якщо право на таке оскарження прямо не передбачене КПК. Така позиція сформована, зокрема, в ухвалі від 13.07.16 р.<sup>3</sup> Натомість ця практика не стала керівною і не завжди враховувалася апеляційними судами.

Так, 27.07.17 р. слідчий суддя Слов'янського міськрайонного суду Донецької області своєю ухвалою надав дозвіл на проведення комплексної позапланової перевірки у межах кримінального провадження. Вважаючи, що слідчий суддя не мав права приймати таку ухвалу, зацікавлена особа оскаржила її до Апеляційного суду Донецької області, однак ухвалою від 30.08.17 р. у відкритті апеляційного провадження

<sup>1</sup> Див.: Белкін Л. Розширення можливостей апеляційного оскарження ухвал слідчого судді: процесуальні особливості та судова практика. Вісник НААУ № 12 (39). 2017. С. 18—22.

<sup>2</sup> Далі за текстом — КПК.

<sup>3</sup> Див. ЄДРСР. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/58989208>.



було відмовлено. Зазначену ухвалу було оскаржено у касаційному порядку, касаційну скаргу прийняла до провадження Велика Палата Верховного Суду.

Розглядаючи цю касаційну скаргу, Велика Палата у постанові від 23.05.18 р. у справі № 243/6674/17-к, провадження № 13-16сво18<sup>4</sup>, вказала, що забезпечення права на апеляційний перегляд справи є однією з основних засад судочинства. У п.п. 1, 2 та 17 ст. 7 КПК зазначено, що зміст та форма кримінального провадження повинні узгоджуватися із загальними засадами кримінального провадження і, зокрема, із забезпеченням права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності. Згідно з ч. 3 ст. 392 КПК в апеляційному порядку можуть бути оскаржені ухвали слідчого судді у випадках, передбачених КПК. Буквальне тлумачення зазначеної норми дає підстави для висновку про те, що ухвала слідчого судді може бути оскаржена в апеляційному порядку лише тоді, коли в КПК є норма, якою це дозволено. Відповідно до ч. 3 ст. 309 КПК інші ухвали слідчого судді оскарженню не підлягають і заперечення проти них можуть бути подані під час підготовчого провадження в суді. Тобто у випадку незгоди сторін з іншими ухвалами слідчого судді законність цих ухвал підлягає перевірці судом першої інстанції під час підготовчого провадження. Велика Палата Верховного Суду висловила позицію, що зазначена перевірка не є ефективним засобом захисту від можливого порушення ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод<sup>5</sup> і ст. 1 Першого протоколу до Конвенції, оскільки, по-перше, не в усіх випадках кримінальні справи, у яких було здійснено позапланові перевірки, будуть передані до суду з обвинувальним актом. По-друге, підготовче засідання в суді першої інстанції, навіть якщо обвинувальний акт передано до суду, може відбутися запізно для того, щоб бути здатним виправити порушення. По-третє, під час підготовчого судового засідання суддя не має повноважень вчиняти дії та приймати рішення, які можуть призвести до виправлення порушення Конвенції, спричиненого втручанням з боку держави.

Велика Палата дійшла висновку, що ч. 3 ст. 309 КПК стосується тільки тих ухвал, можливість прийняття яких прямо передбачена КПК. Якщо ж можливість прийняття ухвали певного виду прямо КПК не передбачена, то на оскарження таких ухвал немає ані дозволу, ані заборони щодо апеляційного оскарження такої ухвали. До таких ухвал належать і ухвали про надання дозволу на проведення позапланової перевірки. У таких випадках слід користуватися загальними засадами кримінального судочинства.

За таких умов Велика Палата також приділила увагу засадничим принципам практики Європейського Суду з прав людини<sup>6</sup> щодо умов прийнятності апеляційної скарги. Палата визнала, що «право на суд», одним із аспектів якого є право доступу, не є абсолютним і може підлягати обмеженням; накладення обмежень дозволено за змістом, особливо щодо умов прийнятності апеляційної скарги. Проте такі обмеження повинні застосовуватися з легітимною метою та зберігати пропорційність між застосованими засобами та поставленою метою (рішення у справах *«Воловік проти України»*, *«Креуз проти Польщі»*, *«Подбіельські та ППУ Полпуре проти Польщі»*<sup>7</sup>). Обмеження, накладене на доступ до суду, буде несумісним з п. 1 ст. 6 Конвенції, якщо воно не має законної мети або коли не існує розумної пропорційності між застосованими засобами та законністю мети, яку прагнуть досягти (рішення у справах *«Тіннеллі та Сини Лтд та ін., Мак-Елдуф та інші проти Сполученого Королівства»*<sup>8</sup>). Конвенція має на меті гарантію не теоретичних або ілюзорних прав, а практичних та ефективних. Особливо це стосується права на доступ до суду з огляду на визначене місце, яке посідає в демократичному суспільстві право на справедливий суд (рішення у справах *«Ейрі проти Ірландії»*, *«Аїт-Музуб проти Франції»*<sup>9</sup>).

За результатами зробленого аналізу Велика Палата дійшла висновку, що, зважаючи на важливість для суб'єктів, щодо діяльності яких слідчі судді надають дозволу на проведення позапланових перевірок, прав, установлених ст. 8 Конвенції та ст. 1 Першого

<sup>4</sup> Див. ЄДРПР. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74475959>.

<sup>5</sup> Далі за текстом — Конвенція.

<sup>6</sup> Далі за текстом — ЄСПЛ.

<sup>7</sup> *Volovik v. Ukraine*, 06.12.2007, № 15123/03; *Kreuz v. Poland*, 19.06.2001, № 28249/95; *Podbielski and PPU Polpure v. Poland*, 26.07.2005, № 39199/98.

<sup>8</sup> *Tinnelly & Sons Ltd. and others and McElduff and others v. the United Kingdom*, 10.07.1998, № 20390/92, № 21322/92.

<sup>9</sup> *Airey v. Ireland*, 09.10.1979, № 6289/73; *Ait-Mouhoud v. France*, 21.10.1996, № 22924/93.



протоколу до Конвенції, та враховуючи відсутність надійних процесуальних механізмів захисту прав під час підготовчого провадження, Велика Палата вважає практичним та ефективним право на апеляційний перегляд таких ухвал у стадії досудового розслідування. Велика Палата Верховного Суду вважає, що апеляційні суди зобов'язані відкривати апеляційне провадження за скаргами на ухвали слідчих суддів про надання дозволу на проведення позапланових перевірок. За таких умов Велика Палата касаційну скаргу задовольнила, а ухвалу Апеляційного суду Донецької області від 30.08.17 р. — скасувала, з призначенням нового розгляду у суді апеляційної інстанції.

Заради справедливості варто зазначити, що міркування аналізованої постанови містять певну ваду, а саме посилання на «застарілу» норму п. 8 ч. 3 ст. 129 Конституції України, відповідно до якої апеляційне оскарження судового рішення можливе в усіх випадках, крім тих, коли закон містить заборону на таке оскарження. Тобто ця норма знадобилася суддям Великої Палати для захисту прав приватних осіб. Однак ця прогресивна норма була скасована у ході конституційної судової реформи 2016 року. Про шкоду такого скасування автор попереджав ще на стадії обговорення зазначених змін<sup>10</sup>, однак автори реформи до цих застережень, звісно, не прислухалися. Отже, маємо реальний прояв реальної шкоди «реформаторських» зусиль.

Заради справедливості також варто зазначити, що суддя Великої Палати Верховного Суду Антонюк Н. О. заявила про окрему думку. Зокрема, суддя зазначила, що навряд чи правильним можна вважати підхід до можливості оскарження в апеляційному порядку під час досудового розслідування абсолютно всіх ухвал слідчих суддів, які не передбачені безпосередньо нормами КПК. На думку судді, такий висновок є хибним, оскільки він фактично призведе до відмови від визначених законодавцем так званих «фільтрів» для апеляційного оскарження ухвал слідчих суддів саме під час досудового розслідування. На мій погляд, варто було б подумати саме про «фільтри» для слідчих суддів, які легко погоджуються зі всіма забаганками сторони слідства і приймають ухвали, виходячи за межі наданих повноважень. Тобто виходить,

що і межі нібито є, однак і жодних наслідків їх порушення немає. Наприклад, згідно з ч. 3 ст. 234 КПК у разі потреби провести обшук слідчий за погодженням з прокурором або прокурор звертається до слідчого судді з відповідним клопотанням, яке повинно містити, зокрема, відомості про: житло чи інше володіння особи або частину житла чи іншого володіння особи, де планується проведення обшуку; особу, якій належить житло чи інше володіння, та особу, у фактичному володінні якої воно знаходиться; індивідуальні або родові ознаки речей, документів, іншого майна або осіб, яких планується відшукати, а також їхній зв'язок із вчиненим кримінальним правопорушенням. Однак мають місце непоодинокі порушення автором клопотання і, відповідно, слідчим суддею цих вимог, але ухвала про обшук діє і обшук здійснюється. Тобто порушення є, а наслідків немає.

В Окремій думці також зазначається, що законодавець передбачив можливість апеляційного оскарження на досудовому розслідуванні не всіх ухвал, які виносять слідчі судді, а лише їх вичерпного переліку.

Натомість якщо прийняття ухвал певного виду не передбачено взагалі, то не може бути передбачена і можливість їх оскарження. Однак тут маємо пряму суперечність: прийняття ухвали, яка не передбачена КПК, само собою є порушенням, але оскаржити це очевидне порушення неможливо.

**Таким чином, Велика Палата Верховного Суду чітко вказала на можливість апеляційного оскарження ухвал слідчого судді, прийнятих за межами його повноважень. У принципі, доцільно це положення безпосередньо внести до КПК.**

Досвід свідчить про те, що при принциповій позиції апеляційних судів вдається успішно оскаржити ухвали слідчих суддів про призначення перевірки, навіть прийняті значно раніше, ніж постанова Великої Палати від 23.05.18 р. Так, автором подана апеляційна скарга на ухвалу слідчого судді Жовтневого районного суду м. Дніпропетровська від 22.03.17 р. про призначення позапланової виїзної перевірки. Одночасно подано клопотання про поновлення строку на апеляційне оскарження, мотивоване тим, що про можливість оскарження ухвал цього типу стало відомо тільки після прийняття зазначеної постанови Великої Палати.

<sup>10</sup> Белкін Л. Проект Закону № 3524: конституційна реформа у сфері правосуддя як крок назад у побудові правової держави / Л. Белкін. Юридична газета. 15.12.2015 р. № 5051 (496-497). С. 26—28.





До цього таке оскарження вважалося неможливим. Апеляційний суд таке клопотання підтримав, строк поновив, ухвалу слідчого судді скасував<sup>11</sup>.

### ЩОДО ПОНОВЛЕННЯ ПРОПУЩЕНОГО СТРОКУ НА АПЕЛЯЦІЙНЕ ОСКАРЖЕННЯ

У березні 2018 року була опублікована стаття автора «Гарантії доступу до судового захисту: криве дзеркало українського судочинства»<sup>12</sup>, де йшлося вже про практику Київського апеляційного адміністративного суду щодо «полегшеного» доступу суб'єктів владних повноважень до апеляційного оскарження. Зокрема, «на виконання» ст. 55 Конституції України апеляційний суд визнавав за можливе допускати до апеляційного провадження апеляційні скарги податкових (фіскальних) органів без вирішення питання поновлення пропущеного строку на апеляційне оскарження, а також без сплати судового збору. Так, 14.03.18 р. з цього приводу висловився і Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду.

У листопаді 2017 року податковий орган (Відповідач) звернувся з апеляційною скаргою до Київського апеляційного адміністративного суду<sup>13</sup> на постанову суду першої інстанції від 22.11.16 р. без сплати судового збору і без клопотання про поновлення строку апеляційного оскарження. Ухвалою від 08.12.17 р. КААС відкрив апеляційне провадження<sup>14</sup>. При цьому суд обґрунтував свою позицію таким чином: «Виходячи із необхідності дотримання принципу забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішень адміністративного суду, суд вважає за можливе відстрочити ДПІ сплату судового збору до закінчення перегляду справи в апеляційному порядку». Але найбільш «чудовим» слід визнати твердження ухвали від 08.12.17 р., що «апеляційна скарга подана в порядку та у строки, встановлені ст. 186 Кодексом адміністративного судочинства України». Тобто подачу апеляційної скарги більше ніж через 300 днів суд визнав своєчасною, оскільки податковий орган уже раніше звертався з такою ж апеляційною скаргою.

Представник Позивача з такою позицією не погоджувався, але оскаржити її самостійно не міг.

Натомість 14.03.18 р. Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду розглянув справу № 826/6323/16, адміністративне провадження № К/9901/33075/18, за касаційною скаргою податкового органу (Інспекції) на ухвалу принципового судді КААС, який за підстав, аналогічних описаним вище, відмовив у відкритті апеляційного провадження.

Приймаючи зазначену постанову, Верховний Суд вказав, що «дотримання строків оскарження судового рішення є однією із гарантій дотримання у суспільних відносинах принципу правової визначеності як складової принципу верховенства права. Ці строки обмежують час, протягом якого такі правовідносини можуть вважатися спірними та після завершення таких строків, якщо ніхто не звернувся із скаргою до суду вищої інстанції, відносини стають стабільними.

Доводи касаційної скарги про те, що неможливість вчасного подання апеляційної скарги була зумовлена відсутністю належного фінансування видатків, передбачених для сплати судового збору, не свідчать про наявність поважних підстав, що перешкоджали Інспекції своєчасно звернутися до суду апеляційної інстанції.

З огляду на викладені вимоги закону та зважаючи, що повторна апеляційна скарга <...> була подана за межами законодавчо встановленого десятиденного строку її апеляційного оскарження, а зазначені Інспекцією у заяві причини пропуску нею строку апеляційного оскарження визнані судом апеляційної інстанції такими, що не можуть вважатись поважними та достатніми для висновку щодо пропуску цього строку з поважних причин, касаційний суд вважає, що Інспекції обґрунтовано відмовлено у відкритті апеляційного провадження. <...>

З метою виконання процесуального обов'язку дотримання строку на апеляційне оскарження судових рішень особа, яка має намір подати апеляційну скаргу, повинна вчиняти всі можливі та залежні від неї дії. Це стосується і суб'єктів владних повноважень, які фінансуються з Державного бюджету України, зокрема в частині видатків на оплату судового збору, а тому держава повинна створити належні фінансові

<sup>11</sup> Див. ЄДРСР. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75752427>.

<sup>12</sup> Белкін Л. Гарантії доступу до судового захисту: криве дзеркало українського судочинства / Л. Белкін. Вісник НААУ. № 3 (41). 2018. С. 23—26.

<sup>13</sup> Далі за текстом — КААС.

<sup>14</sup> Див. ЄДРСР. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/70894104>.



можливості і заздалегідь передбачити відповідні кошти на зазначені цілі у кошторисах установ.

**Не спростовують висновків суду апеляційної інстанції й обставини звернення Інспекції з первинною апеляційною скаргою, яку було залишено без руху та повернуто з підстав несплати судового збору, оскільки невиконання вимог ухвали про залишення апеляційної скарги без руху не є поважною причиною пропуску строку апеляційного оскарження, адже не є такою, що не залежить від волі особи, яка її подає, і не надає такій особі права у будь-який необмежений після спливу строку апеляційного оскарження час реалізовувати право на оскарження судових рішень.**

При цьому колегія суддів враховує, що вдруге апеляційну скаргу відповідачем було подано 25.05.17 р., тобто більше ніж через два місяці після її первісного повернення судом апеляційної інстанції, при цьому доказів наявності непереборних обставин, які б перешкодили апеляційному оскарженню судового рішення у цей період, матеріали справи не містять».

Таким чином, Верховний Суд підтвердив, що при повторному зверненні з апеляційною скаргою вирішення питань поновлення строку повинно вирішуватися на загальних підставах. Первісне звернення з апеляційною скаргою, навіть своєчасне, не надає індульгенції щодо порушення строків звернення при наступних зверненнях.

Що стосується розстрочення чи відстрочення сплати судового збору суб'єктами владних повноважень, то це питання радикально вирішено законо-

давцем. Відповідно до ч. 1 ст. 8 Закону України «Про судовий збір» суд може своєю ухвалою за клопотанням сторони відстрочити або розстрочити сплату судового збору на певний строк, але не довше ніж до ухвалення судового рішення у справі за таких умов:

1) розмір судового збору перевищує 5 % розміру річного доходу позивача — фізичної особи за попередній календарний рік; або

2) позивачами є: а) військовослужбовці; б) батьки, які мають дитину віком до чотирнадцяти років або дитину-інваліда, якщо інший з батьків ухиляється від сплати аліментів; в) одинокі матері (батьки), які мають дитину віком до чотирнадцяти років або дитину-інваліда; г) члени малозабезпеченої чи багатодітної сім'ї; г) особа, яка діє в інтересах малолітніх чи неповнолітніх осіб та осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена; або

3) предметом позову є захист соціальних, трудових, сімейних, житлових прав, відшкодування шкоди здоров'ю.

Ці ж обмеження повною мірою стосуються судових зборів щодо апеляційних<sup>15</sup> та касаційних<sup>16</sup> скарг.

Таким чином, прихильність багатьох суддів суб'єктам владних повноважень хоча б трохи обмежена щодо надання переваг перед приватним суб'єктом у сплати судового збору. **Верховний Суд також підтвердив, що первісне звернення з апеляційною скаргою, навіть своєчасне, не надає індульгенції щодо порушення строків звернення при наступних зверненнях.**

<sup>15</sup> Див. ЄДРСР. Ухвала КААС від 25.06.18 р. у справі № 826/14473/16. URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74907051>.

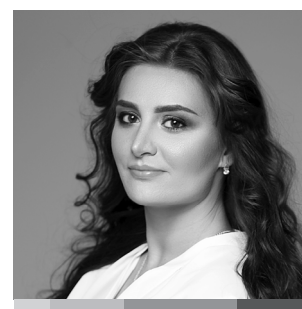
<sup>16</sup> Див. ЄДРСР. Ухвала КААС від 26.06.18 р. у справі № 826/4518/16, адміністративне провадження № К/9901/52148/18. URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74941537>.



# АНАЛІТИЧНИЙ ОГЛЯД ОКРЕМИХ РІШЕНЬ, УХВАЛЕНИХ ЄСПЛ ПРОТЯГОМ ЧЕРВНЯ 2018 РОКУ



**Олександр Дроздов**, адвокат, доцент кафедри кримінального процесу Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, доцент, Голова ВКДКА, Перший проректор Вищої школи адвокатури, Член Науково-консультативної ради при Верховному Суді, к. ю. н.



**Олена Дроздова**, адвокат, старший викладач кафедри кримінального права і правосуддя Міжнародного економіко-гуманітарного університету імені академіка С. Дем'янчука, помічник Першого проректора Вищої школи адвокатури, к. ю. н.

У цій публікації ми продовжуємо цикл періодичних оглядів найбільш важливих рішень, винесених Європейським судом з прав людини<sup>1</sup> у справах щодо іноземних країн. Розглянемо деякі з них, прийняті протягом червня 2018 року.

## 1. Стаття 2 (Право на життя)<sup>2</sup> Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод<sup>3</sup>.

### Рішення від 07.06.18 р, у справі «Ерканан проти Туреччини», заява № 44312/12<sup>4</sup>.

*Нездатність негайно інформувати батьків підлітка про його відсутність у школі, якого згодом знайшли утопленим через власну безрозсудну поведінку: неприйнятна*

*Факти.* П'ятнадцятирічний син заявників пропустив уроки в школі з двома іншими школярами для того, щоб піти плавати на сусідню греблю. Він піднявся на міст, обгороджений металевими поручнями, стрибнув у річку і потонув. Його батько

ініціював два звинувачення у кримінальному правопорушенні, по-перше, проти ряду вчителів у вищій школі, звинувативши їх у нездатності негайно повідомити його про відсутність сина у школі та, по-друге, проти відповідних органів влади, стверджуючи, що вони не вжили необхідні заходи безпеки щодо запобігання доступу до дамби. Прокурор вирішив не переслідувати вчителів або державних службовців у судовому порядку. Апеляція проти цього рішення була відхилена.

*Право. Стаття 2 КЗПЛ.*

*(а) Стверджувана неефективність судової відповіді після смерті.*

<sup>1</sup> Далі за текстом — ЄСПЛ, Європейський Суд, Страсбурзький суд або Суд.

<sup>2</sup> Стаття 2. 1. Право кожного на життя охороняється законом. Нікого не може бути умисно позбавлено життя інакше ніж на виконання смертного вироку суду, винесеного після визнання його винним у вчиненні злочину, за який закон передбачає таке покарання. 2. Позбавлення життя не розглядається як таке, що вчинене на порушення цієї статті, якщо воно є наслідком виключно необхідного застосування сили: а) для захисту будь-якої особи від незаконного насильства; б) для здійснення законного арешту або для запобігання втечі особи, яку законно тримають під вартою; с) при вчиненні правомірних дій для придушення заворушення або повстання.

<sup>3</sup> Далі — КЗПЛ, Конвенція.

<sup>4</sup> Ercan v. Turkey. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-183820>.

У справі не було жодного прояву свавілля або інших недоліків у проведенні розслідування органами прокуратури, які б поставили під сумнів його ефективність. Незважаючи на те, що справа не передбачала умисного порушення права на життя, заявники не подали цивільних або адміністративних позовів на додаток до кримінально-правового засобу судового захисту, якому вони слідували, проти відповідних державних органів влади. Проте ці заходи могли б запропонувати їм відшкодування незалежно від результатів кримінального провадження.

*(b) Стверджувана нездатність органів державної влади захистити право сина заявника на життя.* Незважаючи на те, що не існувало певної нормативної бази, відповідні органи влади вжили необхідні заходи, які можливо було обґрунтовано очікувати від них за цих обставин для запобігання доступу до дамби та зрошувального каналу, а також попередження про небезпеку плавання в тому місці. Попереджувальні знаки були розміщені вздовж берегів річки та з обох сторін мосту, на якому відбувся нещасний випадок. Крім того, верх та сторони мосту були закриті залізними поручнями, а сама дамба була оточена дротяною огорожею для того, щоб перешкоджати в'їзду. Бетонні бар'єри для безпеки також були встановлені поруч з частинами каналу, які прилягали до громадських доріг. Зазначивши, зокрема, що син заявників не впав у воду випадково, а навмисно проігнорував заходи безпеки, не існувало підстав відхилятися від висновку прокурора, що син заявника втратив життя внаслідок своєї необережної поведінки, а також стосовно того, що державні органи влади не можуть бути притягнуті до відповідальності за його смерть.

Скарга заявників проти керівництва школи не стосувалася недоліків регуляторної бази щодо захисту безпеки учнів у школах. Трагічна подія відбулася за межами шкільних приміщень, тобто коли він технічно перебував поза межами виключного контролю школи. Повинен бути продемонстрований особливий рівень вразливості, такий як молодий вік, для того, щоб влада могла накласти на керівництво школи обов'язкову вимогу негайно повідомляти батьків про відсутність уч-

нів. Суд не виключив той факт, що могли існувати інші обставини, за яких могли бути необхідними особлива увага та заходи, у зв'язку з особливими потребами неповнолітнього школяра, такі як психічна або фізична недієздатність, або внаслідок інших факторів, таких як надзвичайні погодні умови або особливі загрози для безпеки, які могли б зробити учня особливо вразливим поза приміщеннями школи незалежно від його або її фактичного віку.

Заявники не продемонстрували, що їх син страждав від будь-якої особливої вразливості, керівництву школи було відомо або мало бути відомо про це, вимагало від них вживання негайних заходів, коли б вони помітили його відсутність. Також вони не зазначили жодних певних загроз за межами шкільних приміщень, які могли б піддати його дійсному та безпосередньому ризику. Незважаючи на те, що син заявників все ще на законних підставах був дитиною на момент подій і тому користувався всіма правами та захистом, які надаються дітям, рівень ретельності, необхідний для захисту дітей від шкоди, повинен обов'язково коригуватися, оскільки вони стають дорослішими та досягають юнацького віку, і починають мати підвищений рівень відповідальності, підтримуючи їх здібності розвиватися. За відсутності будь-яких особливих факторів Суд вважав, що було важко стверджувати, що нездатність керівництва школи негайно поінформувати батьків про відсутність в школі п'ятнадцятирічного учня середньої школи могла автоматично вважатися такою, що завдає шкоди для безпеки учня і, таким чином, тягне відповідальність школи за змістом ст. 2 КЗПЛ. За цих обставин скарги заявників на керівництво школи органи вважалися безпідставними та необґрунтованими.

*Висновок:* неприйнятна (явно необґрунтована).

Вбачається, що у контексті наведеного рішення практичний та науковий інтерес становить і низка наступних рішень ЄСПЛ: Бон проти Франції (заява № 69869/01, рішення від 01.03.05 р.)<sup>5</sup>; Мольє проти Румунії (заява № 13754/02, рішення від 01.09.09 р.)<sup>6</sup>; Косева проти Болгарії (заява № 6414/02, рішення від 22.06.10 р.)<sup>7</sup>; Гьокдемір проти Туреччини (заява № 66309/09, рішення від 19.05.15 р.)<sup>8</sup>, Ілбей Кемалоглу

<sup>5</sup> Bone v. France. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-3936>.

<sup>6</sup> Molie v. Roumanie. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-94259>.

<sup>7</sup> Koseva v. Bulgaria. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99972>.

<sup>8</sup> Gökdemir v. Turkey. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155477>.



і Меріє Кемамоглу проти Туреччини (заява № 19986/06, рішення від 10.04.12 р.)<sup>9</sup> і Кайяк проти Туреччини (заява № 60444/08, рішення від 10.07.12 р.)<sup>10</sup>.

1.1. Наприклад, у справі «Бон проти Франції» чотирнадцятирічний син заявників їхав на поїзді. Коли поїзд зупинився на станції, він спробував зійти з нього з боку шляхів, а не на платформу. Потяг, що йшов по рейках поруч, збив і задавив хлопчика. Під час розслідування завдяки показанням свідків, свідченням очевидців, а також даним самописного приладу потягу були встановлені обставини нещасного випадку. Заявники звернулися до влади із заявою про злочин проти невідомої особи або невідомих осіб, стверджуючи, що було скоєно вбивство з необережності і клопотання про вступ до провадження у справі в якості цивільних позивачів. Судове розслідування, проведене головним чином по відношенню до державної залізничної компанії, дійшло висновку, що була відсутня подія злочину. У висновку експертизи вказувалося, що суспільством було дотримано усі обов'язкові заходи безпеки і що нещасний випадок стався через необережні дії самого потерпілого. Наступні скарги заявників у справі були відхилені.

*Рішення.* Скарга визнана неприйнятною, що стосується ст. 2 Конвенції. Стаття 2 не може утримати найвищий рівень безпеки для кожної людини в повсякденній діяльності, яка несе в собі небезпеку отримання тілесних ушкоджень. Зокрема, не можна очікувати від держави, що вона візьме на себе позитивне зо-

бов'язання захищати життя і здоров'я безтурботних мандрівників. Потерпілий самовільно відкрив двері з боку залізничних колій, усвідомлюючи, що він сходить з потягу з боку, протилежного залізничній платформі. І незважаючи на попередження його друга про те, що він сходить з потягу не з того боку, він подумав, що може перетнути шлях до наступної платформи, і при цьому він ігнорував попередження на дверях вагону про можливу серйозну небезпеку, яку тягнуть за собою подібні дії. Вкрай безтурботна поведінка потерпілого стала вирішальною причиною його випадкової загибелі. Тому владі Франції не можна поставити в провину те, що вона не вжила заходи, які могли б врятувати його життя.

Органи судової влади провели повний і неупереджений розгляд обставин смерті і зробили висновок, що залізнична компанія не підлягала кримінальній відповідальності. Цей висновок міститься в рішеннях, винесених за результатами змагального провадження у справі, до якого заявники мають повний доступ, в тому числі через адвоката. Скарга визнана явно необґрунтованою.

## **2. Стаття 6 § 1 КЗПЛ (цивільний аспект)<sup>11</sup>.**

### **Справедливий розгляд справи / Незалежний і неупереджений судовий орган.**

*Скасування остаточних судових рішень щодо приватизації державної компанії після публічних заяв Президента та Прем'єр-міністра: порушення*

<sup>9</sup> Ilbeyi Kemaloğlu and Meriye Kemaloğlu v. Turkey. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-110253>.

<sup>10</sup> Kayak v. Turkey. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112094>.

<sup>11</sup> Стаття 6. 1. Кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. Судове рішення проголошується публічно, але преса і публіка можуть бути не допущені в зал засідань протягом усього судового розгляду або його частини в інтересах моралі, громадського порядку чи національної безпеки в демократичному суспільстві, якщо того вимагають інтереси неповнолітніх або захист приватного життя сторін, або — тією мірою, що визнана судом суворо необхідною, — коли за особливих обставин публічність розгляду може зашкодити інтересам правосуддя.

2. Кожен, кого обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, вважається невинуватим доти, доки його вину не буде доведено в законному порядку.

3. Кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має щонайменше такі права:

а) бути негайно і детально поінформованим зрозумілою для нього мовою про характер і причини обвинувачення, висунутого проти нього; б) мати час і можливості, необхідні для підготовки свого захисту; в) захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд, або — за браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника — одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя; г) допитувати свідків обвинувачення або вимагати, щоб їх допитали, а також вимагати виклику й допиту свідків захисту на тих самих умовах, що й свідків обвинувачення; е) якщо він не розуміє мови, яка використовується в суді, або не розмовляє нею, — одержувати безоплатну допомогу перекладача.



**Рішення від 26.06.18 р. у справі «Індустріальний Фінансовий Консорціум Інвестиційно-металургійний Союз проти України», заява № 10640/05<sup>12</sup>.**

*Факти.* У 2004 році компанія-заявник, українське спільне підприємство, була заснована приватними компаніями, які перебували у власності або під контролем одного з лідерів тогочасної правлячої партії і чоловіка доньки пана Кучми, президента України на той час. Того ж року держава продала державний металургійний завод «Криворіжсталь», один з найбільших у світі виробників сталі, компанії-заявнику. Законність продажу була оскаржена в декількох окремих видах проваджень у судах загальної юрисдикції та господарських судах. До кінця 2004 року провадження в судах загальної юрисдикції було завершено та суди трьох судових інстанцій підтвердили, що продаж був законним. Провадження в господарських судах закінчилися рішенням Вищого господарського суду, який також був прихильним до компанії-заявника, рішення якого сторони не оскаржували.

Законність і прозорість приватизації «Криворіжсталі» також була оскаржена політичною опозицією під час президентських виборів 2004 року. Після серії акцій протесту, які відбулися безпосередньо після чергового голосування — події, відомі як «помаранчева революція», новообраний президент Ющенко і прем'єр-міністр Тимошенко виступили з публічними заявами про те, що приватизація «Криворіжсталі» була незаконною та завод буде повернений державі і згодом перепроданий.

У 2005 році остаточні рішення судів загальної юрисдикції були скасовані після особливої апеляції, поданої приватною особою, яка не брала участі у основному провадженні. Справа була відправлена для перегляду, але в кінцевому підсумку перегляд був припинений без прийняття рішення по суті. Рішення, прийняті під час проваджень у господарських судах, були скасовані після скарги Генерального прокурора, який діяв в інтересах держави. Розгляд справи був відновлений і закінчився остаточним рішенням, згідно з яким розглянута приватизація була визнана незаконною. Держава взяла під контроль «Криворіжсталь», оголосила угоду компанії-заявника недійсною, повернула заплачені гроші та продала його «Mittal Steel Germany GmbH» за значно вищу ціну після оголошення нового конкурсу.

*Право. Стаття 6 §1 Конвенції.*

(a) *Провадження в судах загальної юрисдикції.* Провадження в судах загальної юрисдикції було припинене остаточним рішенням Верховного Суду України і пізніше було відновлене особливою апеляцією приватної особи, яка не брала участі в початковому провадженні і, таким чином, відповідно до чинного законодавства України, не мала права подати таку апеляцію. Апеляція була «апеляцією для маскування», а не «сумлінним зусиллям, спрямованим на виправлення судової помилки» і була заснована, по суті, на доказах, які були розглянуті та відхилені у початковому провадженні. Не існувало «обставин суттєвого та незаперечного характеру», які б обґрунтовували втручання у остаточне та обов'язкове рішення на користь компанії-заявника.

(b) *Провадження в господарських судах.* Проти рішення Вищого господарського суду України не було подано апеляції протягом одного місяця, передбаченого законом, таким чином рішення господарських судів мали наслідок *res judicata*. Проте після скарги Генерального прокурора через два місяці після закінчення цього терміну ці рішення були скасовані. Провадження було відновлене після затримки в чотири місяці, яка була набагато меншою, ніж затримка, розглянута в справі «Пономарьов проти України» або «Устименко проти України». Проте це не означало, що для цілей ст. 6 §1 Верховний Суд України отримав необмежені межі розсуду для розгляду питання відновлення провадження у справі після запізнілої апеляції Генерального прокурора.

По-перше, Генеральна прокуратура була поінформована про початкові провадження у липні 2004 року, хоча жоден представник не був присутнім на судовому засіданні незважаючи на особливий наказ господарського суду у зв'язку з цим. По-друге, представники різних державних органів, які брали участь у провадженні, не подали апеляції проти рішення Вищого господарського суду. У своїй скарзі Генеральний прокурор не запропонував, щоб ці представники були позбавлені права захищати інтереси держави, які є головними у справі, а також те, що в уряді виникла комунікаційна проблема, внаслідок якої інформація про результат справи не дійшла до зацікавлених осіб. По-третє, не було надано жодних пояснень того, чому апеляція була подана більш ніж через місяць після того, як генеральний прокурор, як стверджується, був поінформований про зазначене рішення. Уряд

<sup>12</sup> Industrial Financial Consortium Investment Metallurgical Union v. Ukraine. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184068>.



не стверджував, що Верховний Суд України розглянув ці важливі аспекти. Крім того, в апеляційній скаргі не містилося жодної інформації, яка б свідчила про те, що суди нижчої інстанції допустили судові помилки такого типу, які складають винесення несправедливого вироку або фундаментальний недолік.

Наприкінці заяви президента і прем'єр-міністра щодо приватизації «Криворіжсталі» та наступне необґрунтоване рішення Верховного Суду України про перегляд спору об'єктивно пролили світло на незалежність та неупередженість господарських судів.

Як підсумок, скасування рішень суду порушило принцип правової визначеності, і оскаржене провадження взагалі з урахуванням тверджень президента та прем'єр-міністра не відповідало вимозі справедливості у значенні ст. 6 §1 КЗПЛ.

*Висновок:* порушення (одноголосно).

*Стаття 1 (Захист власності) Протоколу № 1 до КЗПЛ*<sup>13</sup>. Незважаючи на те, що наслідком оскарженого скасування рішень національного суду стала безпосередня зміна права у компанії-заявника або фактичне володіння акціями «Криворіжсталі», можливо, воно складало втручання в право на ці активи шляхом створення ситуації правової невизначеності. У будь-якому випадку, на відміну від заявників у справах Агротехсервіс, Іванова і Тімотієвич, компанія-заявник отримала компенсацію за втрачені активи. Хоча компанія-заявник стверджувала, що ця сума не покрила збиток, який вона понесла, не було надано жодного підтвердження цього доказу.

Крім того, не кожен процесуальний недолік у справі буде втручатися у право власності поза межами «принципу законності». На відміну від деяких виняткових справ, в яких Суд виявив порушення ст. 1 Протоколу № 1 внаслідок «явного втручання» держав-

них органів влади на найвищому рівні в провадженні, ця справа не стосувалася втручання такого типу (порівняйте і співставте з рішеннями Совтрансавто Холдинг та Агрокомплекс). Крім того, не існувало підстав для висновку, що оскаржене провадження було порушене в такому обсязі, що його результат вже не міг бути прийнятий, або рішення, прийняті господарськими судами, суперечили принципу «законності». Компанія-заявник не продемонструвала, що вона була позбавлена можливості ефективно захищати свої права власності та інтереси, які є головними під час відновленого провадження в господарських судах. Не був заперечений доказ уряду, що оскаржене втручання було в інтересах суспільства, а також не було продемонстровано, що воно було зроблено для того, щоб накласти надмірний індивідуальний тягар.

*Висновок:* відсутність порушення (одноголосно).

*Стаття 41 КЗПЛ:* Вимоги про відшкодування матеріальної шкоди відхилені.

У зв'язку з наведеним рішенням практичний інтерес становлять і рішення у справах «Дія 97» проти України (заява № 19164/04, рішення від 21.10.10 р.)<sup>14</sup>, Пономарьов проти України (заява № 3236/03, рішення від 03.04.08 р.)<sup>15</sup>, Устименко проти України (заява № 32053/13, рішення від 29.10.15 р.)<sup>16</sup>, Рисовський проти України (заява № 29979/04, рішення від 20.10.11 р.)<sup>17</sup>; «Агротехсервіс» проти України (заява № 62608/00, рішення від 05.07.05 р.)<sup>18</sup>; Іванова проти України (заява № 74104/01, рішення від 13.09.05 р.)<sup>19</sup>; Тімотієвич проти України (заява № 63158/00, рішення від 08.11.05 р.)<sup>20</sup>, «Совтрансавто-Холдинг» проти України (заява № 48553/99, рішення від 27.09.01 р.)<sup>21</sup>, та Агрокомплекс проти України (заява № 23465/03, рішення від 06.10.11 р.)<sup>22</sup>.

<sup>13</sup> Кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права. Проте попередні положення жодним чином не обмежують право держави вводити в дію такі закони, які вона вважає за необхідне, щоб здійснювати контроль за користуванням майном відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів.

<sup>14</sup> Див. за посиланням: URL: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974\\_932](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_932).

<sup>15</sup> Див. за посиланням: URL: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974\\_434](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_434).

<sup>16</sup> Див. за посиланням: URL: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974\\_b27](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_b27).

<sup>17</sup> Див. за посиланням: URL: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974\\_854](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_854).

<sup>18</sup> Див. за посиланням: URL: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980\\_435](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980_435).

<sup>19</sup> Див. за посиланням: URL: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980\\_415](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980_415).

<sup>20</sup> Див. за посиланням: URL: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/980\\_439](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/980_439).

<sup>21</sup> Див. за посиланням: URL: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/980\\_043](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/980_043).

<sup>22</sup> Див. за посиланням: URL: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974\\_973](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_973).

### 3. Стаття 6 § 1 КЗПЛ (кримінальний аспект).

#### Рішення від 28.06.18 р. у справі «Чохонелідзе проти Грузії», заява № 31536/07<sup>23</sup>.

Заявник скаржився на те, що його засудження за злочин, пов'язаний з хабарем, було несправедливим тому, що, з одного боку, воно було підтверджено доказами, отриманими за допомогою провокування поліцією на кримінально караний вчинок і, з іншого боку, національним судам не вдалося належним чином розглянути його заяву про провокування на кримінально караний вчинок. Він посилався на ст. 6 § 1 Конвенції, яка передбачає, що «При визначенні <...> будь-якого кримінального обвинувачення проти нього кожен має право на справедливий <...> судовий розгляд <...> судовим органом <...>».

Уряд стверджував, що не було провокування на кримінально караний вчинок заявника, а правоохоронний орган (DCS) діяв у переважно пасивний спосіб під час розслідування справи. Вони стверджували у зв'язку з цим, що пані К., які взяла на себе ініціативу встановити контакт із заявником, була звичайною приватною особою, яка повідомила DCS про свої підозри щодо заявника лише після того, як останній просив хабар у неї. Іншими словами, DCS не провокувало заявника на вчинення злочину, але, скоріше, «приєдналося» до діяльності, надавши дозвіл і оснащення пані К. для проведення прихованого спостереження. DCS ніколи не відмовлялося від цього «переважно пасивного» ставлення під час всього етапу розслідування.

Крім того, уряд стверджував, що заявник мав можливість ефективно поставити питання про провокування під час провадження в національному суді. У відповідь заявник, по-перше, критикував процедуру, згідно з якою DCS організувало таємну операцію проти нього. Він не мав судимостей і ніколи не брав участь у корупційних діях; отже, було складно розуміти, чому правоохоронні органи обрали його як ціль.

Відповідно до офіційної версії подій необхідність у цій операції виникла лише з письмової скарги, поданої до органу влади пані К. Заявник стверджував, що насправді пані К. не була звичайною приватною особою, але платним таємним агентом DCS, який співпрацював з останнім органом влади щодо ряду інших не пов'язаних кримінальних справ. Заявник звернув увагу на той

факт, що пані К. вже була агентом поліції у той час, коли вона вперше прийшла до нього. Пані N., інший головний учасник у кримінальній справі проти заявника, ймовірно, була ще одним таємним агентом DCS, яку він не мав можливості допитати в суді. Заявник стверджував, що національні суди ніколи навіть не зазначали той факт, що вона була таємним агентом, не кажучи вже про те, щоб надати змістовну відповідь на його заяву про провокування на кримінально караний вчинок. Заявник також висловив думку, що пані К. стала об'єктом тиску в органів влади — у формі кримінального провадження проти неї — після того, як вона частково засвідчила на його користь під час судового розгляду.

*У той час як Суд постійно визнавав використання таємних агентів як метод законного розслідування для боротьби з серйозними злочинами, цей метод все ще вимагає, щоб чіткі, відповідні і достатні процесуальні гарантії відмежовували дозволену поведінку поліції від провокування на кримінально караний вчинок, оскільки суспільним інтересом не можна виправдати використання доказів, здобутих шляхом підбурювання з боку поліції.*

У зв'язку з цим розгляд Судом скарг на провокування на кримінально караний вчинок був створений на основі двох тестів: матеріально-правовий тест і процесуальний тест на провокацію вчинення злочину. Відповідно до матеріально-правового тесту під час розгляду обґрунтованого твердження заявника про провокування на кримінально караний вчинок Суд буде з'ясовувати, як перший крок, чи мали органи влади вагомі підстави для початку таємної операції. Зокрема, вони повинні продемонструвати, що вони володіли конкретними, об'єктивними та перевіреними доказами, які свідчать про початкові кроки для вчинення дій, які складають злочин, а також те, що злочинні дії було вже вчинено під час втручання поліції.

Цей принцип виключає, зокрема, будь-яку поведінку, яку можливо тлумачити як підбурювання заявника до вчинення злочину, який в іншому випадку б не був скоєний, наприклад, взяття на себе ініціативи зв'язатися з заявником, повторення пропозиції незважаючи на отримання початкової відмови, наполегливе спонукання, обіцянки фінансової вигоди, або апелюючи до почуття співчуття у заявника.

<sup>23</sup> Див. за посиланням: URL: <http://unba.org.ua/publications/3428-espch-viznav-porushennya-konvencii-u-spravi-chohonelidze-proti-gruzii-cherez-provokaciyu-habarya.html>.



Якщо органи влади стверджують, що вони діяли на основі інформації, отриманої від приватної особи, Суд розрізняє індивідуальну скаргу та інформацію, які надходять від особи, яка співпрацює з поліцією, або інформатора. Існує ризик, що співробітник або інформатор виконує роль *agents provocateurs*, що, ймовірно, порушує ст. 6 § 1 Конвенції, якщо вони повинні були взяти участь в операції під наглядом поліції. Тому в кожній окремій справі важливо встановити, чи була кримінальна дія вже вжита на той час, коли джерело розпочало співпрацю з поліцією. Під час оцінювання заяви про провокацію вчинення злочину також важливо проаналізувати, чи приватна особа, яка повідомила органи влади про стверджувану незаконну діяльність заявника, могла мати будь-які приховані мотиви. Суд встановив, що межа між законною діяльністю таємного агента і провокацією вчинення злочину, скоріше всього, буде перейдена, якщо у національному законодавстві не створена чітка і передбачувана процедура для надання дозволу і здійснення таємних операцій — особливо якщо вони також не знаходилися під належним контролем. Суд вважав судовий нагляд найбільш відповідним засобом контролю у справах про таємні операції. Відсутність процедурних гарантій під час санкціонування таємної операції породжує ризик свавілля та провокування на кримінально караний вчинок поліцією.

*Основне питання, яке розглядалося судом у цій справі, полягало в тому, чи дії правоохоронних органів влади — DCS — залишилися в рамках негласної діяльності та не складали підбурювання заявника до отримання хабаря.*

*Відсутність достатньої законодавчої бази для початку таємної операції проти заявника, нездатність таємного агента залишатися суворо пасивною у своїй діяльності, нездатність прокуратури виконати свій тягар надання доказів, а також недостатність судового перегляду добре обґрунтованих тверджень заявника про провокацію вчинення злочину — Суд постановляє, що здійснення кримінального провадження проти заявника було несумісним з поняттям справед-*

*ливого судового розгляду. Отже, мало місце порушення ст. 6 § 1 Конвенції.*

Заявник вимагав 81 890 євро стосовно матеріальної шкоди, пов'язаної із втратою заробітку у зв'язку із ув'язненням, та 50 000 євро відшкодування моральної шкоди.

Суд не знайшов причинно-наслідкового зв'язку між встановленим порушенням та передбачуваною матеріальною шкодою; тому він відхиляє цю вимогу. З іншого боку, Суд визнав, що заявникові була завдана моральна шкода, яку неможливо компенсувати лише виявленням порушення. Тому Суд вважав відповідним присудити 2 500 євро одноголосно.

#### **4. Стаття 8 (Право на повагу до приватного і сімейного життя) КЗПЛ<sup>24</sup>.**

##### **Повага до приватного життя**

##### ***Свавільне визнання недійсними російських паспортів, виданих громадянам колишнього Радянського Союзу: порушення***

**Рішення від 12.06.18 р. у справі «Альпеева та Джалагонія проти Росії», заяви № 7549/09 і 33330/11<sup>25</sup>.**

*Факти.* Перший заявник переїхала в Росію в 1994 році, коли посольство Росії в Киргизстані поставило печатку у її радянському паспорті, яка підтверджувала те, що вона отримала громадянство Росії. У 2001 році їй був виданий внутрішній паспорт, проте у 2006 році, коли вона подала заяву для отримання закордонного паспорта, він був вилучений на підставі того, що вона отримала громадянство Росії неналежним чином.

У 1998 році другий заявник, який мешкав у Росії після розпаду СРСР, отримав додаток до його паспорта громадянина СРСР, який підтверджував його громадянство Росії. Він отримав паспорт громадянина Росії у 2002 році. Проте у 2010 році, коли йому виповнилося 45 років і, як цього вимагало національне законодавство, він подав заяву на обмін його паспорта, йому було відмовлено на підставі того, що органам влади не вдалося знайти реєстрацію, яка підтверджувала, що він отримав громадянство Росії.

<sup>24</sup> 1. Кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції. 2. Органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб.

<sup>25</sup> Alpeyeva and Dzhalagoniya v. Russia. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-183537>.



Обидва заявники безуспішно оскаржили ці рішення в національних судах. Згодом вони отримали громадянство Росії, перший заявник у 2010 році та другий — у 2013 році.

*Право.*

«<...> 107-109. Суд повторює, що поняття «приватне життя» в сенсі ст. 8 Конвенції є широким поняттям, яке охоплює, зокрема, право встановлювати і розвивати відносини з іншими людьми (див. Niemietz проти Німеччини, № 13710/88, § 29), право на «особистий розвиток» (див. Bensaid v. Сполучене Королівство, № 44599/98, § 47) і право на самовизначення (див. Pretty v. Сполучене Королівство, № 2346/02, § 61).

Суд визнав, що довільна відмова у громадянстві може за певних обставин викликати проблему відповідно до статті 8 Конвенції в силу її впливу на приватне життя індивіда (див. Карасьов проти Фінляндії, № 31414/96, і Дженевезе проти Мальти, № 53124/09, § 30, 11.10.11 р.). Нещодавно суд визнав, що ті ж принципи повинні застосовуватися і до анулювання вже отриманого громадянства, оскільки це може привести до аналогічного, якщо не більшого втручання в право людини на повагу до сімейного та приватного життя (див. «Ramadan проти Мальти, № 76136/12, 21.06.16 р., § 85, і K2 проти Сполученого Королівства, № 42387/13, 07.02.17 р.). При визначенні того, чи є позбавлення громадянства порушенням статті 8, суд розглянув два окремих питання: чи є позбавлення громадянства довільним і які наслідки його анулювання для заявника. При визначенні самоуправства, суд взяв до уваги, чи буде скасування відповідно до закону; чи супроводжувалося це необхідними процедурними гарантіями, в тому числі, чи має особа, яка позбавлена громадянства, можливість оскаржити рішення в суді шляхом надання відповідних гарантій; і чи влада діяла старанно і швидко (див. Рамадан, §§ 86-89 і K2, § 50).

*Скарга у цій справі*

110. Суд зазначає, що в цьому випадку внутрішня процедура, яка застосовувалася до заявників, не полягала в анулюванні громадянства. Замість цього національна влада встановила, що заявники ніколи належним чином не набували російського громадянства через певні порушення під час відповідних розглядів відповідно в 1994 і 1998 роках. Однак суд не вважає, що кваліфікація процедури відповідно до внутрішнього законодавства має вирішальне значення в цій

справі, і вважає, що принципи, згадані вище в п. 107 і 109, застосовні.

*(а) наслідки для заявників*

111-115. Суд спочатку розгляне наслідки вилучення російського паспорта заявника та відмови в обміні російського паспорта другого заявника. По-перше, рішення про те, що заявники ніколи не набували російського громадянства, позбавляють їх будь-якого правового статусу в Росії і фактично роблять їх особами без громадянства (K2, § 62). Крім того, заявники не тільки не отримали російське громадянство, але і залишилися без дійсних документів, що засвідчують особу. Суд повторює, що в згаданій вище ст. 97 «Смирнова» він встановив, що російські громадяни повинні доводити свою особистість незвично часто в повсякденному житті, навіть при виконанні таких повсякденних завдань, як Обмін валюти або покупка квитків на поїзд, і що внутрішній паспорт також необхідний для задоволення більш важливих потреб, таких як працевлаштування або отримання медичної допомоги. Тому суд постановив, що позбавлення паспорта в цьому випадку являло собою триваюче втручання в приватне життя заявника.

У розглянутих випадках Федеральна міграційна служба (ФМС) вилучила паспорт першого заявника і відмовилася обміняти паспорт другого заявника після досягнення нею 45-річного віку, обмін якого є обов'язковим відповідно до внутрішнього законодавства. Відмова в обміні паспорта робить його недійсним, що не тільки не дозволяє йому слугувати документом, що посвідчує особу, а й вважається адміністративним правопорушенням. Відповідно, для цілей ст. 8 наслідки відмови в обміні другого паспорта заявника в цьому випадку аналогічні наслідкам вилучення паспорта у справі Смирнової, про яку говорилося вище. Тому суд вважає, що рішення про те, що заявники не отримали російського громадянства належним чином, в результаті чого у них не залишилося дійсних документів, що засвідчують особу, спричинило значні наслідки для їхнього повсякденного життя і було порушенням їх права на повагу приватного життя відповідно до ст. 8.

*б) чи був цей захід довільним*

Суд повинен розглянути, чи є рішення про арешт паспорта першого заявника та необмін паспорта другого заявника на тій підставі, що вони ніколи не набували російського громадянства, довільними.

*і) чи відповідає цей захід закону?*





Суд зазначає, що ФМС має компетенцію визначати, чи мають особи, які проживають в Росії, російське громадянство, і несе відповідальність за видачу та обмін документів, що засвідчують особу. Він також зазначає, що відповідно до Положення 2002 року щодо розгляду питань, пов'язаних з громадянством РФ, у разі сумнівів у достовірності або дійсності документа, що посвідчує громадянство, або в тому, чи має особа російське громадянство, компетентний орган повинен провести перевірку того, чи були документи видані на законних підставах. Тому суд переконаний у тому, що ці рішення можуть, таким чином, розглядатися, як вони «відповідають закону».

*ii) процедурні гарантії*

Суд далі зазначає, що заявники скористалися можливістю оскаржити рішення ФМС у національних судах, які підтримали свої вимоги на двох рівнях юрисдикції. Після кількох розглядів остаточним рішенням від 07.08.09 р. Волгоградський обласний суд відхилив позов першого заявника щодо бездіяльності ФМС щодо видачі їй нового паспорта. Костромський обласний суд 06.12.10 р. своїм остаточним рішенням відхилив апеляційну скаргу другого заявника про відмову в обміні паспорта. Хоча заявники були незадоволені результатами цих розглядів, вони не стверджували про будь-які процедурні недоліки (див. K2, § 56). Відповідно, суд визнає, що заявникам були надані процесуальні гарантії, передбачені ст. 8 Конвенції.

*iii) чи діяли органи влади сумлінно і оперативно?*

119-126. Суд зазначає, що перша заявниця переїхала в Росію після того, як російське посольство в Бішкеку поставило штамп в її Радянському паспорті, що підтверджує, що вона отримала російське громадянство в березні 1994 року і живе там відтоді. Другий заявник проживає в Росії з моменту розпаду СРСР. Заявники вважали себе громадянами Росії, здійснювали права і обов'язки таких громадян, і їм були надані відповідні документи. 14 липня 2001 року першому заявнику було видано внутрішній російський паспорт, а 23.12.98 р. було видано вкладку для радянського паспорта другого заявника, що засвідчує його російське громадянство, а потім 19.02.02 р. йому було видано російський паспорт. Однак коли у 2006 році перший заявник звернувся до ФМС за закордонним паспортом, співробітник ФМС вилучив її російський паспорт на підставі звіту від 26.01.06 р. про перевірку,

проведеної органами внутрішніх справ. У доповіді робиться висновок про те, що вона ніколи належним чином не набувала російського громадянства, оскільки в базі даних Міністерства закордонних справ або в російському посольстві в Киргизстані не було виявлено ніяких записів на цей рахунок, і тому вона не має права мати російський паспорт.

Що стосується другого заявника, коли відповідно до вимог внутрішнього законодавства він звернувся для обміну свого паспорта, оскільки йому вже виповнилося 45, у цьому йому було відмовлено з таких підстав: (I) хоча заявник міг отримати російське громадянство, якщо він проживав у Росії станом на 06.02.92 р., жодних доказів цього не було отримано в результаті перевірки, проведеної УФМС у 2010 році; (II) жодних відповідних записів із зазначенням, що російське громадянство було надано заявнику, не були знайдено в базах даних.

Суд зазначає, що в доповіді від 26.01.06 р. про перевірку, проведеної органами внутрішніх справ, був зроблений висновок про те, що у 2002 році першому заявникові незаконно був виданий російський паспорт. Аналогічним чином, у звіті ФМС від 30.06.10 р. у рішенні ФМС від 27.09.10 р. зроблено висновок про те, що у 2001 році другому заявнику було незаконно видано російський паспорт. Однак ні в одному зі звітів не було встановлено, що це була вина заявників. Навпаки, у доповіді від 30.06.10 р. стверджується про недбалість з боку компетентних державних органів.

Суд зазначає, що визначення умов і процедур надання громадянства і нагляд за дотриманням цих умов входять до виключної компетенції держави. У зв'язку з цим суд посилається на «спеціальні доповіді омбудсмена про практику вилучення російських паспортів у колишніх громадян СРСР, що переселилися в Російську Федерацію з країн СНД», опубліковані 06.12.07 р. Омбудсмен піддав критиці цю практику, в результаті якої кілька тисяч російських паспортів були вилучені на тій підставі, що вони були «помилково видані», незважаючи на відсутність вини з боку власників паспортів. На думку Омбудсмена, будь-які порушення, пов'язані з видачею паспортів, були викликані халатністю з боку співробітників компетентних державних установ і тим фактом, що вони не були належним чином кваліфіковані. У своїй щорічній доповіді за 2011 рік Омбудсмен знову торкнувся поточної практики. Він, зокрема, заявив, що в той

час, коли колишні радянські громадяни, що знаходилися в країнах СНД, зверталися за отриманням російського громадянства через російські консульські установи, той факт, що вони зробили це, можливо, не був зареєстрований у відповідних базах даних, і, крім того, не було єдиної бази даних. У річному звіті Омбудсмена за 2012 рік було відзначено, що загальна кількість російських паспортів, визнаних недійсними, досягла 80 000, при цьому щорічно близько 8000 паспортів оголошуються недійсними.

З урахуванням вищевикладеного суд доходить висновку про те, що документи, які засвідчують особу заявників, що підтверджують їх російське громадянство, могли бути видані безпідставно в 1994 і 2001 роках щодо першого заявника і в 1998 і 2002 роках щодо другого заявника. Однак це сталося не з їх вини, а через відсутність упорядкованих процедур і єдиної бази даних, а також через помилки, допущені державними чиновниками. Тому викликані неправильною процедурою, пов'язаною з наданням громадянства, вилучення у першого заявника паспорта у 2006 році і отримання відмови другим заявником у видачі паспорта в 2010 році поставило їх не тільки в ситуацію, порівнянну з Смирновим, але також їм довелося зіткнутися зі значно важливішими наслідками, що впливають на їх соціальну ідентичність. У результаті рішення ФМС про те, що вони ніколи не набували російського громадянства, заявники були позбавлені будь-якого правового статусу в Росії. Вони стали особами без громадянства і залишалися такими до 2010 і 2013 років відповідно, коли російське громадянство було надано кожному з них за новою процедурою.

Таким чином, навіть якщо можна вважати, що влада діяла належним чином, після того як масштаб і важливість проблеми були визнані, на думку суду, це залишається справою, яку була у період з 2007 року, коли Омбудсмен звернув увагу на це питання, й до 2013 року для вирішення загальної проблеми. Той факт, що нагляд з боку влади призвів до наслідків для заявників, які настільки серйозно позначилися на їх особистому житті, становить довільне втручання. Тому владі не вдалося діяти сумлінно.

(с) *Висновок:* мало місце порушення ст. 8 Конвенції.

## 5. Стаття 8 КЗПЛ

### Повага до листування

#### *Пропорційність та гарантії законодавства Швеції щодо розвідки сигналів: відсутність порушення*

**Рішення від 19.06.18 р. у справі «Центр правосуддя проти Швеції», заява № 35252/08<sup>26</sup>.**

*Факти.* Заявник є шведською некомерційною організацією, яка представляє клієнтів у судовому процесі проти держави та інших осіб, які стверджують, що їх права та свободи відповідно до Конвенції та відповідно до законодавства Швеції були порушені. Через характер своєї функції як неурядової організації, яка перевіряє діяльність державних суб'єктів, заявник вважає, що існує ризик того, що його спілкування за допомогою мобільних телефонів і мобільного широкосмугового доступу був або буде перехоплений і розглянутий за допомогою розвідки сигналів.

*Право. Стаття 8.* Оскаржене законодавство про розвідку сигналів створило систему прихованого спостереження, яка потенційно впливала на всіх користувачів мобільного телефонного зв'язку та Інтернету без їх повідомлення про спостереження. Жоден національний засіб судового захисту не надав докладних підстав у відповідь позивачу, який підозрював, що його або її спілкування перехоплювалося. Таким чином, саме існування оскарженого законодавства складало втручання в здійснення прав заявника згідно зі ст. 8. Відповідне законодавство було переглянуте в його тогочасному вигляді під час розгляду Судом. Заходи, дозволені законодавством Швеції, переслідували законні цілі в інтересах національної безпеки, підтримуючи зовнішню політику Швеції, політику оборони та безпеки. Незважаючи на це, держави користуються широкими межами розсуду під час прийняття рішення, який тип режиму перехоплення є необхідним для захисту національної безпеки, ці межі розсуду, надані їм під час здійснення режиму перехоплення, були обов'язково вужчими. У справі «Роман Захаров проти Росії»<sup>27</sup> Суд визначив мінімальні гарантії, які повинні створити основний режим перехоплення та інші режими перехоплення для того, щоб бути в достатньому обсязі передбачуваними для зведення до мінімуму ризику зловживання повноваженнями.

<sup>26</sup> Centrum För Rättvisa v. Sweden. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-183863>.

<sup>27</sup> О. Дроздов, О. Дроздова. Огляд справ щодо іноземних країн, розглянутих ЄСПЛ протягом січня 2016 року. Вісник НААУ. 2016. № 4. С. 47-48.



Адаптуючи ті мінімальні гарантії, якщо це необхідно для відображення режиму масового перехоплення, який стосується виключно питань національної безпеки, Суд оцінив оскаржене втручання з точки зору наступних критеріїв:

(I) *Доступність національного законодавства.* Усі законодавчі положення, які стосуються сигналів розвідки, були офіційно опубліковані і були доступні для громадськості.

(II) *Сфера застосування розвідки сигналів.* Вісім цілей, для яких можливо було проводити розвідку сигналів, було задовільно вказано в Законі про розвідку сигналів. Розвідка сигналів, яка проводиться на волоконно-оптичних кабелях, могла стосуватися лише спілкування, яке перетинає кордон Швеції на кабелях, якими володіє постачальник послуг зв'язку. Спілкування між відправником і приймачем у Швеції не може бути перехоплене незалежно від того, є джерело повітряним або кабельним. Радіостанція з національної оборони FRA також може перехоплювати сигнали як частину своєї діяльності з розвитку, яка, як здається, здебільшого стосується збору даних про спілкування. Проте діяльність з розвитку має важливе значення для належного функціонування іноземної розвідки, і отримана інформація може бути використана в регулярній іноземній розвідці лише в тому випадку, якщо це використання відповідає цілям, встановленим законом та застосовними директивами із завданнями. Адміністрація із захисту даних не знайшла жодних доказів того, що особисті дані були зібрані для інших цілей, окрім тих, які є передбаченими для діяльності з розвідки сигналів. Положення, які застосовуються до регулярної іноземної розвідки, також є доречними для діяльності з розвитку та будь-якого перехоплення даних спілкування, в тому числі вимога отримання дозволу, виданого Судом зі справ іноземної розвідки. В той час як поліція була уповноважена видавати докладні директиви з завданнями для розвідки сигналів, Закон про іноземну розвідку чітко виключає використання іноземної розвідки для вирішення завдань у сфері правопорядку або попередження злочинності. Як підсумок, закон вказував сферу повноважень та виконання розвідки сигналів, наданих компетентним органам влади, а також спосіб її здійснення з достатньою чіткістю.

(III) *Тривалість заходів прихованого спостереження.* Закон про розвідку сигналів чітко регулював макси-

мальну тривалість дії дозволу і умови, за яких термін дії дозволу може бути продовжений. Проте будь-який дозвіл є дійсний максимум шість місяців, а також продовження вимагає перевірки того, чи умови все ще виконуються. Крім того, незважаючи на те, що завданням Інспекції з зовнішньої розвідки не є перевірка дозволу на кожну розвідку сигналів, вона може прийняти рішення стосовно того, що розвідувальне перехоплення припиняється, якщо під час перевірки є очевидним, що перехоплення не відповідає дозволу. Дозволи стосуються збору розвідувальної інформації, пов'язаного із загрозами для національної безпеки, і не спрямованого на осіб, підозрюваних у кримінальній поведінці. FRA постійно перевіряє, чи є особливі особисті дані, які вона перехоплює, все ще необхідними для діяльності з розвідки сигналів. За цих обставин існують гарантії, які належним чином регулюють тривалість, поновлення та скасування заходів перехоплення.

(IV) *Процедура надання дозволів на застосування заходів прихованого спостереження.* В той час як представник захисту конфіденційності не може оскаржити рішення Суду зі справ іноземної розвідки або повідомляти про будь-які передбачувані порушення наглядових органів, присутність представника на судових перевірках компенсує, в обмеженому обсязі, відсутність прозорості провадження в суді і рішень. Крім того, розвідка сигналів FRA підпорядковується попередньому отриманню дозволу, при якому FRA повинен подати для незалежної експертизи заяву на отримання дозволу на проведення спостереження щодо кожної місії збору розвідувальної інформації. Завдання вивчення сумісності місії з застосовним законодавством, а також питання стосовно того, чи є збір розвідувальної інформації пропорційним втручанням в особисту недоторканність, було доручене органу, головуючі члени якого є або були суддями. Крім того, нагляд Суду зі справ іноземної розвідки є широким, оскільки FRA у своїх заявах повинен зазначити не лише запит про місію, про яку йде мова, і необхідність розвідки, яка вимагається, але й носії сигналів, до яких необхідний доступ, а також пошукові терміни — або, принаймні, категорії пошукових термінів, які будуть використовуватися. Судовий нагляд, який здійснюється Судом зі справ іноземної розвідки, має вирішальне значення тому, що він обмежує межі розсуду FRA для тлумачення обсягу завдання та здійснення розвідки сигналів. Наприкінці FRA може приймати рішення про видачу

дозволу, якщо існує побоювання, що застосування дозволу Служби з іноземної розвідки може викликати затримку або інші незручності, які мають істотно важливе значення для однієї із зазначених цілей розвідки сигналів. Проте після такого рішення повинне негайно слідувати повідомлення про це та наступний швидкий перегляд Судом з питань іноземної розвідки, під час якого дозвіл може бути змінений або скасований. Тому положення та процедури, які стосуються системи попереднього отримання дозволу суду, загалом забезпечують важливі гарантії від зловживань.

*(V) Процедури, яких необхідно дотримуватися для зберігання, доступу, вивчення, використання та знищення перехоплених даних.* Персонал FRA, який обробляє особисті дані, має допуск до секретних матеріалів, якщо конфіденційність застосовується до особистих даних, підпорядковується конфіденційності. Вони зобов'язані обробляти особисті дані у безпечний спосіб. Крім того, вони можуть зіткнутися з кримінальними санкціями, якщо завдання, пов'язані з обробкою особистих даних, неправильно виконуються. Крім того, FRA повинен гарантувати, щоб особисті дані збиралися лише для певних чітко визначених і обґрунтованих цілей, визначених напрямком іноземної розвідувальної діяльності в директиві з завданнями. Оброблені особисті дані також повинні бути відповідними та доречними меті обробки. Не повинні оброблятися більше особистих даних, ніж ті, які є необхідними для цієї мети. Необхідно докласти всіх обґрунтованих зусиль для виправлення, блокування та знищення особистих даних, які є невірними або неповними щодо цілей. Декілька положень регулюють ситуації, коли перехоплені дані повинні бути знищені. Незважаючи на те, що FRA може зберігати початковий матеріал до того, як він зможе бути обробленим вручну, Суд наголошує на важливості видалення таких даних відразу ж, як стає очевидним, що він не є доречним для завдання розвідки сигналів. Як підсумок, законодавство забезпечувало відповідні гарантії від зловживання обробкою особистих даних і, таким чином, слугувало для захисту особистої недоторканності.

*(VI) Умови передачі перехоплених даних іншим сторонам.* Законодавство не зазначало, що повинна розглядатися можлива шкода для зацікавленої особи, лише в дуже широких термінах зазначало, що дані можуть бути передані «іншим державам або міжнародним організаціям»; не існувало положення, яке

вимагало від отримувача захищати дані з такими самими або подібними гарантіями, які застосовуються відповідно до законодавства Швеції. Також ситуація, в якій можуть бути передані дані — коли це необхідно для «міжнародної співпраці у сфері оборони та безпеки», — відкривало досить широке коло дискреційних повноважень. У той час як ці фактори надавали підставу для занепокоєння щодо можливого зловживання правами фізичних осіб, вони були в достатньому обсязі врівноважені наглядовими елементами.

*(VII) Нагляд за виконанням заходів прихованого спостереження.* Суд не знайшов жодних підстав для сумнівів у незалежності Інспекції з іноземної розвідки. Нагляд Інспекції з іноземної розвідки був ефективним, відкритим для громадськості і мав особливе значення для забезпечення того, щоб розвідка сигналів здійснювалася в такий спосіб, який пропонував відповідні гарантії від зловживань. Крім того, якщо Адміністрація з захисту даних виявляла, що особисті дані були або могли бути оброблені незаконно, вона усувала недоліки шляхом зауважень FRA і могла також подати заяву до адміністративного суду з проханням знищити незаконно оброблені особисті дані. Наглядові елементи, надані Інспекцією з іноземної розвідки і Адміністрацією з захисту даних, відповідали вимогам нагляду взагалі. Крім того, омбудсмени Парламенту та Канцлер юстиції мали загальні наглядові повноваження щодо FRA.

*(VIII) Повідомлення про заходи прихованого спостереження та доступні засоби судового захисту.* Незважаючи на те, що вимога повідомляти суб'єкт заходів прихованого спостереження стосувалася фізичної особи і не була застосовною до заявника і, в будь-якому випадку, була позбавлена практичного значення, Суд вважав доречним розглянути питання про повідомлення разом із засобами судового захисту, доступними в Швеції.

Засоби судового захисту щодо скарг, пов'язаних з прихованим спостереженням, не містять звернення до суду, за винятком апеляції проти рішень FRA про розкриття інформації та виправні заходи — засоби судового захисту, які виявилися неефективними. Крім того, не існує можливості інформування особи про те, чи його або її спілкування фактично перехоплювалися, або, взагалі, надання обґрунтованих рішень. Незважаючи на це, існує декілька засобів судового захисту, за допомогою яких особа може розпочати





перевірку законності заходів, вжитих під час роботи системи розвідки сигналів, зокрема, за допомогою подання запитів до Інспекції з іноземної розвідки, Омбудсменів Парламенту та Канцлера юстиції. На думку Суду, незважаючи на те, що сукупність засобів судового захисту не забезпечує повну і публічну відповідь на заперечення позивача, їх необхідно вважати достатніми в цьому контексті, який містить абстрактне оскарження розвідки сигналів і не стосується скарги на певний захід розвідки. Дійшовши цього висновку, Європейський Суд надав важливе значення більш раннім етапам режиму нагляду, в тому числі докладного розгляду Судом справ іноземної розвідки, у зв'язку з запитами FRA для видачі дозволів на проведення розвідки сигналів, а також значний і частково публічний нагляд декількох органів, зокрема Інспекції з іноземної розвідки.

Як підсумок, незважаючи на те, що існували можливості для покращення в деяких сферах, у системі розвідки сигналів Швеції, розглянуті in abstracto, не було виявлено будь-яких суттєвих недоліків у структурі і функціонуванні, які були пропорційні переслідуваній меті, а також вона надавала відповідні і достатні гарантії від свавілля та ризику зловживань. Такий висновок не перешкодив перегляду відповідальності держави відповідно до Конвенції, коли, наприклад, заявник був поінформований про фактичне перехоплення.

*Висновок:* відсутність порушення (одноголосно).

Актуальними в контексті наведеної справи є також рішення Суду у справі **Кеннеді проти Сполученого Королівства** (№ 26839/05, 18.05.10 р.) та вже згадуваній вище **Роман Захаров проти Росії** (№ 47143/06, 04.12.15 р.).

У справі *Кеннеді проти Сполученого Королівства*<sup>28</sup> заявник був звинувачений у вбивстві людини і засуджений до позбавлення волі. Ця справа була суперечливою, оскільки деякі докази в ній були відсутні, а деякі суперечили один одному. Після звільнення з в'язниці в 1996 року заявник почав свій бізнес. У нього виникли підозри, що телефонні дзвінки на його адресу до нього не доходили, а замість цього він отримував безліч помилкових телефонних викликів, на які він витрачав час. Заявник також запідозрив, що його ділова пошта та електронні листи проглядаються, а те-

лефонні переговори прослуховуються через резонанс, який отримала його справа і його подальша участь у кампанії проти порушень правосуддя. Заявник подав скаргу до Слідчого трибуналу. Він вимагав заборонити втручання в його листування і переговори з боку розвідувальних органів і «знищити результати такого втручання». Заявник також вимагав окремих вказівок для забезпечення справедливості судочинства в Слідчому трибуналі, включаючи публічне слухання, взаємну перевірку показань свідків і доказів обох сторін. Слідчий трибунал продовжив розгляд особливих вимог заявника в приватному порядку. У 2005 р. трибунал ухвалив, що його вимоги не будуть задоволені. Це означало, що втручання не мало місце або якщо воно мало місце, то було законним.

*Право. Стаття 8 КЗПЛ.*

(а) *Наявність «втручання».* Для оцінки в рамках конкретної справи, чи може фізична особа заявляти про наявність втручання на основі самого факту існування закону, що дозволяє застосовувати заходи прихованого спостереження, суд повинен був розглянути наявність засобів захисту прав на національному рівні, а також ризик застосування заходів прихованого спостереження, застосованого щодо заявника. І оскільки можливості оскаржити передбачуване застосування заходів прихованого спостереження на внутрішньодержавному рівні немає, не можна назвати необґрунтованими значно поширені підозри і занепокоєння серед широкої громадськості про зловживання прихованим спостереженням. У таких справах, навіть якщо фактична ймовірність наявності спостереження низька, від суду вимагається уважне вивчення усіх обставин. Заявник не зміг довести обґрунтовану ймовірність фактичного втручання в межах його справи. Однак у світлі його заяв про те, що втручання в його листування і переговори здійснювалося без законних підстав з метою залякування, не можна було виключити можливість застосування до нього заходів прихованого спостереження, а також те, що у відповідний час існував можливий ризик застосування до нього таких заходів.

(б) *Обґрунтування втручання.* Втручання мало законні цілі захисту національної безпеки, економічного добробуту країни та запобігання злочину. Крім того, воно здійснювалося відповідно до Закону про слідчі

<sup>28</sup> Kennedy v. the United Kingdom. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-950>.



органи від 2000 р. (Закон), доповненого процесуальним кодексом з перехоплення повідомлень. Від суду було потрібно розглянути відповідність у застосуванні самого Закону про слідчі органи, а також застосування засобів забезпечення безпеки, вбудованих у систему, які дозволяють проводити приховане спостереження. За таких обставин законність втручання була тісно пов'язана з питанням про те, чи були дотримані умови «необхідності» втручання відповідно до Закону про слідчі органи. Таким чином, суд розглянув положення Закону про слідчі органи на предмет забезпечення засобів захисту і гарантій відсутності зловживань, як ті, що були виявлені в справі «Вебер і Саравія проти Німеччини» (№ 54934/00, рішення від 29.06.06 р.) і, де це можливо, на предмет висновків, зроблених судом щодо попереднього законодавства з питання у справі «Ліберті і ін. проти Великобританії» (№ 58243/00, рішення від 01.07.08 р.).

(I) *Характер правопорушень.* Законом про слідчі органи передбачено, що втручання може мати місце, тільки якщо Держсекретар вважає, що це необхідно в інтересах національної безпеки, для цілей запобігання або виявлення серйозного злочину або для цілей забезпечення захисту економічного добробуту Великобританії. Суд вважав це положення досить зрозумілим, враховуючи, що умова передбачуваності не вимагає від держави зазначення вичерпного переліку конкретних правопорушень, які дозволяють здійснювати втручання в приватні комунікації.

(II) *Категорії осіб, чий інтерес був порушений.* На відміну від справи «Ліберті і ін. проти Великобританії», ця справа стосується внутрішніх контактів. Відповідно до Закону про слідчі органи переговори і листування будь-якої особи у Великобританії могли бути прослухані і переглянуті. Але в ордері мало бути чітко вказано, що буде предметом прослуховування або перегляду. Перехоплювати великі обсяги повідомлень без розбору не допускалось. При цьому зазначення категорії осіб, чий повідомлення підлягають перехопленню, не було потрібно.

(III) *Тривалість прослуховування телефонних переговорів.* У Законі про слідчі органи чітко вказується термін, після якого дія ордера припиняється, а також умови, за яких дію ордера може бути відновлено. Повновлення і скасування ордерів на прослуховування переговорів здійснювалося під систематичним наглядом Держсекретаря. Загальний термін застосуван-

ня заходів з прослуховування переговорів залежав від складності та тривалості проведеного розслідування і, за умови наявності відповідних заходів щодо захисту інтересів, не можна було необґрунтовано залишити це питання на розсуд внутрішньодержавних органів влади. Суд порадив відповідні внутрішньодержавні положення досить чітко сформульованими.

(IV) *Процедура розгляду, використання і зберігання даних.* Ордери на прослуховування і перегляд повідомлень могли бути спрямовані тільки на одну особу або один комплекс приміщень, обмежуючи таким чином свободу дій органів влади з перехоплення і прослуховування приватних повідомлень. Більш того, будь-які отримані дані, які виявлялися непотрібними для передбачених дозволених цілей, мали бути знищені.

(V) *Обробка і передача перехопленого матеріалу.* Внутрішньодержавним законодавством було суворо обмежено кількість осіб, яким перехоплений матеріал міг бути розкритий, з накладенням зобов'язання забезпечення відповідного рівня захисту матеріалів, а також зобов'язання щодо розкриття того обсягу матеріалів, які необхідно знати цій особі, зокрема, при достатності могло бути розкрито тільки резюме даних. Необхідно було забезпечити безпечне використання і зберігання перехопленого матеріалу, а також його копій і резюме, і їх недоступність для осіб, що не володіють необхідним допуском. Передбачалася сувора процедура перевірки благонадійності. Таким чином, суд був задоволений тим, що положення законодавства передбачали необхідний рівень і гарантії захисту отриманих даних.

(VI) *Знищення перехопленого матеріалу.* Отриманий матеріал підлягав знищенню відразу, як тільки припиняли існувати підстави для його збереження. А необхідність збереження матеріалів підлягала перегляду з певною періодичністю.

(VII) *Контроль дотримання положень Закону про слідчі органи.* Крім періодичного перегляду дії ордерів і використання матеріалів агентствами, що здійснюють прослуховування і перехоплення повідомлень, а також, де це можливо, Держсекретарем, Уповноважений з питань втручання в приватні переговори і листування, передбачений за Законом про слідчі органи, зобов'язаний здійснювати контроль за загальним виконанням правил нагляду і в певних випадках давати дозвіл на видачу ордера. Уповноважений був особою, незалежною



від виконавчих і законодавчих органів, які мали вищу судову посаду. Зобов'язання агентств, які здійснюють перехоплення повідомлень, щодо збереження записів, означало наявність в Уповноваженого дійсного доступу до інформації при проведенні наглядових дій. Крім того, будь-яка особа, що має підозру, що його повідомлення перебували або перебувають під наглядом, могла направити скаргу до суду слідчих органів, що був незалежним і неупередженим органом. Здійснення юрисдикції трибуналом не залежало від повідомлення об'єкта втручання про те, що ведеться перехоплення його повідомлень. При прийнятті судом рішення на користь заявника, суд міг скасувати будь-який ордер на втручання, а також вимагати знищення отриманих матеріалів і виплати компенсації. Опублікування ухвал трибуналу ще більше посилює ретельний контроль за діяльністю з таємного спостереження в Великобританії. У підсумку, у звітах Уповноваженого виявлялися помилки, що мали місце в дії законодавства. У звітах не було вказано доказів навмисного зловживання повноваженнями по втручання.

Внутрішньодержавне законодавство про перехоплення внутрішніх повідомлень, поряд з публікацією Процесуального кодексу про перехоплення повідомлень, що вніс роз'яснення в положення законодавства, з достатньою ясністю представили процедури для видачі і оформлення ордерів на перехоплення повідомлень, а також обробки, передачі і знищення зібраного в результаті втручання матеріалу. Таким

чином, оспорювані заходи спостереження в тій мірі, в якій вони могли бути застосовані щодо заявника, з урахуванням заходів забезпечення захисту від зловживання при виконанні процедур спостереження і більш загальних гарантій захисту, забезпечених контролем з боку Уповноваженого та розглядом справи судом слідчих органів, були обґрунтовані відповідно до ст. 8 § 2 Конвенції.

*Висновок:* порушень допущено не було (прийнято одноголосно).

*Стаття 6 § 1.* Обмеження в процедурі розгляду справи в трибуналі не порушували права заявника на справедливе судочинство. При винесенні цього рішення Суд підкреслив широту права доступу до розгляду справи в трибуналі слідчих органів, яке мають заявники, які бажають подати скаргу на втручання в їх переговори і листування, у Великобританії, а також наголосив на відсутності будь-яких очевидних обтяжень, які можуть бути перешкодою при поданні скарги до суду. З метою забезпечення ефективності застосування заходів прихованого спостереження і з огляду на важливість таких заходів для боротьби з тероризмом і серйозними злочинами, Суд постановив, що обмеження прав заявника в контексті процедур правосуддя в трибуналі слідчих органів були необхідні і відповідні і не порушували по суті прав заявника, передбачених ст. 6 КЗПЛ.

*Висновок:* порушень допущено не було (прийнято одноголосно).



# ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ

## Верховного Суду щодо виселення з службової квартири

Велика Палата Верховного Суду на засіданні 04.07.18 р. розглянула справу за позовом Генічеської міської ради ОСОБА\_3, ОСОБА\_4, третя особа без самостійних вимог — Комунальне підприємство «Міське житлове будівництво» про визнання осіб такими, що втратили право на проживання у службовій квартирі, їх виселення та зняття з реєстрації у справі № 653/1096/16-ц, провадження № 14-181ц18.

Велика Палата зробила такий правовий висновок. Службові жилі приміщення призначаються для заселення громадянами, які у зв'язку з характером їх трудових відносин повинні проживати за місцем роботи або поблизу від нього (ч. 1 ст. 118 Житлового кодексу України<sup>1</sup>).

Одна з особливостей найму житла полягає, зокрема, у тому, що наймач має право тимчасового володіння (detentio) ним. Право володіння (possessio) житлом залишається в його власника, який не втрачає це право навіть тоді, коли інша особа використовує таке майно протиправно.

Власник має право витребувати своє майно від особи, яка незаконно, без відповідної правової підстави заволоділа ним (ст. 387 Цивільного кодексу України<sup>2</sup>).

Робітники і службовці, що припинили трудові відносини з підприємством, установою, організацією, підлягають виселенню з службового жилого приміщення з усіма особами, які з ними проживають, без надання іншого жилого приміщення (ст. 124 ЖК).

Навіть якщо власник службового житла не висловив вимогу звільнити це житло, проживання у ньому після припинення трудових правовідносин з роботодавцем не свідчить про законність його використання особою, якій воно було надане на час існування зазначених правовідносин.

Позовна давність — це строк, у межах якого особа може звернутися до суду з вимогою про захист свого цивільного права або інтересу (ст. 256 ЦК).

*Допоки особа є власником нерухомого майна, вона не може бути обмежена у праві звернутися до суду з позовом про усунення перешкод у здійсненні права користування та розпорядження цим майном, зокрема і шляхом виселення. А тому негативний позов може бути пред'явлений протягом всього часу тривання відповідного правопорушення.*

Повний текст постанови Верховного Суду розміщено в ЄДРСР за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75296538>.

# ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ

## Верховного Суду щодо притягнення до кримінальної відповідальності за незаконне поводження із зброєю

Верховний Суд у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду на засіданні 31.05.2018 р. розглянув касаційну скаргу захисника в інтересах засудженого ОСОБА\_2 на вирок за обвинуваченням ОСОБА\_2 у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 263 Кримінальним кодексом України<sup>3</sup>.

З цього приводу була висловлена така правова позиція. Згідно з вироком ОСОБА\_2 був визнаний

винним у тому, що він у супереччя вимогам, визначеним Інструкцією про порядок виготовлення, придбання, зберігання, обліку, перевезення та використання вогнепальної зброї, пристроїв вітчизняного виробництва для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями металевими снарядами смертельної дії, та зазначених патронів, а також боєприпасів до зброї та вибухових

<sup>1</sup> Далі за текстом — ЖК.

<sup>2</sup> Далі за текстом — ЦК.

<sup>3</sup> Далі за текстом — КК.



матеріалів (затверджена наказом Міністерства внутрішніх справ України від 21 серпня 1998 року № 662) та Положенням про дозвільну систему (затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 12 жовтня 2012 року № 576) без передбаченого на те законом дозволу носив у кишені своєї барсетки телескопічну бити. Остання, відповідно до висновку експерта, є холодною зброєю та належить до контактної не-клинкової холодної зброї ударно-дробильної дії, виготовлена саморобним способом. Зазначена холодна зброя була вилучена у ОСОБА\_2 06 жовтня 2015 року біля 22:40 працівниками поліції.

У касаційній скарзі захисник стверджує, що вирок суду першої інстанції не відповідає вимогам ст. 370 Кримінального процесуального кодексу України<sup>4</sup>. Вказує, що у зв'язку з відсутністю закону, який би передбачав порядок надання дозволу на носіння зброї,

вважає, що в діях ОСОБА\_2 відсутня подія злочину, передбаченого ч. 2 ст. 263 КК.

Що стосується зазначених захисником доводів, про те, що за відсутності в Україні закону, який би регулював порядок надання дозволу на носіння зброї, у діях ОСОБА\_2 відсутня подія злочину, то вони є безпідставними, оскільки норма ст. 263 КК є субсидіарною і для розуміння незаконності поводження зі зброєю вимагає аналізу відповідного закону. При цьому поняття «закон», яке використав законодавець, має розширене тлумачення і включає в себе законодавство у цілому, в тому числі нормативні акти, що регулюють відповідні правовідносини, порушення яких утворює об'єктивну сторону складу злочину, передбаченого ст. 263 КК.

Повний текст постанови Верховного Суду розміщено в ЄДРСР за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74475834>.

## ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ

### Верховного Суду щодо дотримання процедури, яка передують одержанню правовстановлюючих документів на землю

Верховний Суд у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду у справі № 369/6516/16-ц від 01.08.18 р., провадження № 61-1796св17, розглянув у порядку письмового провадження касаційну скаргу ОСОБА\_6 на рішення Києво-Святошинського районного суду Київської області від 05.09.17 р. та ухвалу Апеляційного суду Київської області від 29.11.17 р.

З цього приводу Верховним Судом була висловлена така правова позиція.

Позивач звернувся до суду з позовом про скасування державної реєстрації земельної ділянки за відповідачем, скасування кадастрового номера земельної ділянки та визнання права власності на земельну ділянку.

Рішенням районного суду, залишеним без змін апеляційною інстанцією, у задоволенні позову відмовлено. Фактично суд першої інстанції дійшов висновків про законність реєстрації права власності відповідачів на спірну земельну ділянку, оскільки попереднього визнання незаконними та скасування рішень уповноважених органів про виділ та пере-

дачу цієї землі у встановленому законом порядку не відбулося.

Скасовуючи зазначені судові рішення та передаючи справу на новий розгляд до суду першої інстанції, Верховний Суд указав на те, що суди при розгляді справи не врахували прецедентної практики ЄСПЛ як джерела права (ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»), згідно з якою ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод підлягає застосуванню для захисту правомірних очікувань щодо певного стану речей (у майбутньому), оскільки їх можна вважати складовою частиною майна.

Верховний Суд зазначив, що позивач мав правомірні очікування щодо оформлення права власності на земельний пай, оскільки дотримав процедури, яка передують одержанню правовстановлюючих документів на землю, а саме: розпорядженням районної державної адміністрації було надано дозвіл на розробку технічної документації із землеустрою щодо встановлення меж земельної ділянки в натурі (на місцевості); на виконання вказаного розпорядження з метою

<sup>4</sup> Далі за текстом — КПК.



реалізації права власності позивача за його замовленням уповноваженим суб'єктом було розроблено технічну документацію із землеустрою щодо встановлення (відновлення) меж земельної ділянки в натурі (на місцевості).

Та обставина, що на етапі внесення відомостей (змін до них) до Державного земельного кадастру Управління Держгеокадастру в Києво-Святошинському районі Київської області прийняло рішення про відмову у внесенні цих відомостей у зв'язку з перетином ділянки позивача з іншою ділянкою (площа збігається на 100 %), свідчить про порушення права позивача на земельний пай, обмеження його у праві правомірного очікування щодо певного стану речей (у майбутньому), оскільки таке право є складовою частиною майна. При цьому у спорах, пов'язаних із правом власності на земельні ділянки, недійсними можуть визнаватись як зазначені рішення, угоди, на підставі яких видано відповідні державні акти, так і самі акти на право власності на земельні ділянки. Визнання недійсними тільки державних актів на право власності може мати місце в разі їх видання з порушенням вимог закону, всупереч рішенням чи угодам. У цьому разі таке визнання є належним та самостійним способом поновлення порушених прав у судовому порядку.

Розглядаючи цю справу, суди попередніх інстанцій повинні були врахувати підстави позову про незаконне позбавлення позивача права на землю у спосіб, не передбачений законом, врахувати, що позивач обрав спосіб захисту порушеного права, передбачений ст. 152 Земельного кодексу України. Також суди мали перевірити належним чином підстави позову щодо незаконності передання спірної земельної ділянки розпорядженням районної державної адміністрації на користь фізичної особи-відповідача та інші похідні підстави позову, чого зроблено не було.

Залишивши зазначені доводи позивача поза увагою й не з'ясувавши належним чином підстав надання спірної земельної ділянки сторонам у справі за первинною правовстановлюючою документацією, суди попередніх інстанцій не вирішили спору по суті і при цьому передчасно обмежилися посиланням на законність одержання відповідачами спірної землі у власність через чинність рішення державних органів, на підставі яких це відбулось, незважаючи на те, що ці обставини позивач заперечує в позові і вони є підставою позову.

Повний текст постанови Верховного Суду розміщено в ЄДРСР за посиланням: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75743891>.

## ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ

### Верховного Суду щодо касаційного оскарження рішень у справах незначної складності

Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду на засіданні 19.07.18 р. у справі № П/811/1170/16, адміністративне провадження № К/9901/55820/18, розглянув справу про стягнення витрат, пов'язаних з утриманням у вищому навчальному закладі в розмірі 55 629 грн. 13 коп.

З цього приводу Верховним Судом була висловлена така правова позиція.

*Судові рішення у справах незначної складності не підлягають касаційному оскарженню, крім окремих випадків, передбачених Кодексом адміністративного судочинства України<sup>5</sup>.*

Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду відмовив у відкритті касаційного

провадження за скаргою Національної академії сухопутних військ імені гетьмана Петра Сагайдачного, зробивши висновок, що таке судове рішення прийнято у справі незначної складності, водночас скаржник не зазначив та не обґрунтував виняткових обставин для перегляду цієї справи у касаційному порядку (ст. 328 КАС).

Адміністративною справою незначної складності (малозначною) є справа, у якій характер спірних правовідносин, предмет доказування і склад учасників тощо не вимагають проведення підготовчого провадження та судового засідання для повного і всебічного встановлення обставин такої справи.

Колегія суддів звернула увагу, що, *переглядаючи справу в касаційному порядку, Верховний Суд виконує*

<sup>5</sup> Далі за текстом — КАС.





функцію «суду права», що розглядає спори, які мають найважливіше (принципове) значення для суспільства та держави.

Отже, призначення Верховного Суду як найвищої судової установи в Україні — це насамперед сформулювати обґрунтовану правову позицію стосовно застосування всіма судами у подальшій роботі конкретної норми матеріального права або дотримання норми процесуального права, що була неправильно використана судом, і таким чином спрямувати судову практику в єдине та правильне правозастосування (вказати напрям, у якому слід здійснювати вибір правової норми); на прикладі конкретної справи роз'яснити зміст акта законодавства в аспекті його розуміння та реалізації на практиці в інших справах із зазначенням на обставини, що потрібно враховувати при застосуванні тієї чи іншої правової норми, але не нав'язуючи при цьому судам нижчої інстанції результату вирішення конкретної судової справи.

Забезпечення єдності судової практики — це реалізація принципу правової визначеності, що є одним із фундаментальних аспектів верховенства права та гарантує розумну передбачуваність судового

рішення. Крім того, саме така діяльність Верховного Суду забезпечує дотримання принципу рівності всіх громадян перед законом, який втілюється шляхом однакового застосування судом тієї самої норми закону в однакових справах щодо різних осіб.

Суд також звертає увагу на положення п. 32 Копенгагенської декларації, схваленої 12-13 квітня 2018 року в Комітеті міністрів Ради Європи, згідно з яким *схвалюється суворе та послідовне застосування критеріїв стосовно прийнятності заяви у судовому процесі та в повному обсязі використання можливості оголосити заяву неприйнятною, якщо заявники не постраждали від значної шкоди*.

Також суд урахував позицію ЄСПЛ, згідно з якою умови прийнятності касаційної скарги, відповідно до норм законодавства, можуть бути суворішими, ніж для звичайної заяви; *зважаючи на особливий статус суду касаційної інстанції, процесуальні процедури в суді касаційної інстанції можуть бути більш формальними, особливо якщо провадження у справах здійснюється судом після їх розгляду судом апеляційної інстанції*.

Повний текст постанови Верховного Суду розміщено в ЄДРСР за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75425151>.

## ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ

### Верховного Суду щодо єдиного підходу у вирішенні спорів про належне виконання зобов'язання, визначеного в іноземній валюті

Велика Палата Верховного Суду на засіданні від 04.07.18 р. у цивільній справі № 761/12665/14-ц, провадження № 14-134цс18, розглянула в порядку спрощеного позовного провадження касаційну скаргу на рішення, дії та бездіяльність державного виконавця ВДВС Шевченківського РУЮ у м. Києві.

Верховним Судом був зроблений такий правовий висновок. Особливості звернення стягнення на кошти боржника в іноземній валюті та виконання рішень при обчисленні боргу в іноземній валюті визначені у ст. 53 Закону України «Про виконавче провадження», чинного на момент виникнення спірних правовідносин.

Відповідно до ч. 3 зазначеної статті у разі обчислення суми боргу в іноземній валюті державний ви-

конавець у результаті виявлення у боржника коштів у відповідній валюті стягує ці кошти на валютний рахунок органу державної виконавчої служби для їх подальшого перерахування стягувачу. У разі виявлення коштів у гривнях чи іншій валюті державний виконавець за правилами, встановленими частинами 1 і 2 цієї статті, дає доручення про купівлю відповідної валюти та перерахування її на валютний рахунок органу державної виконавчої служби.

За змістом ст. 192 та 524 ЦК гривня є законним платіжним засобом на території України. Іноземна валюта може використовуватися в Україні у випадках і в порядку, встановлених законом. Грошове зобов'язання може бути виражене у гривні або сторони в договорі можуть визначити грошовий еквівалент в іноземній валюті.



Суд установлює, чи визначено зобов'язання в іноземній валюті, чи у гривні з визначенням грошового еквівалента в іноземній валюті. У разі визначення зобов'язання в іноземній валюті суд не вправі змінювати грошовий еквівалент зобов'язання і в резолютивній частині рішення має зазначити розмір та вид іноземної валюти, що підлягає стягненню.

Гривневий еквівалент іноземної валюти, що підлягає стягненню, визначається за офіційним курсом НБУ на момент виконання грошового зобов'язання, яким є дата зарахування коштів на рахунок стягувача або видачі йому готівки.

*У разі ухвалення судом рішення про стягнення боргу в іноземній валюті стягувачу має бути перерахована саме іноземна валюта, визначена судовим рішенням, а не її еквівалент у гривні. Перерахування суми у національній валюті України за офіційним курсом НБУ не вважається належним виконанням.*

Повний текст постанови Верховного Суду розміщено в ЄДРСР за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75296546>, а також для ознайомлення доступна окрема думка суддів Великої Палати за посиланням: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75345788>.

## ПРАВОВА ПОЗИЦІЯ

### Верховного Суду щодо виправлення помилки, допущеної державним органом

Верховний Суд у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду на засіданні від 27.06.18 р. у цивільній справі № 294/220/14-ц, касаційне провадження № 61-9564св18 розглянув у порядку спрощеного позовного провадження касаційну скаргу ОСОБА\_3 на рішення Бердичівського міськрайонного суду Житомирської області від 10.05.16 р. та ухвалу Апеляційного суду Житомирської області від 30.06.16 р.

Передаючи справу на новий розгляд до суду апеляційної інстанції, Верховний Суд на підставі статей 132-135 Конституції Української РСР (у редакції від 20.04.78 р., яка діяла на час прийняття оскаржуваних рішень), статей 44, 49 Закону Української РСР № 533 «Про місцеві Ради народних депутатів та місцеве і регіональне самоврядування», статей 36, 169 Земельного кодексу Української РСР (1970 року, який діяв на час прийняття оскаржуваного рішення виконавчого комітету селищної ради народних депутатів) та враховуючи встановлені судами першої та апеляційної інстанцій факти, що заява батька позивача про дозвіл на будівництво житлового будинку на спірній земельній ділянці, що надавалась позивачеві, відсутня; окремих рішень селищною радою народних де-

путатів про припинення права користування за позивачем земельною ділянкою, яка йому була виділена для будівництва будинку у зв'язку з його добровільною відмовою від користування земельною ділянкою або переїзду на інше постійне місце проживання всіх членів двору або сім'ї, не приймалось, дійшов такого правового висновку.

Однак потреба виправити минулу помилку, допущену державним органом, не повинна непропорційним чином втручатися в нове право, набуте особою, яка покладалася на легітимність добросовісних дій державного органу. Ризик помилки державного органу повинен покладатися на саму державу, а помилки не можуть виправлятися за рахунок осіб, яких вони стосуються. У контексті скасування помилково наданого права на майно принцип належного урядування може не лише покладати на державні органи обов'язок діяти невідкладно, виправляючи свою помилку, а й потребувати виплати відповідної компенсації чи іншого виду належного відшкодування колишньому добросовісному власникові.

Повний текст постанови Верховного Суду розміщено в ЄДРСР за посиланням: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75099222>.



# АДВОКАТ БУКОВИНИ

## МИКОЛА ВАСИЛЬКО

### (до 150-річчя від дня народження)

**Ірина Василик**, к. і. н., доцент, керівник Центру досліджень адвокатури і права, проректор Вищої школи адвокатури при НААУ

**Галина Басара-Тилищак**, к. і. н., науковий співробітник Інституту історії України Національної академії наук України

*Шляхтич за походженням, правник за освітою, політик і дипломат за покликанням — Микола Василько присвятив своє життя політичній боротьбі за відновлення рівних прав українців Буковини у сім'ї європейських народів. Справжній український патріот свій титул, кошти і вплив спрямував на досягнення високої цілі — повернути державу Україна на дипломатичну мапу Європи.*

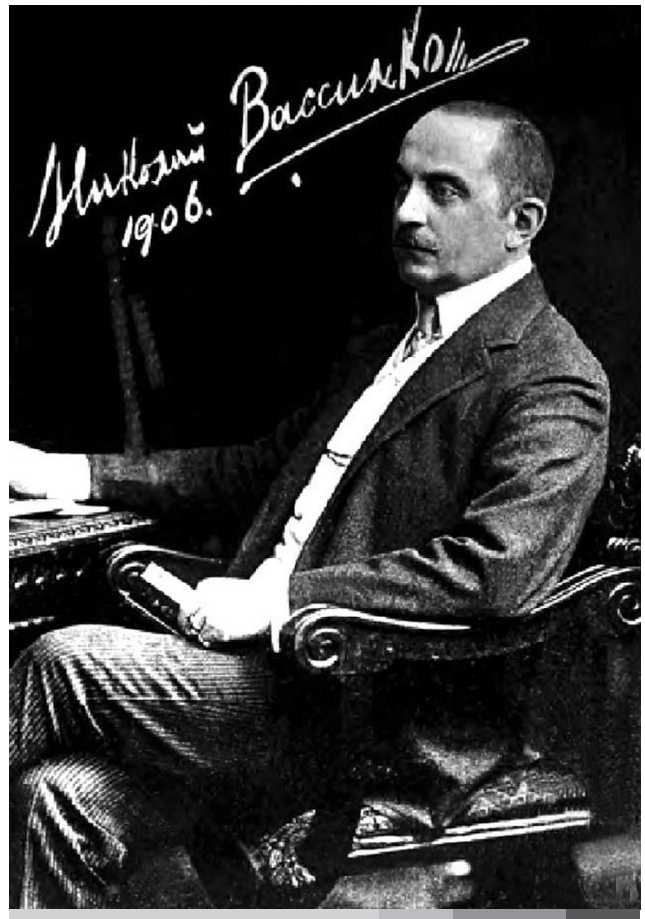
Микола рицар фон Василько народився 24 березня 1868 року в селі Слобода-Комарівці Сторожинецького повіту в родині буковинського магната рицаря Миколи фон Василька та Євгенії Науман. Рід Васильків був давнім боярським родом руського походження, який зрумунізувався в часи Молдавського князівства. На початок XIX століття Васильки — одні з найбільших землевласників на Буковині.

До десяти років хлопець виховувався вдома під керівництвом матері у румунсько-німецькому дусі, а у 1878 — 1887 рр. навчався у Відні у престижному закритому навчальному закладі Терезіанум. Там познайомився з багатьма родовитими однолітками, які пізніше стали впливовими політичними діячами Австро-Угорщини. Серед них і майбутній міністр закордонних справ граф Чернін.

Після завершення навчання у 1887 році Микола Василько перебував на військовій службі у Чернівцях. За станом здоров'я переведений у запас і у 1888 р. вступив на правничий факультет Чернівецького університету, який закінчив у 1891 р.

#### ПОЛІТИЧНІ ВЕРШИНИ

Микола Василько розпочав активну громадську й політичну працю у студентські роки. Після смерті батьків двадцятидворічний Микола успадкував родинний маєток у рідному селі. Більшість населення у Слободі-Комарівці було українським. Проте церковна служба





відправлялася румунською мовою, оскільки православна церква на Буковині перебувала під румунським впливом. Молодий Василько одразу продемонстрував свою проукраїнську налаштованість і бажання задовольняти національні потреби земляків. Він домігся проведення церковних служб рідною для селян мовою. Для цього за власні кошти збудував нове проборство і запросив до села українського священика з сусіднього села.

У 1890 році Микола Василько одружився з Ольгою Гергелі, представницею знатного і заможного роду Гергелі-Форгачів. Продавши володіння у рідному селі, він купив землю і оселився у селі Лукавець Вишницького повіту, яке понад 400 років було родовим гніздом Васильків. У майже повністю українському за населенням селі молодий Василько швидко здобув величезний авторитет і був обраний його старостою. У Лукавці він розгорнув активну діяльність: перевів сільське і церковне діловодство на українську мову, і навіть сам брав уроки української у місцевого вчителя, відстоював економічні інтереси селян.

Значний вплив на становлення Миколи Василька-політика мав відомий буковинський діяч — професор медицини і директор краєвої лікарні, посол до буковинського сейму та австрійського парламенту Василь Волян, який був дядьком барона. У своїй політичній діяльності він відстоював принцип толерантного співжиття усіх національностей у краї під гаслом «Буковина для всіх буковинців!» і намагався створити центристську партію. Разом з дядьком М. Василько у 1893 р. брав участь у заснуванні політичного товариства «Народная Рада». У 1895 р. молодий політик створив «Православну руську читальню», метою якої визначив оборону православної віри, мови і традицій українців. У 1897 р. заснував громадське товариство «Вишницько-Путиловська Рада», яке стало платформою для успішної виборчої кампанії до Буковинського крайового сейму. Програма товариства полягала в об'єднанні усіх українців краю у політичну силу на основі православної віри та відстоювання їх економічних і національних інтересів у законодавчому полі Австро-Угорської імперії.

Під час виборчої кампанії Микола Василько довів місцевому українству, що є людиною реальних справ: у Лукавці було закладено українську школу, а «Православну читальню» перетворено у читальню «Руської Бесіди». На українське національне свято за участю



*Микола Василько і адвокат Кость Левицький*

тисяч парафіян, президента Буковини барона Фрідріха Бургіньяна, митрополита православної церкви Аркадія та відомих гостей перетворилося освячення збудованої у Лукавці, значною мірою на кошти барона Василька, православної церкви.

Протягом двадцяти років Микола Василько був депутатом Буковинського крайового сейму (1898 — 1918 рр.). Уперше обраний у 1898 р., він 16 грудня 1898 року склав присягу депутата українською мовою. А через два дні виступив з двогодинною промовою, в якій були слова: «Вступивши тут як заступник руського народу, заявляю, що руському народу служити буду вірно, конституційні права й свободи всіх жителів Буковини захищати буду чесно».

У Буковинському сеймі разом з румунськими, єврейськими та вірменськими депутатами у 1903 році депутат Василько організував «Вільнодумний Союз», за допомогою якого українцям вдалося чимало досягнути в адміністративній, культурній та церковній царині. Зокрема, вдалося заснувати українські гімназії у Кіцмані (1903 р.) і Вишніці (1908 р.), поділити Буковинську митрополію на українську та румунську (1916 р.). Завдяки зусиллям у тому числі «Вільнодумного союзу»





було кардинально змінено виборче законодавство й проведено у 1910 р. вибори до Буковинського сейму на засадах загального, прямого й таємного голосування, за принципом пропорційного представництва національних громад краю. Таким чином, було зламану румунську парламентську монополію на Буковині.

10 грудня 1899 р. Микола Василько переміг у виборчому окрузі «Путила, Вишніця, Вашківці, Станівці, Кіцмань, Заставна» і став депутатом австрійського парламенту від українців Буковини. Розпочалася дев'ятнадцятирічна діяльність парламентаря у Відні. 1 березня 1900 року М. Василько виступив із першою промовою в австрійському парламенті, гостро засудивши протегування владою румунів. Він з прикритістю констатував: «На Буковині корисніше бути румуном, тому много русинів виріклося своєї народності»<sup>1</sup>. Серед депутатів М. Василько відзначався яскравими, гострими та ґрунтовними промовами, у яких відстоював національні інтереси українців. Про наведені у його виступах факти й аргументи у парламентських кулуарах дискутували по кілька днів.

У парламенті Австро-Угорщини Микола Василько був заступником голови Українського клубу, виступав противником москвофільства та румунізації Буковини, був оборонцем прав українського населення, виступав за відкриття українського університету у Львові та зміни виборчого законодавства.

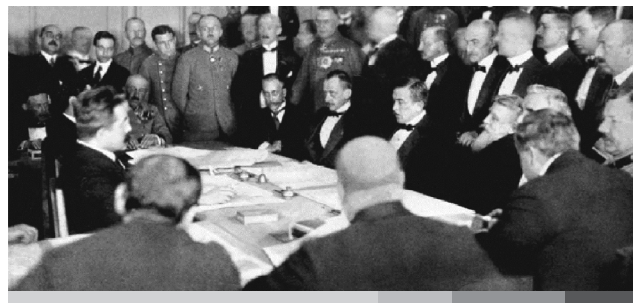
Українські депутати від Буковини, на відміну від опозиційно налаштованих галицьких колег, у своїй парламентській роботі були зорієнтовані на співпрацю з австро-угорськими властями. Не завжди погоджуючись з радикалізмом галичан, барон Василько очолив окремий Буковинський парламентський клуб, якому шляхом компромісів і домовленостей вдалося здійснити значний поступ у розвитку українського національного життя на Буковині. Так згодом описав ці помітні успіхи сучасник: «Вже в першій декаді XX століття народні школи українських сіл Буковини були повністю зукраїнізовані і обсажені виключно українцями. Гарні шкільні будинки по селах, вчительство матеріально забезпечене. Вчительський Семінар в Чернівцях під дирекцією професора Михайла Кушнірука був виключно український. А 300 тисяч українців на Буковині мали 4 державні гімназії в Чернівцях, у Сереті,

Вишніці, Кіцмані. Дві останні були чисто українськими <...>»<sup>2</sup>. У цих здобутках — безпосередня заслуга депутата М. Василька.

Під час Першої світової війни Микола Василько був членом Головної Української Ради, організатором Гуцульсько-буковинського куреня, який у 1915 — 1916 рр. брав участь у бойових діях у складі австро-угорських військ, співзасновником і заступником голови Загальної української ради у Відні. Як адвокат М. Василько допомагав біженцям з Буковини та Галичини, що перебували в Австрії, «витягував» багатьох з табору у Талергофі.

### У ВИРІ ВИЗВОЛЬНОЇ БОРОТЬБИ

Політичний досвід і дипломатичний хист Миколи Василька були активно затребувані під час боротьби українців за власну державність у період Української революції. Його постать у той час набула загальноукраїнського масштабу.



*Підписання Берестейського мирного договору УНР з Центральними державами, 09.02.1918 р. Крайній ліворуч стоїть Микола Василько*

Важко переоцінити роль М. Василька під час підписання Берестейського мирного договору між Україною та Центральними державами у лютому 1918 р. Міністр закордонних справ Австро-Угорщини граф Чернін — давній знайомий Василька, викликав його у Берестя з наміром отримати підтримку «лідера австрійських русинів» у переговорах з непоступливою делегацією УНР. Однак пріоритетними для барона Василька виявилися українські інтереси. Він повідомив делегацію УНР про реальний стан справ в Австро-Угорщині і порадив непохитно відстоювати власні умови миру. Зрештою, мирний договір і таємний додаток до нього було

<sup>1</sup> Левицький К. Історія політичної думки галицьких українців 1848 — 1914. На підставі споминів. Львів, 1926. С. 335.

<sup>2</sup> Романюк І. На довгій ниві. Спогади. Л.: Вид-во Тараса Сороки, 2013. 358 с.





підписано. Про цей успіх Миколи Василька Дмитро Дорошенко написав: «За його допомогою Берестейський договір було уложено в дуже вигідних для України формах. Треба було тільки вміти його використати»<sup>3</sup>.

Вагомим здобутком Миколи Василька на ниві національного самоусвідомлення стало визнання в Австро-Угорщині на державному рівні назв українців і український замість русин і русинський. Багаторічна боротьба Василька та інших українських політиків завершилася успіхом і 13 квітня 1918 року Міністерство крайової оборони опублікувало офіційний указ про визнання національного імені «українець».

Розпад Австро-Угорщини дозволив українцям західноукраїнських земель висунути вимогу про власну державність. 13 жовтня 1918 року на українській міжпартійній конференції у Чернівцях рішуче прозвучало: «Разом з прочими українцями Австро-Угорщини хочемо самі рішити про свою долю. Ми хочемо в мирі і згоді розійтися з теперішнім і повсякчасним нашим сусідом румунським народом. Від Карпатів по Чорне море межують наші границі з собою... Прирікаємо всіма силами з посвятою життя і майна боронитися проти всякого насильства і проти рішення про нас без нас»<sup>4</sup>. Прибувши у складі буковинської делегації до Львова, Микола Василько взяв участь у створенні Української національної ради. 23 жовтня 1918 р. разом з адвокатом Євгеном Петрушевичем вів переговори з австрійським прем'єром. Крім того, координував роботу зі створення 25 жовтня 1918 року Українського крайового комітету Буковини та організовував проведення Буковинського віча в Чернівцях.

3 листопада 1918 року на центральній площі Чернівців відбулися народні збори — Буковинське віче, де у присутності майже десяти тисяч осіб з усієї Буковини було проголошено творення окремої української області з міста Чернівців та українських повітів Буковини, визнано владу Української Національної Ради у Львові, закликало до возз'єднання австрійської частини українських земель з Україною.

## НА ЧОЛІ ДИПЛОМАТИЧНИХ МІСІЙ

Після проголошення Західноукраїнської Народної Республіки Микола Василько був її першим дипломатичним представником у Відні. 10 травня 1919 року М. Василько очолив посольство Української Народної Республіки у Швейцарії. Завдання-максимум, яке ставилося перед послом, полягало у визнанні УНР передусім країнами-сусідами: Польщею, Румунією і Чехословаччиною. Значних дипломатичних зусиль М. Василько доклав до покращення стосунків з Румунією, від якої сподівалися захисту інтересів України перед Францією та зміни позиції країн Антанти щодо ЗУНР.

Посол М. Василько, який також здійснював нагляд за дипломатичними місіями УНР у Берліні, Римі та Будапешті, мав безсумнівний авторитет та довіру вищого керівництва УНР і, зокрема, Симона Петлюри. Через нього здійснювалося фінансування української дипломатії у Центральній Європі. Значні видатки на утримання дипломатичних представництв робив М. Василько з власних коштів, а у 1921 році, коли рахунки УНР у закордонних банках були заблоковані, змушений був написати: «Мій уряд для своїх видатків за кордоном має лише мою особисту касу <...>». У квітні 1921 року Миколі Миколайовичу як визнання його заслуг був присвоєний ранг міністра. У 1924 році М. Василько забезпечив організаційно і фінансово переїзд Симона Петлюри з Варшави до Будапешта. Для обговорення планів вибору остаточного місця перебування барон Василько приїжджав до Угорщини. Головний отаман прислухався до порад Миколи Василька, і було вирішено, що таким місцем стане Париж.

Надзвичайно насичений ритм праці у непростих життєвих умовах підірвали здоров'я і сили дипломата. Микола Василько помер несподівано 2 серпня 1924 року під час лікування від астми у м. Бад-Райхенгаль у Німеччині. Похований у Берліні на православному цвинтарі в районі Тегель<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Дорошенко Д. Мої спомини про недавнє минуле (1914 — 1920). Мюнхен: Українське видавництво, 1969. С. 234.

<sup>4</sup> Буковина. 1918. 18 жовтня.

<sup>5</sup> Під час написання статті також використана така література: Брицький П. П., Добржанський О. В. Микола Василько на захисті українського народу і української державності / У кн. Брицький П. П., Добржанський О. В., Юрійчук Є. П. Буковинці у боротьбі за українську державність (1917 — 1922 рр.). Чернівці: Золоті литаври, 2007; Добржанський О. В. Микола Василько — видатний український дипломат початку ХХ ст. Науковий вісник Дипломатичної академії України. 2008. Вип. 14. С. 222 — 228; Ляхоцький В. П. З роду української шляхти (сторінки з життя Миколи Василька). Українська біографістика: зб. наук. праць. Київ, 2005. Вип. 3. С. 141 — 170.