

Олександр ДРОЗДОВ
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального процесу
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого), адвокат,
Голова Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної
комісії адвокатури,
Перший проректор Вищої школи адвокатури,
Член Науково-консультативної ради при Верховному Суді

Олена ДРОЗДОВА
кандидат юридичних наук,
викладач кафедри
кримінального права і правосуддя
(Міжнародний економіко-гуманітарний
університет імені академіка С. Дем'янчука), адвокат
помічник Першого проректора
Вищої школи адвокатури

Нездатність забезпечити чотирнадцятирічній дівчині нагляд в той час, коли її батьки перебували під вартою визнано Європейським судом з прав людини¹ невиконанням державою своїх позитивних обов'язків та призвело до порушення ст. 8 (Право на повагу до приватного і сімейного життя) Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод²

1. 1.1 *Коротко про факти у справі «Хаджисва проти Болгарії» (заява № 45285/12, рішення від 1.2.2018 [Секція V])³.* Заявниця, якій на той час було чотирнадцять років, знаходилася 4 грудня 2002 року одна вдома, коли поліцейські приїхали для того, щоб заарештувати її батьків за запитом про видачу (екстрадицію) до Туркменістану. Її батьки, яких на той час не було дома, були заарештовані вже після їх повернення та взяті під варту. Заявниця залишалася одна у квартирі. 17 грудня 2002 року вона була возз'єднана з батьками після їх звільнення під заставу. Заявниця згодом вимагала компенсацію за стрес і страждання, які вона зазнала через нездатність органів влади організувати підтримку та піклуватися про неї під час утримання її батьків під вартою. Відхиляючи її позов апеляційний суд визнав, що, навіть якщо б її залишили наодинці після арешту батьків, відповідальність за це неможливо було приписати поліції, прокуратурі або суду, оскільки її мати не стверджувала на судовому засіданні 6 грудня 2002 року, через два дні після її арешту, щоб хтось піклувався про неї.

1.2. Право. Стаття 8 КЗПЛ.

(а) *Початковий період між затриманням та першим судовим розглядом.* Ситуація, яка склалася доволі чітко представляла ризики для благополуччя заявниці, оскільки їй було чотирнадцять років, коли були заарештовані її батьки. Відповідно до існуючих національних законодавчих положень органи влади були відповідальними, очевидно, з моменту затримання

¹ Далі – Суд, Європейський суд, ЄСПЛ.

² Далі – Конвенція, КЗПЛ.

³ Case of «Hadzhieva v. Bulgaria». — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-180486>.

батьків заявника, для того, щоб дозволити їм організувати піклування про неї або вирішити ситуацію на власний розсуд; вони також були зобов'язані надати заявнику допомогу, підтримку та послуги, якщо це було б необхідно, в її власному домі, прийомній сім'ї або спеціалізованій установі. Уряд не стверджував, що будь-що з цього було зроблене відповідними органами влади в будь-який момент до судового засідання через два дні після арешту батьків. Тому для початкового періоду в два дні органам влади не вдалося виконати свої позитивні зобов'язання забезпечити захист заявниці та підтримку за відсутності її батьків.

Таким чином ЄСПЛ дійшов висновку (чотири голоси проти трьох) про порушення ст. 8 КЗПЛ.

1.3. У цьому аспекті слід зауважити, що питання дотримання державою своїх позитивних зобов'язань актуалізується як у практиці ЄСПЛ, так і в рішеннях Конституційного Суду України⁴. Так КСУ вважає, що держава, виконуючи свій головний обов'язок - утвердження і забезпечення прав і свобод людини (частина друга статті 3 Конституції України) - повинна не тільки утримуватися від порушень чи непропорційних обмежень прав і свобод людини, але й вживати належних заходів для забезпечення можливості їх повної реалізації кожним, хто перебуває під її юрисдикцією. З цією метою законодавець та інші органи публічної влади мають забезпечувати ефективне правове регулювання, яке відповідає конституційним нормам і принципам, та створювати механізми, необхідні для задоволення потреб та інтересів людини. При цьому посилена увага має бути зосереджена на особливо вразливих категоріях осіб, до яких належать, зокрема, особи з психічними розладами (п. 3 мотивувальної частини рішення від 1 червня 2016 року № 2-рп/2016).

ЄСПЛ також застосовуючи статтю 5 Конвенції, виходить із того, що ця стаття встановлює позитивний обов'язок держави щодо захисту свободи осіб, які перебувають під її юрисдикцією, інакше існувала б значна прогалина в захисті від свавільного затримання, що було б несумісним з важливістю особистої свободи у демократичному суспільстві, тому держава повинна вживати заходів, що забезпечують ефективний захист вразливих осіб (пункт 102 рішення у справі "Шторк проти Німеччини" від 16 червня 2005 року; пункт 120 рішення у справі "Станєв проти Болгарії" від 17 січня 2012 року).

Крім того, КСУ у своєму рішенні від 24 квітня 2018 року зазначив, що аналіз статей 27, 28 Основного Закону України у системному зв'язку з його статтею 3, наведених позицій КСУ дає підстави стверджувати, що у статтях 27, 28 Конституції України інституціалізовано не лише негативний обов'язок держави утримуватися від діянь, які посягали б на права людини на життя та повагу до її гідності, а й позитивний обов'язок держави, який полягає, зокрема, в забезпеченні належної системи національного захисту конституційних прав людини шляхом розроблення відповідного нормативно-правового регулювання; впровадженні ефективної системи захисту життя, здоров'я та гідності людини; створенні умов для реалізації людиною її фундаментальних прав і свобод; гарантуванні порядку відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок порушень конституційних прав людини; забезпеченні невідворотності відповідальності за порушення конституційних прав людини (пункт 2 мотивувальної частини).

Натомість на нашу думку, на рівні національного кримінального процесуального законодавства *держава* також *не виконує* належним чином *свої позитивні обов'язки*. Адже у Кримінальному процесуальному кодексі України⁵ йдеться про те, що за наявності в обвинуваченого неповнолітніх дітей, які залишилися без нагляду, непрацездатних батьків, баби, діда, прабаби, прадіда, які потребують матеріальної допомоги і залишилися без нагляду, суд зобов'язаний одночасно з ухваленням вироку порушити окремою ухвалою питання перед

⁴ Далі – КСУ.

⁵ Далі – КПК.

службою в справах дітей або відповідним органом опіки та піклування, органом соціального захисту населення про необхідність влаштування цих неповнолітніх, непрацездатних або встановлення над ними опіки чи піклування. Про вжиті згідно з положеннями цієї статті заходи повідомляється обвинувачений (стаття 378). Проте, як відомо, що обвинуваченим є особа, обвинувальний акт щодо якої переданий до суду в порядку, передбаченому статтею 291 КПК (стаття 42 КПК), тобто фактично по закінченню досудового розслідування. Тому частину першу статті 378 КПК слід викласти у такій редакції: **«За наявності в підозрюваного, обвинуваченого неповнолітніх дітей, які залишилися без нагляду, непрацездатних батьків, баби, діда, прабаби, прадіда, які потребують матеріальної допомоги і залишилися без нагляду, слідчий, прокурор, суд зобов'язані одночасно або негайно після прийняття відповідних процесуального рішення або проведення процесуальної дії зобов'язати службу в справах дітей або відповідний орган опіки та піклування, орган соціального захисту населення вирішити питання влаштування цих неповнолітніх, непрацездатних або встановлення над ними опіки чи піклування».**

1.4. (б) Період з судового слухання до звільнення батьків. Компетентні органи влади не мали підстав вважати або підозрювати після судового засідання 6 грудня 2002 року, що заявниця залишилася на самоті і їй не була надана підтримка за відсутності батьків. За цих умов їх обов'язок відповідно до національного законодавства піклуватися про дітей затриманих осіб, якщо догляд не був доступним, не був доречним після слухання. Батьки були освіченими, професійними особами та мали достатньо коштів аби піклувалися про свою доньку. Жоден з батьків не повідомив орган влади на будь-якому етапі, що їхня дочка залишилася на самоті або висловлював будь-які занепокоєння щодо піклування за їх відсутності. Дійсно, мати безсумнівно заявила в суді, що була особа, яка піклувалася про її доньку. Крім того, батьків юридично представляв адвокат за їх власним вибором, який брав участь у судовому засіданні, коли суддя запитував про догляд за заявником. Адвокат продовжував представляти їх протягом їх утримання під вартою та був сусідом сім'ї заявника.

Відповідно, за відсутності будь-яких кроків від батьків або від їх імені у відповідний час, посилення національних судів на протоколи про слухання питання про утримання під вартою, а також їх висновок стосовно того, що ані поліції, ані органам прокуратури, ані судам не було необхідно далі робити запити про ситуацію заявника, не складало нездатність діяти відповідно в контексті зобов'язань згідно зі статті 8КЗПЛ.

Висновок ЄСПЛ: відсутність порушення (одноголосно).

Стаття 41 КЗПЛ: 3600 євро стосовно відшкодування моральної шкоди.

2. У наведеному контексті неабиякий практичний інтерес становить рішення ЄСПЛ у справі **«Хаас проти Німеччини»** (заява № 11057/02; прийнято III Секцією **8 квітня 2004 р.**)⁶

Обставини справи. На момент подачі скарги в Європейський Суд заявники перебували в шлюбі і в цьому шлюбі у них було четверо дітей. Крім того, з ними жили троє дітей від попереднього шлюбу дружини. У лютому 2001 року заявники звернулися до влади з проханням про надання їм допомоги на утримання дітей. Зважаючи на це звернення експерт-психолог провів обстеження стану в їхній родині. 17 грудня 2001 р експерт-психолог представив звіт про результати обстеження в відомство у справах неповнолітніх та молоді, в якому рекомендував, щоб діти були б віддані під надійну довготривалу опіку через неправильне їх виховання батьками і погані сімейні умови. В той же день, коли був представлений звіт, відомство у

⁶ Case of «Haase v. Germany». — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61704>.

справах неповнолітніх та молоді звернулося до дільничного суду з клопотанням про видання тимчасового наказу про позбавлення заявників батьківських прав. Суд видав такий наказ в той же день, не взявши показання батьків або їхніх дітей. Суд дійшов до висновку, що нездатність батьків надати своїм дітям задовільний догляд і належне виховання, а також грубе поводження з дітьми створювали загрозу їх нормальному розвитку. Діти були відібрані у батьків в день винесення рішення судом; забрали навіть їх новонароджену дитину з палати новонароджених пологового будинку. На наступний день, 18 грудня, дільничний суд виніс інше рішення, яким заборонявся будь-якої доступ заявників до своїх дітей.

Заявники оскаржили рішення суду від 17 грудня 2001 р яким вони позбавлялися батьківських прав, але їхню скаргу було відхилено вищим судом. У червні 2002 року Конституційний суд Німеччини встановив, що рішення нижчих судів порушили права заявників на сімейне життя, і направив справу на повторний розгляд до дільничного суду. Нова серія розглядів у справі в дільничному суді мала своїм результатом рішення по суті спору, ухвалене у березні 2003 року, яким заявники знову позбавлялися своїх батьківських прав, а заборона на їх побачення з дітьми була продовжена на додатковий період часу. На весь період судових розглядів діти продовжували проживати окремо від батьків.

Питання права.

З приводу попередніх заперечень держави-відповідача.

(i) Попередні заперечення держави-відповідача, що стосувалися питання про невичерпання заявниками усіх внутрішньодержавних засобів юридичного захисту: заявники не оскаржували в Апеляційний суд рішення дільничного суду від 18 грудня 2001 року щодо заборони на побачення з дітьми (з цього питання попередні заперечення держави-відповідача прийняті Європейським Судом), але повністю вичерпали усі засоби юридичного захисту щодо рішення дільничного суду від 17 грудня 2001 року (з цього питання попередні заперечення держави-відповідача Європейським Судом відхилені);

(ii) попередні заперечення держави-відповідача, що стосувалися питання про відсутність у заявників статусу жертв порушення Конвенції: хоча рішення Конституційного суду Німеччини, винесене в червні 2002 року, можна було б розглядати як визнання факту порушення статті 8 Конвенції, це рішення фактично не мало відкладеного ефекту і не було засобом відновлення прав (з цього питання попередні заперечення держави-відповідача Європейським Судом відхилені).

З приводу статті 8 Конвенції. Заходи, вжиті дільничним судом, з усією очевидністю утворили акт втручання держави в здійснення права заявників на повагу їхнього сімейного життя. Втручання було також передбачено законом і переслідувало законну мету, а саме захист «здоров'я чи моралі» і «прав і свобод» дітей.

Незважаючи на це, Суд вважає, що тимчасове позбавлення батьківських прав не ґрунтувалося на суттєвих і достатніх причинах, і що заявники не були в достатній мірі залучені в процес прийняття рішення по їх справі. Не було ніякої крайньої необхідності, котра виправдовує тимчасовий судову заборону на побачення батьків з дітьми, оскільки факт невідвратної небезпеки для дітей встановлений не був. Крім того, спосіб здійснення запропонованих судом заходів, - видалення дітей на наступний день з їх шкіл або з дому - не вкладався в рамки того, що було потрібно в даній ситуації. Зокрема, видалення новонародженої дитини з пологового будинку палати новонароджених було надзвичайно жорсткою мірою. Європейський Суд не прийшов до переконання, що у влади були абсолютно незаперечні докази для того, щоб діяти таким агресивним чином по відношенню до сімейного життя заявників: мати дитини була поставлена в ситуацію, коли у неї виникло значне фізичне і психологічне напруження, а

немовля було позбавлено безпосередньої близькості зі своєю рідною матір'ю. Хоча оспорювані у справі заходи були згодом скасовані Конституційним судом, вони все-таки утворили основу триваючого розлучення заявників з їхніми дітьми. Тому шкода від вжитих владою заходів в силу їх безпосереднього впливу на заявників і що випливають з цих заходів наслідків важко було загладити. За цих обставин Європейський Суд констатує факт порушення статті 8 Конвенції.

Компенсація в порядку застосування Статті 41 Конвенції. Європейський Суд присудив виплатити заявникам компенсацію в розмірі 45 тисяч євро на відшкодування заподіяної заявникам моральної шкоди та матеріальних збитків. Суд також виніс рішення на користь заявників про відшкодування судових витрат та інших витрат, понесених у зв'язку з судовим розглядом.

3. Порушення ст. 8 Конвенції у зв'язку з автоматичним і безстроковим позбавленням батьківських прав внаслідок кримінального засудження за жорстоке поводження з дітьми було констатовано ЄСПЛ й у справі «*М.Д. та інші проти Мальти*» (заява № 64791/10; рішення від **17.7.2012** [Секція IV])⁷. Разом з тим ЄСПЛ на виконання вимог ст. 46 (Обов'язкова сила рішень та їх виконання) КЗПЛ зажадав від держави-відповідача ввести заходи щодо автоматичного і безстрокового позбавлення батьківських прав внаслідок кримінального засудження за погане поводження з дітьми та щодо відсутності доступу до правосуддя.

Факти. Першим заявником є мати двох неповнолітніх дітей, другого і третього заявника. Відносно сім'ї соціальними службами було розпочато розслідування, а в 2005 році компетентні органи видали наказ про опіку та розміщенні дітей у одному із спеціалізованих установ. Паралельно проти заявника і її партнера було порушено кримінальну справу, в результаті якого обидва згодом були засуджені за жорстоке поводження з дітьми та нехтування своїми обов'язками. Тим часом пара розлучилася, і перша заявниця отримала право на побачення з дітьми під наглядом відповідних органів до очікуваного моменту отримання дозволу на спільне проведення часу у вихідні та святкові дні. Однак в результаті засудження заявниця була автоматично і безстроково позбавлена батьківських прав.

Право. Стаття 6 § 1 (Право на справедливий суд) КЗПЛ. Заявники скаржилися на відсутність доступу до правосуддя для опротестування наказу про опіку після затвердження його судом у справах неповнолітніх. Уряд не надав доказів існування подібного засоби захисту в суді, і стверджувало, що суди - це не той орган, якому було б підсудна справа про опротестування наказу про опіку, яке набрало законної сили. Суд вважає, що даний аргумент йде врозріз із самою суттю права на доступ до правосуддя і на розгляд справи неупередженим і незалежним судом для визначення цивільних прав та обов'язків. Роль національних судів саме в тому і полягає, щоб контролювати адміністративні акти і гарантувати недопущення свавілля; при цьому, оцінюючи ситуацію, суд, безсумнівно, враховує обставини всіх порушених осіб. Європейський Суд не може погодитися з тим, що рішення соціального працівника, підзвітної міністру, наділеному правом відкликання наказу про опіку, може відповідати незалежного і неупередженого суду, особливо беручи до уваги відсутність письмового рішення, доступного громадськості і процесуальну неможливість судового перегляду такого рішення.

Висновок ЄСПЛ: порушення (одноголосно).

Стаття 8 КЗПЛ. Позбавлення батьківських прав є мірою, пов'язаною з далекосяжними наслідками, яку необхідно застосовувати лише у виняткових випадках, коли вона виправдана

⁷ Case of «M.D. and Others v. Malta». — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112206>.

все переважає вимогою її відповідності найкращим інтересам дитини. У відповідність з Кримінальним кодексом Мальти, тільки певні злочини, такі як жорстоке поводження і зневага обов'язками по відношенню до дітей, призводять до позбавлення батьківських прав. Хоча, з огляду на порушені інтереси, застосування такого заходу не може вважатися перевищенням свободи розсуду держави, автоматичне застосування даної міри без розгляду справи національними судами і без дослідження її відповідності найкращим інтересам дитини, а також без розгляду питання про те, чи змінилися обставини обвинуваченої, є проблематичним. Більш того, рішення про позбавлення батьківських прав носило безстроковий характер, аж до досягнення дитиною повноліття. За таких обставин, автоматичне застосування даної міри, в сукупності з відсутністю доступу до правосуддя для оскарження рішення про позбавлення батьківських прав в подальшому, порушило справедливий баланс між інтересами дітей, першого заявника і суспільства в цілому.

Висновок ЄСПЛ: порушення (одноголосно).

Стаття 46 КЗПЛ: Суд визнав порушення статті 8 КЗПЛ на підставі того факту, що позбавлення заявника батьківських прав внаслідок її засудження у кримінальній справі було автоматичним і безстроковим. Для виправлення наслідків знайденого порушення і без ухвалення остаточного рішення у справі влада зобов'язана передбачити процедуру, яка дозволила б першій заявниці вимагати від незалежного і неупередженого суду розгляду питання про те, чи є рішення про позбавлення її батьківських прав все ще обґрунтованим. Крім того, для виправлення порушення, знайденого по відношенню до статті 6, влада повинна передбачити відповідні заходи загального характеру для забезпечення ефективної можливості доступу до правосуддя особам, інтереси яких зачіпаються наказом про опіку.

Стаття 41 КЗПЛ: 4,000 євро кожному заявнику як відшкодування моральної шкоди.

4. Слід зауважити, що Верховний Суд⁸ враховує положення міжнародних актів. Так у своїй постанові від **16 квітня 2018 року**⁹ ВС посилався на статтю 9 Конвенції про права дитини якою визначено, що держави-учасниці поважають право дитини, яка розлучається з одним чи обома батьками, підтримувати на регулярній основі особисті відносини і прямі контакти з обома батьками, за винятком випадків, коли це суперечить найкращим інтересам дитини.

У пунктах 15, 16 постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 березня 2007 року № 3 (зі змінами) «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про усиновлення і про позбавлення та поновлення батьківських прав» судам роз'яснено, що позбавлення батьківських прав (тобто прав на виховання дитини, захист її інтересів, на відібрання дитини в інших осіб, які незаконно її утримують, та ін.), що надані батькам до досягнення дитиною повноліття і ґрунтуються на факті спорідненості з нею, є крайнім заходом впливу на осіб, які не виконують батьківських обов'язків, а тому питання про його застосування слід вирішувати лише після повного, всебічного, об'єктивного з'ясування обставин справи, зокрема ставлення батьків до дітей.

Особи можуть бути позбавлені батьківських прав лише щодо дитини, яка не досягла вісімнадцяти років, і тільки з підстав, передбачених статтею 164 СК України.

Ухилення батьків від виконання своїх обов'язків має місце, коли вони не піклуються про фізичний і духовний розвиток дитини, її навчання, підготовку до самостійного життя, зокрема: не забезпечують необхідного харчування, медичного догляду, лікування дитини, що негативно

⁸ Далі – ВС.

⁹ Постанова ВС у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду по справі № 634/402/17 — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.revestr.court.gov.ua/Review/73437737>.

впливає на її фізичний розвиток як складову виховання; не спілкуються з дитиною в обсязі, необхідному для її нормального самоусвідомлення; не надають дитині доступу до культурних та інших духовних цінностей; не сприяють засвоєнню нею загальноновизнаних норм моралі; не виявляють інтересу до її внутрішнього світу; не створюють умов для отримання нею освіти. Зазначені фактори, як кожен окремо, так і в сукупності, можна розцінювати як ухилення від виховання дитини лише за умови винної поведінки батьків, свідомого нехтування ними своїми обов'язками.

Відповідно до частини першої статті 164 СК України мати, батько можуть бути позбавлені судом батьківських прав, якщо вона, він: не забрали дитину з пологового будинку або з іншого закладу охорони здоров'я без поважної причини і протягом шести місяців не виявляли щодо неї батьківського піклування; ухиляються від виконання своїх обов'язків по вихованню дитини; жорстоко поводяться з дитиною; є хронічними алкоголіками або наркоманами; вдаються до будь-яких видів експлуатації дитини, примушують її до жебракування та бродяжництва; засуджені за вчинення умисного злочину щодо дитини.

Вирішуючи спір, суди, належним чином дослідивши та давши оцінку поданим сторонами доказам, дійшли правильного висновку про те, що підстави, передбачені частиною першою статті 164 СК України для позбавлення відповідача батьківських прав, відсутні. Батько дитини бажає спілкуватися з сином, проти позбавлення батьківських прав заперечує, а позбавлення батьківських прав слід розглядати як крайній захід сімейно-правового характеру, який застосовується до батьків, що не забезпечують належного виховання своїх дітей.

Посилання касаційної скарги на те, що відповідач не сплачує аліменти, не спілкується з дитиною та відмовлявся надати дозвіл на реєстрацію дитини за місцем проживання матері, безпідставні, оскільки судами не встановлено винної поведінки відповідача: він бажає спілкуватися з сином, але проживає в іншому місті, заборгованість по аліментам погашає, проти позбавлення батьківських прав заперечує. При цьому вичерпний перелік підстав для позбавлення батьківських прав передбачений частиною першою статті 164 СК України. Укладення позивачкою шлюбу та бажання її нового чоловіка усиновити малолітнього ОСОБА_6, ІНФОРМАЦІЯ_1, не є безумовною підставою для позбавлення відповідача батьківських прав відносно його малолітнього сина.