

ВССУ дав «добро» на свавілля

"Я вижу близкую гибель того государства, где закон не имеет силы и находится под чьей-либо властью. Там же, где закон – владыка над правителями, а они – его рабы, я усматриваю спасение государства и все блага, какие только могут даровать государствам боги".

Платон (427 - 348 рр. до н. е.) - давньогрецький філософ

По Україні прокотилася хвиля грубих порушень прав обвинувачених під час судового провадження у суді першої інстанції, відносно яких раніше було обрано запобіжний захід більш м'якій ніж тримання під вартою і які брались під варту в залі судового засідання на підставі ухвалених і проголошених вироків суду.

Вказана ситуація викликала потік скарг громадян та їх захисників Президенту України, Генеральному прокуророві України, Міністру юстиції, а також до окремих народних депутатів, але свого належного та законного, на мій погляд, вирішення, вказане питання не знайшло до теперішнього часу.

Сьогодні вказане свавілля судової влади намагаються «узаконити» шляхом прийняття Постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ.

Напередодні його прийняття судом касаційної інстанції проведено та опубліковано узагальнення «Про судову практику застосування судами першої та апеляційної інстанції процесуального законодавства щодо обрання, продовження запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою» (далі узагальнення. Дивись сайт ВССУ).

В обґрунтування вказаної правової позиції автори узагальнення послались на рішення Європейського суду з прав людини у справі «Харченко проти України», яке до речі стосується недоліків старого КПК України щодо строків тримання під вартою під час розгляду справи у суді, та на думку багатьох суддів (так у тексті), які вважають, що під час ухвалення обвинувального вироку питання щодо застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою пов'язане із необхідністю його виконання.

На підставі цього «аналізу» автори дійшли висновку про те, що вироком суду, за новим КПК України, обвинуваченого можна взяти під варту у залі судового засідання і строк застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою визначити у резолютивній частині вироку строком настання певної події, а саме набранням цим вироком законної сили.

Далі в пункті 9 узагальнення наводиться судова практика судів України, згідно якої суди першої інстанції при ухваленні вироків брали під варту обвинувачених на підставі цього вироку у залі судового засідання.

Як впливає із рішень Європейського Суду, поняття «свавілля» у статті 5 § 1 має більш широке значення, аніж просто недотримання національного законодавства, тому що позбавлення волі може бути законним з точки зору внутрішнього права, але все ж свавільним в розумінні Конвенції, порушуючи тим самим її положення.

Не погоджуючись з правовою позицією ВССУ в частині взяття обвинуваченого під варту вироком суду першої інстанції, і визначенням у резолютивній частині вироку строку настанням певної події, а саме набранням цим вироком законної сили, вважаю її помилковою та такою, що не заснована на законі.

Свою правову позицію я обґрунтовую наступним :

Згідно з ч. 2 ст. 19 Конституції України органи державної влади, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Відповідно до ст. 29 Конституції України ніхто не може бути арештований та триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставі та в порядку, встановлених законом.

У новому КПК України питання застосування запобіжних заходів, у тому числі і тримання під вартою на стадії підготовчого провадження врегульовані ч. 3 ст. 315 КПК, а на стадії судового розгляду ст. 331 КПК, які вирішують ці питання в порядку, передбаченому главою 18 розділу II КПК України.

У главі 18 порядок розгляду клопотань і застосування запобіжного заходу, у виді тримання під вартою визначаються відповідно статтями 183, 193, 194, 196, 197, 202 КПК України.

Згідно приписів ч.ч. 1, 4 ст. 196, 197, 202, 205 КПК застосування запобіжних заходів у вигляді тримання під вартою здійснюється на підставі ухвали суду, яка підлягає негайному виконання і строк дії якої не може перевищувати 60 днів.

Ухвала слідчого судді, суду щодо застосування запобіжного заходу підлягає негайному виконанню після її проголошення (ст. 205 КПК).

Жодна із глав КПК не містить іншого порядку взяття, тримання та звільнення особи з-під варті на будь-якій стадії процесу, ніж в порядку та строки як це передбачено у главі 18 розділу II КПК, а саме шляхом винесенням ухвали суду щодо взяття особи під варту або зміну запобіжного заходу.

Диспозиція ч. 4 ст. 202 КПК України передбачає звільнення особи з-під варті після внесення застави, визначеної судом, в ухвалі про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, якщо у уповноваженої службової особи місця ув'язнення, під вартою в якому він перебуває, відсутнє інше судове рішення, що набрало законної сили і прямо передбачає тримання цього обвинуваченого під вартою. Аналогічні положення містить диспозиція ч. 5 ст. 202 КПК України.

При тлумаченні норми закону ч. 4 ст. 202 КПК, з моєї точки зору, за допомогою висновку від попереднього правового явища до наступного і навпаки, можна дійти висновку, що якщо звільнення особи з-під варті після внесення застави можливо лише за відсутності іншого судового рішення, що набрало законної сили і прямо передбачає тримання цього обвинуваченого під вартою, то відповідно і взяття особи під варту можливо лише на підставі судового рішення, що набрало законної сили і прямо передбачає тримання цього обвинуваченого під вартою.

Аналогічні положення щодо відмови у продовженні строку тримання під вартою або скасування запобіжного заходу у виді тримання під вартою та звільнення з-під варті містить диспозиція частини 5 наведеної норми закону.

Висновок вище наведеного тлумачення співпадає з вимогами нормативно-правового акту - Правилами внутрішнього розпорядку слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України, затвердженими 18.03.2013 р. за № 460/3 Розділ II.

У Правилах встановлено, що підставами для приймання та тримання у СІЗО ув'язнених і засуджених є ухвала слідчого судді, суду про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою або про застосування тимчасового або екстрадиційного арешту

та/або рішення компетентного органу іноземної держави у випадках, передбачених законом або вирок суду, що набрав законної сили.

Тобто, начальник СІЗО не має законних підстав для приймання та тримання особи під вартою без судового рішення, яке набрало законної сили.

Частина 4 п. 2 ст. 374 КПК України зазначає, що у резолютивній частині вироку у разі визнання особи винуватою, крім інших питань, приймається рішення щодо заходів кримінального провадження.

Аналізуючи ці дві правові норми – ч.2 ст.331 та ч.4 п.2 ст.374 КПК, можна дійти висновку, що ст. 331 ч. 2 КПК є спеціальною нормою по відношенню до загальної норми ч.4 п.2 ст. 374 КПК щодо вирішення питань запобіжного заходу.

Вказаний висновок витікає з наступного : диспозиція ст. 331 КПК, яка стосується лише питань запобіжних заходів, є більш вузькою ніж диспозиція ч.4 п.2 ст. 374 КПК, яка охоплює вирішення питань щодо всіх заходів забезпечення кримінального провадження, в тому числі і запобіжних заходів. Сфера дії диспозиції ст. 331 не виходить за межі дії загальної норми ч. 4 п. 2 ст. 374 КПК, сфера дії якої навпаки, охоплює різні види заходів забезпечення кримінального провадження і виходить за межі дії ст. 331 КПК України.

Таким чином, застосовуючи принцип *Lex specialis derogat generale*, за яким спеціальний закон відміняє загальний, можна дійти висновку, що при вирішенні питань обрання, скасування або зміни запобіжного заходу, суд повинен керуватись приписами ст. 331, а не ч. 4 п. 2 ст. 374 КПК України.

Стаття 331 КПК має відсильну диспозицію до статей розділу II глави 18 КПК, в якій питання тримання під вартою врегульовані статтями 183, 196, 197, 202, 205 КПК і які є спеціальними по відношенню до загальної норми ч. 4 п. 2 ст. 374 КПК України, а тому при вирішенні питання щодо обрання запобіжного заходу під час судового розгляду, суд повинен керуватись приписами вказаних положень закону.

Тобто взяття обвинуваченого на стадії судового розгляду під варту можливо лише на підставі ухвали суду, яка постановлена відповідно до приписів глави 18 КПК і вступає в законну силу відразу після її проголошення.

Разом з тим, однією із засад кримінального провадження є доступ до правосуддя та обов'язковість судових рішень (ч. 1 п. 14 ст. 7 КПК України).

Відповідно до диспозиції ч.2 ст. 21 КПК України, вирок та ухвала суду, що набрали законної сили в порядку, визначеному цим Кодексом, є обов'язковими і підлягають безумовному виконанню на всій території України.

При тлумаченні вказаної правової норми за допомогою висновку від протилежного, можна дійти висновку, що якщо обов'язковими і такими що підлягають безумовному виконанню є судові рішення, що набрали законної сили, то, відповідно, судові рішення, які не набрали законної сили не є обов'язковими і не підлягають виконанню.

Із системного тлумачення статей 532, 533, 535 КПК, які встановлюють порядок набрання судовим рішенням законної сили та його виконання, можна зробити висновок, що вирок вступає у законну силу після спливу строку на подачу апеляційної скарги або після апеляційного оскарження, у зв'язку із чим виконання вироку суду до набрання ним законної сили законом не передбачено.

Європейський суд наголошує, що у справі, в якій йдеться про позбавлення свободи, особливо важливим аспектом є дотримання принципу юридичної визначеності.

Отже, неодмінною вимогою є наявність у національному законі чітко сформульованих умов, за яких здійснюється позбавлення свободи, та забезпечення передбачуваності

застосування самого цього закону, тобто відповідності його до встановленої Конвенцією вимоги «законності» (рішення по справі «Стіл та інші проти Сполученого Королівства»).

Суд не може за своєю ініціативою, без клопотань сторін провадження і наступного обговорювання щодо існування ризиків, вирішувати питання обрання, зміни та продовження строків тримання особи під вартою, так як це суперечить принципу диспозитивності (ст.26 КПК) та практиці Європейського суду з прав людини, про що до речі йде мова й в узагальненні. А тому зміна запобіжного заходу на тримання під варту вироком суду першої інстанції, не відповідає ні КПК України ні ст. 5 Конвенції.

Також слід звернути увагу на те, що при ухваленні вироку, яким відносно особи застосовується запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, як наслідок порушуються ще дві важливі засади кримінального процесуального законодавства України – принципи диспозитивності та законності.

Відповідно до приписів глави 18 та ст. 331 КПК України суд не може за власної ініціативи вирішувати питання щодо обрання, зміни та продовження строків запобіжного заходу, так як це прямо суперечить практиці Європейського суду, про що, до речі, йде мова і у вказаному узагальненні.

Тобто суд може лише поставити сторонам на обговорення вказане питання, якщо не має клопотань від сторін провадження, і за його результатами, після обговорювання сторонами, прийняти відповідне рішення шляхом винесення ухвали про тримання під вартою, строк дії якої не може перевищувати шістдесяті днів.

Таким чином суд, ухвалюючи обвинувальний вирок, яким змінює запобіжний захід на тримання під вартою і бере обвинуваченого під варту у залі суду, фактично вирішує це питання на власний розсуд і за власної ініціативи, без обговорення наявності існування ризиків, що для суду є не припустимим та суперечить принципу диспозитивності та законності.

Наведу судову практику. Вироком Чигиринського районного суду Черкаської області від 13.11.2014 р. неповнолітній С. визнаний винним та засуджений за ч.2 ст. 121 КК України до 8 років позбавлення волі. Цим же вироком суд обрав щодо нього запобіжний захід у вигляді тримання під вартою до набрання вироком законної сили і взяв його під варту у залі судового засідання.

20.02.2015р. ухвалою колегії суддів судової палати в кримінальних справах апеляційного суду Черкаської області вирок Чигиринського районного суду Черкаської області від 13.11.2014 р. відносно неповнолітнього С. скасовано та призначено новий розгляд в суді першої інстанції зі стадії підготовчого провадження. Запобіжний захід змінено з тримання під вартою на домашній арешт, звільненням засудженого з-під варті негайно у залі суду.

Але звільнення неповнолітнього осудженого С. відбулося в певній мірі завдяки втручанням в цю ситуацію окремих народних депутатів.

Не виключаю, що якщо не втручання вказаних народних депутатів, то наведений приклад був би черговим із прикладів свавілля, які наведені в узагальненні ВССУ щодо цього питання.

Вважаю, що незаконне перебування вказаної неповнолітньої особи понад 100 днів на підставі вироку, якій не вступив в законну силу, та всупереч вимогам ч. 4 ст. 12 та ч. 1 ст. 197 КПК України, стало можливим із-за такого саме формулювання у вироку – «до набрання вироком законної сили».

В іншому випадку, при наявності ухвали суду першої інстанції про застосування запобіжних заходів у виді тримання під вартою, суд апеляційної інстанції в межах шістдесяти днів розглянув би це питання.

До речі, автори узагальнення вказують, що з «метою забезпечення прав засудженого суд апеляційної інстанції в разі неможливості завершення провадження в апеляційному порядку до спливу двомісячного строку (коректніше: до спливу шістдесяти днів) з дня ухвалення вироку судом першої інстанції необхідно незалежно від наявності відповідних клопотань сторін кримінального провадження розглянути питання доцільності та обґрунтованості тримання під вартою».

Виникає наступне питання. Чого варто спірне формулювання в вирокі «тримання під вартою до набрання вироком законної сили». Тобто із закінченням шістдесятиденного строку тримання під вартою, коли вирок суду першої інстанції ще не переглянутий, одне із рішень резолютивної частини вироку, який не вступив у законну силу, підлягає окремому перегляду?

На мій погляд це дійсно щось нове в тлумаченні нового Кримінального процесуального кодексу України. Фактично при перегляді вказаного строку тримання під вартою змінюється одне із рішень вироку, до того як сам цей вирок ще не переглянутий.

Позиція висловлена в узагальненні, на мій погляд, не відповідає критерію "передбачуваності закону" для цілей пункту 1 статті 5 Конвенції.

Саме з тих підстав свавільного відношення до строків тримання під вартою Європейський суд з прав людини ухвалив рішення «Чанев проти України» від 9.10.2014 р.

Перед тим як перейти до висновків Суду у вказаній справі, вважаю за необхідне звернути увагу на те, що посилання в узагальненні на рішення по справі «Харченко проти України», на мій погляд, є не вдалим, так як вказана справа стосувалась недоліків старого КПК України.

Суд звертав увагу уряду «на законодавчу прогалину, яка допускала можливість тримання особи під вартою протягом необмеженого і непередбачуваного строку обставин, коли таке тримання під вартою не передбачається ні конкретним положенням законодавства, ні судовим рішенням, що само по собі суперечить принципу юридичної визначеності, який впливає з Конвенції і який є одним з основних елементів верховенства права».

Новий КПК в цій частині більш прогресивніший, так як передбачає перегляд обґрунтованості тримання особи під вартою через кожні шістдесят днів.

У рішенні Європейського Суду «Чанев проти України» зазначено, що «Новий КПК було розроблено, серед іншого, для усунення недоліків законодавства, що лежать в основі системних порушень статті 5 Конвенції. У пункті 34 вказаної справи Суд констатував порушення статті 5 Конвенції, яке відповідно до практики Суду у справах щодо України можна вважати системним».

У справі «Харченко проти України» (Kharchenko v. Ukraine) Суд зазначив, що постійно констатує «порушення підпункту «с» пункту 1 статті 5 Конвенції щодо періодів, протягом яких тримання під вартою здійснювалося без відповідного судового рішення. Як показує ця справа, нове законодавство містить аналогічний недолік, і стосовно нового Кримінального процесуального кодексу України було виявлено таке ж порушення.

У пункті 35 Суд зазначив, що найбільш доцільним способом вирішення вищенаведеного порушення є невідкладне внесення змін до відповідного

законодавства з метою забезпечення відповідності національного кримінального процесу вимогам статті 5 Конвенції.

Я не виключаю, що наступне рішення Європейського суду з прав людини буде присвячене обговоренню питань, що викладені у цій статті, якщо судова практика не буде приведена до вимог Конституції України і ст. 5 Конвенції.

Виникає питання: а як повинен був діяти суд, якщо б дійсно існували ризики, передбачені ч. 1 ст. 177 КПК України під час ухвалення обвинувального вироку.

На мій погляд, прокурор на стадії закінчення судового розгляду, при вирішенні питання щодо доповнення судового розгляду, заявляє клопотання про зміну запобіжного заходу на тримання під вартою з наведенням доказів існування ризиків, передбачених ч. 1 ст. 177 КПК України.

Суд, заслухавши думки інших учасників кримінального провадження щодо цього клопотання, відкладає розгляд його на більш пізніший час, а саме: після проведення судових дебатів та останнього слова обвинуваченого та виходу суду до нарадчої кімнати.

За аналогією вирішення питання допустимості доказів під час їх оцінки в нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення (ч.ч. 1, 3 ст. 89 КПК).

Ухвала щодо зміни запобіжних заходів на тримання під вартою та вирок проголошуються судом після виходу із нарадчої кімнати, що, на мою думку, не суперечить букві закону.

Таким чином, системний аналіз норм кримінального процесуального законодавства України свідчить про те, що застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під вартою вироком суду з визначенням у резолютивній частині вироку строком настання певної події, а саме набрання цим вироком законної сили не відповідає критерію "передбачуваності закону" для цілей пункту 1 статті 5 Конвенції та статтям 196, 197, 202 КПК України.