

Тертишник В. М.

доктор юридичних наук, професор Університету митної справи та фінансів України

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВОВИХ ПОЗИЦІЙ ТА ПРЕЦЕДЕНТНОЇ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ В РОЗВ'ЯЗАННІ ПРОБЛЕМ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Тертишник В. М. Реалізація правових позицій та прецедентної практики Європейського суду з прав людини в розв'язанні проблем кримінально-процесуального права України.

Анотація. У статті розкриваються проблеми забезпечення юридичної визначеності та розвитку кримінально-процесуального права України з урахуванням правових позицій і прецедентної практики Європейського суду з прав людини.

Ключові слова: прецедент, юридична визначеність, право, процесуальна форма.

Тертишник В. М. Реализация правовых позиций и прецедентной практики Европейского суда по правам человека в разрешении проблем уголовно-процесуального права Украины.

Аннотация. В статье раскрываются проблемы обеспечения юридической определенности и развития уголовно-процесуального права Украины с учетом правовых позиций и прецедентной практики Европейского суда по правам человека.

Ключевые слова: прецедент, юридическая определенность, право, процессуальная форма.

Tertishnik Vladimir. Implementation of legal positions and the case law of the European Court of human rights in solving problems of criminal procedure law of Ukraine.

Annotation. The article reveals the problems of ensuring legal certainty and the development of the law of criminal procedure of Ukraine, taking into account the legal positions and the case law of the European Court of human rights.

Keywords: precedent, legal certainty, the right procedural form.

Постановка проблеми. Після введення в дію нового КПК України слідча і судова практика показали наявність юридичних колізій та «білих плям» в процесуальному законодавстві, відсутність системності в реалізації правових позицій та прецедентної практики Європейського суду з прав людини.

Аналіз останніх наукових досліджень показує як наявність проблем реалізації принципу юридичної визначеності в кримінально-процесуальному праві, так і на розмаїття думок вчених при їх висвітленні [2-23].

Метою даної роботи є визначення основних алгоритмів подальшого реформування кримінально-процесуального права на основі принципів, правових позицій та прецедентної практики Європейського суду з прав людини.

Виклад основного матеріалу дослідження.

Європейський Суд з прав людини – загальноєвропейський судовий орган, в компетенцію якого відповідно до Європейської Конвенції про захист прав та

основних свобод людини та Протоколів до неї входить розгляд спорів у правовідносинах між громадянами і державами з метою забезпечення верховенства права та захисту прав і свобод людини, міждержавний, загальноєвропейський судовий орган в юрисдикції якого є встановлення справедливих компенсацій, суд, рішення якого отримують обов'язковий та прецедентний характер для держав учасниць Конвенції, виступають джерелом права на території держави Україна та виконують важливу роль для урегулювання юридичних прогалин, тлумачення та удосконалення національного законодавства.

За даними українського омбудсмена, Верховного Суду України та Урядового уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини протягом 2013 року Україна програла за позовами в ЄСПЛ майже 33 млн євро, а сукупний борг України за рішеннями ЄСПЛ досяг 1 млрд грн. Довгий час за кількістю справ що розглядаються у ЄСПЛ Україна перебувала зазвичай на п'ятому місці після Росії, Туреччини, Італії та Румунії, але в 2014 році «вона вийшла в лідери» і зайняла перше сумне місце в цій номінації. На кінець 2015 року на розгляді у Європейському суді знаходилось 64 850 справ, із них 13 850 (21,4%) – заяви проти держави України. Переважна більшість проблем, які призводять до констатації Європейським судом з прав людини порушень Конвенції, є порушення Україною природних та юридично визнаних прав: на свободу та особисту недоторканність; на заборону нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження; на заборону катування та людські умови тримання в ув'язненні; на ефективний засіб юридичного захисту; на справедливий суд; на розгляд справи судом у розумні строки; на повагу до приватного і сімейного життя.

Розглядаючи індивідуальні чи колективні позови Європейський суд з прав людини у своїй практиці постійно адаптує правові гарантії, сформульовані в Конвенції ще 60 років тому, до правових реалій у державах – членах Ради Європи, розглядаючи Конвенцію як «живий інструмент», що має достатню

гнучкість для ефективної реалізації непорушних цінностей в умовах постійних політичних, соціальних та ідеологічних змін [7, с. 252].

Законом України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» визначені фундаментальні для правової системи України положення: суди мають застосовувати при розгляді справ практику Європейського суду з прав людини як джерело права (ст. 17); законодавчий орган держави (орган представництва) має здійснювати експертизу та перевірку чинних законів і підзаконних актів на відповідність Конвенції та практиці Європейського суду з прав людини (ст. 19). Прецедентна практика Європейського суду з прав людини стає важливим джерелом кримінально-процесуального права України.

Застосування рішень ЄСПЛ при тлумаченні відповідності нормам Конвенції чинного національного законодавства може виводити на якісно новий рівень інтерпретації системи норм в їх єдності і протиріччі, може виявляти наявність конкуренції правових норм, показувати, які з норм мають більшу юридичну силу і які підлягають застосуванню, чи навпаки. Тим самим рішення ЄСПЛ набувають статусу правової позиції, яка суттєво впливає на окремі інститути чи систему права і їх інтерпретацію, фактично змінюючи зміст правових норм [20, с. 35].

Правові позиції та прецедентна практика Європейського суду з прав людини стають не тільки європейськими правовими стандартами, а й наповнюють правову систему України цілісними і важливими принципами, дефініціями, гарантіями, нормами, які мають гармонізувати національне право і правосвідомість, унормувати існуючі прогалини законодавчого регулювання.

На сьогоднішній день потребують невідкладної імплементації в процесуальне законодавство України правові позиції ЄСПЛ викладені в рішеннях, прийнятих у справах «Загордній проти України», «Слоєв проти України», «Імакаєв проти Росії», «Шабельник проти України», «Білий проти України», «Луценко проти України», «Чанєв проти України» та інших.

У рішеннях ЄСПЛ час від часу викладаються і знаходять розкриття та тлумачення такі принципи як верховенство права, правова визначеність та пропорційність.

Правова визначеність передбачає формулювання в законі чітких, однозначних і зрозумілих правових приписів, за яких забезпечується легкість та доступність з'ясування змісту права і юридично забезпечену можливість скористатись цим правом, передбачуваність застосування правових норм, а встановлювані законом обмеження будь-якого права повинні базуватися на критеріях, які дадуть змогу особі відокремлювати правомірну поведінку від протиправної, передбачати юридичні наслідки своєї поведінки.

Ст. 19 Конституції України затверджує: ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законом; органи державної влади і їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, визначений законами. Ця важлива конституційна засада будь-якого юридичного процесу, яка є важливим орієнтиром як для законодавчої і правоохоронної практики, так і для юридичної науки.

Головна ідея, яка покладена в основу принципу пропорційності, полягає в таких постулатах: при застосуванні будь-якого примусу чи обмежень прав учасників процесу мета таких дій має бути соціально корисною і достатньо вагомою, такої мети неможливо досягти іншими мінімальними засобами; засоби їх досягнення суспільно вагомої мети мають бути найменш обтяжливими для осіб в конкретних умовах; завдана обмеженням прав шкода має бути мінімально необхідною за відповідних умов і бути меншою, ніж та шкода, яка відвернута завдяки застосуванню обмежень.

Так, у справі «Яллох проти Німеччини», ЄСПЛ визнав, що мало місце порушення ст. 3 ЄКПЛ через вжиття непропорційних заходів медичного втручання для отримання доказів. Зокрема, Суд зазначив, що «компетентні органи завдали заявнику тяжкого втручання у його фізичну і психічну цілісність проти його волі. Заявника змусили блювати не з лікувальною метою,

а для отримання доказів. Натомість мети можна було досягти простішим природним способом».

З огляду на викладені позиції значну проблему представляє застосування нового таємного засобу здобуття доказів, передбаченого ст. 267 КПК України, в якій визначено: слідчий має право обстежити публічно недоступні місця, житло чи інше володіння особи шляхом таємного проникнення в них, у тому числі з використанням технічних засобів, з метою: виявлення і фіксації слідів вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину, речей і документів, що мають значення для їх досудового розслідування; виготовлення копій чи зразків зазначених речей і документів; виявлення та вилучення зразків для дослідження під час досудового розслідування тяжкого або особливо тяжкого злочину; виявлення осіб, які розшукуються; встановлення засобів аудіо-, відеоконтролю особи.

З огляду на правові позиції ЄСПЛ обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи шляхом таємного проникнення в них, у тому числі з використанням технічних засобів, не повинно регламентуватись як слідча дія і засіб отримання доказів у кримінальному провадженні, адже не передбачає достатніх і ефективних гарантій проти зловживань у зв'язку з чим не відповідає рішенням Європейського суду з прав людини (Див. справа «Імакаєв проти Росії», рішення від 09 листопада 2006 р. № 7615/02), а також суттєво обмежує права людини на недоторканність житла, чим суперечить ст. 22 Конституції України. До того ж слід зазначити, що наявність сталої та детально регламентованої сучасним законом процедури обшуку фактично унеможливорює застосування в кримінальних провадженнях процесуальної новели - «обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи шляхом таємного проникнення в них», оскільки існуючий інститут обшуку передбачає значно більшу систему гарантій захисту прав, свобод та законних інтересів людини, в більшій мірі відповідає принципу юридичної визначеності. Більш того інститут обшуку є менш обтяжливим для учасників процесу в конкретних умовах кримінальних правовідносин ніж згаданий

інститут негласного проникнення в житло, а його застосування в даному разі буде відповідати принципу пропорційності.

Європейський суд з прав людини, звертаючи увагу на недосконалість чинного законодавства України і на необхідність дотримання принципу правової визначеності, у рішенні від 6 листопада 2008 року у справі "Єлоєв проти України" визначив: «Суд вважає, що відсутність чітко сформульованих положень, які б визначали, чи можливо належним чином продовжити (якщо так, то за яких умов) застосування на стадії судового слідства запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, обраного на визначений період на стадії досудового слідства, не відповідає критерію "передбачуваності закону" для цілей п. 1 ст. 5 Конвенції. Суд також нагадує, що практика, яка виникла у зв'язку із законодавчою прогалиною і яка зумовлює тримання особи під вартою протягом необмеженого і непередбачуваного строку за обставин, коли таке тримання не передбачається ні конкретним положенням законодавства, ні будь-яким судовим рішенням, сама по собі суперечить принципу юридичної визначеності, який є одним із основних елементів верховенства права».

Аналізуючи чинну процесуальну форму досудового провадження, не можна обійти увагою, що чинний кримінально-процесуальний закон визначає строк тримання підозрюваного під вартою лише під час досудового розслідування, упускаючи регламентацію застосування арешту при подальшому судовому розгляді.

Така правова невизначеність строків арешту обвинуваченого в судовому провадженні може породжувати складні проблеми, на що повторно звернув Увагу ЄСПЛ в 2015 році у справі «Чанєв проти України» (остаточне рішення від 09/01/2015). У даній справі досудове тримання заявника під вартою було продовжено слідчим суддею у січні 2013 року до 27 лютого 2013 року, а в останню дату матеріали кримінальної справи щодо заявника було передано до суду першої інстанції. Лише 15 квітня 2013 року Ізмаїльський міськрайонний суд Одеської області провів підготовче судове засідання та постановив продовжити тримання заявника під вартою.

ЄСПЛ, звертаючи увагу на положення ст. 29 Конституції України (кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність, ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом), та, незважаючи на положення ст. 315 КПК України («під час підготовчого судового засідання суд за клопотанням учасників судового провадження має право обрати, змінити чи скасувати заходи забезпечення кримінального провадження, в тому числі запобіжний захід, обраний щодо обвинуваченого..., а «за відсутності зазначених клопотань сторін кримінального провадження застосування заходів забезпечення кримінального провадження, обраних під час досудового розслідування, вважається продовженим»), не знайшов законних підстав утримання обвинувачуваного під вартою у вищезгаданій справі в період з 28 лютого по 15 квітня 2013 року, та виклав такі свої позиції з цього приводу, які в стислій формі за своїм змістом можуть бути зведені до наступних важливих положень:

По-перше, відповідно до ст. 331 КПК України, незалежно від наявності клопотань суд зобов'язаний розглянути питання доцільності продовження тримання обвинуваченого під вартою.

По-друге, ЄСПЛ у своєму рішенні від 10 лютого 2011 року у справі «Харченко проти України» (заява № 40107/02), стисло наводив недоліки законодавства України щодо тримання осіб під вартою. Одним із висвітлених у цьому рішенні недоліків було тримання осіб під вартою без жодного судового рішення у період від закінчення досудового розслідування до початку судового розгляду. Така практика, відповідно до практики ЄСПЛ становить порушення пункту 1 статті 5 Конвенції, була визнана такою, що має системний характер та походить з прогалин у законодавстві.

По третє, суд повинен переконатись, що тримання під вартою упродовж періоду, який розглядається, відповідає меті пункту 1 статті 5 Конвенції, яка полягає в недопущенні позбавлення особи свободи у свавільний спосіб. Більше того, Суд також має з'ясувати, чи відповідає Конвенції національне

законодавство і, зокрема, його загальні принципи, які сформульовані в законодавстві чи впливають з нього (див. рішення від 24 жовтня 1979 року у справі «Вінтерверп проти Нідерландів»).

По-четверте, ЄСПЛ зазначає, що новий КПК було розроблено, серед іншого, для усунення недоліків законодавства, що лежать в основі системних порушень статті 5 Конвенції, але фактично цього не відбулося.

По-п'яте, суд першої інстанції протягом близько півтора місяця (з 27 лютого по 15 квітня 2013 року) не розглядав питання щодо продовження тримання заявника під вартою, а заявник залишався під вартою, хоча статтею 203 КПК чітко передбачено, що усі ухвали про застосування запобіжного заходу втрачають чинність одразу після закінчення строку їхньої дії.

По-шосте, ЄСПЛ із занепокоєнням зазначає, що новий Кримінальний процесуальний кодекс України, на відміну від звіту Уряду, чітко та точно не врегульовує питання щодо тримання особи під вартою у період після закінчення досудового розслідування та до початку судового розгляду. Нагадуючи рішення у справах «Веренцов проти України» та «Харченко проти України» ЄСПЛ повторює, що стаття 46 Конвенції, як її тлумачать у світлі статті 1 Конвенції, покладає на державу-відповідача юридичний обов'язок вжити під наглядом Комітету міністрів належні заходи загального або індивідуального характеру з метою забезпечення права заявника, яке Суд визнав порушеним.

На підставі викладеного, ЄСПЛ констатував, 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. Водночас, визнавши невідповідність відповідних положень КПК України статті 1 Європейській Конвенції з прав і свобод людини та зважаючи на конкретні обставини справи і здійснюючи оцінку на засадах справедливості, ЄСПЛ присудив заявнику 4500 євро відшкодування моральної шкоди.

Така правова позиція ЄСПЛ потребує невідкладних змін КПК України, а поки цього не відбулося застосовувати її як джерело права при розгляді

аналогічних випадків. Слідчі органи і прокурор мають забезпечувати направлення справи до суду в терміни, коли строк арешту не спливав би в день закінчення слідства, а у суду було достатньо часу для обранні, продовження чи зміни запобіжного заходу, з урахуванням вимог принципу розумних строків провадження. Потребують також корегування викладені в законі підстави обрання запобіжних заходів.

Висновок. В сучасних реаліях судово-правової реформи прецедентна практика ЄСПЛ, стаючи частиною системи процесуального права, потребує кодифікації та імплементації в окремі інститути національного кримінально-процесуального законодавства. З урахуванням практики ЄСПЛ потребують розширення система принципів кримінального процесу, невідкладного удосконалення інститути запобіжних заходів та слідчих (розшукових) дій. Включення до КПК України мають сенс тільки ті пізнавальні заходи, процедура яких має бути прозорою і публічною, бути детально регламентованою законом, настільки передбачуваною і контрольованою суспільством, щоб мати змогу зробити висновок щодо законності процедури їх здійснення, допустимості й достовірності отриманих доказів. Загалом це означає, що кожний захід, який включається в систему слідчих дій має отримати досконалу процесуальну форму провадження, відповідати принципам правової визначеності, пропорційності і верховенства права. Контрольована поставка, обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи шляхом таємного проникнення в них, імітування обстановки злочину підлягають вилученню з системи слідчих дій, як заходи що не відповідають правовим позиціям та прецедентній практиці ЄСПЛ.

Перспективи подальшого розгляду проблеми вбачаються в аналізі кризь призму принципів правової визначеності та забезпечення верховенства права інститутів провадження на підставі угод та заходів забезпечення кримінального провадження.

Список використаних джерел.

1. Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2006, N 30, ст.260) { Із змінами, внесеними

згідно із Законами N 3135-VI (3135-17) від 15.03.2011, ВВР, 2011, N 39, ст.391; N 5463-VI (5463-17) від 16.10.2012, ВВР, 2014, N 4, ст.61}

2. *Аленін Ю. П.* Поняття та система принципів кримінального провадження / Ю. П. Аленін, В. К. Волошина // Наукові праці НУ ОЮА. – 2014. – Т. XIV. – С. 78-89.

3. *Бутенко С. Ю.* Імплементация рішень Європейського суду прав людини щодо права на захист у кримінальне процесуальне законодавство України / С. Ю. Бутенко // Митна справа. – 2013. – №3. – С. 70-76.

4. *Буткевич В.* Якість закону і питання ефективності застосування рішень Європейського Суду з прав людини судами України / В. Буткевич // Право України. – 2011. – №7. – С. 48-63.

5. *Бущенко А.* «Precedent UA – 2015» / А. Бущенко, О. Сапожнікова, О. Шинкаренко. – К. : КВІЦ, 2015. – 412 с.

6. *Головатий С.* Тріада європейських цінностей – верховенство права, демократія, права людини – як основа Українського конституційного ладу / С. Головатий // Право України. – 2011. – №5. – С.159-173

7. *Гончаренко С.* Методика викладання положень Європейської Конвенції з прав людини прецедентного права Європейського суду з прав людини у юридичних вищих навчальних закладах / С. Гончаренко // Право України. – 2011. – №7. – С. 251-268.

8. *Дудаш Т. І.* Практика Європейського Суду з прав людини: навч.–практ. посіб. / Т. І. Дудаш. – К.: Алерта, 2013. – 368 с

9. Кримінальний процес: підручник / Ю. М. Грошевий, В. Я. Тацій, А. Р. Туманянц та ін.; За ред. В. Я. Тація, Ю. М. Грошевого, О. В. Капліної, О. Г. Шило. – Х.: Право, 2013. – 824 с.

10. *Лукашевич В. Г.* Використання практики Європейського суду з прав людини під час здійснення правосуддя в Україні / В. Г. Лукашевич, П. П. Узунова // Вісник Запорізького національного університету: Зб. наук. статей. Юридичні науки. – Запоріжжя: Запорізький національний університет, 2006. – № 3. – С. 142-146.

11. *Лутковська В. В.* Судова практика Європейського суду з прав людини. Рішення щодо України / В. В. Лутковська (відп. ред.). – К.: Практис, 2005. – 480 с.

12. Науково-практичний коментар до Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса. – К., 2007.

13. *Петришин О.В.* Модельні правові акти: теорія та практика реалізації: монографія / О. В. Петришин, О. А. Колодій. – К.: Алерта, 2016. – 204 с.

14. *Петров Р.А.* Транспозиція «acquis» Європейського Союзу у правові системи третіх країн: Монографія / Р. А. Петров. – К.: Істина, 2012. – 384 с.

15. Принцип верховенства права: проблеми теорії та практики: Монографія: У 2-х кн. / За заг. ред. Ю. С. Шемшученка. – К.: Юридична думка, 2008. – Кн.1. Верховенство права як принцип правової системи: проблеми теорії. – 344 с.

16. *Сімонович Д. В.* Європейські стандарти забезпечення прав людини у досудових стадіях кримінального процесу України: монографія / Д. В. Сімонович. – Харків: НикаНова, 2011. – 272 с.

17. *Тертишник В. М.* Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України. Видання 12-те доповн. і перероб. / В. М. Тертишник. – К.: Алерта, 2016. – 810 с.

18. *Тертишник В. М.* Кримінальний процес України. Загальна частина: підручник. Академічне видання / В. М. Тертишник. – Київ: Алерта, 2014. – 440 с.

19. *Тіщенко В. В.* Теоретичні та практичні проблеми забезпечення ефективності досудового провадження / В. В. Тіщенко, Ю. П. Аленін, О. П. Ващук, А. В. Мурзановська, А. В. Торбас, Ю. М. Немно, А. О. Панасюк, М. В. Шкрибайло, О. А. Земляна // Наукові праці НУ ОЮА. – 2014. – Т. XVII. – С. 106-157.

20. *Уваров В. Г.* Застосування практики Європейського Суду з прав людини та норм міжнародно-правових актів в удосконаленні кримінального судочинства України: монографія / В. Г. Уваров; за заг. ред. доктора юрид. Наук, професора В. М. Тертишника. – Дніпропетровськ. – 2012. – 268 с.

21. *Ченцов В. В.* Реабілітація жертв незаконних кримінальних переслідувань, політичних репресій та зловживань владою: підручник для слухачів магістратури юридичних вузів / В. В. Ченцов, В. М. Тертишник. – Київ: Правова єдність, 2016 – 324 с.

22. Шемшученко Ю. С. Наукові засади конституційної реформи в Україні (за матеріалами наукової доповіді на засіданні Президії НАН України 26 червня 2013 року) / Ю. С. Шемшученко // Вісник Національної академії наук України. – 2013. – № 8. – С. 15-20.

23. *Nowicki M.A.* Europejski Trybuna Praw Czloweka. Orzecznictwo. 1998. (Czesc 1). – Warszawa, 1998.