

Категорія справи № 522/20062/19: **Адміністративні справи (з 01.01.2019); Справи щодо забезпечення громадського порядку та безпеки, національної безпеки та оборони України, зокрема щодо; біженців.**

Надіслано судом: 10.11.2020. Зареєстровано: 11.11.2020. Оприлюднено: 11.11.2020.

Дата набрання законної сили: 09.11.2020

Номер судового провадження: К/9901/8478/20



Верховний
Суд

ПОСТАНОВА

ІМЕНЕМ УКРАЇНИ

09 листопада 2020 року

м. Київ

справа № 522/20062/19

адміністративне провадження № К/9901/8478/20

Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду:

судді-доповідача Єресько Л.О.,

суддів: Загороднюка А.Г., Соколова В.М.,

розглянувши у порядку спрощеного позовного провадження без повідомлення сторін у касаційній інстанції адміністративну справу №522/20062/19

за позовом ОСОБА_1 до Головного управління Державної міграційної служби України в Одеській області про примусове повернення до Республіки Молдова

за касаційною скаргою адвоката Шевчука Кирила Миколайовича, який діє в інтересах ОСОБА_1

на рішення Приморського районного суду м.Одеси від 13 січня 2020 року, ухвалене суддею Чернявською Л.М. та

на постанову П'ятого апеляційного адміністративного суду від 19 лютого 2020 року, ухвалену у складі колегії суддів: головуючого судді Шевчук О.А., суддів Бойка А.В., Федусика А.Г.

У С Т А Н О В И В:

Короткий зміст позовних вимог та їх обґрунтування

1. У листопаді 2019 року ОСОБА_1 (далі - позивач, ОСОБА_1) звернувся до Приморського районного суду м.Одеси з позовом до Головного управління державної міграційної служби України в Одеській області (далі - відповідач, ГУ ДМС в Одеській області), у якому просив визнати незаконним та скасування рішення Роздільнянського РВ ГУ ДМС України в Одеській області від 30 жовтня 2019 року № 16 про примусове повернення до Республіки Молдова.

2. В обґрунтування позовних вимог позивач зазначив, що відповідач ухилився від обов'язку встановлення того, чи дійсно позивач є громадянином Республіки Молдова та постановив рішення на припущенні та власному розумінні законодавства Республіки Молдова. Позивач зазначає, що він не має паспорта громадянина будь-якої країни, а тому є особою без громадянства.

Короткий зміст рішень судів попередніх інстанцій

3. Рішенням Приморського районного суду міста Одеси від 13 січня 2020 року, залишеним без змін постановою П'ятого апеляційного адміністративного суду від 19 лютого 2020 року, у задоволенні адміністративного позову відмовлено.

4. Відмовляючи у задоволенні адміністративного позову, суд першої інстанції, з висновком якого погодився суд апеляційної інстанції, виходив з того, що позивач проживає на території України без документів на право проживання в Україні, перевищив термін перебування на території України, проживає на території України без реєстрації, не виїхав з України після закінчення терміну перебування в Україні, постійного місця проживання та законного джерела існування не має. Оскільки позивач знаходиться на території України без законних на те підстав (нелегальний мігрант), то його перебування на території України порушує вимоги Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», а тому суди попередніх інстанцій дійшли висновку, що оскаржуване рішення про примусове повернення в країну походження позивача, було прийнято відповідачем з урахуванням всіх обставин, що мають значення та відповідно до вимог діючого законодавства, тому відсутні підстави для задоволення позову.

Короткий зміст та обґрунтування вимог касаційної скарги та її рух у касаційній інстанції

5. 23 березня 2020 року до Верховного Суду надійшла касаційна скарга адвоката Шевчука Кирила Миколайовича, який діє в інтересах ОСОБА_1 , у якій скаржник з урахуванням уточненої касаційної скарги просить скасувати рішення Приморського районного суду м.Одеси від 13 січня 2020 року та постанову П'ятого апеляційного адміністративного суду від 19 лютого 2020 року та ухвалити нове рішення, яким задовольнити позовні вимоги ОСОБА_1 у повному обсязі.

6. У касаційній скарзі зазначено, що суди попередніх інстанцій не дослідили чи відповідає оскаржуване рішення критерію обґрунтованості, тобто чи прийнято воно з урахуванням всіх обставин, що мають значення для прийняття цього рішення. Так у рішенні Роздільнянського РВ ГУ ДМС України в Одеській області від 30 жовтня 2019 року № 16 касатора було ідентифіковано як громадянина

Республіки Молдова і такий висновок зроблено без здійснення запиту до дипломатичних представництв або консульських установ Республіки Молдова. В той же час скаржник указує, що не отримував паспортних документів будь-якої з існуючих країн. Окрім того касатором отримано та надано суду апеляційної інстанції довідку Консульства Республіки Молдова в Одесі від 04.02.2020 № 068, відповідно до якої ОСОБА_1 не має громадянства Республіки Молдова та не отримував громадянство цієї країни, не документований паспортним документом цієї країни. Таким чином, скаржник вважає, що відповідачем неналежно здійснено процедуру ідентифікації касатора, у зв'язку з чим прийняте рішення про його примусове повернення до країни, з якою він не має правового або соціального зв'язку.

6.1. Скаржник зауважує, що суди попередніх інстанцій не дослідили чи відповідає оскаржуване рішення критерію пропорційності, зокрема з дотриманням необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і цілями, на досягнення яких спрямовано це рішення. Так, скаржник указує, що постійно проживає на території України безперервно з 2005 року у с. Розалівка Роздільнянського району. За період проживання на території України у касатора склалася система соціальних зв'язків, зокрема він проживає із громадянкою України ОСОБА_2 без реєстрації шлюбу (через відсутність у нього документів) та її сім'єю (донька та три онуки). Скаржник підкреслює, що соціальний зв'язок із сім'єю ОСОБА_2 виник ще з 1996 року, коли вони спільно проживали на непідконтрольній Республіці Молдова території на лівому березі Дністра. Після спільного переїзду сім'ї касатора на територію України вони продовжили спільне проживання і таким чином спільно проживають понад 24 роки поспіль, а тому ці відносини складають поняття "сімейне життя" для цілей застосування статті 8 Конвенції. При цьому, наголошує скаржник, на території Республіки Молдова, у тому числі на непідконтрольній території на лівому березі Дністра у касатора не залишилося будь-кого з родичів або знайомих. Таким чином судами попередніх інстанцій не враховано, що примусове повернення скаржника до країни, з якою він не має ані правового, ані соціального зв'язку, знищення системи його соціальних зв'язків із сім'єю є порушенням статті 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

7. 23 березня 2020 року відповідно до протоколу автоматизованого розподілу судової справи між суддями визначено склад колегії суддів: головуєчий суддя (суддя - доповідач) Єресько Л.О., судді Загороднюк А.Г., Соколов В.М.

8. Ухвалою Верховного Суду від 27 серпня 2020 року відкрито касаційне провадження за вищевказаною касаційною скаргою після залишення касаційної скарги без руху.

9. 04 листопада 2020 року ухвалою Верховного Суду у складі судді-доповідача Касаційного адміністративного суду Єресько Л.О. закінчено підготовчі дії у справі та призначено справу до розгляду у порядку спрощеного позовного провадження без повідомлення сторін.

Позиція інших учасників справи

10. 14 вересня 2019 року від ГУ ДМС в Одеській області надійшов відзив на касаційну скаргу, де відповідач посиляється на не обґрунтованість доводів даної касаційної скарги та просить її відхилити, а рішення прийняті судами попередніх інстанцій залишити без змін. Вказують на те, що позивач проживає на території України без документів на право проживання в Україні, перевищив термін перебування на території України, проживає на території України без реєстрації, не виїхав з України після закінчення терміну перебування в Україні. Відповідач зауважує, що ОСОБА_1 не звертався до ГУ ДМС в Одеській області та інших територіальних підрозділів ДМС України для добровільного повернення, однак те, що він є нелегальним мігрантом розуміє. Зазначають, що спеціалісти відділу ДМС при постановленні оскаржуваного рішення та при ідентифікації позивача діяли у відповідності до вимог законодавства.

Установлені судами попередніх інстанцій обставини справи

11. 30 жовтня 2019 року начальником відділення «Степанівка» на ділянці відповідальності віпс «Степанівка» в районі і/п 1/60 в 3000 метрів від лінії ДКУ було виявлено особу, яка назвалася громадянином Молдови ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1.

12. В результаті проведеної перевірки було встановлено, що ОСОБА_1 порушив правила перебування іноземців в Україні проживав без документів на право проживання в Україні.

13. В результаті проведеної перевірки наявних документів та відібраних пояснень встановлено, що ОСОБА_1 прибув до України у 2005 році легально, з метою працевлаштування.

14. Під час ідентифікації особи позивача було встановлено, що громадянство позивача - ОБГ (особа без громадянства), місцем його проживання є РМ (Республіка Молдова)

АДРЕСА_1. Згідно пояснень позивача слідує, що він прибув на територію України з 2005 року через пункт пропуску «Кучурган» з метою працевлаштування, проживав у родичів та друзів. Паспорт громадянина РМ вкрадено. Паспорт не отримував, оскільки не має коштів. Тимчасово проживає, на момент надання пояснень, АДРЕСА_2. 30 жовтня 2019 року було виявлено співробітниками прикордонної служби на ділянці віпс «Розалівка» за порушення правил проживання в Україні, а саме проживання без документів на право проживання в Україні. Зазначив, що йому відомо, що він є нелегальним мігрантом.

16. 30 жовтня 2019 року за порушення частини 1 статті 203 Кодексу України про адміністративні правопорушення, що виразилось в порушенні правил перебування іноземців в Україні, тобто проживання без документів на право проживання в Україні стосовно позивача складено протокол про адміністративне правопорушення ПдРУ 031017 та постановою про накладення адміністративного стягнення від 30 жовтня 2019 року ПН МОД №000940 був притягнутий до адміністративної відповідальності в розмірі 1700 грн.

17. 30 жовтня 2019 року ГУ ДМС України в Одеській області було прийнято рішення про примусове повернення в країну позивача та зобов'язано його покинути територію України у термін до 20 листопада 2019 року.

18. У визначений термін позивач не виїхав, а ухвалою Приморського районного суду міста Одеси від 27 листопада 2019 року дію зазначеної рішення зупинено в межах забезпечення позову.

Джерела права

19. Приписами частини другої статті 19 Конституції України встановлено, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

20. Порядок регулювання суспільних відносин у сфері примусового повернення чи примусового видворення іноземця або осіб без громадянства за межі території України визначається Законом України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» від 22 вересня 2011 року №3773-VI (у редакції, чинній на час прийняття спірного рішення; далі - Закон № 3773-VI).

21. Приписами пункту 14 частини 1 статті 1 Закону № 3773-VI визначено, що нелегальний мігрант - це іноземець або особа без громадянства, які перетнули державний кордон поза пунктами пропуску або в пунктах пропуску, але з уникненням прикордонного контролю і невідкладно не звернулися із заявою про надання статусу біженця чи отримання притулку в Україні, а також іноземець або особа без громадянства, які законно прибули в Україну, але після закінчення визначеного їм терміну перебування втратили підстави для подальшого перебування та ухиляються від виїзду з України.

22. За правилами частини 3 статті 3 Закону № 3773-VI іноземці та особи без громадянства зобов'язані неухильно додержуватися Конституції та законів України, інших нормативно-правових актів, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей, інтереси суспільства та держави.

23. У відповідності до частини 1 статті 9 Закону № 3773-VI іноземці та особи без громадянства в'їжджають в Україну за наявності паспортного документа та одержаної у встановленому порядку візи, якщо інше не передбачено законодавством чи міжнародними договорами України.

24. Згідно частини 1 статті 21 Закону № 3773-VI перебування на території України та транзитний проїзд через територію України іноземців та осіб без громадянства здійснюється за наявності достатнього фінансового забезпечення або наявності можливості отримати таке забезпечення законним способом на території України.

25. Відповідно до частини 1 статті 26 Закону № 3773-VI іноземець або особа без громадянства можуть бути примусово повернуті в країну походження або третю країну, якщо їх дії порушують законодавство про правовий статус іноземців та осіб без громадянства або суперечать інтересам забезпечення національної безпеки України чи охорони громадського порядку, або якщо це необхідно для охорони здоров'я, захисту прав і законних інтересів громадян України за рішенням центрального органу виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики у сфері міграції, органу Служби безпеки України або органу охорони державного кордону (стосовно іноземців та осіб без громадянства, які затримані ними у межах контрольованих прикордонних районів під час спроби або після незаконного перетинання державного кордону України). У рішенні про примусове повернення зазначається строк, протягом якого іноземець або особа без громадянства повинні виїхати з України. Зазначений строк не повинен перевищувати 30 днів з дня прийняття рішення.

26. Порядок дій посадових осіб, зокрема ДМС України, її територіальних органів і територіальних підрозділів (далі - органи ДМС) під час прийняття рішень про примусове повернення і примусове видворення іноземців та осіб без громадянства, їх ідентифікації і вжиття заходів з безпосереднього примусового повернення, поміщення до пункту тимчасового перебування іноземців та осіб без громадянства, які незаконно перебувають в Україні, визначаються Інструкцією про примусове повернення і примусове видворення з України іноземців та осіб без громадянства, затвердженої наказом Міністерства внутрішніх справ України, Адміністрацією державної прикордонної служби України та Служби безпеки України від 23 квітня 2012 року № 353/271/150, зареєстрованої в Міністерстві юстиції України 21 травня 2012 року за № 806/21119 (у редакції, чинній на момент виникнення спірних правовідносин, далі - Інструкція).

27. Пунктом 4 розділу I Інструкції передбачено, що іноземці можуть бути примусово повернуті до країни походження чи третьої країни на підставі рішення органу ДМС або органу охорони державного кордону, або органу СБУ про примусове повернення чи примусово видворення на підставі винесеної за позовом цих органів/підрозділів постанови адміністративного суду про примусове видворення.

28. Пунктом 5 розділу I Інструкції передбачено, що підставами для прийняття рішення про примусове повернення іноземців до країни походження або третьої країни є: дії, що порушують законодавство України про правовий статус іноземців та осіб без громадянства; дії, що суперечать інтересам забезпечення національної безпеки України чи охорони громадського порядку; якщо це необхідно для охорони здоров'я, захисту прав і законних інтересів громадян України; затримання іноземців органами охорони державного кордону у межах контрольованих прикордонних районів під час спроби або після незаконного перетинання державного кордону України.

29. Відповідно до пункту 6 розділу I Інструкції примусове повернення з підстав, передбачених пунктом 5 цього розділу, здійснюється за рішенням органів ДМС, органу охорони державного кордону (стосовно іноземців, затриманих ними у межах контрольованих прикордонних районів під час спроби або після незаконного перетинання державного кордону України), органу СБУ з подальшим повідомленням протягом 24 годин прокурора про підстави прийняття такого рішення, оформленням відповідних документів, доведенням цього рішення до іноземця та взяттям з нього зобов'язання про добровільний виїзд з України у визначений у рішенні строк, а також здійсненням подальшого контролю за фактичним виконанням іноземцем цього рішення.

30. Положеннями пункту 9 розділу I Інструкції передбачено, що у кожному випадку затримання іноземця більше ніж на три години щодо його примусового повернення або з метою ідентифікації та забезпечення примусового видворення невідкладно інформується регіональний Центр з надання безоплатної вторинної правової допомоги.

31. За нормами пункту 10 розділу I Інструкції рішення органів ДМС, органів охорони державного кордону та органів СБУ про примусове повернення може бути оскаржено до суду.

32. Порядок дій з ідентифікації та документування іноземців та осіб без громадянства визначений розділом VI Інструкції, пунктом 1 якого визначено, що якщо іноземець не має документів, які посвідчують особу, то, зокрема, орган ДМС вживає заходів щодо його ідентифікації та документування. З цією метою до дипломатичних представництв або консульських установ держави походження іноземця надсилаються відповідні запити, до яких долучаються кольорові фотокартки на кожен особу, заповнені анкети визначеного консульською установою зразка та інші відомості про іноземця, які дають змогу встановити особу та підтвердити громадянство. У разі відсутності акредитованого в Україні дипломатичного представництва або консульської установи країни походження іноземця запити до компетентних органів відповідної країни щодо його ідентифікації надсилаються через Департамент консульської служби МЗС. Якщо від компетентних органів країни походження іноземця не надходить відповідь, запити щодо його ідентифікації надсилаються через Департамент консульської служби МЗС України повторно.

Позиція Верховного Суду

Оцінка висновків судів, рішення яких переглядаються, та аргументів учасників справи

33. Відповідно до частини першої статті 341 КАС України суд касаційної інстанції переглядає судові рішення в межах доводів та вимог касаційної скарги, які стали підставою для відкриття касаційного провадження, та на підставі встановлених фактичних обставин справи

перевіряє правильність застосування судом першої чи апеляційної інстанції норм матеріального і процесуального права.

34. Зі змісту ухвали Верховного Суду від 27 серпня 2020 року слідує, що провадження у справі відкрито з підстав, визначених частиною четвертою статті 328 КАС України.

35. Надаючи оцінку оскаржуваним судовим рішенням в межах доводів касаційної інстанції за правилами статті 341 КАС України, Верховний Суд виходить з такого.

36. Відповідно до пункту 30 Постанови Пленуму Вищого адміністративного суду України від 25 червня 2009 року № 1 «Про судову практику розгляду спорів щодо статусу біженця та особи, яка потребує додаткового або тимчасового захисту, примусового повернення і примусового видворення іноземця чи особи без громадянства з України та спорів, пов'язаних з перебуванням іноземця та особи без громадянства в Україні» при вирішенні справ про примусове видворення суди повинні враховувати положення статей 9, 29 Загальної декларації прав людини 1948 року та статті 9 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 року, статті 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, відповідно до яких ніхто не може зазнавати безпідставного арешту, затримання або вигнання, а при здійсненні своїх прав і свобод кожна людина може зазнавати лише таких обмежень, які встановлені законом виключно для забезпечення належного визнання та поваги прав і свобод інших людей, а також забезпечення справедливих вимог моралі, суспільного порядку і загального добробуту.

37. Відмовляючи у задоволенні адміністративного позову суди попередніх інстанцій виходили з того, що позивач проживає на території України без документів на право проживання в Україні, перевищив термін перебування на території України, проживає на території України без реєстрації, не виїхав з України після закінчення терміну перебування в Україні, постійного місця проживання та законного джерела існування не має. Оскільки позивач знаходиться на території України без законних на те підстав (нелегальний мігрант), то його перебування на території України порушує вимоги Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства».

38. При цьому судами попередніх інстанцій не надано оцінки тому факту, що позивач не документований паспортом будь-якої держави та не визнає себе громадянином Республіки Молдова, куди оскаржуваним рішенням відповідач його примусово повертає. Прибув в Україну в 2005 році з непідконтрольної Республіки Молдова території на лівому березі Дністра.

39. Встановленню також підлягають обставини, за яких Роздільнянський ГУ ДМС України в Одеській області в оскаржуваному рішенні ідентифікував позивача як громадянина Республіки Молдова.

40. У ході касаційного розгляду знаходять своє підтвердження також доводи скаржника, що суду апеляційної інстанції надавалися відомості про те, що уповноважені органи Республіки Молдови не визнають ОСОБА_1 громадянином своєї держави (довідка Консульства Республіки Молдова в Одесі від 04.02.2020 № 068). За наявності такої інформації суд апеляційної інстанції мав можливість витребувати та оглянути в судовому засіданні оригінали цих доказів, позаяк і позивач і його представник були присутніми у відкритому судовому засіданні, або ж самостійно зробити запит до Консульства Республіки Молдова в Одесі.

41. Однак, за змістом оскаржуваного рішення суд апеляційної інстанції, будучи обізнаним про наявність такої інформації, не вжив заходів щодо оцінки та дослідження доказів, які мали суттєве значення для правильного вирішення спору.

42. Викладене у сукупності дає підстави для висновку про недотримання судом принципу офіційного з'ясування всіх обставин справи під час дослідження зібраних у справі доказів, що унеможливило встановлення фактичних обставин, що мають значення для правильного вирішення справи.

43. Дане порушення неможливо усунути на стадії касаційного провадження. Колегія суддів наголошує, що до повноважень Верховного Суду не входить дослідження доказів, встановлення фактичних обставин справи або їх переоцінка, тобто об'єктом перегляду касаційним судом є виключно питання застосування права.

44. Зважаючи на встановлені судами обставини, Суд вважає висновки суду апеляційної інстанції передчасними та такими, що зроблені без повного з'ясування обставин, що мають суттєве значення для вирішення справи, а оцінка наявних у матеріалах справи доказів здійснена без дотримання положень статті 90 Кодексу адміністративного судочинства України, а відтак таке судове рішення не є таким, що відповідає вимогам законності та обґрунтованості, визначені статтею 242 Кодексу адміністративного судочинства України.

45. Оскільки вказані обставини та фактичні дані залишилися поза межами дослідження судом апеляційної інстанції, тому з урахуванням повноважень касаційного суду (які не дають касаційній інстанції права досліджувати докази, встановлювати та визнавати доведеними обставини, що не були встановлені в судовому рішенні) відсутня можливість перевірити правильність його висновків у цілому по суті спору.

Висновки Верховного Суду за результатами розгляду касаційної скарги

46. Відповідно до частини другої статті 353 КАС України підставою для скасування судових рішень судів першої та (або) апеляційної інстанцій і направлення справи на новий судовий розгляд є порушення норм процесуального права, яке унеможливило встановлення фактичних обставин, що мають значення для правильного вирішення справи, якщо: 1) суд не дослідив зібрані у справі докази; або 2) суд необґрунтовано відхилив клопотання про витребування, дослідження або огляд доказів, або інше клопотання (заяву) учасника справи щодо встановлення обставин, які мають значення для правильного вирішення справи; 3) суд встановив обставини, що мають істотне значення, на підставі недопустимих доказів.

47. Згідно частини четвертої статті 353 КАС України справа направляється до суду апеляційної інстанції для продовження розгляду або на новий розгляд, якщо порушення допущені тільки цим судом. В усіх інших випадках справа направляється до суду першої інстанції.

48. З огляду на викладене, а також урахувавши той факт, що судом апеляційної інстанції на підставі належних та допустимих доказів не було з'ясовано належним чином обставини справи, в той час як їх не встановлення впливає на правильність вирішення спору, ухвалене у справі судове рішення підлягає скасуванню з направленням справи на новий розгляд до суду апеляційної інстанції.

49. Таким чином, з огляду на приписи частини другої статті 353 КАС України, касаційна скарга підлягає частковому задоволенню, а оскаржуване судове рішення суду апеляційної інстанції - скасуванню із направленням справи на новий розгляд до суду апеляційної інстанції.

50. Суду апеляційної інстанції під час нового розгляду необхідно ретельно дослідити спірні правовідносини з урахуванням викладених у цій постанові висновків і надати оцінку заявленим позовним вимогам крізь призму частини другої статті 2 КАС України та з урахуванням

установленого статтею 6 цього Кодексу принципу верховенства права, а також прийняти рішення та постановити рішення відповідно до вимог статті 242 КАС України.

Висновки щодо розподілу судових витрат

51. З огляду на результат касаційного розгляду та відсутність документально підтверджених судових витрат, понесених учасниками справи у зв'язку з переглядом справи в суді касаційної інстанції, судові витрати розподілу не підлягають.

Керуючись статтями 341, 345, 349, 350, 355, 356, 359 Кодексу адміністративного судочинства України,

ПОСТАНОВИВ:

- 1.** Касаційну скаргу адвоката Шевчука Кирила Миколайовича, який діє в інтересах ОСОБА_1, задовольнити частково.
- 2.** Постанову П'ятого апеляційного адміністративного суду від 19 лютого 2020 року у справі № 522/20062/19 скасувати, а справу направити на новий розгляд до П'ятого апеляційного адміністративного суду.

Постанова набирає законної сили з дати її прийняття, є остаточною та оскарженню не підлягає.

Судді Л.О. Єресько А.Г. Загороднюк В.М. Соколов