

НАУКОВИЙ ВИСНОВОК

ДО ПРОЄКТУ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ (ЩОДО ОБРАННЯ ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ ДО ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦІВ, ЯКІ ВЧИНИЛИ ВІЙСЬКОВІ ЗЛОЧИНИ ПІД ЧАС ДІЇ ВОЄННОГО СТАНУ)» (РЕЄСТР. № 7431 ВІД 02.06.2022)

Автор. кол.: Татаров О. Ю., Бугайчук К. Л., Могілевський Л. В., Федитник В. М., Федосова О. В., Волошанівська Т. В., Абламська В. В., Прібиткова Н. О., Абламський С. Є.

Метою проєкту Закону України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України (щодо обрання запобіжного заходу до військовослужбовців, які вчинили військові злочини під час дії воєнного стану)» (далі – Законопроект) є унеможливлення застосування будь-яких інших запобіжних заходів, крім як тримання під вартою, до військовослужбовців, які вчинили окремо визначені військові злочини, а саме передбачені статтями 402–408, 410, 420–425, 427, 431–433 Кримінального кодексу України, під час дії воєнного стану. Обґрунтовуючи це тим, що військовий злочин, вчинений військовослужбовцем під час дії правового режиму воєнного стану, свідчить про максимальний ступінь суспільно-небезпечного діяння, а отже до такого військовослужбовця може бути застосовано виключно запобіжний захід – тримання під вартою.

Для досягнення мети Законопроекту пропонується внести ряд змін до КПК України:

1) по-перше, доповнити ст. 176 КПК України частиною сьомою такого змісту: «Під час дії воєнного стану до військовослужбовців, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні злочинів, передбачених статтями 402–408, 410, 420–425, 427, 431–433 Кримінального кодексу України, застосовується виключно запобіжний захід, визначений пунктом 5 частини першої статті 176»;

2) по-друге, у ч. 1 ст. 183 КПК України після слова «п'ятої» поставити кому та додати: «сьомої»;

3) по-третє, ч. 1 ст. 197 КПК України доповнити новим абзацом у такій редакції: «Строк дії ухвали слідчого судді, суду про тримання під вартою або продовження строку тримання під вартою не може перевищувати тридцяти днів у випадку, передбаченому частиною сьомою статті 176 цього Кодексу».

I. Правові засади обрання в умовах дії воєнного стану запобіжного заходу до військовослужбовців, які вчинили військові злочини

В умовах воєнного стану питання обрання запобіжних заходів, зміни та їх продовження набуває особливої актуальності. Адже ці питання є предметом судового контролю, а в умовах війни діяльність судів ускладнюється як неготовністю законодавства забезпечити належне функціонування всієї системи кримінальної юстиції, так і фізичною неможливістю здійснювати правосуддя у зв'язку з веденням бойових дій на певних територіях.

У березні – квітні 2022 року кримінальне процесуальне законодавство України зазнало суттєвих змін та доповнень. Частина прийнятих змін направлена виключно на регулювання кримінального процесу в умовах воєнного стану. Так, з моменту введення воєнного стану до КПК України вносились зміни вісім разів, які передусім стосувались удосконалення порядку здійснення кримінального провадження в нових умовах.

Системний аналіз кримінального процесуального законодавства (розділ II, розділ IX¹ КПК України) дозволяє визнати, що під час застосування запобіжних заходів в умовах воєнного стану існують певні особливості, зокрема, щодо обрання тримання під вартою, а також продовження строків тримання під вартою.

Перед тим як перейти безпосередньо до викладення позиції стосовно положень Законопроекту, маємо зазначити, що в розділі IX¹ КПК України передбачено особливості обрання в умовах воєнного стану запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. Тим самим законодавець оминув питання щодо регламентації порядку обрання усіх інших запобіжних заходів.

Так, зокрема, в положеннях п. 2 ч. 1 ст. 615 КПК України встановлена екстраординарна та виняткова процедура обрання зазначених запобіжних заходів керівником відповідного органу прокуратури.

Згідно з положеннями вказаної статті ініціює обрання тримання під вартою та здійснення затримання з метою приводу прокурор або слідчий за погодженням із прокурором шляхом подання відповідного клопотання. Інші запобіжні заходи (особисте зобов'язання, особиста порука, застава, домашній арешт, а також запобіжні заходи, що застосовуються до певних категорій осіб) обираються в умовах воєнного стану за рішенням слідчого судді. Таку позицію законодавця вважаємо не зовсім зрозумілою, оскільки, надавши право обирати винятковий запобіжний захід прокуророві, можливість застосовувати менш суворі запобіжні заходи він залишив слідчому судді.

У такий спосіб законодавець у положеннях ст. 615 КПК України фактично «делегував» окремі повноваження слідчого судді керівнику органу прокуратури та передбачив виняток із загальних правил обрання запобіжних заходів, що встановлені національним законодавством.

Також зазначимо, що законодавець в п. 2 ч. 1 ст. 615 КПК України передбачив можливість обмеження права на свободу та особисту недоторканність під час обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою на підставі постанови керівника органу прокуратури лише в разі відсутності об'єктивної можливості виконання у встановлені законом строки слідчим суддею своїх повноважень.

Використання в цій нормі оціночного поняття не сприяє спрощенню роботи уповноважених суб'єктів та не забезпечує дотримання принципу правової визначеності. Доки не буде конкретизована вищезазначена норма, вважаємо, що можливість/неможливість виконувати слідчим суддею повноваження повинна визначатися в кожному конкретному випадку окремо, виходячи з наявності реальної загрози життю, здоров'ю та безпеці учасників кримінального провадження, суддів, працівників апарату суду, а також існування інших об'єктивних обставин, що впливають на можливість здійснення судового контролю, зокрема відсутність доступу до будівлі суду та матеріалів кримінального провадження.

Така «об'єктивна неможливість» повинна бути обов'язково обґрунтована як у клопотанні слідчого, прокурора про обрання запобіжного заходу, так і в постанові керівника органу прокуратури про застосування або про відмову в застосуванні запобіжного заходу, на що звернуто увагу і в рекомендаціях Ради суддів України «Щодо вжиття невідкладних заходів для забезпечення сталого функціонування судової влади в Україні в умовах припинення повноважень Вищої ради правосуддя та воєнних дій з боку Російської Федерації» від 24 лютого 2022 року № 9 та листі Верховного Суду «Щодо окремих питань здійснення кримінального провадження в умовах воєнного стану» від 3 березня 2022 року № 1/0/2-22.

Окремо маємо звернути увагу ще на одну особливість обрання тримання під вартою в умовах воєнного стану, запроваджену Законом «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та особливостей застосування запобіжних заходів за вчинення злочинів проти основ національної та громадської безпеки» від 14 квітня 2022 року № 2198-IX.

Зокрема, у положеннях ч. 6 ст. 176 КПК України нормативно врегульовано обрання запобіжного заходу виключно у вигляді тримання під вартою особам, які підозрюються або обвинувачуються у скоєнні злочинів, передбачених статтями 109–114¹, 258–258⁵, 260, 261, 437–442

КК України. Представники законодавчої ініціативи обґрунтували, що метою таких змін, зокрема, є запобігання безпідставним та немотивованим рішенням суду щодо обрання стосовно осіб, які вчинили злочини проти національної і громадської безпеки, запобіжного заходу, не пов'язаного з триманням під вартою.

Отже, через встановлене нормативне регулювання обрання запобіжного заходу в умовах воєнного стану особам, які підозрюються або обвинувачуються в скоєнні перелічених злочинів, слідчий суддя, суд, а також керівник органу прокуратури, зваживши відповідні ризики, обставини конкретної справи, не може застосувати до вказаних осіб інший, більш м'який, ніж тримання під вартою, запобіжний захід. Відповідно, запобіжним заходом щодо таких осіб передбачено виключно тримання під вартою, що обґрунтовано на законодавчому рівні лише кваліфікацією злочину, у вчиненні якого вони підозрюються чи обвинувачуються.

Із цього приводу зауважимо, що це не перша законодавча спроба визначити перелік злочинів, при розслідуванні яких дозволяється або забороняється застосування тримання під вартою. Схожі нормативні приписи були закріплені у ч. 5 ст. 176 КПК України. Ними також встановлювалось безальтернативне обрання тримання під вартою до осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні окремих злочинів проти основ національної безпеки України та громадської безпеки. Різниця в положеннях ч. 5 та ч. 6 ст. 176 КПК України полягає у визначенні періоду, протягом якого застосовуються відповідні положення (під час дії воєнного стану), а також додаткові склади злочинів, при розслідуванні яких передбачається обрання виключно тримання під вартою (статті 437–442 КК України). Водночас маємо зазначити, що положення ч. 5 ст. 176 КПК України визнано таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним), згідно з Рішенням Конституційного Суду України № 7-р/2019 від 25 червня 2019 року, а саме: *«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 статтями 109–114¹, 258–258⁵, 260, 261 Кримінального кодексу України»*.

Із аналізу ч. 2 ст. 29 Конституції України вбачається, що винятків щодо підстав застосування до особи запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою немає. У статті 64 Основного Закону встановлено, що в умовах воєнного або надзвичайного стану не можуть бути обмежені права і свободи, передбачені, зокрема, ст. 29 Конституції України. Це свідчить про те, що **нові спроби закріпити випадки безальтернативного обрання тримання під вартою у ч. 6 ст. 176 КПК суперечать Основному Закону**.

Окреслені правові висновки ґрунтуються також й на практиці ЄСПЛ. Зокрема, Страсбурзький суд у своїй рішеннях вже неодноразово наголошував на необхідності при розгляді клопотання про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою розглядати можливість застосування інших (альтернативних) запобіжних заходів (*«Kharchenko v. Ukraine»*, § 80; *«Khayredinov v. Ukraine»*, пп. 29, 31).

Отже, з огляду на викладене **вважаємо, що навіть коли йдеться про злочини, що вчиняються в умовах воєнного стану, рішення про тримання під вартою особи, яка підозрюється чи обвинувачується у їх вчиненні, повинно бути вмотивованим, у якому враховано усі обставини кримінального провадження, а не таким, що винесено з формалізацією нормативних приписів**.

Таким чином, здійснення кримінального провадження в умовах воєнного стану з огляду на специфіку нормативного регулювання цього процесу **вимагає встановлення певних особливих процедур**. Численні законодавчі зміни, що відбулись з початку введення воєнного стану в Україні, з одного боку свідчать про потребу унормування багатьох питань, що виникли, з другого – не сприяють усталеній правозастосовній практиці. Проведений аналіз засвідчив, що деякі з оновлених положень кримінального процесуального законодавства є цілком

очікуваними та необхідними, інші, навпаки, є такими, що суперечать положенням Конституції України та практиці ЄСПЛ.

Детальний аналіз положень Законопроєкту, пояснювальної записки до нього та порівняльної таблиці запропонованих змін до чинного законодавства дають можливість висловити такі **пропозиції та зауваження до зазначених матеріалів**.

Перш ніж перейти до запропонованих Законопроєктом змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо обрання запобіжного заходу до військовослужбовців, які вчинили військові злочини під час дії воєнного стану, маємо зазначити, що тримання під вартою є найбільш суворим запобіжним заходом, який застосовується під час здійснення кримінального провадження і пов'язаний із суттєвим обмеженням фундаментальних прав людини, передусім права на свободу та особисту недоторканність, що гарантується ст. 29 Конституції України, ст. 5 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод.

Суворість правообмежень при застосуванні цього заходу зумовлює те, що **він має обиратися лише за умови доведення наявності законних підстав та при неможливості забезпечити належну поведінку підозрюваного, обвинуваченого і виконання ним процесуальних обов'язків іншими, більш м'якими запобіжними заходами**.

Таке твердження відповідає п. 3 ст. 9 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права 1966 р., згідно з яким «взяття під варту осіб, котрі чекають судового розгляду, не повинно бути загальним правилом». Згідно з п. 6.1. Токійських правил попереднє ув'язнення застосовується в судочинстві по кримінальних справах як надзвичайний захід за умови належного врахування інтересів розслідування правопорушення та захисту суспільства і жертв злочинів; п. 1 Резолюції (65) 11 Комітету міністрів Ради Європи передбачає, що взяття під варту повинно розглядатися як винятковий захід та застосовуватися і продовжуватися в разі суворої необхідності. Пункт 15 Рекомендації R (80) 11 Комітету міністрів державам-членам Ради Європи встановлено обов'язок судового органу **при вивченні питання щодо доцільності обрання взяття під варту до суду розглянути всі можливі альтернативні заходи**.

Вказані міжнародні стандарти застосування цього запобіжного заходу імплементовано в національне законодавство, адже, відповідно до ч. 1 ст. 183 КПК України, тримання під вартою є **винятковим запобіжним заходом**, який застосовується виключно в разі, якщо прокурор доведе, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів не зможе запобігти ризикам, передбаченим ст. 177 цього Кодексу.

II. Щодо запропонованих змін до статті 176 КПК України

Насамперед необхідно зазначити, що, відповідно до ч. 1 ст. 177 КПК України, метою застосування запобіжного заходу є забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього процесуальних обов'язків, а також запобігання спробам: 1) переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду; 2) знищити, сховати або спотворити будь-яку з речей чи документів, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення; 3) незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого, експерта, спеціаліста в цьому ж кримінальному провадженні; 4) перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином; 5) вчинити інше кримінальне правопорушення чи продовжити кримінальне правопорушення, у якому підозрюється, обвинувачується.

Підставою застосування запобіжного заходу є наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення, а також наявність ризиків, які дають достатні підстави слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний, обвинувачений, засуджений може здійснити дії, зазначені вище. Слідчий, прокурор не мають права ініціювати застосування запобіжного заходу без наявності для цього підстав, передбачених КПК України. **I основне – це**

попередження ризиків скоєння дій, указаних у визначених вище пп. 1–5 ч. 1 ст. 177 КПК України, тобто необхідна наявність хоча б одного ризику.

У запропонованому авторами Законопроекту варіанті ч. 7 ст. 176 КПК України «...7. Під час дії воєнного стану до військовослужбовців, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні злочинів, передбачених статтями 402–408, 410, 420–425, 427, 431–433 Кримінального кодексу України, застосовується виключно запобіжний захід, визначений пунктом 5 частини першої цієї статті»,

проводячи аналогію з уже раніше доданим до цієї статті ч. 6, а саме:

«...6. Під час дії воєнного стану до осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні злочинів, передбачених статтями 109–114¹, 258–258⁵, 260, 261, 437–442 Кримінального кодексу України, за наявності ризиків, зазначених у статті 177 цього Кодексу, застосовується запобіжний захід, визначений пунктом 5 частини першої цієї статті..»,

Маємо зазначити, що в пропонуваній ч. 7 ст. 176 КПК України навіть **не згадується про наявність ризиків, указаних у ст. 177 КПК України**. При цьому безальтернативність обрання тільки тримання під вартою до тієї чи іншої особи повинна виходити з характеру вчиненого кримінального правопорушення і знову ж ризиків, які існують на момент вирішення питання про обрання запобіжного заходу, і це **все повинно бути аргументовано викладено в клопотанні, а не закладено в законі**.

Це може бути грубим порушенням прав і свобод людини і така частина статті може бути визнана Конституційним Судом України такою, яка не відповідає Конституції України (як це відбулося з положенням ч. 5 ст. 176 КПК України, яке визнано таким, що не відповідає Конституції України згідно з Рішенням Конституційного Суду № 7-р/2019 від 25 червня 2019 року, про що було зазначено вище).

Однак необхідно наголосити, що **деякі конституційні права і свободи людини і громадянина можуть обмежуватися тимчасово у зв'язку з уведенням в Україні воєнного стану**. Водночас система запобіжних заходів, що закріплена у ч. 1 ст. 176 КПК України, передбачає альтернативність їх вибору, що дає змогу застосовувати найбільш ефективні з них, при цьому враховуючи тяжкість вчиненого кримінального правопорушення, особу правопорушника та інші обставини, які у своїй сукупності можуть об'єктивно впливати на перебіг досудового розслідування та прийняття законного рішення за його результатами.

З урахуванням викладеного пропонуємо два варіанти поліпшення висловленої у Законопроекті пропозиції щодо ч. 7 ст. 176 КПК України:

1. Якщо пропонувані положення ч. 7 залишати саме в ст. 176 КПК України, вважаємо необхідним передбачити в разі закінчення дії правового режиму воєнного стану можливість військовослужбовців, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні злочинів, передбачених статтями 402–408, 410, 420–425, 427, 431–433 КК України або їх захисників звернутися до слідчого судді, суду з клопотанням про обрання більш «м'якого» (альтернативного) запобіжного заходу – особистого зобов'язання, особистої поруки, домашнього арешту або застави. Із цією метою пропонуємо доповнити ст. 176 КПК України частиною восьмою такого змісту:

«...»

8. У разі закінчення дії воєнного стану особи, визначені в частині сьомій цієї статті або їх захисники, мають право звернутися до слідчого судді, суду з клопотанням про зміну запобіжного заходу».

2. У зв'язку з уведенням в Україні воєнного стану та відповідними з цим змінами до кримінального процесуального законодавства вважаємо більш доцільним пропонувані Законопроектом доповнення до ст. 176 КПК України щодо особливостей застосування запобіжних заходів до військовослужбовців **віднести до ст. 615 КПК України** «Особливий режим кримінального

провадження в умовах воєнного стану» розділу IX¹ «Особливий режим досудового розслідування, судового розгляду в умовах воєнного стану».

III. Щодо пропонованих змін до ст. 197 КПК України:

Змінами до ч. 1 ст. 197 КПК України «Строк дії ухвали про тримання під вартою, продовження строку тримання під вартою» пропонується встановити, що строк дії ухвали слідчого судді, суду про тримання під вартою або продовження строку тримання під вартою під час дії воєнного стану до військовослужбовців, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні злочинів, передбачених статтями 402–408, 410, 420–425, 427, 431–433 КК України не може перевищувати 30 днів у випадку, передбаченому пропонованою ч. 7 ст. 176 цього Кодексу.

Хоча, як зазначено у цій же ч. 1 ст. 197 КПК України, строк дії ухвали слідчого судді, суду про тримання під вартою або продовження строку тримання під вартою для всіх інших категорій осіб, а також до осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні злочинів, передбачених статтями 109–114¹, 258–258⁵, 260, 261, 437–442 КК України під час дії особливого правового режиму воєнного стану (згідно з ч. 6 ст. 176 КПК України), не може перевищувати 60 днів.

Зазначимо, що в кримінальному процесуальному законодавстві ст. 28 КПК України закріплена засада **дотримання розумних строків**. Розумними вважаються строки, що є об'єктивно необхідними для виконання процесуальних дій та прийняття процесуальних рішень та не можуть перевищувати передбачені КПК України строки виконання окремих процесуальних дій або прийняття окремих процесуальних рішень.

У зв'язку із цим постає питання, чим саме вмотивоване скорочення строку дії ухвали слідчого судді, суду про тримання під вартою або продовження строку тримання під вартою осіб у випадку, передбаченому ч. 7 ст. 176 КПК України у редакції, пропонованій Законопроект (військовослужбовців, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні злочинів, передбачених статтями 402–408, 410, 420–425, 427, 431–433 КК України під час дії воєнного стану). Вважаємо, що відповідь на це питання та належна аргументація доцільності пропонованої новели повинна бути детально викладена в пояснювальній записці до Законопроекту.

У разі вмотивування пропонованих змін до ч. 1 ст. 197 КПК України та прийняття остаточного рішення про їх впровадження вважаємо за потрібне **рекомендувати не обтяжувати чинну редакцію ч. 1 вказаної статті новим абзацом другим, а внести відповідні доповнення до ст. 615 КПК України «Особливий режим кримінального провадження в умовах воєнного стану» розділу IX¹ «Особливий режим досудового розслідування, судового розгляду в умовах воєнного стану»**, у якій саме і мають бути визначені строки дії ухвали слідчого судді, суду про тримання під вартою або продовження строку тримання під вартою під час дії воєнного стану до військовослужбовців.

Висновки

У сучасних умовах воєнного часу в Україні варто погодитись з авторами Законопроекту в тому, що обставини, з якими нині зіткнулося українське суспільство, а також українська держава потребують негайного, але в той же час якісного перегляду чинних норм кримінального процесуального законодавства.

Однак пропозиції, викладені в Законопроекті, якщо їх прийняти за основу в такому вигляді, можуть нести певні **ризики для вирішення завдань кримінального провадження** щодо забезпечення повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура.

У зв'язку із цим викликає стурбованість така обставина: чи буде скорочення до 30 днів строку дії ухвали слідчого судді, суду про тримання під вартою або продовження строку тримання під вартою осіб у вказаному вище випадку ефективним і достатнім для виконання всіх необхідних процесуальних дій та прийняття процесуальних рішень під час проведення кримінального провадження. Крім цього, обґрунтування потребує також і така обставина: чому саме за цими статтями Кримінального кодексу України пропонується безальтернативне обрання тримання під вартою, оскільки деякі зі статей навіть з необережною формою вини (халатність). До того ж тримання під вартою не може бути застосоване щодо значної кількості осіб, зокрема, у разі вчинення дезертирства чи самовільного залишення місця служби цілим підрозділом (ротою, батальйоном).

Враховуючи викладене, **пропонуємо доопрацювати** проєкт Закону України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України (щодо обрання запобіжного заходу до військовослужбовців, які вчинили військові злочини під час дії воєнного стану)» (реєстр. 7431 від 02.06.2022) з урахування висловлених пропозицій та зауважень.