

ЗАСТОСУВАННЯ ЗАПОБІЖНИХ ЗАХОДІВ ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ОСНОВ НАЦІОНАЛЬНОЇ ТА ГРОМАДСЬКОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ В УМОВАХ ВОЄНОГО СТАНУ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ

APPLICATION OF PREVENTIVE MEASURES IN THE INVESTIGATION OF CRIMES AGAINST THE FOUNDATIONS OF NATIONAL AND PUBLIC SECURITY OF UKRAINE IN THE CONDITIONS OF THE MILITARY STATE: SOME ASPECTS

Рогальська В.В., к.ю.н., доцент,
професор кафедри кримінального процесу та стратегічних розслідувань
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

У науковій статті ґрунтовно досліджено питання щодо особливостей застосування запобіжних заходів до осіб, які підозрюються у вчиненні злочинів проти основ національної та громадської безпеки України, які з'явилися в Кримінальному процесуальному кодексі України на підставі Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та особливості застосування запобіжних заходів за вчинення злочинів проти основ національної та громадської безпеки». Проаналізовано аргументи представників законодавчої ініціативи щодо встановлення безальтернативності обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою до осіб, які підозрюються у вчиненні злочинів проти основ національної та громадської безпеки України. Наведено контраргументи щодо такої пропозиції, які містилися у висновках та зауваженнях на відповідні законопроекти, а також у рішеннях Конституційного Суду щодо визнання схожих норм в Кримінальному процесуальному кодексі такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними) та відповідних рішеннях Європейського Суду з прав людини. Зроблено висновок, що навіть коли йдеться про злочини, що вчинені проти основ національної та громадської безпеки України в умовах воєнного стану, при розгляді клопотання про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою необхідно розглядати можливість застосування інших (альтернативних) запобіжних заходів, а рішення про тримання під вартою особи, яка підозрюється чи обвинувачується у їх вчиненні, повинно бути вмотивованим, в якому враховано усі обставини кримінального провадження, а не таким, що винесено із формалізацією нормативних приписів.

Ключові слова: кримінальне провадження, досудове розслідування, злочини проти основ національної та громадської безпеки, колабораційна діяльність, державна зрада, запобіжні заходи, тримання під вартою.

The scientific article thoroughly explores the issue of the peculiarities of applying preventive measures to persons, who are suspected of committing crimes against the foundations of national and public security of Ukraine, which appeared in the Criminal Procedure Code of Ukraine on the basis of the Law of Ukraine "On Amendments to the Criminal and Criminal Procedure Codes of Ukraine regarding the improvement of responsibility for collaboration and the peculiarities of applying preventive measures for committing crimes against the foundations of national and public security." The arguments of representatives of the legislative initiative to establish the lack of alternatives to the choice of a preventive measure in the form of detention of persons suspected of committing crimes against the foundations of national and public security of Ukraine are analyzed. The counter-arguments on such a proposal, which were contained in the conclusions and comments on the relevant draft laws, as well as in the decisions of the Constitutional Court regarding the recognition of similar norms in the Criminal Procedure Code as inconsistent with the Constitution of Ukraine (unconstitutional) and the relevant decisions of the European Court of Human Rights, are presented. It is concluded that even when it comes to crimes committed against the foundations of national and public security of Ukraine under martial law, when considering a petition for a preventive measure in the form of detention, it is necessary to consider the possibility of using other (alternative) preventive measures, and the decision to detain a person suspected or accused of committing them must be motivated, which takes into account all the circumstances of the criminal proceedings, and not the one made with the formalization of regulatory requirements.

Key words: criminal proceedings, pre-trial investigation, crimes against the foundations of national and public security, collaboration, high treason, preventive measures, detention.

Постановка проблеми. Законодавець встановив особливий порядок застосування запобіжних заходів до осіб, які підозрюються у вчиненні кримінальних правопорушень проти основ національної та громадської безпеки України, зокрема за вчинення державної зради та колабораційної діяльності, розслідування яких після повномасштабного вторгнення РФ на територію України набуло ще більшої актуальності, оскільки вищезазначені злочини є одними з найбільш небезпечних посягань через те, що посягають не тільки на державну, а і на національну безпеку загалом.

Проблемні питання застосування запобіжних заходів, у тому числі щодо осіб, які підозрюються у вчиненні вищезазначених злочинів, зокрема і вчинених в умовах воєнного стану були предметом досліджень в різні частини таких науковців, як І. В. Гловюк, В. Г. Дрозд, О. В. Капліна, Л. М. Лобойко, В. В. Назаров, В. І. Фаринник, Т. Г. Фоміна, С. Л. Шаренко, О. Г. Шило, М. Є. Шумило, Г. К. Тетерятник, О. В. Лазукова, В. А. Завтур, О. О. Кравчук, В. В. Михайленко та ін.

Метою статті є отримання нового наукового результату щодо особливостей застосування запобіжних заходів під час розслідування злочинів проти основ національної та громадської безпеки України в умовах воєнного стану.

Законодавцем, 14.04.2022 року, на підставі Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кри-

мінального процесуального кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та особливості застосування запобіжних заходів за вчинення злочинів проти основ національної та громадської безпеки» було внесено зміни до ст. 176 КПК України та доповнено її частиною 6 такого змісту: «під час дії воєнного стану до осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні злочинів, передбачених ст. ст. 109–114-1, 258–258-5, 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» [1].

Представники законодавчої ініціативи обґрунтували, що метою таких змін є зокрема недовіра застосування інших запобіжних заходів до осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні злочинів, передбачених ст. ст. 109-114-1, 258-258-5, 260, 261, 437-442 Кримінального кодексу України. Так, згідно з Пояснювальною запискою до вищезазначеного законопроекту «...аналіз практики застосування судами запобіжних заходів у кримінальних провадженнях за фактами вчинення злочинів проти основ національної та громадської безпеки України, що розслідувались слідчими СБ України впродовж 2018–2021 рр., та розслідуються у теперішній час в межах визначеної кримінальним процесуальним законодавством

компетенції, свідчить про те, що незважаючи на дію в період з 07.10.2014 до 25.06.2019 у КПК України норми (ч. 5 ст. 176) про безальтернативність виду запобіжного заходу – тримання під вартою, що мав обиратися до осіб, підозрюваних або обвинувачуваних у вчиненні злочинів, передбачених статтями 109-114-1, 258–258-5 КК України, судами застосовувалися й інші більш м'які, передбачені Главою 18 КПК України, запобіжні заходи. Зазначені обставини свідчать про існуючі факти та ризики порушення особами, підозрюваними (обвинуваченими) у вчиненні тяжких та особливо тяжких злочинів проти основ національної та громадської безпеки України, вимог КПК України, переховування від органів досудового слідства та суду, що має наслідком невиконання останніми передбачених ст. 2 КПК України завдань кримінального провадження, за умов існуючої військової агресії РФ проти України, під час якої використовуються різноманітні форми та методи дестабілізації та впливу на внутрішньополітичні та соціальні процеси держави [2].

Наступні зміни до цієї статті обґрунтовувалися «... необхідністю удосконалення існуючої системи боротьби з тероризмом, зокрема в частині запровадження дієвих механізмів із запобігання, виявлення, протидії терористичній діяльності, уточнення переліку суб'єктів боротьби з тероризмом (з урахуванням сучасної системи органів державної влади), коригування повноважень безпосередніх суб'єктів боротьби з тероризмом, посилення міжнародного співробітництва з питань протидії тероризму» [3] та тим, що «... застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою є суттєвим обмеженням права на свободу. Проте, у тій самій статті Конституції України йдеться про можливість такого обмеження за неухильного дотримання порядку і процедури такого обмеження. Тримання під вартою є найсуворішим запобіжним заходом, процесуальний механізм застосування якого постійно перебуває у центрі уваги як фахівців, так і суспільства в цілому. Під час обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою тяжкість злочину має розглядатися з двох позицій: тяжкість злочину як формальна підстава обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою та тяжкість злочину як обставина, врахування якої свідчить про більшу доцільність застосування взяття під варту порівняно з іншими запобіжними заходами» [4].

З урахуванням внесених змін, ч. 6 ст. 176 КПК України на сьогодні передбачає, що «під час дії воєнного стану до осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні злочинів, передбачених ст. ст. 109–114-2, 258–258-6, 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» [5]. Тим самим, законодавець по суті встановив порядок за яким слідчий суддя, суд, а також керівник органу прокуратури, зваживши відповідні ризики, обставини конкретної справи, не можуть застосувати до осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні передбачених вище злочинів, інший, більш м'який, ніж тримання під вартою, запобіжний захід.

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. Разом з тим, положення ч. 5 ст. 176 КПК України були визнані такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними). Обґрунтовуючи таку позицію, Конституційний Суд України вказав на те, що «положення частини п'ятої статті 176 Кодексу допускає застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою на підставі суто формального судового рішення, що порушує принцип верховенства права. В опспорюваній нормі обґрунтовується необхідність тримання під вартою тяжкістю злочину, що не забезпечує балансу між метою його застосування

у кримінальному провадженні та правом особи на свободу та особисту недоторканність. Конституційний Суд України неодноразово вказував, що обмеження щодо реалізації конституційних прав і свобод не можуть бути свавільними та несправедливими, вони мають переслідувати легітимну мету, бути обумовленими суспільною необхідністю досягнення цієї мети, пропорційними та обґрунтованими, у разі обмеження конституційного права або свободи законодавець зобов'язаний запровадити таке правове регулювання, яке дасть можливість оптимально досягти легітимної мети з мінімальним втручанням у реалізацію цього права або свободи (Рішення Конституційного Суду № 7-р/2019 від 25.06.2019 [6]).

Схожі аргументи містилися і у висновках та зауваженнях на відповідні законопроекти. Так у висновку Головного науково-експертного управління Верховної Ради України на проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та особливості застосування запобіжних заходів за вчинення злочинів проти основ національної та громадської безпеки» було зазначено, що «... Положення ч. 5 ст. 176 КПК критичувалися в наукових колах. Зокрема, зазначалося, що такий радикалізм не зовсім виправданий і не узгоджується з можливостями застосування інституту дійового каяття та з принципом пропорційності, закріпленням у правових позиціях Європейського суду з прав людини. Не узгоджується такий підхід і з принципами рівності перед законом та ідеями гуманізму (особливо стосовно жінок та рекомендацій міжнародних правових актів щодо провадження стосовно неповнолітніх). Доповнення ст. 176 КПК частиною 5, згідно з якою до осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні злочинів, передбачених ст. ст. 109–114-1, 258–258-5, 260, 261, 437–442 КК за наявності ризиків, зазначених у ст. 177 КПК, застосовується запобіжний захід, визначений п. 5 ч. 1 ст. 176 КПК (тобто, тримання під вартою), не усуває тих чинників, які лягли в основу визнання цієї норми Конституційним Судом України неконституційною. Тому ч. 5 ст. 176 КПК (у редакції проекту) також може бути визнана такою, що не відповідає Конституції України...» [7]. В зауваження Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України до проекту 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» (реєстраційний № 7431) теж було констатовано що «... Наведене положення не враховує вимог частини другої статті 29 Конституції України, відповідно до якої ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом. Згідно з частиною другою статті 64 Конституції України в умовах воєнного або надзвичайного стану можуть встановлюватися окремі обмеження прав і свобод із зазначенням строку дії цих обмежень. Не можуть бути обмежені права і свободи, передбачені, зокрема, статтею 29 Конституції України. Конституційний Суд України своїм Рішенням № 7-р/2019 від 25.06.2019 визнав цю норму неконституційною. Наявність у кодифікованому нормативному акті тексту неконституційної норми з позначкою про відповідне Рішення Конституційного Суду України дозволяє фіксувати повний цикл існування відповідного акту, враховувати у подальшій законопроектній та правозастосовній діяльності позиції Конституційного Суду України, а також запобігати прийняттю завідомо неконституційних норм з наступним повторним розглядом Конституційним Судом України питань, щодо яких уже сформована позиція...» [8]. Висновок на проект 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)» також містив схожі застереження, зокрема «... Головне управління не може підтримати вказані законодавчі пропозиції з огляду на таке. «наразі вбачається тенденція до розширення переліку злочинів, щодо підозрюваних або обвинувачених у вчиненні

яких не може бути застосовано інший запобіжний захід, окрім тримання під вартою. При цьому, законопроектом до зазначеного переліку пропонується додати ще й вчинені військовослужбовцями під час дії воєнного стану злочини, передбачені ст. ст. 402–408, 410, 420–425, 427, 431–433 КК. Зауважимо, що наявність спеціального суб'єкта та відмінного від визначеного в ч. 5 ст. 176 КПК переліку злочинів не усуває тих чинників, які лягли в основу визнання ч. 5 ст. 176 КПК Конституційним Судом України неконституційною, а відтак ч. 7 ст. 176 КПК (у редакції проекту) також може бути визнана такою, що не відповідає Конституції України...» [9].

Відповідно до ст. 29 Конституції України, кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність [10], а застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою є суттєвим обмеженням цього права. У зв'язку із введенням в Україні воєнного стану тимчасово, на період дії правового режиму воєнного стану, можуть обмежуватися конституційні права і свободи людини і громадянина, передбачені статтями 30–34, 38, 39, 41–44, 53 Конституції України, а також вводиться тимчасове обмеження прав і законних інтересів юридичних осіб в межах та обсязі, що необхідні для забезпечення можливості запровадження та здійснення заходів правового режиму воєнного стану [11], однак це не стосується права на свободу та особисту недоторканність, що гарантується ст. 29 Конституції України. У ст. 64 Основного Закону України також встановлено, що в умовах воєнного або надзвичайного стану

не можуть бути обмежені права і свободи, передбачені, зокрема, статтею 29 Конституції України. Отже, із аналізу Конституції України вбачається, що винятків стосовно підстав застосування до особи запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, навіть в умовах воєнного стану немає. Навіть попри те, що Україна ще 28.02.2022 року проінформувала Генерального секретаря Ради Європи про відступ від своїх зобов'язань за ст. ст. 5, 8, 13, 15 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [12], процедура дерогації має свій відповідний механізм, межі, мету та запобіжники правомірності обмеження прав людини. При цьому ЄСПЛ дотримується концепції пропорційності обмеження прав людини меті такого обмеження у кожному конкретному випадку [13]. 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, в якому враховано усі обставини кримінального провадження, а не таким, що винесено із формалізацією нормативних приписів [14]. Окреслені правові висновки ґрунтуються також й на практиці Європейського суду з прав людини. Зокрема, Страсбурзький суд у свої 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 [15]; «Khayredinov v. Ukraine», § 29, 31 [16]).

ЛІТЕРАТУРА

1. 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: Закон України від 14.04.2022 № 2198-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2198-20#n12>
2. Пояснювальна записка до проекту Закону України «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» URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1247318>
3. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Додаткового протоколу до Конвенції Ради Європи про запобігання тероризму, а також до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення боротьби з тероризмом» URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1514846>
4. Пояснювальна записка до проекту 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)» URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1339013>
5. Кримінальний процесуальний кодекс України: прийнятий Верховною Радою України від 13.04.2012 р. № 4651-VI URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>
6. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними скаргами Ковтун Марини Анатоліївни, Савченко Надії Вікторівни, Костоглодова Ігоря Дмитровича, Чорнобука Валерія Івановича щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення частини п'ятої статті 176 Кримінального процесуального кодексу України № 7-п/2019 від 25.06.2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-19#n2>
7. Висновок Головного науково-експертного управління Верховної Ради України на проект Закону України «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» URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1247684>
8. Зауваження Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України до проекту 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» (реєстраційний № 7431) URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1437101>
9. Висновок Головного науково-експертного управління на проект 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)» URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1350834>
10. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР : прийнята Верховною Радою України URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>
11. Про введення воєнного стану: Указ Президента України від 24.02.2022 № 64/2022 затверджений Законом України від 24 лютого 2022 року № 2102-IX URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/64/2022#n2>
12. Інформація про відступ України від зобов'язань за Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод: заява Постійного представництва України при Раді Європи № 31011/32-017-3 від 28.02.2022 р. URL: <https://rm.coe.int/1680a5b0b0>
13. Гловюк І., Дроздов О., Тетерятник Г., Фоміна Т., Рогальська В., Завтур В. Особливий режим досудового розслідування, судового розгляду в умовах воєнного стану: науково-практичний коментар Розділу IX-1 Кримінального процесуального кодексу України. Видання 4. Електронне видання (станом на 30 грудня 2022 р.). Дніпро-Львів-Одеса-Харків. 2023. 82 с. https://dspace.univ.edu.ua/xmlui/bitstream/handle/123456789/16123/_Osoblyvyi%20rezhyim%20dosudovoho%20rozsliduvannia_4_2022.pdf?sequence=3&isAllowed=y
14. Фоміна Т.Г., Рогальська В.В. Особливості застосування запобіжних заходів в умовах воєнного стану. The Russian-Ukrainian war (2014–2022): historical, political, cultural-educational, religious, economic, and legal aspects : Scientific monograph. Riga, Latvia : "Baltija Publishing", 2022. С. 1289–1297 URL: <http://baltijapublishing.lv/omp/index.php/bp/catalog/view/237/6381/1347-1>
15. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Харченко проти України» («Kharchenko v. Ukraine»), заява № 40107/02, від 10 лютого 2011 року. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/974_662
16. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Хайредінов проти України» («Khayredinov v. Ukraine»). заява № 38717/04, від 14 жовтня 2010 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_665