

---

Аркадій Бущенко

**Тактика  
захисту права на свободу  
в межах кримінального  
процесу**

Посібник для адвокатів



Харків  
«Права людини»  
2011

ББК 67.5  
Б 94



Ця публікація здійснена за фінансової підтримки  
Європейського Союзу. За зміст публікації відповідає лише  
Харківська правозахисна група, і його ні за яких обставин  
не можна вважати таким, що відбиває позицію Європейського Союзу

This document has been produced with the financial assistance of the European  
Union. The contents of this document are the sole responsibility of Kharkiv  
Human Rights Protection Group and can under no circumstances be regarded  
as reflecting the position of the European Union

Б 94 **Бущенко Аркадій**

**Тактика захисту права на свободу в межах кримінального  
процесу.** Посібник для адвокатів / Харківська правозахисна група. —  
Харків : Права людини, 2011 р. — 36 с.

ISBN 978-617-587-057-0.

У цьому виданні містяться практичні рекомендації для використання  
міжнародних стандартів захисту права на свободу під час кримінального пе-  
реслідування. Видання призначене для практикуючих адвокатів.

**ББК 67.5**

ISBN 978-617-587-057-0

© Бущенко А.П., 2011  
© Харківська правозахисна група, 2011  
© Захаров Б.Є., художнє оформлення, 2011

---

## ЗМІСТ

ВСТУП .....	4
ЗАКОННІСТЬ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ.....	5
Загальне поняття .....	5
Позбавлення свободи і невизнане затримання.....	6
Обов'язковість рішення.....	8
ДОСТАВЛЯННЯ ДО СУДДІ .....	10
СУДОВИЙ РОЗГЛЯД ПРО ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ АБО ЗВІЛЬНЕННЯ .....	12
Процесуальні основи розгляду .....	12
Право на особисту участь у розгляді .....	13
Рівність сторін .....	14
Доступ до суду. Періодичний перегляд .....	17
Швидкість розгляду.....	18
ПІДСТАВИ ДЛЯ ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ .....	19
Межі повноважень судді під час розгляду питання про тримання під вартою .....	19
Предмет розгляду.....	20

---

## ВСТУП

Різноманітні порушення права на свободу під час кримінального процесу є часто системними проблемами у правовій системі України. Це зумовлене спадщиною, що залишилася Україні від радянських часів, коли право на свободу не вважалося цінністю, що варта розвинутої системи гарантій.

Приєднання до міжнародних договорів з прав людини, особливо визнання компетенції Європейського суду, призвело до того, що правова система України виявилася у більшості аспектів такою, що не забезпечує навіть мінімальні стандарти захисту права на свободу. І хоча низка реформ була проведена для наближення правової системи до міжнародних стандартів, одна з найважливіших з яких — це передання питання про тримання під вартою від прокуратури до суду, але величезна кількість проблем до цього часу залишається невирішеними.

Частково це залежить від законодавства, частково від правової традиції, що впливає на судову та адміністративну практику. Але певний тягар відповідальності лежить також на адвокатурі, яка часто не використовує міжнародні стандарти захисту права на свободу і на ставить перед судами питання, які можуть змінити — і часто дійсно змінюють судову практику.

Цей посібник ставить за мету надати уявлення про певні стандарти захисту права на свободу, на які можна посилатися у національних правових процесах, та, якщо правова система неналежним чином реагує на такі вимоги, допоможуть сформулювати успішну скаргу до Європейського суду з прав людини.

---

## ЗАКОННІСТЬ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ

### Загальне поняття

---

Поняття «законності» та «довільності» в міжнародних документах мають достатньо широке значення. Вимога «законності» не лише передбачає, що представники держави мають діяти у межах наданих повноважень, але й використовували ці повноваження розумно, помірно та справедливо відповідно до обставин, що розглядаються.

Відповідно до статті 9 §1 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права «ніхто не може бути підданий довільному арешту або триманню під вартою». Комітет з прав людини роз'яснив, що термін «довільний» тут стосується не лише «протизаконного» затримання, але має тлумачитися ширше, включаючи елементи недоречності, несправедливості та непередбачуваності.<sup>1</sup>

Європейський суд висловився, що для того, щоб бути законним, «недостатньо, щоб позбавлення волі було здійснено згідно з національним законом, воно має також бути необхідним у даних обставинах».<sup>2</sup> Вислови «законний» та «відповідно до процедури, встановленої законом», за змістом відсилають до національного закону і покладають обов'язок дотримуватись його матеріальних і процесуальних норм; але вони вимагають також, щоб будь-яке позбавлення волі відповідало меті статті 5 — захисту осіб від безпідставного позбавлення волі.<sup>3</sup>

Таким чином, з погляду міжнародних документів, у тому числі з погляду статті 5 Європейської Конвенції з прав людини, якщо суддя ухвалює тримання під вартою, він не лише має переконатися, що діє у межах своїх повноважень, але й що існують обставини, які виправдують певний шлях використання цих повноважень.

---

<sup>1</sup> *Albert Womah Mukong v. Cameroon*, (458/1991), 21 July 1994, UN Doc. CCPR/C/51/D/458/1991, p. 12.

<sup>2</sup> *Witold Litwa v. Poland*, № 26629/95, §78, ECHR 2000-III.

<sup>3</sup> *Butkevičius v. Lithuania*, № 48297/99, §36, ECHR 2002-II (extracts).

Стандарти статті 5 Конвенції застосовуються щодо позбавлення свободи. У судовій практиці на цей час найбільш, можливо, складним є питання взяття під варту або продовження тримання під вартою, а також різні аспекти затримання підозрюваного правоохоронними органами. Але перш ніж перейти до аналізу гарантій від довільного позбавлення свободи та спеціальних гарантій затриманої особи, доречно зупинитися на понятті позбавлення свободи.

Позбавлений будь-хто свободи чи ні — це є питанням факту, який вирішується на підставі усіх обставин справи. Судам важливо враховувати це, оскільки на практиці питання, чи було позбавлення свободи, постає дуже часто. Нерідко працівники міліції утримують особу під своїм контролем, не складаючи протокол про затримання, згодом посилаючись на те, що особа знаходилася у міліції добровільно.

На жаль, багато років доктрина кримінального процесу підтримувала погляд, що момент затримання визначається моментом складання протоколу про затримання. Такий підхід ставив виникнення гарантій, якими має бути захищеною будь-яка затримана особа, у залежність від волі тих, хто її утримує під своїм контролем. Такі погляди відмінні від дуже реалістичної позиції Європейського суду, який при вирішенні питання щодо того, чи була людина позбавлена свободи, виходить від реальних обставин, а не від того, чи склади представники держави формальний акт про затримання.

Суд у численних справах зазначав, що для того, «щоб визначитись, чи був хто-небудь «позбавлений волі» у розумінні статті 5, слід виходити з його конкретної ситуації».<sup>4</sup> Він вказував, що слід, незважаючи на видимість, вивчити реальну ситуацію і «взяти до уваги цілу низку факторів, таких як тип, тривалість, наслідки й спосіб виконання відповідного заходу».<sup>5</sup>

На практиці питання про наявність позбавлення свободи дуже тісно пов'язане із проблемою так званого «невизнаного затримання».

Стаття 5 Конвенції вимагає, щоб будь-яке затримання особи було належним чином зафіксовано у офіційних документах. Будь-яке утримання під вартою без реєстрації є найбільш грубим порушенням статті 5 Конвенції. Як правило, воно супроводжується позбавленням зв'язку із зовнішнім світом,

---

<sup>4</sup> *Ashingdane v. the United Kingdom*, 28 May 1985, §41, Series A № 93.

<sup>5</sup> *Riera Blume and Others v. Spain* (dec.), № 37680/97, §28, ECHR 1999-II.

у тому числі із близькими родичами, відмовою у правовій допомозі і межує із недобровільним зникненням у значенні статті 2 Конвенції про насильницькі зникнення<sup>6</sup>. Таке невизнане затримання може бути одним із факторів, який доводить погане поводження із затриманим.

Головне завдання статті 5 Конвенції полягає у тому, щоб зменшити ризик безпідставного затримання. Для цього «стаття 5 створила кодекс істотних прав, мета яких — забезпечити доступність акту позбавлення волі для незалежної судової перевірки і гарантувати відповідальність влади за застосування цього заходу».<sup>7</sup>

Як зазначав суд у багатьох рішеннях, «автори Конвенції зміцнили захист людини від безпідставного позбавлення волі, створивши кодекс істотних прав, спрямованих на зменшення ймовірності сваволі, передбачивши, щоб акт позбавлення волі був досяжним для незалежної судової перевірки, і забезпечивши відповідальність влади за цей акт. Параграфи 3 та 4 статті 5 з їх підкресленою вимогою швидкості та судового контролю набувають особливого значення в цьому контексті. Негайне судове втручання може викрити загрозливі для життя дії або погане поводження, які порушують фундаментальні гарантії, вміщені в статтях 2 і 3 Конвенції, або запобігти цьому. Йдеться як про захист фізичної свободи людей, так і про їхню особисту безпеку, що за відсутності гарантій може зруйнувати принцип панування права і залишити затриману особу поза дією навіть елементарних засобів правового захисту».<sup>8</sup>

Невизнане затримання особи є повним запереченням гарантій затриманого і утворює найбільш тяжке порушення статті 5 Конвенції.<sup>9</sup> Здобувши контроль над цією особою, державні органи взяли на себе відповідальність за його місцеперебування. Тому, окрім того, що невизнане затримання, утримання особи у міліції без реєстрації або інші подібні порушення має поставити питання про законність самого затримання, стаття 5 вимагає також

---

<sup>6</sup> Міжнародна Конвенція для захисту усіх осіб від насильницьких зникнень 2006 року, стаття 2: «Для мети цієї Конвенції насильницьким зникненням вважається арешт, затримання, викрадення або позбавлення свободи у будь-якій іншій формі представникам держави або ж особами чи групами осіб, що діють з дозволу, за підтримки або зі згоди держави, при подальшій відмові визнати факт позбавлення свободи або приховуванні даних про долю або місцезнаходження зниклої особи, внаслідок чого ця особа позбавляється захисту закону».

<sup>7</sup> *Çakıcı v. Turkey* [GC], № 23657/94, §104, ECHR 1999-IV.

<sup>8</sup> *Kurt v. Turkey*, 25 May 1998, §123, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III.

<sup>9</sup> *Cyprus v. Turkey* [GC], № 25781/94, §147, ECHR 2001-IV.

провести негайне й ефективне розслідування за обґрунтованою заявою, що людину було заарештовано і вона безвісти зникла.<sup>10</sup>

Проблема невизнаного затримання в Україні є дуже поширеною.

У справі *Лопатіна та Медведського* заявники перебували у райвідділі протягом трьох днів без якоїсь реєстрації. Європейський суд зазначив, що «відсутність протоколу затримання як така може вважатися суттєвим недоліком, оскільки... незареєстроване затримання повністю скасовує принципово важливі гарантії, що містяться у статті 5 Конвенції, і є грубим порушенням цього положення. Відсутність реєстрації таких моментів, як дата, час і місце затримання, фамілія затриманого, підстави затримання та ім'я особи, що здійснила затримання, є несумісним з вимогами законності та метою статті 5».<sup>11</sup>

### **Обов'язковість рішення**

---

Як встановив суд у кількох рішеннях за статтею 5 Конвенції «затримання буде в принципі «законним» у значенні статті 5 §1 Конвенції, якщо воно ґрунтується на рішенні суду. Навіть недоліки постанови про затримання не завжди тягнуть незаконність — у значенні статті 5 §1 — заснованого на ньому затримання».<sup>12</sup>

З цього положення можна зробити два висновки. По-перше, навіть якщо суд прийняв помилкове рішення, це не може заднім числом перетворити позбавлення свободи у незаконне. По-друге, позбавлення свободи, яке триває більш ніж кілька днів, вважатиметься незаконним, якщо воно не ґрунтується на рішенні суду.

У низці справ проти України Європейський суд зіткнувся із ситуацією, коли обвинувачені трималися під вартою після закінчення строку дії постанови судді, прийнятої під час досудових стадій провадження. Єдиною підставою для їхнього тримання під вартою було те, що справа із обвинувальним актом була передана до суду і очікувала на розгляд. Суд вважав, що оскільки таке утримання під вартою не ґрунтувалося на законі і не було постановлено судом, це суперечить принципу правової визначеності. Як зазначив

---

<sup>10</sup> *Orhan v. Turkey*, № 25656/94, §369, 18 June 2002.

<sup>11</sup> *Lopatin and Medvedskiy v. Ukraine*, №№ 2278/03 and 6222/03, §84, 20 May 2010.

<sup>12</sup> *Grauslys v. Lithuania*, № 36743/97, §44, 10 October 2000.



Суд, національна практика тримання особи під вартою на підставі обвинувального акту не ґрунтувалася на певному законодавчому положенні або судовій практиці, а випливала з того, що в кримінальному законодавстві відсутні чіткі норми, які б регулювали статус затриманого під час провадження в суді після закінчення строку тримання під вартою, визначеного в останній ухваленій на стадії попереднього розслідування постанові про тримання під вартою.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> *Bilyy v. Ukraine*, № 14475/03, 21 October 2010; *Gavazhuk v. Ukraine*, № 17650/02, 18 February 2010.

---

## ДОСТАВЛЯННЯ ДО СУДДІ

Одне з основних завдань статті 5 §3 Конвенції — забезпечити негайний та автоматичний судовий перегляд законності затримання, яке здійснюється посадовими особами правоохоронного органу без рішення суду. Таке затримання дозволяється статтею 5 §1(с) Конвенції. Положення статті 29 Конституції значно жорсткіше, ніж стаття 5 §1(с), обмежують повноваження держави на затримання будь-кого без рішення суду. Оскільки стаття 5 §1 передбачає, що будь-яке затримання має відбуватися у відповідності до процедури, встановленої національним законом, а стаття 29 Конституції складає невід'ємну частину національного законодавства, то при вирішенні питання про законність затримання суди мають виходити з більш жорстких обмежень статті 29 Конституції.

Стаття 5 §3 передбачає автоматичний контроль, який означає, що доставляння особи до суду і наступний судовий розгляд не повинно залежати від її волевиявлення. Іноді може виникнути питання щодо обов'язковості доставляння до судді у випадку, коли особа затримується на підставі рішення суду про взяття під варту. Це питання вирішено у законі щодо затримання на підставі дозволу суду, прийнятому у відповідності до частини 8 статті 165-2 КПК, оскільки у тексті закону ясно вказано, що такий дозвіл надається для доставлення особи до суду.

Але менш ясно це питання вирішено стосовно виконання постанов суду, що прийняті протягом судового розгляду. Нерідко зустрічаються випадки, коли особа, що затримана за постановою про взяття під варту, що винесена судом, постає перед судом через кілька тижнів, під час чергового судового слухання. На думку Європейського суду, стаття 5 §3 Конвенції не передбачає будь-яких виключень із обов'язку автоматичного та негайного доставлення до судді, навіть у разі, якщо рішення про взяття під варту прийняте суддею; інший висновок, на думку Суду, суперечив би ясному значенню тексту статті 5 §3 Конвенції.

У справі Харкмана<sup>14</sup> заявник був затриманий на підставі постанови суду про взяття під варту, що була винесена під час судового розгляду, у зв'язку із неодноразовою неявкою обвинуваченого у судове засідання. Після його затримання за постановою суду, заявник був доставлений у суд на чергове засідання лише через 15 діб. Суд вирішив, що незважаючи на те, що первісне рішення про затримання було прийняте не поліцією, а судом, це не звільняло від обов'язку негайно доставити затриманого до судді. Суд визнав, що такий строк не відповідає вимозі «негайності», закладеній у статті 5 §3 Конвенції.

Що стосується питання, який строк може вважатися «негайним» у значенні статті 5 §3 Конвенції, тут слід знову таки спиратися на статтю 29 Конституції, оскільки вона встановлює більш обмежені граничні строки, ніж ті, які можуть бути прийнятними за статтею 5 §3 Конвенції. Але слід звертати увагу на те, що стаття 29 Конституції встановлює саме *граничний* строк доставляння до суду, який може біти виправданим лише за виключних обставин, і не має наміру перетворити цей строк на звичайний. Тому навіть додержання правоохоронним органом строку, встановленого статтею 29 Конституції, не позбавляє його обов'язку довести, а суд — обов'язку перевірити, що такий строк був виправданим за обставин певної справи.

---

<sup>14</sup> *Harkmann v. Estonia*, № 2192/03, 11 July 2006.

---

## СУДОВИЙ РОЗГЛЯД ПРО ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ АБО ЗВІЛЬНЕННЯ

### *Процесуальні основи розгляду*

---

Щоб відповідати вимогам статті 5 Конвенції, судовий розгляд щодо тримання (чи продовження тримання) особи під вартою або її звільнення, має надавати затриманому гарантії справедливої судової процедури.

Вимоги до судової процедури за статтею 5 відрізняються від схожих вимог за статтею 6 Конвенції. Як зазначив Суд, «не завжди необхідно, щоб під час передбаченої статтею 5 §4 процедури діяли гарантії, які вимагаються відповідно до статті 6 §1 для кримінального і цивільного судового розгляду».<sup>15</sup> Але Суд також вказав, що процедура судового розгляду за статтею 5 Конвенції «повинна мати судовий характер і забезпечувати гарантії, що відповідають розглянутому виду позбавлення волі».<sup>16</sup>

Крім того, гарантії судового розгляду дещо відрізняються навіть у статтях 5 §3 і 5 §4 Конвенції. Гарантії статті 5 §4 Конвенції, які застосовуються щодо розгляду, який — за цією статтею — має право порушити кожен затриманий, дещо ширші за гарантії, передбачені статтею 5 §3 Конвенції, яка головним чином зосереджена на питанні *незалежності* судового посадовця.

Однак було б помилкою надавати занадто великого значення відмінностям між статтею 5 §3 та статтею 5 §4 Конвенції. По-перше, усі положення статті 5 Конвенції взаємопов'язані. Тому за різної правової ситуації Європейський суд може надавати різного значення наявності певних процесуальних гарантій у певній правовій процедурі. Якщо недоліки однієї процедури можуть бути компенсовані під час іншої, то відсутність певних гарантій під час здійснення першої

---

<sup>15</sup> *Assenov and Others v. Bulgaria*, 28 October 1998, §162, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII.

<sup>16</sup> *D.N. v. Switzerland* [GC], № 27154/95, §41, ECHR 2001-III.

процедури можуть мати невелике значення. У іншому випадку, якщо немає засобів захисту, здатних виправити певні недоліки процедури, відсутність гарантій справедливості та рівності може зумовити порушення Конвенції.

У випадку розгляду наявності гарантій справедливості під час доставлення до суду у відповідності до статті 5 §3 Конвенції, Суд за певних обставин може застосувати вимоги статті 5 §4 Конвенції і до цього розгляду. За правової ситуації в Україні вірогідність більш жорстких вимог Суду до процесуальної справедливості розгляду питання про тримання під вартою або звільнення достатньо висока, оскільки у законодавстві відсутні будь-які можливості для особи, що тримається під вартою, періодично порушувати розгляд щодо обґрунтованості продовження його тримання під вартою.

У чому полягають ці гарантії процесуальної справедливості?

У статті 5 §3 Конвенції чітко вбачається лише гарантія швидкого доставлення до судді. Європейський суд відзначив, що «з вислову параграфу 3 («має негайно постати перед»), розглянутого у світлі його мети і призначення, стає очевидною властива йому «процесуальна вимога»: «суддя» або судова «служба особа» має дійсно вислухати затриманого і ухвалити відповідне рішення. Відповідно, лише віддання апелянтів до суду не забезпечує їм гарантій, передбачених статтею 5 §3».<sup>17</sup>

Однак, оскільки в Україні процедура, передбачена статтями 165-2 та 165-3 КПК, є єдиною можливістю для особи, що затримана або тримається під вартою, заперечувати проти доводів на користь тримання її під вартою, то велике значення у цій процедурі має додержання гарантій статті 5 §4 Конвенції. Це положення вимагає, щоб процедура мала судовий характер та надавала зацікавленій особі гарантії, що відповідають виду позбавлення її свободи.

Взагалі, під час застосування у судовій практиці гарантій статті 5 Конвенції, не буде зайвим пам'ятати, що практика Суду розвивається у бік посилення гарантій прав людини. Останніми роками спостерігається тенденція наближення змісту гарантій у статтях 5 та 6 Конвенції.

### ***Право на особисту участь у розгляді***

---

Це право передбачає не лише особисту участь затриманої чи такої, що тримається під вартою, особи, але й право такої особи бути ефективно представленим юридичним радником (захисником, адвокатом). У певних

---

<sup>17</sup> *Van der Sluijs, Zuiderveld and Klappe v. the Netherlands*, 22 May 1984, §46, Series A № 78.

випадках, якщо представництво може вимагатися у інтересах правосуддя (коли, наприклад, мова йде про неповнолітніх або осіб із психічними чи фізичними вадами), право на ефективне представництво у розгляді передбачає обов'язок держави забезпечити участь адвоката через систему безоплатної правової допомоги.

Як зазначив Суд у справі *Буамара*, «у справі такого роду важливо, щоб зацікавлена особа мала можливість не тільки бути вислуханою особисто, але й одержати ефективну допомогу свого адвоката. Зі змісту оскаржених постанов ясно, що неповнолітній брав участь у засіданні суду у справах неповнолітніх, крім одного випадку, коли він відмовився дати пояснення. Однак вони не містять ніяких вказівок на те, що був присутній хто-небудь з його адвокатів; більше того, адвокати апелянта свідчили, що ніхто з них не був присутній, і Уряд цього не заперечував. Лише те, що пан Буамар — який був у той час занадто молодий — особисто брав участь у судовому засіданні, не може в обставинах даного випадку забезпечити йому необхідні гарантії».<sup>18</sup>

Вимога ефективного представництва не залежить від того, що особі до цього часу не був наданий адвокат. Саме суд, який має бути на сторожі прав людини, має забезпечити особу адвокатом, особливо якщо це не було зроблено до з'явлення особи до суду.

У правовій системі України визначена така системна проблема. Хоча КПК передбачає, що суд під час попереднього розгляду справи має вирішити питання про запобіжний захід, але, як правило, особа, що тримається під вартою, та/або її адвокат не приймає участь у попередньому розгляді справи. Така проблема буда зазначена у справі *Молодорица*<sup>19</sup>, а також *інших справах проти України*.

### **Рівність сторін**

---

Вимога змагальної процедури є фундаментальною вимогою статті 5 §4 Конвенції. Відсутність елементів змагальності, суттєво нерівні процесуальні можливості обвинувачення та захисту, можуть призвести до визнання порушення статті 5 Конвенції. Як вже було зазначено, хоча не усї

---

<sup>18</sup> *Bouamar v. Belgium*, 29 February 1988, Series A № 129.

<sup>19</sup> *Molodorych v. Ukraine*, № 2161/02, 28 October 2010.

гарантії, передбачені статтею 6 Конвенції, мають бути додержані, однак суттєві умови змагальності мають бути забезпечені. «Розгляд має бути змагальним і завжди забезпечувати «рівність сторін»: обвинувача і затриманої особи».<sup>20</sup>

Суд зазначав, що «через драматичну роль позбавлення волі для фундаментальних прав відповідної особи, провадження у відповідності до статті 5 §4 Конвенції загалом також має відповідати — наскільки це можливо в обставинах незакінченого розслідування — основним вимогам справедливого судового розгляду, таким як право на змагальну процедуру. Хоча національне законодавство може втілювати ці вимоги різним чином, будь-який з обраних методів має забезпечувати, щоб інша сторона знала, які відомості отримані, і мала реальну можливість їх спростовувати».<sup>21</sup>

Не можна визначити чітку межу між гарантіями статей 5 та 6 Конвенції. Обидва ці положення мають численні взаємні зв'язки. Крім того, коли право на свободу засіпається надто суттєво, наприклад, коли тримання під вартою триває доволі довго, гарантії, передбачені статтею 6 Конвенції набувають все більшого значення, оскільки і позбавлення свободи стає все більше схожим на покарання.

З погляду рівності сторін суттєво, щоб особа, яка постає перед суддею, мала достатні можливості для підготовки свого захисту. Мінімальною умовою для цього є завчасне повідомлення про ті доводи, із якими обвинувач йде до суду, і можливість порадитися із адвокатом для підготовки заперечень та своїх доводів. Крім того, для реалізації права на достатні можливості для підготовки захисту важливо, щоб особа мала доступ до матеріалів, якими обвинувачення обґрунтовує свої доводи, та право на надання власних доказів.

Хоча певні судді намагаються забезпечити ці суттєві процесуальні вимоги, але обидві ці вимоги поки ще не перетворилися на узгоджену та постійну судову практику.

Заперечення проти доступу до доказів обвинувачення ґрунтуються на тому, що розгляд, про який йдеться, відбувається на тлі незакінченого розслідування. Це дає підстав обвинуваченню посилаючись на необхідність тримати у секреті певні докази через тактичні міркування (які частіше іменуються таємницею слідства). Європейський суд розглянув ці заперечення і дійшов

---

<sup>20</sup> *Niedbala v. Poland*, № 27915/95, §66, 4 July 2000.

<sup>21</sup> *Garcia Alva v. Germany*, № 23541/94, §39, 13 February 2001.

висновку, що доступ до матеріалів, на яких обвинувачення ґрунтує свої доводи на користь взяття під вартою, є суттєвим елементом судової процедури. «Рівність сторін не забезпечується, якщо адвокату не надано доступу до тих документів у слідчій справі, які є суттєвими для ефективного спростування законності тримання під вартою його клієнта».<sup>22</sup>

У справі Щопса<sup>23</sup> захиснику заявника надали матеріали справи, яка складала 24 томи. Однак, коли пізніше прокуратура подала клопотання про продовження тримання заявника під вартою, до попередніх 24 томів додалися ще 45 томів та три додатки, які не були надані адвокатові. Згодом, під час судового слухання, адвокат зміг ознайомитися лише із обмеженою частиною тих матеріалів, які були надані суду. Європейський суд визнав, що це суттєво вплинуло на можливість захисту ефективно заперечувати проти доводів обвинувачення, і що, тим самим, була порушена стаття 5 §4 Конвенції

Щодо надання доказів стороною захисту, захист має можливість додавати певні документи. Але це ефективність від користування таким правом значно знижується, якщо захисту завчасно не надаються аргументи обвинувачення та матеріали, на яких вони ґрунтуються, оскільки у такому разі захист не може визначити, які заперечення йому готувати і підкріплювати відповідними доказами. Крім того, на жаль, законодавець не визначив чітко можливість для судді допитати свідків, — як з боку обвинувачення, так і з боку захисту, — що значно звужує можливості судді у дослідженні обставин, важливих для зваженого рішення.

У справі Бекиєва<sup>24</sup> заявник під час розгляду його апеляції на рішення про продовження його тримання під вартою просив допитати свідка — колишнього слідчого за його справою, який виступив у пресі із заявою про фабрикацію справи щодо заявника. Обласний суд Кишинева відмовив йому у задоволенні цього клопотання. Європейський суд вважав, що, враховуючи важливість свідчень цього свідка, немотивована відмова обласного суду допитати свідка порушила статтю 5 §4 Конвенції

Щодо необхідності допиту свідків під час розгляду щодо взяття під варту або звільнення, позиція Європейського суду змінювалась у тому ж ключі, що і підхід до інших гарантій змагальності, тобто наближувалися до гарантій статті 6 Конвенції. У одному із недавніх рішень Суд висловився, що

---

<sup>22</sup> *Nikolova v. Bulgaria* [GC], № 31195/96, §58, ECHR 1999-II.

<sup>23</sup> *Schöps v. Germany*, № 25116/94, ECHR 2001-I.

<sup>24</sup> *Becciev v. Moldova*, № 9190/03, 4 October 2005.



коли є докази, які *prima facie*<sup>25</sup> здаються такими, що мають суттєве значення для вирішення питання про продовження тримання під вартою, важливо для додержання статті 5 §4 Конвенції, щоб національні органи дослідили та оцінили їх.<sup>26</sup>

### Доступ до суду. Періодичний перегляд

---

Відповідно до статті 5 §4 Конвенції особа, яка тримається під вартою, має право через певні проміжки часу порушувати судовий розгляд про перегляд обґрунтованості такого заходу. Як можна зробити висновок із практики суду, такий перегляд має відбуватися не рідше ніж через кожен місяць.<sup>27</sup>

Законодавство України не передбачає процедури, якої вимагає стаття 5 §4 Конвенції, під час досудового слідства, і це є системною проблемою у правовій системі України.

Під час судового розгляду закон передбачає можливість для підсудного у будь-який час заявляти клопотання про зміну запобіжного заходу. Але, хоча закон дає можливість ініціювати перегляд, він не передбачає адекватну процедуру такого перегляду, що призводить до порушення статті 5 §4 Конвенції.

Так у справі *Молодорича* Суд встановив, що на етапі судового розгляду закон не передбачає перегляду законності тримання під вартою, яка б відповідала вимогам статті 5 §4 Конвенції.<sup>28</sup> Зокрема, Суд зазначив, що національні суди у своїх рішеннях про відмову у звільненні з-під варти не вказують жодних аргументів, які б обґрунтовували необхідність тримання під вартою. Він також дійшов висновку, що це є наслідком структурної проблеми, яка полягає у відсутності ясної та передбачуваної процедури розгляду цього питання, зокрема, відсутності в КПК вимоги надавати обґрунтування своїх рішень та зазначати певний строк тримання під вартою.

---

<sup>25</sup> *Prima facie* (лат. «на перший погляд») — усталений термін для доказового стандарту, який означає наявність доказів, які достатні, щоб сформувати презумпцію фактів або встановити факт, про який йдеться, якщо тільки ці докази не будуть спростовані. Звичайно застосовується для визначення, чи є певні вимоги (наприклад, викладені у позові або обвинуваченні) достатньо обґрунтовані, щоб розглядатися судом.

<sup>26</sup> *Becciev v. Moldova*, № 9190/03, §72, 4 October 2005.

<sup>27</sup> *Bezicheri v. Italy*, 25 October 1989, §21, Series A № 164.

<sup>28</sup> *Molodorych v. Ukraine*, № 2161/02, 28 October 2010.

## Швидкість розгляду

---

Розгляд клопотання про тримання під вартою має відбуватися невідкладно. Хоча Суд не визначає термін «невідкладно» у певних часових вимірах, але у будь-якому разі мова йде про кілька днів.

Наприклад у справі Харченка<sup>29</sup> заявник подав клопотання про звільнення з під варті 26 вересня 2001 року, але воно було розглянуто лише 15 жовтня 2001 року під час попереднього розгляду справи. За висновком Європейського суду, 19 днів, що знадобилися для розгляду клопотання, не відповідають вимозі «невідкладності».

Ще більш кричуще порушення було встановлено у справі Волосюка, де заявник не міг отримати розгляд клопотання про звільнення через те, що протягом двох років судовий розгляд у справі не проводився.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> *Kharchenko v. Ukraine*, № 40107/02, §86, 10 February 2011.

<sup>30</sup> *Volosyuk v. Ukraine*, №1291/03, §57, 12 March 2009.

---

## ПІДСТАВИ ДЛЯ ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ

### *Межі повноважень судді під час розгляду питання про тримання під вартою*

---

Відповідно до частини 2 статті 6 Конституції «органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України».

Відповідно до статті 155 КПК «Взяття під варту як запобіжний захід застосовується в справах про злочини, за які законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк понад три роки».

Цим положенням законодавець обмежив повноваження судді та передбачив обов'язкове звільнення обвинуваченого (підозрюваного) у випадках, коли обвинувачення (підозра) проти нього у випадку засудження не може тягнути покарання більш суворе, ніж три роки позбавлення волі.

Законодавець також передбачив, що суддя може вийти за межі цього обмеження лише у *виключних випадках*. Яка саме сукупність обставин може скласти виключний випадок, законодавцем не визначено. Однак, як можна передбачити з самого визначення, ця сукупність обставин має зустрічатися достатньо рідко, щоб вихід за межі наданих повноважень не перетворився із виключення у правило. На жаль, визначення, сформульовані у Постанові Пленуму Верховного Суду, схиляють суди до тенденції застосовувати посилення на «виключні випадки» значно частіше, ніж це впливає із самого поняття «виключності». Не зрозуміло, чому такі прості правила не могли бути визначені у законі, і тому слід припускати, що законодавець не мав на увазі, що такі обставини, які сформульовані у Постанові Пленуму, виправдують відступ від загального правила.

Для того, щоб суддя вийшов за межі законодавчого обмеження, обвинувач у кожному випадку має довести, що певні обставини, на які він посилається, є виключними, тобто такими, які законодавець не міг передбачити у якості правила для обмеженого кола випадків.

Крім того, є певна частина випадків, коли від вірної кваліфікації звинувачення залежить, потрапляє певна справа під компетенцію судді вирішувати питання про взяття під варту або звільнення чи належить до категорії справ, за якими звільнення є обов'язковим. У таких справах суддя має право і зобов'язаний переконатися, що фактичні обставини правильно кваліфіковані за положеннями кримінального закону.

## **Предмет розгляду**

---

### **Загальні принципи**

Предмет судового розгляду під час вирішення питання про тримання під вартою або звільнення визначається самим питанням, що стоїть перед судом: чи достатньо підстав для тримання під вартою певного підозрюваного за певних обставин.

«Перегляд, якого вимагає стаття 5 §3, спрямований на з'ясування обґрунтованості позбавлення людини волі, і тому повинен бути достатньо широким, аби охопити різні обставини, що свідчать як на користь, так і проти затримання».<sup>31</sup>

При визначенні кола важливо пам'ятати про певні основні принципи захисту права на свободу. Ці принципи, з одного боку, не дозволять судді зупинитися у своєму дослідженні раніше, ніж вивчені усі обставини, що мають значення для справи, а з іншої — дозволять вирішити питання факту в умовах незакінченого розслідування.

**Принцип 1.** Система обов'язкового тримання під вартою не відповідає вимогам захисту права на свободу, зокрема, статті 5 Конвенції.

Суд сформулював наступне правило: «Будь-яка система обов'язкового тримання під вартою несумісна зі статтею 5 §3 Конвенції за визначенням. Якщо закон встановлює презумпцію щодо обставин, які стосуються підстав тримання під вартою, має бути, крім того, переконливо доведена наявність конкретних обставин, які переважають правило поваги до особистої свободи».<sup>32</sup>

Якщо законодавство та/або судова практика прямо або непрямо спрямовують на обов'язкове тримання під вартою у певних випадках, це може призвести до порушення статті 5 Конвенції.

---

<sup>31</sup> *Aquilina and Others v. Malta*, № 28040/08, §52, 14 June 2011.

<sup>32</sup> *Ilijkov v. Bulgaria*, № 33977/96, §84, 26 July 2001.

З цього погляду деякі вказівки Верховного Суду України, висловлені у відомій постанові Пленуму можуть призвести до формування у практиці системи обов'язкового тримання під вартою для певних категорій осіб. Зокрема, це стосується пункту 2 постанови, де зазначено, що слід «обирати цей запобіжний захід замість тримання під вартою *лише тоді*, коли є *всі підстави* вважати, що він може забезпечити належну поведінку підсудного та виконання ним процесуальних обов'язків, а також виконання вироку», а також що «заства замість тримання під вартою щодо осіб, які обвинувачуються у вчиненні тяжких насильницьких злочинів чи рецидивістів у складі організованих груп, а також щодо рецидивістів та осіб, які раніше намагались ухилитися від правосуддя, може застосовуватись лише у *виняткових випадках*». <sup>33</sup>

У справі Бойченка<sup>34</sup> заявника звинувачували в умисному злочині, яке передбачало покарання тяжче, ніж 10 років позбавлення волі. Стаття 191 §1 Кримінально-процесуального кодексу Молдови на той час передбачала: «(1) Умовне звільнення під досудовим контролем затриманій особі або особі, щодо якої подано клопотання про тримання під вартою, може бути надано слідчим суддею або судом лиш у випадку злочину, вчиненого з необережності, або умисного злочину, що карається менш ніж 10 роками тюремного ув'язнення».

Тим самим законодавець виключив можливість звільнення під будь-які умови. На погляд Європейського суду, це виключало можливість судового контролю за триманням під варту, який вимагається за статтею 5 §3 Конвенції

**Принцип 2.** У кожному випадку, коли вирішується питання щодо тримання під вартою або звільнення, діє презумпція на користь звільнення.

З цього правила випливають два природних наслідки:

- тягар доведення обставин, що свідчать на користь утримання під вартою, завжди несе держава.
- будь-які обставини, щодо доведеності яких або значення яких для вирішення питання про тримання під вартою або звільнення, залишається сумнів, мають тлумачитися на користь звільнення.

Стаття 5 Конвенції забороняє переміщати тягар доведення необхідності звільнення на особу, щодо якої вирішується питання про позбавлення її свободи. «Перекладення тягаря доведення на затриманого в таких питаннях дорівнює перевертанню правила статті 5 Конвенції, — положення, що вва-

---

<sup>33</sup> Постанова Пленуму Верховного Суду України від № 6 від 26.03.99 року (із змінами, внесеними Постановою Пленуму Верховного суду України № 5 від 06.06.2003 року), пункт 2.

<sup>34</sup> *Boicenco v. Moldova*, № 41088/05, 11 July 2006.

жає затримання винятковим відступом від права на свободу, яке припустимо тільки у вичерпно перелічених і чітко визначених випадках».<sup>35</sup>

Розподіл тягаря доведення надає судді можливість вирішити питання про звільнення обвинувачуваної або підозрюваної особи, якщо обвинувачення не надало доказів, достатніх, щоб переконати суддю у необхідності тримання під вартою. Таким чином, якщо обвинувачення не впералося із тягарем доведення, презумпція на користь звільнення стає достатньою підставою для звільнення, яка не потребує додаткового обґрунтування.

Навіть більше, може виглядати дуже спірним з погляду статті 5 Конвенції рішення, у якому зазначено, що особа залишається під вартою тому, що відсутні підстави для її звільнення.

Ця презумпція також надає судді можливість не займати занадто активної позиції під час розгляду, що може викликати докір у неабезсторонності, а надати можливість доведення сторонам.

Суддя, вирішуючи питання про взяття під варту, перш за все має вирішити питання, чи існують підстави для «розумної підозри» щодо причетності обвинуваченого або підозрюваного до злочину.

### *Розумна підозра*

«Розумність підозри, на якій має ґрунтуватися арешт, складає суттєву частину гарантії від безпідставного арешту й затримання, закріпленої у статті 5 §1(с) Конвенції».<sup>36</sup>

Відповідно до практики Європейського суду «розумна підозра у вчиненні кримінального злочину, про яку йдеться у статті 5 §1(с) Конвенції, передбачає наявність обставин або відомостей, які переконали б неупередженого спостерігача, що ця особа, можливо, вчинила злочин».<sup>37</sup> Відповідь на питання, чи достатньо розумно підозрювати особу, може становити складне завдання для судді, і залежить від усіх обставин справи.

Важливо відмітити, що хоча часто у формулювання Суду йдеться про «кримінальний злочин», текст статті 5 §1(с) використовує термін «правопорушення». У правовій системі України під термін «правопорушення» у значення статті 5 §1(с) Конвенції підпадає і кримінальний злочин, і адміністративне правопорушення.

---

<sup>35</sup> *Ilijkov v. Bulgaria*, № 33977/96, §85, 26 July 2001.

<sup>36</sup> *K.-F. v. Germany*, 27 November 1997, §57, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VII.

<sup>37</sup> *O'Hara v. the United Kingdom*, № 37555/97, §34, ECHR 2001-X.

З одного боку, це дозволяє компетентним органам України застосовувати затримання у зв'язку із обвинувачення особи у адміністративному правопорушенні. З іншого, що вкрай важливо, на таке затримання поширюються гарантії, передбачені статтею 5 §2-5 Конвенції.

Вимога розумної підозри містить у собі два питання.

Перше з них становить питання права: розумна підозра має стосуватися *правопорушення, передбаченого законом*. Другий — питання факту: мають бути доведені обставини, які за розумного та неупередженого тлумачення викликають підозру щодо причетності певної особи до певного злочину.

- Правопорушення

Європейський суд сформулював вимогу щодо правопорушення, яке ставиться у провину, — вимогу, що випливає зі статті 5 §1(с) Конвенції.

«Для розумної підозри у значенні статті 5 §1(с) потрібно, щоб можна було розумно вважати, що зазначені обставини охоплюються однією із статей Кримінального кодексу, які визначають злочинну поведінку. Таким чином, вочевидь не може бути «розумної підозри», якщо дії чи обставини, що ставляться в провину затриманому, не склали злочину в той час, коли вони мали місце. Конвенція відсилає тут по суті до національного законодавства, однак також вимагає, щоб будь-який захід, яким людина позбавляється волі, відповідав меті статті 5, а саме захисту особи від свавілля».<sup>38</sup>

Незважаючи на те, що розгляд питання про взяття під варту або звільнення відбувається на самому початку розслідування, суддя має дати фактичну і правову оцінку обставинам, які ставляться у провину обвинуваченому. Ця вимога також містить дві складові: (1) саме тлумачення фактів має бути розумним і враховувати усі елементи правопорушення; (2) закон, яким визначається правопорушення, має відповідати вимогам визначеності та передбачуваності.

Якщо саме положення закону сформульовано у туманних, занадто загальних або невизначених виразах, які не дають можливості людині розуміти, яка поведінка є правомірною, а яка складає правопорушення, то й тримання під вартою за обвинуваченням у такому правопорушенні буде незаконним з погляду статті 5 Конвенції. «Коли йдеться про позбавлення волі, особливо важливо, щоб було дотримано загального принципу правової визначеності. Тому суттєво, щоб умови, які за внутрішнім законодавством можуть призвес-

---

<sup>38</sup> *Włoch v. Poland*, № 27785/95, §109, ECHR 2000-XI.

ти до позбавлення волі, були чітко визначені і щоб сам закон був передбачуваний у своєму застосуванні. Він повинен відповідати стандарту законності, встановленому Конвенцією, стандарту, який вимагає, щоб усе законодавство було достатньо чітким і надавало особі можливість — якщо необхідно, то після відповідної консультації — передбачати в достатньому за даних обставин ступені наслідки, до яких може призвести та чи інша його дія».<sup>39</sup>

Проблеми тут можуть виникнути у зв'язку із фінансовими або іншими правопорушеннями, пов'язаними із господарською діяльністю, або у випадку звинувачення у правопорушеннях, які створені законодавцем недавно і не встигли набути розвитку у судовій практиці.

В справі Луканова<sup>40</sup> заявник, колишній Прем'єр-міністр Болгарії, брав участь у прийнятті рішень щодо фінансової допомоги третім країнам. У 1992 році Генеральна прокуратура Болгарії звинуватила його у зловживанні владою, і протягом майже 6 місяців заявник тримався під вартою за цим обвинуваченням.

Європейський Суд зауважив, що жодне із положень кримінального закону, на якому ґрунтувалося його затримання, не визначає і навіть не має на увазі, що кожен, хто бере участь у колективних рішеннях такого роду, вчинює кримінальний злочин. Крім того, не було надано жодних доказів, щоб довести, що ці рішення були незаконними, приймалися із перевищення повноважень або всупереч закону про національний бюджет. Тому Суд не був переконаний, що поведінка, у якій звинувачувався заявник, становила кримінальний злочин за законом Болгарії.

Іноді й сама судова та адміністративна практика, що склалися, можуть викривити зміст закону і у достатньо нескладних випадках. Наприклад, під час застосування статті 185 Кодексу України про адміністративні правопорушення, часто залишається поза увагою такий елемент, як «законність розпорядження чи вимоги».<sup>41</sup>

З іншого боку, Конвенція не вимагає, щоб закону був сформульований у таких виразах, які не потребують тлумачення. Судова практика, що склалася, може роз'яснити неясності закону, і така практика враховується Європейським судом у якості «закону», якщо вона послідовно проводиться.

---

<sup>39</sup> *Baranowski v. Poland*, № 28358/95, §52, ECHR 2000-III.

<sup>40</sup> *Lukanov v. Bulgaria*, 20 March 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-II.

<sup>41</sup> Стаття 185 КУАП передбачає покарання за «злісну непокору законному розпорядженню або вимозі працівника міліції при виконанні ним службових обов'язків...».



В справі Стіл та інші проти Великої Британії заявники були заарештовані поліцією, коли стояли із плакатами та роздавали листівки із закликами проти продажу зброї біля конференц-центру, де проходила конференція «Бойовий вертоліт II». Вони були звинувачені у порушенні порядку та трималися у поліції приблизно сім годин.

Європейський суд, дослідивши, як британські суди тлумачать поняття «порушення порядку», вважав, що у цьому випадку обставини не давали підстав для такого звинувачення. Акція заявників була цілком мирна, вони суттєво не заважали і не намагалися заважити учасникам конференції, не вдавалися до дій, які могли викликати насильство, тобто у їх поведінці не було нічого, що виправдовувало б побоювання поліції щодо можливого порушення громадського ладу. Тому Суд вирішив, що їх затримання не узгоджувалося із британським законодавством і порушувало статтю 5 §1 Конвенції.<sup>42</sup>

Крім того, суддя має оцінити фактичні обставини з погляду юридичної кваліфікації самостійно, незалежно від того, як їх кваліфікують органи обвинувачення.

Наприклад, якщо органи досудового розслідування висунули обвинувачення у вчиненні злочину, передбаченого частиною 2 статті 203 КК «Зайняття забороненими видами господарської діяльності», суддя має визначити, чи є підстави для висновку, що був отриманий дохід у великому розмірі або що особа була раніше засуджена за зайняття забороненими видами господарської діяльності. Якщо висунуте обвинувачення за статтею 307 КК, то суддя має право і зобов'язаний переконатися, що є достатні докази того, що мету діяння становив збут.

Якщо матеріали, надані судді, свідчать про те, що висунуте обвинувачення (або підозра) має бути кваліфіковано за положенням кримінального закону, що передбачає менш тяжке покарання, суддя має виходити із своєї оцінки фактичних обставин. Зокрема, якщо суддя встановить, що за правильної кваліфікації обставин певної справи обвинувачення у випадку засудження особи потягне не більш ніж три роки позбавлення свободи, суддя має звільнити обвинуваченого, якщо тільки обвинувач не доведе, що виключні обставини справи виправдовують вихід судді за межі повноважень судді, встановлені законодавцем.

- Фактичні підстави для підозри

Європейський суд відзначав, що «може існувати ледь помітна межа між випадками, коли підозра, на якій ґрунтується арешт, не достатньо обґрунто-

---

<sup>42</sup> *Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom*, 30 August 1990, Series A № 182.

вана об'єктивними фактами і коли такі факти існують. Чи дотримано необхідного стандарту і чи забезпечено, таким чином, встановлену статтею 5 §1(c) гарантію від безпідставного арешту, залежить від особливостей кожного випадку». <sup>43</sup>

Визначення розумності підозри залишає достатній простір для розсуду суду; однак важливо пам'ятати, що стандарт переконання «розумна підозра» достатньо вимогливим, хоча значно слабкіший за стандарт «поза розумним сумнівом», який вимагається для кримінального засудження. Розумна підозра означає більше, ніж щире переконання у тому, що особа вчинила злочин; розумна підозра вимагає наявності певних об'єктивних відомостей для такого переконання. За визначенням Європейського суду, «у статті 5 §1(c) йдеться про розумну підозру, а не про щире або сумлінну (*bona fide*) підозру». <sup>44</sup>

Така вимога передбачає, що у разі вирішення у суді питання, для якого суттєво встановити, чи існувала або існує розумна підозра, державний орган має надати судді ті відомості, на яких ця підозра ґрунтувалася або ґрунтується, щоб суддя мав можливість перевірити достатність та належність цих відомостей для формування розумної підозри. Ці відомості мають бути достатньо переконливими, щоб суддя (який у такому випадку уособлює «об'єктивного та неупередженого спостерігача») на підставі їх розумної оцінки міг також переконатися, що причетність особи до вчинення злочину є вірогідною.

В справі Фокса та інших <sup>45</sup> заявники були заарештовані у Белфасті та допитані щодо їх можливої причетності до діяльності Ірландської республіканської партії. Їм не було пред'явлено будь-якого звинувачення, і приблизно через 44 години вони були звільнені. Суд визнав, що арешт та затримання заявників ґрунтувалися на *щирому* переконанні поліції у тому, що вони є терористами. Однак представники уряду Великої Британії не змогли надати суду відомості, які давали б брід стави для такої підозри. Та обставина, що обидва заявники були колись засуджені за терористичні акти, суд не вважав достатньою підставою для підозри, на якій ґрунтувався їх арешт та подальше затримання у поліції

У справі *Нечипорука* Суд зазначив, що «єдиним документом, що містить роз'яснення щодо підстав для затримання першого заявника 20 травня 2004 року ... та формулювання підозр, на підставі яких міліція вирішила його

---

<sup>43</sup> *O'Hara v. the United Kingdom*, № 37555/97, §41, ECHR 2001-X.

<sup>44</sup> *O'Hara v. the United Kingdom*, № 37555/97, §31, ECHR 2001-X.

<sup>45</sup> *Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom*, 30 August 1990, Series A № 182.

затримати, є внутрішній рапорт співробітників, що його затримали, на ім'я їх начальника, згідно з яким затримання було викликано тим, що заявник «швидко йшов, оглядаючись навколо». Суд вважав, що ... на цьому етапі не було ніякої обґрунтованої підозри у вчиненні заявником якогось злочину».<sup>46</sup>

Необхідно також враховувати, що обвинувачення має бути сформульовано у достатньо чітких виразах, щоб надавати уяву до якого саме правопорушення причетний саме цей обвинувачений, тобто обвинувачення має чітко визначати усі елементи правопорушення, яке ставиться у провину. Однак, ця вимога не означає, що обвинувач навіть на самих ранніх стадіях розслідування, зобов'язаний довести усі елементи правопорушення, оскільки цей стандарт не вимагає, щоб обвинувач мав докази достатні для остаточного вирішення питання про винуватість. Як зазначав Європейський суд, «факти, які викликають підозру, не обов'язково мають бути одного рівня з тими, які необхідні для обґрунтування засудження чи для навіть пред'явлення обвинувачення; це досягається на наступній стадії кримінального розслідування».<sup>47</sup> Однак, слід зауважити, що чим довше триває розслідування, тим вимогливіше стає стандарт «розумної підозри». Якщо розслідування триває кілька тижнів, а певні обставини, суттєві для доведення причетності особи, залишаються нез'ясованими, це може свідчити або про відсутність підстав для кримінального переслідування особи, або про бездіяльність органу розслідування. У обох випадках такі обставини можуть свідчити про відсутність підстав для тримання особи під вартою.

Обставини загального характеру не можуть бути доказом розумності підозри. Наприклад, той факт, що обвинувачений був раніше засуджений за вчинення схожого злочину, або особливості поведінки чи коло спілкування особи, не можуть як такий слугувати підставою для розумної підозри, хоча може позначитися на значенні для «розумності підозри» інших, більш специфічних фактів. Тобто держава має представити сукупність доказів специфічних фактів, що свідчать про причетність певної особи до певного правопорушення.

Як було зазначено раніше, стандарт розумної підозри припускає, що певні елементи правопорушення або певні обставини можуть бути недоведені на ранній стадії розслідування. Однак, неповноту зібраних матеріалів не слід плутати із ненадійністю доказів. Тому, якщо ті чи інші докази не викликають довіри — через їх суперечливість, незаконне походження, — на них не

---

<sup>46</sup> *Nechiporuk and Yonkalo v. Ukraine*, № 42310/04, §77, 21 April 2011.

<sup>47</sup> *Erdagöz v. Turkey*, 22 October 1997, §51, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VI.

можуть будуватися висновки про ті чи інші обставини. З особливою обережністю слід ставитися і приймати до уваги визнання обвинуваченого у будь-якій формі.

У справі Н.С. проти Італії<sup>48</sup> заявник був заарештований за підозрою у зловживанні владою та корупції. Підозра проти нього ґрунтувалася на свідченнях п'яти свідків та висновку експерта, які підтверджувалися документами, що були зібрані під час досудового розслідування. Суд визнав ці дані достатніми для «розумної підозри» у причетності заявника до злочину, хоча згодом заявник був виправданий через відсутність події злочину

### *Визначення ризиків, які можуть обґрунтувати тримання під вартою*

Ризики, які, за визначенням Європейського суду з прав людини, можуть виправдати тримання під вартою, співпадають із тими, які визначені у статті 148 Кримінально-процесуального кодексу України. Це:

- ризик ухилення від правосуддя (переховування чи втечі);
- ризик незаконного впливу на правосуддя (незаконний вплив на свідків, потерпілих, інших обвинувачених, або маніпуляції із документами чи іншими доказами);
- ризик повторного вчинення правопорушення (рецидив).

Численні рішення Європейського суду вказують на те, що ці ризики можуть виправдати тримання під вартою лише тоді, коли неможливо за допомогою гарантій, наданих підозрюваною особою, зменшити ці ризики до розумної межі. Такий саме зміст Пленум Верховного Суду України, скоріше за все, намагався відобразити у пункті 3 своєї постанови від 25.04.2003 року № 4 щодо застосування запобіжних заходів: «взяття під варту є найбільш суворим запобіжним заходом, у зв'язку з чим він обирається лише за наявності підстав вважати, що інші (менш суворі) запобіжні заходи, передбачені ст. 149 КПК, можуть не забезпечити виконання підозрюваним, обвинуваченим процесуальних обов'язків, що впливають із ч. 2 ст. 148 КПК, і його належної поведінки».<sup>49</sup>

Однак, невдале використання виразу «можуть не забезпечити» значно послабило намір Верховного Суду обмежити невинувачене використання тримання під вартою, чого можна було б досягти, використавши більш адекватну формулу «не можуть забезпечити». За сучасного формулювання цього

---

<sup>48</sup> *N.C. v. Italy*, № 24952/94, 11 January 2001.

<sup>49</sup> Постанова Пленуму Верховного Суду України від 25.04.2003 № 4, пункт 3.

правило скеровує суддів застосовувати тримання під вартою, якщо вони мають будь-які, навіть суто спекулятивні, сумніви щодо того, чи зможе інший запобіжний захід забезпечити напевно цілі правосуддя.

В справі Ілійкова<sup>50</sup> підставою для тривалого тримання заявника під вартою був висновок національних судів, що відсутні виняткові обставини, які виправдали б звільнення. Через те, що заявник не зміг надати докази обставин, які б виключили навіть гіпотетичну можливість втечі, повторення злочину або змови. Через те, що суди застосовували такий підхід, вони вважали недоречними і не брали до уваги ті доводи апелянта, що він не був раніше засуджений, має родину й сталий спосіб життя, і що з перебігом часу будь-яка небезпека змови або втечі зникла. Європейський суд вирішив, що такий підхід, який ґрунтується на вимозі до затриманої особи довести відсутність будь-якої, навіть теоретичної, можливості втечі або впливу на хід розслідування перекладає тягар доведення на затриману особу і перетворює право на свободу у примарну гарантію.

Зазначені вище ризики застосовуються альтернативно, тобто наявність кожного з них окремо може виправдати тримання під вартою.

На жаль, судова практика сформулила «доктрину заклинань», за якої вважається, що відтворення у судовому рішенні формулювань закону, позбавляє необхідності наводити будь-які інші аргументи. Тому дуже часто можна зустріти рішення, у яких замість аналізу обставин за та проти тримання під вартою, наводиться формула: «може ухилитися від слідства та суду, перешкоджати встановленню істини у справі та продовжувати злочинну діяльність». Таке рішення не може вважатися обґрунтованим.

#### *Обставини за та проти тримання під вартою*

Однак із вимог, яку ставить сучасне уявлення про захист права на свободу, — можливість для судів враховувати якомога більше обставин, що свідчать за чи проти затримання. Перелік цих обставин може бути лише приблизним і будь-яке обмеження з боку законодавства щодо можливості судді досліджувати ці обставини, оцінювати докази та визначати їх значення може бути розцінений як порушення вимог статті 5 Конвенції. «Межі перегляду мають бути достатньо широкі, аби охопити ті умови, які є суттєвими для «законності» затримання особи з погляду статті 5 §1».<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> *Ilijkov v. Bulgaria*, № 33977/96, 26 July 2001.

<sup>51</sup> *Dougoz v. Greece*, № 40907/98, §61, ECHR 2001-II.

З цього погляду стаття 150 Кримінально-процесуального кодексу від-повідає статті 5 Конвенції, якщо тільки пам'ятати, що перелік обставин, на-ведений там не є вичерпним і не обмежує суддю у можливості залучити до розгляду інші обставини.

Також не можна визначити заздалегідь те значення, яке кожна із обста-вин має для вирішення питання про виправданість чи не виправданість три-мання під вартою. Все залежить від особливих обставин справи. Якщо якісь правила і можуть бути сформульовані щодо значення цих обставин, то ці пра-вила є не більш, ніж певні застереження, які спонукають суддю не надавати занадто великого значення обставинам одного роду перед іншими.

Можна висловити лише кілька зауважень щодо оцінки різноманітних обставин з погляду необхідності тримання під вартою.

Жодна обставина не свідчить на користь, або проти тримання під вар-тою *напевно*, а лише з певним ступенем *вірогідності*. Стандарт переконання, за суддя доходить до висновків про необхідність, чи навпаки, тримання під вартою, суттєво відрізняється від того стандарту доведення, до якого судді звикли під час винесення рішень у кримінальних чи цивільних справах або у будь-яких розглядах, у яких оцінюються минулі події.

В справі Бекиєва<sup>52</sup> у 2003 році заявник неодноразово оскаржував у су-дах Молдови підстави для тримання його під вартою. Він посилався на те, що розслідування триває з 2001 року і він не перешкоджав розслідуванню. Після порушення розслідування проти нього він від'їжджав за кордон багато разів і завжди повертався. Його поведінка щодо розслідування вважалась бездо-ганною. В нього була сім'я, а багато поважних осіб, у тому числі лідер парла-ментської опозиції та міська рада Кишинева були готові поручитися за нього, аби забезпечити звільнення. Заявник також був готовий віддати свій паспорт на гарантію того, що він не залишатиме країну.

Національні суди ніяк не відповіли на ці аргументи, вочевидь вважаючи їх такими, що не мають значення для питання про обґрунтованість триман-ня заявника під вартою. Вони лише обмежилися повторенням у своїх рішен-нях абстрактних та стереотипних формулюваннях законодавчих підстав для тримання під вартою без будь-яких намагань пояснити, як вони стосуються справи заявника. Вони також не навели жодної оцінки ані добрій характери-стиці заявника, ані відсутності в нього судимості, ані його сімейним зв'язкам та зв'язкам із країною (дім, заняття, майно). Нарешті, вони не розглянули га-рантії, до пропонувалися третіми особами на користь заявника

---

<sup>52</sup> *Becciev v. Moldova*, № 9190/03, 4 October 2005.

У питанні взяття та тримання під вартою оцінка стосується вірогідності тієї чи іншої майбутньої поведінки з погляду ризиків зазначених вище. Тому, навіть зразки неналежної поведінки у минулому автоматично не можуть виправдати тримання під вартою. З цього погляду, слід обережно ставитися до зміни запобіжного заходу у разі неналежного його виконання, наприклад, коли особа не з'являється за викликом. Саме нез'явлення, навіть якщо воно не викликає сумніву та не має виправдання, не може автоматично стати підставою взяття особи під вартою. Воно може бути лише однією із обставин, які у сукупності із іншими може або не може виправдати тримання під вартою.

Майже у жодній справі (за виключенням тих, де обвинувачений за станом здоров'я не здатен до будь-якої дії) неможливо виключити остаточно ризик. За будь-яких обставин залишається певна можливість того, що особа вчинить дії, проти яких і передбачені запобіжні заходи. Але наявність такої теоретичної можливості не є виправданням тримання під вартою. Завдання судді під час цього розгляду — не виключити будь-які ризики, а звести ці ризики до розумного мінімуму, у тому числі застосувавши запобіжні заходи, не пов'язані із позбавленням волі.

Завжди, коли оцінюються сукупність обставин за та проти тримання під вартою, необхідно розглядати можливість зменшення ризику, навіть якщо він існує, за допомогою альтернативних запобіжних заходів, зокрема залогу. Наявність альтернативних запобіжних заходів у правовій системі завжди є обставиною на користь звільнення. Недооцінка цієї обставини. Може потягнути невиправданість тримання під вартою та порушення статті 5 Конвенції.

В справі Немейстера проти Австрії мотивом, який наводили органи влади на обґрунтування їх відмови у задоволенні клопотання про звільнення, було їх занепокоєння, що заявник ухилиться від судового розгляду. За думкою судових органів, ця загроза була пов'язана із занепокоєнням, яке мали викликати в пана Немейстера свідчення його співобвинуваченого Рафаеля у ході допитів того. Як вони стверджували, це настільки посилило докази проти обвинуваченого і збільшило як тяжкість покарання, яке загрожувала б йому в разі засудження, так і суму збитків, яку могли стягнути з нього, що мало викликати значну спокусу сховатися і, таким чином, уникнути цієї подвійної — цивільної і кримінальної — відповідальності. Перші австрійські рішення знайшли підтвердження цій загрозі втечі в тому, що казали, ніби пан Немейстер продовжив свої приготування до поїздки у Фінляндію після того, як йому стало відомо про погіршення його становища, хоча слідчий суддя сповістив його, що йому відмовлено в дозволі на поїздку.

Суд вважає зрозумілим, що судові органи Австрії вважали, що загроза втечі значно посилилась у липні 1962 року через більшу тяжкість кримінальної та цивільної відповідальності, якої міг побоюватись пан Немейстер, враховуючи нові свідчення пана Рафаеля.

Однак ймовірність втечі не може оцінюватися винятково на підставі таких міркувань. Інші фактори, особливо ті, що стосуються характеру відповідної особи, його моральності, родини, занять, майна, сімейних і іншого роду зв'язків із країною, у якій він переслідується в кримінальному порядку, можуть або підтвердити ймовірність втечі, або довести, що вона занадто мала, аби виправдати тримання під вартою до суду.

Необхідно також пам'ятати, що ймовірність втечі неодмінно зменшується в міру того, як спливає час перебування під вартою, оскільки та можливість, що строк тримання під вартою буде зарахований до строку тюремного ув'язнення, яке може очікувати відповідну особу у випадку засудження, напевно, зробить для нього майбутнє не таким жахливим і послабить спокусу сховатися.

Заявник посилався, як у своїх скаргах, так і у Комісії, на різноманітні обставини стосовно його осілого положення у Відні, які були здатні переважити будь-яку спокусу втекти. Його пояснення щодо приготувань до поїздки у Фінляндію підтверджуються вивченням документів справи і не заперечувались слідчим суддею під час його допиту у Комісії.

Слідчий суддя також визнав у Комісії, що він особисто не вірив, що пан Немейстер сховається, аби уникнути появи до суду. Таким твердженням з боку судді, який під час розслідування, триваючого з 1959 року, мав добре вивчити заявника, не можна не надати значення.

Суд вважає, що за таких обставин ймовірність втечі пана Немейстера з метою ухилитися від суду була, у всякому разі у жовтні 1962 року, не настільки значна, щоб відкинути — як цілком недоречно — пропозицію гарантій, які відповідно до статті 5 §3 можуть зумовити надання умовного звільнення і тим самим зменшити пов'язаний із цим ризик.

Суд не може висловлювати думку щодо суми гарантій, яку розумно було б вимагати від пана Немейстера, і він не відкидає висновку, що першу пропозицію можна було відхилити як недостатню. Він відзначає, однак, що австрійські суди ґрунтували свої розрахунки головним чином на сумі збитків, заподіяних злочином, у якому звинувачували пана Немейстера, і які могли з нього присудити.

Збитки були такими, що згідно з наведеними рішеннями пропозиція банківської гарантії не могла мати значення. Відмова судових органів розгля-



дати будь-яку з послідовних пропозицій застави, які робив пан Немейстер, ставала все менш і менш виправданою тою мірою як пропозиції наближувались до суми, яку можна було розумно вважати.

Прагнення визначити суму гарантій, які мають бути надані затриманою особою, виходячи лише з можливих збитків не відповідає статті 5 §3 Конвенції. Гарантія, зазначена у цій статті, призначена, щоб забезпечити лише присутність обвинуваченого на судовому розгляді, а не відшкодування збитків. Отже, сума має визначатися його особистістю, його заможністю, відносинами з особами, що надають гарантію, іншими словами, тим ступенем довіри, за якого перспектива втрати застави або позову до гарантів у разі нез'явлення в судове засідання буде достатнім стримуючим засобом, щоб відбити в нього будь-яке бажання втекти.

Чим довше триває тримання під вартою, тим швидше ті обставини, які раніше свідчили про необхідність такого заходу, втрачають своє значення і тим більше потрібно аргументів на користь подальшого утримання під вартою. Щоб тримання під вартою продовжувалось кілька місяців, потрібні дуже переконливі доводи.

Бездіяльність державних органів у період тримання під вартою є обставиною, яка свідчить на користь звільнення, оскільки така бездіяльність знищує мету, заради якої такий захід застосовується, — забезпечити належний хід правосуддя.

### *Тяжкість обвинувачення*

Особливе занепокоєння у практиці Європейського суду завжди викликала тенденція надавати тяжкості обвинувачення надмірне значення. Внаслідок психологічних законів міркування тяжкості обвинувачення часто домінує у свідомості судді над іншими, більш важливими для вирішення питання про тримання під вартою, факторам. Тому не дивно, що Європейський суд значне місце у своїй практиці приділив тому, щоб тяжкість обвинувачення не була єдиним або переважним фактором при вирішенні питання про тримання під вартою або звільнення.

Як визначив Суд, «існування вагомої підозри у причетності особи до тяжкого злочину хоча й має значення, та саме собою не може виправдати довгого строку тримання під вартою».<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> *Kalashnikov v. Russia*, № 47095/99, §116, ECHR 2002-VI.

Суд також відзначив, що якщо правова оцінка фактів, на які спирається обвинувачення — а, як наслідок, і можливого покарання, — визначається виключно стороною обвинувачення, суди ще більш обережно мають ставитися до оцінки тяжкості обвинувачення та її значення для питання про тримання під вартою або продовження тримання під вартою.<sup>54</sup>

Безумовно, тяжкість злочину не може зовсім не братися до уваги, оскільки вона є однією з обставин, який — у сукупності з іншими — впливає на оцінку ризиків. Особливо це стосується ризику ухилення від правосуддя, оскільки чим більш значне покарання загрожує особі — тим більш сильним є спонукання його уникнути. Але тяжкість може впливати також і на оцінку ризику протидії розслідуванню чи ризику повторення злочину. Зрозуміло, що навіть якщо існує ризик повторення нетяжкого злочину, відносно незначна суспільна небезпека такого рецидиву менш настійливо вимагає тримання під вартою, ніж вірогідність повторного вчинення тяжкого, особливо насильницького, злочину.

Тому завдання судді полягає у тому, щоб, так би мовити, розташувати свої міркування стосовно тяжкості обвинувачення, у належному місці своєї аргументації. Рішення щодо тримання під вартою або звільнення не повинно *безпосередньо* впливати із оцінки тяжкості обвинувачення.

Тяжкість обвинувачення може впливати на рішення лише через оцінку її впливу на ризики. Невірно буде сказати, що оскільки особа звинувачується у злочині, що передбачає покарання понад 5 років позбавлення волі, то буде обґрунтованим тримати її під вартою. Але цілком коректно, за наявності відповідних доказів, обґрунтувати, що таке обвинувачення у сукупності із іншими обставинами, збільшує ризик втечі настільки, що його неможливо відвернути, не взявши особу під варту. Судді часто намагаються уникнути таких формулювань, оскільки це змушує вдаватися до аналізу «інших факторів», їх взаємного співвідношення та впливу на загальну оцінку ризику. А це вимагає і творчого підходу, і інтелектуального напруження, і вміння обґрунтовувати свої висновки. Однак це єдиний правильний шлях, який дозволяє уникнути докорів у стереотипності ба необґрунтованості рішення.

В справі Долгової<sup>55</sup> заявниця була затримана у грудні 2004 року і згодом звинувачена у насильницькому захваті влади або утриманні влади та умисному знищенні чи пошкодженні майна, а також у вандалізмі. Вона не визнава-

---

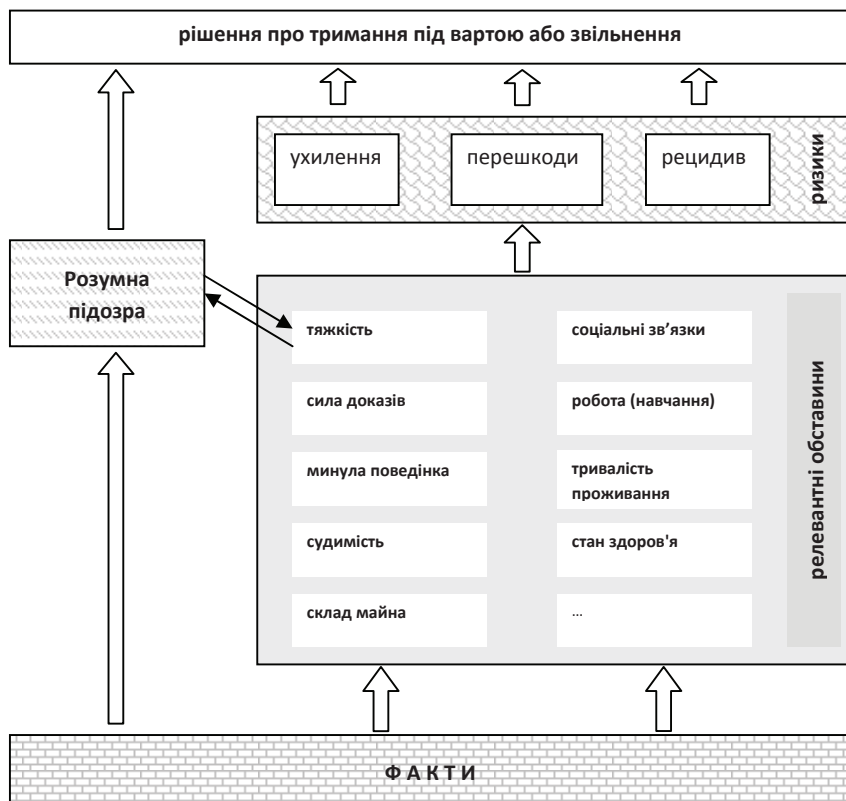
<sup>54</sup> *Dolgova v. Russia*, № 11886/05, §42, 2 March 2006.

<sup>55</sup> *Dolgova v. Russia*, № 11886/05, 2 March 2006.

ла обвинувачення і висувала власну версію подій. Вона була взята під варту і трималася під вартою до грудня 2005 року. Національні суди, що вирішували питання про взяття під варту та продовження тримання під вартою, послідовно посилалися на тяжкість обвинувачення як на головний критерій для визначення вірогідності її втечі або намагань зашкодити розслідуванню. Європейський суд визнав у цій справі порушення статті 5 §3 Конвенції.

Рішення про тримання під варту спирається, з одного боку, на висновок про розумність підозри проти особи, з іншого боку, на висновок про існування ризиків, зазначених у статті 148 Кримінально-процесуального кодексу. Якщо одна із опор зникає, особа має бути звільнена.

Висновок же про наявність якогось ризику ґрунтується на аналізі обставин, що свідчать за чи проти тримання під вартою. Спрощена схема рішення суду про тримання під вартою наводиться нижче.



*Наукове видання*

**Аркадій Бущенко**

**ТАКТИКА ЗАХИСТУ ПРАВА НА СВОБОДУ  
В МЕЖАХ КРИМІНАЛЬНОГО  
ПРОЦЕСУ**

**Посібник для адвокатів**

ISBN 617-587-057-0



Відповідальний за випуск *Євген Захаров*  
Редакція авторська  
Комп'ютерна верстка *Олег Мірошниченко*

Підписано до друку 12.12.2011  
Формат 60×84 1/16. Папір офсетний. Гарнітура Myriad Pro  
Друк офсетний. Умов. друк. арк. 2,02 Умов. фарб.-від. 2,18  
Умов.-вид. арк. 2,23. Наклад 1000 прим.

Видавництво «Права людини»  
61112, Харків, вул. Р. Ейдемана, 10, кв. 37  
Свідоцтво Державного комітету телебачення і радіомовлення України  
серія ДК № 3065 від 19.12.2007 р.

Надруковано на обладнанні Харківської правозахисної групи  
61002, Харків, вул. Іванова, 27, кв. 4  
<http://khp.org>  
<http://library.khp.org>