

**SUPPORT TO CRIMINAL JUSTICE REFORM  
IN UKRAINE**



DGI(2014)19

КОМЕНТАРІ ЩОДО ЗАКОНУ УКРАЇНИ "ПРО ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО ЗАКОНУ  
УКРАЇНИ ПРО БОРТЬБУ З ТЕРОРИЗМОМ" І ЗАКОНУ УКРАЇНИ "ПРО  
ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОДЕКСУ  
УКРАЇНИ ЩОДО ОСОБЛИВОГО РЕЖИМУ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ В  
УМОВАХ ВОЄННОГО, НАДЗВИЧАЙНОГО СТАНУ ТА У РАЙОНІ ПРОВЕДЕННЯ  
АНТИТЕРОРИСТИЧНОЇ ОПЕРАЦІЇ"

**Підготовлено на основі коментарів:**

**Джеремі МакБрайда, консультанта Ради Європи**

*29 вересня 2014р.*

## А. Вступ

1. Ці коментарі стосуються двох законів, а саме Закону України "Про внесення змін до Закону України про боротьбу з тероризмом" (надалі – «закон про превентивне затримання»)<sup>1</sup> і "Закону України "Про внесення змін до кримінального процесуального кодексу щодо особливого режиму досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану та у районі проведення антитерористичної операції" (надалі – «зміни до Кримінального процесуального кодексу»)<sup>2</sup>, а також Інструкції про порядок превентивного затримання у районі проведення антитерористичної операції осіб, причетних до терористичної діяльності, та особливого режиму досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції (надалі – «Інструкція»)<sup>3</sup>. В документі аналізується відповідність двох законів європейським нормам, зокрема тим, що встановлені Європейською Конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод (надалі – «Конвенція») та практики Європейського суду з прав людини (надалі – «Суд»).
2. Обидва закони були прийняті 12 серпня 2014 р. попри негативні висновки експертів, підготовлені Головним науково-експертним управлінням Верховної Ради України<sup>4</sup>. Інструкція була затверджена 27 серпня 2014 р.
3. В коментарях спочатку встановлюється сфера дії закону про превентивне затримання і Кримінального процесуального кодексу, а також положень пов'язаної з ними Інструкції. Потім аналізуються європейські норми, що стосуються положень, введених двома законами і Інструкцією, перед розгляданням їх відповідності цим нормам. Наприкінці розглядаються кроки, необхідні для забезпечення такої відповідності.
4. Коментарі підготовлені на основі перекладу закону про превентивне затримання, змін до Кримінального процесуального кодексу та Інструкції на англійську мову. Вони були підготовлені егідою рамках Проекту Ради Європи "Підтримка реформи кримінальної юстиції в Україні", що фінансується урядом Данії.

---

<sup>1</sup> Закон № 1630-VII від 12.08.2014.

<sup>2</sup> Закон № 1631-VII від 12.08.2014.

<sup>3</sup> N 1038/25815, затверджений Наказом N 872/88/537 від 26 серпня 2014 р.

<sup>4</sup> *Експертний висновок щодо проекту Закону «Про внесення змін до Закону України «Про боротьбу з тероризмом» щодо превентивного затримання у районі проведення антитерористичної операції осіб, причетних до терористичної діяльності, на строк понад ніж 72 години» та Експертний висновок щодо проекту Закону «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України щодо особливого режиму досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану та у районі проведення антитерористичної операції».*

## **В. Сфера застосування двох законів і Інструкції**

5. Два закони змінюють чинне законодавство, зокрема Закон України "Про боротьбу з тероризмом" і Кримінальний процесуальний кодекс шляхом додавання одного нового абзацу и однієї абсолютно нової статті до першого і абсолютно нової статті до останнього. Такі зміни відповідно передбачають можливість, за певних обставин, застосування превентивного затримання і реалізацію певних повноважень, у тому числі запобіжні заходи у вигляді тримання під вартою, прокурором, а не слідчим суддею. Інструкція в першу чергу торкається питань, пов'язаних з імплементацією двох законів, а її відповідні аспекти розглядаються під час аналізу кожного із законів.

### *Закон про превентивне затримання*

6. Перша зміна до цього закону передбачає додавання абзацу до Статті 14 – що стосується особливого порядку, який може бути встановлено в регіоні антитерористичної операції – та запровадження абсолютно нового положення – Статті 15-1, яка передбачає превентивне затримання осіб, причетних до тероризму в такому регіоні.
7. Згідно зі Ст. 10 Закону України "Про боротьбу з тероризмом", антитерористична операція проводиться

лише за наявності реальної загрози життю і безпеці громадян, інтересам суспільства або держави у разі, якщо усунення цієї загрози іншими способами є неможливим.

а район проведення антитерористичної операції визначається в Статті 1 як:

ділянки місцевості або акваторії, транспортні засоби, будівлі, споруди, приміщення та території чи акваторії, що прилягають до них і в межах яких проводиться зазначена операція.

8. Обидва абзаци, додані до Статті 14, і нова Стаття 15-1 уповноважують на застосування превентивного затримання. Перший надає більш повне – і можливо трохи інше – обґрунтування для цього, ніж останній, який в свою чергу повніше описує вимоги для такого застосування.
9. Таким чином, обґрунтування превентивного затримання в Статті 15-1 звучить як "для відвернення терористичних загроз у районі проведення антитерористичної операції", тоді як обґрунтування в абзаци, що додано до Статті 14 звучить як "з метою захисту громадян, держави і суспільства від терористичних загроз у районі проведення довготривалої антитерористичної операції", що більше відображає мову Статті 10.

10. Без сумнівів, відвернення "загроз" може виконувати функцію забезпечення захисту, однак є, звичайно, різниця, принаймні в нюансі, між двома цими положенням, оскільки відвернення загроз – зокрема без прикметника "реальних", який використано в Статті 10 – не обов'язково означає неминучість загрози, щоб для цього знадобилися заходи, які, вочевидь, вживаються для захисту громадян. Насправді, відвернення загроз може позначати або запобігання їх скоєнню будь-ким без спроможності їх виконання, або перешкоджання будь-кому отримувати спроможність для здійснення терористичної діяльності, без необхідності планувати такі заходи у найближчому майбутньому.
11. Більш того, в той час як Стаття 15-1 зосереджується лише на загрозах у "районі проведення антитерористичної операції", така операція має бути "довготривалою", як зазначено в абзаці, доданому до Статті 14. Таким чином, перше нововведення дозволяє превентивне затримання у будь-який час проведення антитерористичної операції, у той час як останнє вимагає, щоб така операція проводилась вже певний час; при цьому такий час аніж не конкретизується.
12. Однак, безсумнівно передбачається, що обидва положення мають сприйматись разом і читатись зі Статтею 10 не в останню чергу тому, що абзац, доданий до Статті 14 зазначає, що превентивне затримання здійснюється "з урахуванням особливостей, встановлених цим Законом". Тим не менш, різниця між формулюванням двох положень – особливо вимога, що міститься тільки в абзаці, доданому до Статті 14, про те, що операція має бути "довготривалою", при цьому цей термін не вживається більше аніде в Законі України "Про боротьбу з тероризмом" – впливає на чітке визначення обставин, за яких дозволяється використовувати превентивне затримання. Крім того, оскільки формулювання в додатковому абзаці Статті 14 є більш обмежувальним, ніж в Статті 15-1, можна було б очікувати, що останнє нововведення обумовлювалось би першим.
13. Конкретного тлумачення терміну "превентивне затримання" не міститься в жодному положенні, але він явно означає втрату свободи і здійснюється тільки, щоб не дозволити особі завдати терористичних загроз, отримати спроможність для вчинення терористичних актів або скоїти такі акти, в залежності від тлумачення обґрунтувань в Статтях 14 і 15-1. Однак з цих положень випливає, що надані повноваження самі по собі не переслідують будь-яку ціль, пов'язану із кримінальним процесом в Україні або будь-де. Таким чином, це відрізняється від запровадження – згідно з Кримінальним процесуальним кодексом – запобіжного заходу у вигляді тримання від вартою, який вказується як "превентивний захід" в перекладах Кодексу від 1960 р.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Див. напр. Статті 16.3(3), 148 і 165.2.

14. В контексті закону про превентивне затримання підставою для превентивного затримання є (а) "причетність особи до тероризму", (б) наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою "терористичної діяльності" і (в) наявність вмотивованого рішення на здійснення затримання, прийнятого одним або кількома зазначеними особами. Проте підставами для превентивного затримання Інструкція визначає тільки

наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою терористичної діяльності, включаючи кримінальні правопорушення, зазначені в Статтях 109-114-1, 258-258-5, 260-263-1, 294, 348, 349, 377-379 і 437-444 Кримінального кодексу України<sup>6</sup>.

15. Перша з умов в законі про превентивне затримання без сумніву є туманною, якщо її взяти саму по собі, оскільки вона може торкатись не тільки здійснення або сприяння здійсненню терористичних актів, але й обізнаності про осіб, причетних до таких дій, і несповіщення про це відповідних органів. Проте таку туманність можна швидко виправити другою умовою, яка вимагає обов'язкової наявності "обґрунтованої підозри" в тому, що особа насправді здійснює "терористичну діяльність", принаймні якщо розуміється, що останній термін посилається на тлумачення терористичного акту, як зазначено в Законі України «Про боротьбу з тероризмом»<sup>7</sup>. Крім того, умова в преамбулі Закону України «Про боротьбу з тероризмом»

Положення цього Закону не можуть бути застосовані як підстава для переслідування громадян, які, діючи в межах закону, виступають на захист своїх конституційних прав і свобод.

має обмежувати тлумачення певної діяльності як терористичної.

16. Оскільки терористична діяльність обов'язково передбачає вчинення одного або кількох кримінальних правопорушень<sup>8</sup>, наявність обґрунтованої підозри в

---

<sup>6</sup>Пункт 2.1.

<sup>7</sup>Пункт 1 визначає «терористичний акт» як «злочинне діяння у формі застосування зброї, вчинення вибуху, підпалу чи інших дій, відповідальність за які передбачена Статтею 258 Кримінального кодексу України», який в свою чергу становить, що «терористичний акт, тобто застосування зброї, вчинення вибуху, підпалу чи інших дій, які створювали небезпеку для життя чи здоров'я людини або заподіяння значної майнової шкоди чи настання інших тяжких наслідків, якщо такі дії були вчинені з метою порушення громадської безпеки, залякування населення, провокації воєнного конфлікту, міжнародного ускладнення, або з метою впливу на прийняття рішень чи вчинення або невчинення дій органами державної влади чи органами місцевого самоврядування, службовими особами цих органів, об'єднаннями громадян, юридичними особами, або привернення уваги громадськості до певних політичних, релігійних чи інших поглядів винного (терориста), а також погроза вчинення зазначених дій з тією самою метою...»

<sup>8</sup> Як вже зазначалось, Закон України "Про боротьбу з тероризмом" посилається на Статтю 258 Кримінального кодексу України, але також вказує що "У разі, коли терористична діяльність супроводжується вчиненням злочинів, передбачених статтями 112, 147, 258-260, 443, 444, а також іншими статтями Кримінального кодексу України (2341-14), відповідальність за їх вчинення настає відповідно до Кримінального кодексу". Однак, імовірно, що термін "терористичний акт" також охоплює

цьому відношенні надає достатніх підстав для затримання особи відповідно до Статей 207 і 208 Кримінального процесуального кодексу. Проте, окрім можливої незастосовності винятків, що дозволяють затримувати без ухвали слідчого судді<sup>9</sup>, отримати таку ухвалу може бути нездійснено на практиці<sup>10</sup>, а тому для того, щоби розпочати кримінальне провадження може не бути можливостей. Тим не менш, умова про обґрунтовану підозру підкреслює той факт, що вдавання до процедур в рамках звичайного кримінального провадження – це, щонайменш, теоретична альтернатива превентивному затриманню на самому початку або на пізнішій стадії його здійснення.

17. При цьому треба відзначити, що Інструкція визначає тероризм і "терористичну діяльність" ширше, ніж правопорушення, встановлені Кримінальним кодексом України<sup>11</sup>. Це може спричинити плутанину під час прийняття рішень (не дивлячись на положення пункту 1.3, що дії кваліфікуються згідно з правопорушеннями, вказаними в Кримінальному кодексі) і негативно вплинути на здійснення права на свободу самовираження<sup>12</sup>. Більш того, правопорушення, які виправдовують здійснення превентивного затримання, включають не тільки ті, що пов'язані з тероризмом відповідно до Кримінального кодексу, аде правопорушення, вказані в пунктах 1.3 і 2.1, охоплюють всі ті, щодо яких змінами до Кримінального процесуального кодексу встановлені особливі заходи досудового розслідування<sup>13</sup>.

---

такі правопорушення відповідно до Статей 258-1, 258-2, 258-2, 258-3, 258-4 і 258-5 Кримінального кодексу.

<sup>9</sup> Зокрема, якщо особу було спіймано під час скоєння або намагання скоїти правопорушення, відразу після цього або по гарячих слідах.

<sup>10</sup> Для цього див. параграфи 45 і 46.

<sup>11</sup> Тобто, ті, що вказані в п. 8. Так, в пункті 1.2 Інструкції вказується: "тероризм - суспільно небезпечна діяльність, яка полягає у свідомому, цілеспрямованому застосуванні насильства шляхом захоплення заручників, підпалів, убивств, тортур, залякування населення та органів влади або вчинення інших посягань на життя чи здоров'я ні в чому не винних людей або погрози вчинення злочинних дій з метою досягнення злочинних цілей; терористична діяльність – діяльність, яка охоплює: планування, організацію, підготовку та реалізацію терористичних актів; підбурювання до вчинення терористичних актів, насильства над фізичними особами або організаціями, знищення матеріальних об'єктів у терористичних цілях; організацію незаконних збройних формувань, злочинних угруповань (злочинних організацій), організованих злочинних груп для вчинення терористичних актів, так само як і участь у таких актах; вербування, озброєння, підготовку та використання терористів; пропаганду і поширення ідеології тероризму; фінансування та інше сприяння тероризму; фінансування тероризму – надання чи збір активів будь-якого роду з усвідомленням того, що їх буде використано повністю або частково для організації, підготовки і вчинення окремим терористом або терористичною організацією визначеного Кримінальним кодексом України терористичного акту, втягнення у вчинення терористичного акту, публічних закликів до вчинення терористичного акту, створення терористичної групи чи терористичної організації, сприяння вчиненню терористичного акту, будь-якої іншої терористичної діяльності, а також спроба здійснення таких дій; міжнародний тероризм - здійснювані у світовому чи регіональному масштабі терористичними організаціями, угрупованнями, у тому числі за підтримки державних органів окремих держав, з метою досягнення певних цілей суспільно небезпечні насильницькі дії, пов'язані з викраденням, захопленням, вбивством ні в чому не винних людей чи загрозою їх життю і здоров'ю, зруйнуванням чи загрозою зруйнування важливих народногосподарських об'єктів, систем життєзабезпечення, комунікацій, застосуванням чи загрозою застосування ядерної, хімічної, біологічної та іншої зброї масового ураження.

<sup>12</sup> Особливо посилання на "пропаганду і поширення ідеології тероризму".

<sup>13</sup> Див. пункти 14, 39 і 42.

18. Законом про превентивне затримання не вимагається, щоб затримана особа сама обов'язково знаходилась в регіоні антитерористичної операції під час запровадження заходу, але це вочевидь є необхідним наслідком положення в Інструкції про те, що первинне затримання особи здійснюється "співробітниками органів, які беруть участь у проведенні антитерористичної операції"<sup>14</sup> і що повноваження щодо превентивного затримання прокурор реалізує "лише на місцевості (адміністративній території), де проводиться антитерористична операція"<sup>15</sup>.
19. Вимога, щоб превентивне затримання здійснювалось на підставі вмотивованого рішення, явно потребує здійснення цього заходу, щоб мати змогу обґрунтувати, посилаючись на (а) терористичні загрози, які нібито попереджаються, (б) наявність відповідної антитерористичної операції, яка дозволяє здійснити такий захід і (с) наявність обґрунтованої підозри, що особа здійснила "терористичну діяльність".
20. Хоча закон про превентивне затримання вимагає обґрунтування рішення, не має чіткого посилання на те, що воно має бути у письмовій формі. Тим не менш, дуже сумнівно, що можна насправді доказати обґрунтованість рішення без деякої форми документарного запису процесу аргументації, проте він може бути в скороченій формі. Насправді, за відсутності такого запису свавільне рішення може підлягати раціональному поясненню після події. Тим не менш, потреба в щонайменш письмовому рішенні, здається, є необхідним наслідком вимоги про те, що його копія має бути надана зазначеній особі і відправлена слідчому судді або до суду. Більш того, вимога, що написання має відбуватись водночас з прийняттям рішення звичайно витікає із зобов'язання "негайно передати" останнє зазначеній особі. Інструкція передбачає такі ж вимоги щодо вручення копії рішення про превентивне затримання затриманій особі та слідчому судді. Однак треба зазначити, що єдина наявна вимога щодо обґрунтування міститься в Інструкції, а саме, що необхідне *мотивоване* рішення стосовно "відсутності підстав для надання згоди на превентивне затримання"<sup>16</sup>, тобто, не там, де застосування насправді дозволене.
21. В законі про превентивне затримання вказується, що компетенцію для рішення про те, чи може превентивне затримання застосовуватись до будь-якої особи, мають начальники Головного управління (управління) Служби безпеки України і начальник Головного управління (управління) Міністерства внутрішніх справ України в Автономній Республіці Крим, у відповідній області, містах Києві та Севастополі. Прямо передбачається, що не потребується ніякого рішення слідчого судді або суду, але будь-яке рішення вказаних осіб вимагає "згоди

---

<sup>14</sup> Пункт 2.3.

<sup>15</sup> Пункт 2.5.

<sup>16</sup> Пункт 2.14; Курсив – від автора.

прокурора". Проте, хоча цей перелік повторюється в Інструкції, вона також визначає, які саме прокурори можуть надавати необхідну згоду, вказуючи, що повноваження щодо надання згоди на превентивне затримання "здійснюється прокурорами обласного рівня, їх заступниками"<sup>17</sup>.

22. В Інструкції чіткіше, ніж в законі про превентивне затримання, зазначається, що особа, яка підлягає превентивному затриманню, спочатку затримується, а потім відбуваються певні процеси перед прийняттям відповідного рішення.
23. Так, відносно первинного затримання є положення про виконання процедури відповідно до Статті 208 Кримінального процесуального кодексу<sup>18</sup>, кроки для доставляння до прокурора особи, стосовно якої вирішується питання про застосування превентивного затримання<sup>19</sup> і вимога, що загальний строк вирішення питання про превентивне затримання не може перевищувати 72 години з моменту "фактичного затримання особи"<sup>20</sup>, а також, що особи, причетні до терористичної діяльності, "затримуються" "співробітниками органів та підрозділів, які беруть участь у проведенні антитерористичної операції"<sup>21</sup>.
24. Тим не менш, ані закон про превентивне затримання, ані Інструкція не надають офіційного права затримувати особу для обміркування того, чи має превентивне затримання застосовуватись до неї. Більш того, сумнівно під питанням є те, чи можна користатися традиційними повноваженнями, наданими Кримінальним процесуальним кодексом, оскільки, хоча імовірно є обставини вважати, що були скоєні тяжкі правопорушення, мета процедури полягає в тому, щоб зрозуміти, чи має до особи застосуватись превентивне затримання, аніж щодо того, чи варта чи ні розпочати кримінальне переслідування. Здається, що структура Інструкції, напевно, збудована на припущенні наявності дискретного повноваження, а тому дивно, що воно не було включене до Інструкції.
25. Перед прийняттям рішення про дозвіл на превентивне затримання, зазначений прокурор зобов'язаний розглянути питання щодо застосування "за участю особи, стосовно якої вирішується питання про застосування" такого заходу<sup>22</sup>. Вочевидь, йдеться про певну форму слухання, але не має жодних вимог щодо розкриття інформації або будь-яких обвинувачень у відношенні до зазначеної особи. Проте прокурор зобов'язаний перевірити дотримання вимог закону щодо невідкладного повідомлення затриманому про "підстави затримання та роз'яснення його прав, передбачених кримінальним процесуальним

---

<sup>17</sup> Пункт 2.4.

<sup>18</sup> Пункт 2.2. Воно також застосовує вимоги, пов'язані з залученням понятих для особистого обшуку, і передбачає ідентифікацію затриманої особи.

<sup>19</sup> Пункт 2.3.

<sup>20</sup> Пункт 2.9.

<sup>21</sup> Пункт 2.3.

<sup>22</sup> Пункт 2.6.



законодавством України"<sup>23</sup>. Здається, що це відноситься до первинного затримання зазначеної особи, але не до застосування превентивного затримання. Однак, вимога вносить плутанину, оскільки, як вже зазначалось, є деяка невпевненість щодо того, чи може таке затримання здійснюватись в рамках Кримінального процесуального законодавства<sup>24</sup>.

26. В Статті 15-1 або в Інструкції немає положення про те, що особа, до якої застосовується превентивне затримання, має право на консультацію з адвокатом – до видачі дозволу на таке затримання або протягом такого затримання – але це може припускати обов'язок перевіряти дотримання прав згідно з кримінально-процесуальним законодавством, навіть якщо превентивне затримання не є частиною кримінального процесу.
27. Більш того, у разі можливості консультацій з адвокатом, немає чіткого положення про те, що видатки за отримання юридичної допомоги несе держава. Зрозуміло, що оскільки здійснення превентивного затримання не входить до сфери застосування Кримінального процесуального кодексу, на його положення стосовно цього<sup>25</sup> навряд чи можна покладатись без чіткого унормування цього питання.
28. Є також вимога повідомляти Міністерство закордонних справ, якщо у затриманої особи є документи, які "свідчать про її належність до громадянства іноземної держави"<sup>26</sup>, що може сприяти – але не гарантує – доступу до консульської підтримки.
29. Пояснення в законі про превентивне затримання і Інструкції про те, що превентивне затримання має бути на строк понад 72 години, але не більше 30 діб, має на увазі, що перший – це мінімальний період застосування такого заходу. При цьому, вочевидь, допускається призначення тривалішого періоду, але не більше, ніж вказана верхня межа. Немає положення про продовження рішення, якщо призначається строк менший, ніж 30 днів, таким чином здається неймовірним, що період, зазначений в рішенні, колись може бути меншим, ніж максимальний.
30. Немає положення, такого, як, наприклад, в Статті 185.1 Кримінального процесуального кодексу<sup>27</sup>, що зобов'язує зазначених осіб переглянути будь-яке рішення про застосування превентивного затримання і, зокрема, завершити його

---

<sup>23</sup> Пункт 2.7.

<sup>24</sup> Див. пункт. 24

<sup>25</sup> Зокрема, Статті 20, 22 і 193.2(1).

<sup>26</sup> Пункт 2.8.

<sup>27</sup> "Якщо після подання клопотання про застосування запобіжного заходу прокурору стали відомі обставини, що виключають обґрунтовану підозру у вчиненні особою кримінального правопорушення, він зобов'язаний відкликати клопотання про застосування запобіжного заходу та відкликати дозвіл на затримання, якщо такий дозвіл був отриманий".

до моменту звільнення особи до закінчення 30-денного максимуму. Це може бути доречним, якщо буде встановлено, що умов, які виправдовують превентивне затримання, більше не існує.

31. Останні два абзаци Статті 15-1 пов'язують тривалість превентивного затримання з рішенням застосовувати традиційний кримінальний процес по відношенню до зазначеної особи. В них передбачається, що рішення про його застосування має "негайно" направлятись до слідчого судді, суду "відповідної юрисдикції разом із клопотанням про обрання належного запобіжного заходу стосовно відповідної особи" і що превентивне затримання не може продовжуватися після розгляду клопотання<sup>28</sup>. Проте неясно, як на практиці слідчий суддя або суд зможуть розглянути клопотання про обрання запобіжного заходу до досягнення 30-денного максимального строку превентивного затримання і, насправді, чи будь-хто з них матиме право розглядати клопотання одразу після отримання. Тим не менш, дійсно здається, що після превентивного затримання підрозумівається продовження процедур в рамках кримінального провадження.
32. Останнє очікування посилюється вимогою про те, що перед вирішенням питання про надання згоди на превентивне затримання прокурор має внести "відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань"<sup>29</sup>.
33. В законі про превентивне затримання не міститься жодного посилання на можливість особи, до якої застосовується рішення про превентивне затримання, оскаржити його в суді. І хоча Інструкція передбачає, що "затримана особа має право у будь-який час оскаржити в суді своє затримання"<sup>30</sup>, не зрозуміло, яку процедуру можна для цього використати. Звісно, що Суд ніколи не визнавав жодної такої процедури для оскарження затримання поза рамками кримінального процесу, запропонованої владою України, адже необхідно забезпечити ефективний судовий контроль<sup>31</sup>. В деяких випадках причиною було те, що спиралися на положення Кримінального процесуального кодексу, які незастосовні до зазначених проваджень, але і покладання на Статтю 24 Кодексу адміністративного судочинства<sup>32</sup> не вважалось достатнім для дотримання норм

---

<sup>28</sup> Це підтверджується в Пунктах 2.12 і 13 Інструкції.

<sup>29</sup> Пункт 2.10.

<sup>30</sup> Пункт 2.16

<sup>31</sup> Див., напр., «Солдатенко проти України», №. 2440/07, 23 жовтня 2008 р., «Дубовик проти України», №. 33210/07, 15 жовтня 2009 р., «Лузан проти України», №. 51243/08, 18 лютого 2010 р. і «Новак проти України», №. 60846/10, 31 березня 2011 р.

<sup>32</sup> «В Статті 2 Кодексу зазначається, що завданням адміністративного судочинства є захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб. В другому параграфу цієї Статті йдеться, що до адміністративних судів можуть бути оскаржені будь-які рішення, дії чи бездіяльність суб'єктів владних повноважень».

Конвенції<sup>33</sup>. Треба визнати, що це завжди відбувалось в контексті справ з депортації та екстрадиції, однак здається, що немає жодних підстав вважати, що створене в них упущення не буде застосовуватися так само до здійснення превентивного затримання.

34. Як зазначалось, копія рішення має бути надана зазначеній особі. Це дозволило б їй, принаймні, в принципі, розглянути, чи бажає вона ініціювати провадження для оскарження рішення.
35. Інструкція також зобов'язує прокурорів вести облік погодження рішень про превентивні затримання "у відповідних журналах"<sup>34</sup>.
36. В законі про превентивне затримання немає жодних вказівок щодо місця утримання особи, до якої застосовується превентивне затримання, та щодо будь-яких особливих вимог, що регулюють умови утримування такої особи. Проте в Інструкції йдеться, що "тримання затриманих осіб здійснюється відповідно до Закону України "Про попереднє ув'язнення". Жодний з цих заходів не робить ніякої спроби виключити загальноприйнятні положення про заборону жорстокого поводження<sup>35</sup>.

#### *Зміни до Кримінального процесуального кодексу*

37. Дія нової Статті 615 полягає в тому, щоб за певних обставин прокурори отримують деякі повноваження, пов'язані з досудовим розслідуванням, які зазвичай покладені тільки на слідчих суддів.
38. Зазначені повноваження стосуються розглядання клопотань або запитів, зроблених слідчими або прокурорами для:

---

<sup>33</sup> Так, в справі *«Дубовик проти України»*, №. 33210/07, 15 жовтня 2009 р., Суд постановив: "Уряд посилався також на статтю 2 Кодексу адміністративного судочинства, яка, на думку Уряду, надавала заявниці ефективний засіб юридичного захисту – можливість оскаржити рішення про екстрадицію та будь-яку дію, вчинену під час вирішення питань, пов'язаних з екстрадицією. Це положення гарантує кожному право оскаржити до адміністративних судів будь-які рішення, дії чи бездіяльність суб'єктів владних повноважень. Однак Уряд не надав ніяких доказів наявності у судів повноважень з такого контролю і не навів рішень, які б свідчили про здійснення ними такого контролю, тимчасом як у справах, раніше розглянутих Судом, констатувалося визнання національними судами того факту, що Кодекс адміністративного судочинства не передбачає належної процедури оскарження рішень про екстрадицію і не наділяє суди повноваженнями вирішувати питання щодо законності екстрадиції (див. згадане вище рішення у справі Солдатенка, пп. 46 і 49). Суд також зазначає в п. 66, що 26 червня 2008 року заявниця звернулася зі скаргою відповідно до Кодексу адміністративного судочинства, але її так і не було розглянуто до березня 2009 року, коли заявницю звільнили з-під варті".

<sup>34</sup> Пункт 2.11.

<sup>35</sup> Зокрема, Стаття 28 Конституції: «Кожен має право на повагу до його гідності. Ніхто не може бути підданий катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує його гідність, поводженню чи покаранню...».

- надання тимчасового доступу до речей і документів<sup>36</sup>;
- обшуку житла чи іншого володіння особи<sup>37</sup>;
- здійснення негласних слідчих (розшукових) дій<sup>38</sup>; і
- накладення запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою на строк до 30 днів.

39. Здійснення цих повноважень прокурором припустимо тільки за умови виконання трьох умов, а саме: (а) це має відбуватись на "місцевості (адміністративній території), на якій діє правовий режим воєнного, надзвичайного стану, проведення антитерористичної операції", (b) було скоєні певні визначені злочини, і (c) якщо слідчий суддя не може виконати повноваження у встановлені Кодексом строки.

40. Чи можна називати те або інше місце "місцевістю (адміністративною територією), на якій діє правовий режим воєнного, надзвичайного стану, проведення антитерористичної операції", імовірно, залежить від відповідності його призначення законодавству і Конституції<sup>39</sup>.

41. Відповідна місцевість – це, зрозуміло, та, де можуть бути скоєні наведені злочини, але це не є їх ознакою.

42. Згідно з Кримінальним кодексом, це тяжкі злочини, які включають:

- дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади<sup>40</sup>;
- посягання на територіальну цілісність і недоторканність<sup>41</sup> України;
- державна зрада<sup>42</sup>;
- посягання на життя державного чи громадського діяча<sup>43</sup>;
- диверсія<sup>44</sup>;
- передача або збирання з метою передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомостей, що становлять державну таємницю, якщо ці дії вчинені іноземцем або особою без громадянства<sup>45</sup>;
- терористичний акт<sup>46</sup>;
- втягнення у вчинення терористичного акту<sup>47</sup>;
- публічні заклики до вчинення терористичного акту<sup>48</sup>;
- створення терористичної групи чи терористичної організації<sup>49</sup>;

<sup>36</sup> Статті 163 і 164.

<sup>37</sup> Статті 234 і 235.

<sup>38</sup> Статті 247 і 248.

<sup>39</sup> Статті 85(31) і 107(20) & (21).

<sup>40</sup> Стаття 109.

<sup>41</sup> Стаття 110.

<sup>42</sup> Стаття 111.

<sup>43</sup> Стаття 112.

<sup>44</sup> Стаття 113.

<sup>45</sup> Стаття 114.1.

<sup>46</sup> Стаття 258.

<sup>47</sup> Стаття 258-1.

<sup>48</sup> Стаття 258-2.

- сприяння вчиненню терористичного акту<sup>50</sup>;
- фінансування тероризму<sup>51</sup>;
- створення не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань<sup>52</sup>;
- напад на об'єкти, на яких є предмети, що становлять підвищену небезпеку для оточення<sup>53</sup>;
- викрадення, привласнення, вимагання вогнепальної зброї, бойових припасів, вибухових речовин чи радіоактивних матеріалів або заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживанням службовим становищем<sup>54</sup>;
- Носіння, зберігання, придбання, передача чи збут вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв без передбаченого законом дозволу<sup>55</sup>;
- масові заворушення<sup>56</sup>;
- посягання на життя працівника правоохоронного органу, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовця<sup>57</sup>;
- захоплення представника влади або працівника правоохоронного органу як заручника<sup>58</sup>;
- погроза або насильство щодо судді, народного засідателя чи присяжного<sup>59</sup>;
- умисне знищення або пошкодження майна судді, народного засідателя чи присяжного<sup>60</sup>;
- посягання на життя судді, народного засідателя чи присяжного у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя<sup>61</sup>;
- планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни<sup>62</sup>;
- порушення законів та звичаїв війни<sup>63</sup>;
- застосування зброї масового знищення<sup>64</sup>;
- розроблення, виробництво, придбання, зберігання, збут, транспортування зброї масового знищення<sup>65</sup>;
- екоцид<sup>66</sup>;
- геноцид<sup>67</sup>;
- посягання на життя представника іноземної держави<sup>68</sup>; і
- злочини проти осіб та установ, що мають міжнародний захист<sup>69</sup>.

---

<sup>49</sup> Стаття 258-3.

<sup>50</sup> Стаття 258-4.

<sup>51</sup> Стаття 258-5

<sup>52</sup> Стаття 260.

<sup>53</sup> Стаття 261.

<sup>54</sup> Стаття 262.

<sup>55</sup> Стаття 263-1

<sup>56</sup> Стаття 294.

<sup>57</sup> Стаття 348.

<sup>58</sup> Стаття 349.

<sup>59</sup> Стаття 377.

<sup>60</sup> Стаття 378.

<sup>61</sup> Стаття 379.

<sup>62</sup> Стаття 437.

<sup>63</sup> Стаття 438.

<sup>64</sup> Стаття 439.

<sup>65</sup> Стаття 440.

<sup>66</sup> Стаття 441.

<sup>67</sup> Стаття 442.

<sup>68</sup> Стаття 443.

<sup>69</sup> Стаття 444.

43. Щодо третьої умови, то здається, що насправді не існує жодного конкретного строку для прийняття рішень щодо клопотань про тимчасовий доступ до речей і документів.
44. З іншої сторони, чіткі строки передбачаються для здійснення інших трьох видів повноважень, до яких застосовується Стаття 615.
45. Так, клопотання про надання дозволу на проведення обшуку має бути розглянуто протягом доби з моменту його отримання<sup>70</sup>. Клопотання про надання дозволу на проведення негласної слідчої (розшукової) дії – протягом шести годин з моменту його отримання<sup>71</sup>. Також, клопотання про застосування або зміну запобіжного заходу розглядається невідкладно, але не пізніше сімдесяти двох годин з моменту фактичного затримання підозрюваного, обвинуваченого або з моменту надходження до суду клопотання, якщо підозрюваний, обвинувачений перебуває на свободі, чи з моменту подання підозрюваним, обвинуваченим, його захисником до суду відповідного клопотання.<sup>72</sup>
46. Отже, в таких випадках є чітке зобов'язання прийняти відповідне рішення протягом відносно короткого періоду часу за звичайних обставин. В основі прийняття змін до Кримінального процесуального кодексу має бути припущення про те, що обставини у відповідній місцевості повинні бути такими, що допускають випадки, коли виконання цього зобов'язання не є практично здійсненним, проте є бажання або потреба звернутися до певних повноважень, передбачених в рамках кримінального провадження.
47. Хоча не передбачено схожого короткого терміну для вирішення клопотань про надання доступу до речей і документів, і хоча зазвичай зобов'язання спочатку викликати особу, що володіє ними, до суду можна обійти, якщо сторона кримінального провадження, яка звернулася з клопотанням, доведе "наявність достатніх підстав вважати, що існує реальна загроза зміни або знищення речей чи документів"<sup>73</sup>, зрозуміло, що слідчий суддя може, в обставинах, до яких апелює нова Стаття 615, бути недоступним у відповідній місцевості для того, щоб прийняти своєчасне рішення щодо запиту про доступ до речей і документів для уникнення можливої упередженості кримінального провадження.
48. Однак з нової Статті 615 не ясно, чи може рішення про відповідний запит або клопотання прийматись таким самим прокурором, який його подає. Зрозуміло, що таке наявно не забороняється, адже це суперечило б принципу змагальності сторін, який має регулювати здійснення кримінального провадження<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> Стаття 234.4.

<sup>71</sup> Стаття 248.1.

<sup>72</sup> Статті 186 і 206.4.

<sup>73</sup> Стаття 163.2.

<sup>74</sup> Стаття 22 Кримінального процесуального кодексу

Оскільки Інструкція зазначає, що ці повноваження повинні здійснюватися прокурором, "який здійснює процесуальне керівництво у відповідному кримінальному провадженні"<sup>75</sup>, здається, це вказує на відсутність розподілу ролей/функцій. Це пояснюється тим, що той же прокурор, що буде клопотати про обрання запобіжного заходу, проведення обшуку або вилучення документів та речей, чи погоджувати таке клопотання слідчого, виконуючи роль слідчого судді, цей прокурор буде погоджувати те, про що він сам вже клопотав.

49. Якщо прокурор накладає запобіжний захід у вигляді тримання під вартою перед фактичним затриманням зазначеної особи, виникає необхідність дотримання Статті 186 про те, що клопотання про застосування запобіжного заходу розглядається "невідкладно, але не пізніше сімдесяти двох годин з моменту фактичного затримання підозрюваного, обвинуваченого", однак, імовірно, що цим скоріше буде займатись прокурор, а не слідчий суддя.

50. Припускається, що на прокурора, який здійснює повноваження слідчого судді по відношенню до обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, також поширюються загальні обов'язки такого судді відповідно до Статті 206 щодо захисту прав людей, позбавлених свободи. Це є особливо важливим, оскільки мова йде про обов'язки забезпечити належне розслідування за заявами щодо жорстокого поводження, а також наявність у зазначеної особи захисника<sup>76</sup>.

51. В той час як нова Стаття 615 уповноважує прокурора обирати запобіжний захід у вигляді тримання під вартою на строк до 30 діб, в інші положення Кримінального процесуального кодексу, що регулюють обрання запобіжних заходів, не внесено жодних змін. В результаті, пропускається, що зазначений прокурор зобов'язаний виконувати положення Статті 183.1, зокрема:

Тримання під вартою є винятковим запобіжним заходом, який застосовується виключно у разі, якщо прокурор доведе, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів не зможе запобігти ризикам, передбаченим статтею 177 цього Кодексу<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Пункт 3.1.

<sup>76</sup> В абзацах 6, 7 і 9.

<sup>77</sup> В Статті 177 вказується, що: "1. Метою застосування запобіжного заходу є забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього процесуальних обов'язків, а також запобігання спробам: 1) переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду; 2) знищити, сховати або спотворити будь-яку із речей чи документів, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення; 3) незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого, експерта, спеціаліста у цьому ж кримінальному провадженні; 4) перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином; 5) вчинити інше кримінальне правопорушення чи продовжити кримінальне правопорушення, у якому підозрюється, обвинувачується. 2. Підставою застосування запобіжного заходу є наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення, а також наявність ризиків, які дають достатні підстави слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний, обвинувачений, засуджений може здійснити дії, передбачені частиною першою цієї Статті. Слідчий, прокурор не мають права ініціювати застосування запобіжного заходу без наявності для цього підстав, передбачених цим Кодексом".

52. Аналогічно, можливість затриманого за Статтею 201 клопотати про скасування або заміну запобіжного заходу не порушується новою Статтею 615, а тому залишається доступною. Однак, згідно з абзацом третім цієї статті слідчий суддя, суд зобов'язаний розглянути таке клопотання "протягом трьох днів з дня його одержання". Практична здійсненність такої вимоги має бути під сумнівом, якщо вірні припущення, що виправдовують прийняття нової Статті 615. За таких обставин можливе неявне урізання дії Статті 201 новою Статтею 615.
53. Крім того, оскільки в новій Статті 615 не виключаються положення Кримінального процесуального кодексу щодо забезпечення права на захист на стадії досудового розслідування, зокрема Статей 42 і 44-54, треба припустити, що вони також застосовуються. Однак немає жодної інформації про те, як це буде організовано, що безсумнівно має певне значення, враховуючи припущення, що обставини, які передбачають виконання нинішніх повноважень прокурором є такими, за яких нормальна робота слідчого судді є неможливою.
54. Окрім уточнень щодо прокурора, який буде здійснювати відповідні повноваження<sup>78</sup>, все, що Інструкція додає до змін положень Кримінального процесуального кодексу – це визначення, що прокурор розглядає зазначені питання і самостійно приймає рішення відповідно до Статті 110 Кодексу<sup>79</sup>, яка регулює прийняття процесуальних рішень і встановлює процедуру для підтвердження рішень прокурором<sup>80</sup>.

### С. Європейські норми

55. Необхідно мати на увазі, що як на європейському, так і міжнародному рівні не було прийнято жодних особливих норм, які б регулювали обставини, за яких осіб можна було б позбавити свободи в умовах воєнного, надзвичайного стану та у районі проведення антитерористичної операції, на відміну від поводження з ними, коли це трапляється.<sup>81</sup> Більш того, стосовно арешту терористів *прийнято* Комітетом міністрів Ради Європи *Керівні принципи з прав людини і боротьби з тероризмом*<sup>82</sup>, що передбачають такий арешт тільки на основі таких же вимог, що стосуються арешту будь-якої особи, яка підозрюється у вчиненні злочину<sup>83</sup>.

---

<sup>78</sup> Див. пункт 48

<sup>79</sup> Пункти 3.2.2, 3.3.2, 3.4.2 і 3.5.2,

<sup>80</sup> Пункт 3.6.

<sup>81</sup> Таким чином, Додатковим протоколом до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв збройних конфліктів міжнародного характеру (Протокол II) унормовано лише мінімум норм поводження з особами, позбавленими свободи з причин, пов'язаних зі збройним конфліктом (Статті 4 і 5). В документі немає чіткої вказівки, коли саме таке позбавлення виправдане.

<sup>82</sup> Прийнятий на 804-х зборах (11 липня 2002 року), (Н(2002) 4).

<sup>83</sup> VII. Арешт і взяття під варту органами внутрішніх справ 1. Особу, яка підозрюється у причетності до терористичної діяльності, можна заарештовувати тільки за наявності обґрунтованої підозри. Їй мають повідомити про мотиви арешту. 2. Особа, яку було заарештовано або затримано у зв'язку з причетністю



56. Таким чином, будь-яке позбавлення свободи в умовах воєнного, надзвичайного стану та у районі проведення антитерористичної операції має узгоджуватися із загальноприйнятими гарантіями права на свободу і особисту недоторканість людини, що надаються згідно зі Статтею 5 Конвенції.

57. Посилаючись на велике значення цих гарантій для забезпечення права особи у будь-якому демократичному суспільстві бути захищеною від свавільного затримання владою, Суд нещодавно заявив, що

у своїй судовій практиці він багаторазово наголошував, що затримання особи має не тільки відповідати нормам матеріального та процесуального права національного законодавства, але й так само меті Статті 5, а саме забезпечувати захист особи від свавілля (Див. наведене вище рішення по справі «Шахал», § 118). Це наполягання на захисті особи від будь-якого перевищення влади демонструє той факт, що § 1 Статті 5 визначає обставини, за яких особу можна позбавити волі на законних підставах. Норма наполягає на тому, що цим обставинам має надаватися вузьке тлумачення з урахуванням того факту, що вони являють собою винятки до найбазовіших гарантій права людини на свободу (див. справу «Квінн проти Франції», 22 березня 1995р., § 42, серія А №311).

231. Також треба наголосити на тому, що автори Конвенції посилили захист особи від свавільного позбавлення волі шляхом надання гарантій матеріальних прав, які мають наміром знизити ризики прояву свавілля, шляхом забезпечення відповідальності за акт позбавлення волі перед незалежним судом і підзвітності органів влади за вчинення такого акту. В цьому контексті вимоги §§ 3 і 4 Статті 5, які наголошують на негайності і судовому розгляді, відіграють особливо важливу роль. Негайне втручання суду може допомогти виявити та попередити заходи, що загрожують життю, або жорстоке поводження, які порушують основоположні гарантії, що забезпечуються статтями 2 і 3 Конвенції (див. вище рішення по справі «Аксой», § 76). Під загрозою захист фізичної свободи особи, а також її особиста недоторканість в контексті, який – за умови відсутності заходів безпеки – може призвести до порушення принципу верховенства права і зробити навіть найпростіші форми правового захисту недосяжними для затриманих.

232. Хоча розслідування терористичної діяльності, безумовно, ставить органи влади перед необхідністю вирішувати особливі проблеми, це не означає, що в них є карт-бланш згідно зі Статтею 5 арештовувати осіб, що підозрюються у вчиненні правопорушення, і тримати їх під вартою в органах внутрішніх справ без ефективного контролю місцевих судів і, як останньої інстанції, органів, які здійснюють нагляд за дотриманням Конвенції, у будь-який час, коли вони вважають, що це була терористична діяльність (див. вище рішення по справі «Дікме», §64)<sup>84</sup>.

58. Таким чином, особливі проблеми, які виникають внаслідок терористичної діяльності і створюють необхідність вводити воєнний, надзвичайний стан або

---

до терористичною діяльністю, має негайно постати перед суддею. Особа може знаходитися під вартою протягом розумно необхідного періоду, тривалість якого має визначатися законодавством. 3. Особа, заарештована або затримана за участь в терористичній діяльності, повинна мати можливість оскаржити в суді законність свого знаходження під вартою. **VIII. Регулярний нагляд за попереднім затриманням** Особа, яку підозрюють у причетності до терористичної діяльності, має право на здійснення судом регулярного нагляду за законністю свого затримання". Крім регулювання поводження з особами, яких позбавлено волі за участь в терористичній діяльності (Стаття XI), Посібник передбачає можливість відступу від певних зобов'язань під час воєнного або надзвичайного стану, але не уточнює конкретні норми, яких повинні дотримуватися (Стаття XV).

<sup>84</sup> Див. справу "Ел-Масрі проти колишньої Югославської Республіки Македонія" [GC], № 39630/09, 13 грудня 2012 р., і останнім часом знайшло ще більше відображення у справі "Аль-Нашїрі проти Польщі" [GC], №28761/11, 24 липня 2014 р., пункти 527-529 "Хусайн (Абу Забайдах) проти Польщі" [GC], №7511/13, 24 липня 2014 р., пункти 521-523.

проводити АТО, не можуть виправдовувати будь-яке послаблення загально визнаних вимог, якщо тільки ці проблеми не є достатньою підставою для обґрунтування відступу від них, оскільки існуючу ситуацію можна охарактеризувати як "війну або іншу суспільну небезпеку, яка загрожує життю нації" відповідно до Статті 15 Конвенції. Більш того, будь-який відступ від вимог має бути обумовлений гострою необхідністю і можливий лише за умови виконання певних процедурних вимог.

59. В першу чергу приймається до уваги наявність законодавчої бази для позбавлення свободи, обсяг, в якому її можна застосовувати, якщо метою не є можливе кримінальне переслідування, її застосування згідно з процедурами кримінального процесу, вимоги про повідомлення про підстави для затримання, необхідність надати можливість консультацій з адвокатом і консульськими посадовими особами, а також вимога здійснення судового контролю. В останню чергу розглядаються вимоги щодо доступу до речей і документів, обшуків і негласних слідчих (розшукових) дій.

#### *Законодавча база*

60. Як вже відмічалось, Стаття 5 Конвенції забороняє будь-яке затримання, якщо воно здійснюється не на підставах та не у відповідності з встановленим законом порядком. Ця вимога стосується як наявності законодавчої бази для затримання, так і здійснення повноваження в конкретному випадку.

61. Зазвичай законодавча база представлена національним законодавством, хоча існує деяка підтримка міжнародного права як дискреційного джерела влади, коли це практикується державами або застосовується згідно з положеннями Конституції<sup>85</sup>.

62. Проте в практиці Суду міцно закріпилося поняття про те, що вимога щодо наявності законодавчої бази для затримання не означає просто наявність формальних норм закону. Ці норми мають бути зрозумілими і передбачуваними, тобто вони мають бути відкритими і достатньо точними, щоб дозволити будь-кому передбачити наслідки, які тягне за собою певна дія, і таким чином уникнути всіх ризиків свавілля<sup>86</sup>.

63. Проте у випадках, навіть коли є законодавча база для затримання, воно вважатиметься свавільним, якщо є ознаки недобросовісності або обману, або наказ про затримання та його виконання не відповідають меті накладених

---

<sup>85</sup> Див., наприклад, справу "Дрозд і Янушек проти Франції і Іспанії", №12747/87, 26 червня 1992 р.

<sup>86</sup> Див., наприклад, справу "Стіл проти Сполученого Королівства", №24838/94, 23 вересня 1998 р.

обмежень<sup>87</sup>. Останнє матиме особливе значення для встановлення реальної необхідності затримання (чи є підходящі альтернативи?) або його строку<sup>88</sup>.

64. Більш того, затримання вважатиметься свавільним, якщо воно накладається з метою, яка не відповідає правам відповідно до Конвенції.<sup>89</sup> Наприклад, це може мати принципове значення для визначення терміну "тероризм" і використання його в конкретному випадку. Таким чином, хоча спроби змінити конституційний лад із застосуванням насильства або переслідування антидемократичної мети<sup>90</sup> є неприпустимими, позбавлення свободи тих, хто намагається змінити, здійснюючи на законних підставах своє право на свободу об'єднань і слова, та їх затримання не є виправданими.

#### *Превентивне затримання*

65. Стаття 5(1) Конвенції передбачає – з метою обмеження – дійсні підстави для затримання, і це особливо важливе для цієї мети, оскільки ці підстави не включають використання превентивного затримання, тобто затримання з метою попередження злочину, окрім наміру попередження конкретного злочину і подальшого переслідування особи. Більш того, через невпевненість у підозрі щодо вчинення особою, яка затримується, злочину, таке затримання стає свавільним. Таким чином, Суд дійшов висновку, що затримання без судового розгляду діянь підозрюваних терористів становитиме порушення Статті 5(1), якщо згідно зі Статтею 15 Конвенції не було жодного допустимого відступу від норм<sup>91</sup>.

66. Проте Суд встановив, що наявність терористичної загрози є достатньою підставою для відступу, і затримання без судового розгляду є законним і пропорційним засобом реагування на загрозу за певних обставин у двох справах, які він розглядав<sup>92</sup>.

---

<sup>87</sup> Див. *"Сааді проти Сполученого Королівства"* [GC], №13229/03, 29 січня 2008 р. Постанова по справі *Сааді* також наголошує, що між підставою для позбавлення волі і місцем та умовами затримання мають бути відносини пропорційності.

<sup>88</sup> Як відзначив Суд у справі *"Вітольд Літва проти Польщі"*, №26629/95, 4 квітня 2000 р., "необхідною ознакою "законності" затримання в значенні § 1 (е) Статті 5 є відсутність свавілля. Затримання особи – це дуже серйозний захід, виправданий тільки у тому випадку, коли інші, менш суворі заходи були розглянуті і виявилось, що вони недостатні для захисту особи або суспільних інтересів, що вимагає затримання цієї особи. Це означає, що недостатньо лише позбавити особу волі у відповідності до внутрішнього законодавства, але це має бути необхідним за певних обставин" (пункт 78).

<sup>89</sup> Див., наприклад, справу *"Гусінський проти Росії"*, №70276/01, 19 травня 2004 р.

<sup>90</sup> Див., наприклад, справу *"Рефакх Партісі (Партія Добробуту) проти Туреччини"* [GC], №41340/98, 13 лютого 2003 р.

<sup>91</sup> Див. *"Лоулесс проти Ірландії"* (№3), № 332/57, 1 липня 1961 р. і *"Гуццарді проти Італії"*, № 7367/76, Рішення від 6 листопада 1980 р.

<sup>92</sup> *"Лоулесс проти Ірландії"* (№ 3), №332/57, 1 липня 1961 р. і *"Ірландія проти Сполученого Королівства"*, №5310/71, 18 січня 1978 р.

67. В обох справах не було інших засобів ефективного реагування на загрозу терористів в конкретний момент часу<sup>93</sup>.
68. Однак якщо відступ за статтею 15 Конвенції стосується лише частини держави, яка його робить, він не може бути використаний стосовно діянь або бездіяльності в інших її частинах<sup>94</sup>.
69. Тим не менш, відступ від норм буде ефективний лише за умови виконання процедурних вимог, тобто повідомлення Генеральному секретарю Ради Європи про вжиті заходи і про їх підстави, а також офіційне оголошення надзвичайного стану згідно зі Статтею 4 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права (надалі – Пакт)<sup>95</sup>; дії, вчинені в якості реагування на терористичну проблему, щодо яких було обґрунтовано зроблено відступ від норм, не

---

<sup>93</sup>Таким чином, у справі *Лоулесса* Суд визнав, що "застосування звичайного законодавства виявилось неспроможним припинити небезпеку, що наростає і загрожує Республіці Ірландія; оскільки звичайних кримінальних судів або навіть спеціальних кримінальних судів чи військових судів недостатньо для відновлення миру та порядку; оскільки, зокрема, збір доказів для обвинувачення осіб, причетних до діяльності ІРА та її угруповань, що діють окремо, стикнувся з великими труднощами, пов'язаними з військовим, таємним та терористичним характером цих угруповань, а також страхом, який вони посяли серед населення; оскільки той факт, що ці угруповання діяли в основному в Північній Ірландії, а їх діяльність у Республіці Ірландії фактично являла собою підготовку раптових збройних нападів через кордон, був лише додатковим бар'єром для збору достатньо доказів; оскільки закриття кордону мало б надзвичайно сильний негативний вплив на населення в цілому, понад того, що вимагається в надзвичайній ситуації" (пункт 36). Подібним чином він постановив у справі *"Ірландія проти Сполученого Королівства"*: "Без сумніву, здійснення спеціальних повноважень було, головним чином, а до 5 лютого 1973 року навіть виключно спрямовано проти ІРА як підпільних збройних сил. Метою була боротьба проти організації, яка грала значну підривно роль у новітній історії Ірландії і, починаючи з серпня 1971 року, створювала масштабну і гостру загрозу територіальній цілісності Сполученого Королівства, установам шести графств і життю населення провінції (див. пункти 16, 17, 20, 28-32, 35-42, 44, 47-48, 54-55, 58, 61, 63 і 67 вище). Зіткнувшись з масивною хвилею насильства та залякування, Уряд Північної Ірландії, а потім і Уряд Великобританії після вводу прямого правління (30 березня 1972 року) обґрунтовано мали право вважати, що звичайне законодавство надавало недостатньо ресурсів для кампанії проти тероризму і необхідно вживати інших заходів за межами звичайних законів, у вигляді позасудового позбавлення волі. Коли Ірландська Республіка зіткнулася з серйозною кризою у 1957 році, вона запровадила той самий підхід, і Суд не дійшов висновку, що була перевищена "міра, яка безумовно вимагалась" (рішення по справі Лоулесса від 1 липня 1961 р., серія А №3, пункти 35-36, пункт 14, і пункти 57-58, пункт 36). Проте відповідно до одного з оскаржених положень, а саме Положення 10, особа, яка жодним чином не було підозрювана у скоєнні злочину або правопорушення або причетності до діяльності, яка порушує мир та порядок, може бути заарештована з єдиною метою дізнатися від неї інформацію про інших – і це іноді траплялося (див. пункти 38 і 81 вище). Такий арешт можна виправдати лише у дуже винятковій ситуації, але події у Північній Ірландії дійсно підпадали під цю категорію. Багато свідків не могли вільно свідчити, не ризикуючи (див. пункти 36, 53, 58-59 і 74 вище); компетентні органи мали право вважати, не перевищуючи свої дискреційні повноваження, що єдиним способом став арешт цих свідків для того, щоб їх можна було опитати в умовах відносної безпеки і не наражати на репресалії. Більш того і найголовніше, Положення 10 дозволяло позбавляти волі на максимальний строк 48 годин (пункт 212).

<sup>94</sup> Як і була ситуація в справах *"Сакік проти Туреччини"*, №23878/94, 26 листопада 1997 р., *"Садак проти Туреччини"*, №25142/94, 8 квітня 2004 р., *"Юрттас проти Туреччини"*, №25143/94, 27 травня 2004 р., *"Абдулсамет проти Туреччини"* №32446/96, 2 листопада 2004 р. і *"Білен проти Туреччини"*, №34482/97, 21 лютого 2006 р.

<sup>95</sup> Див. *"Бранніган і МакБрайд проти Сполученого Королівства"*, №14553/89, 26 травня 1993 р.

виправдовують того, що інакше було б порушенням Статті 5, якщо такого повідомлення не було<sup>96</sup>.

70. Відступ однією державою у відповідь на загрозу міжнародного тероризму був визнаний обґрунтованим, незважаючи на те, що інші країни, які опинились в схожому становищі, не реагували таким чином. Проте було встановлено, що фактичні заходи відступу, в результаті яких особи, які підозрюються у вчиненні терористичних актів і не можуть бути депортовані до їх країни громадянства, були затримані на невизначений термін, є непропорційними, оскільки становлять дискримінацію між громадянами і негромадянами<sup>97</sup>.

71. Треба також звернути увагу на той факт, що заходи запобігання зловживанню на додаток до судового контролю відіграють важливу роль, коли затримання здійснюється без судового розгляду. Загалом, такі заходи запобігання включають механізми перегляду, якими періодично оцінюється обґрунтування затримання особи, хоча вони не надають можливості затриманій особі перевірити докази, і огляд місця затримання з метою перевірки на предмет застосування жорстокого поводження<sup>98</sup>.

72. Більш того, треба прийняти до уваги, що Суд наголосив, що

таємне затримання особи є повним запереченням цих гарантій і найбільш серйозним порушенням Статті 5. Отримавши контроль над особою, влада має відвітувати про його місцезнаходження<sup>99</sup>.

73. Хоча це твердження було зроблено не в контексті превентивного затримання, воно може застосовуватися до нього. Насправді, будь-яке затримання без судового розгляду, тобто таємне/приховане, неминуче заперечуватиме вимогу щодо надання ефективного доступу до судового контролю, який ми обговоримо нижче<sup>100</sup>, і таким чином не є чимось, що може бути виправдане відступом від вимог в умовах надзвичайного стану, оскільки воно перешкоджає захисту, який вимагається для абсолютних прав.

---

<sup>96</sup>Порівняйте зі справою *"Броган проти Сполученого Королівства"*, №11209/84, 29 листопада 1988 р. і *"Бранніган і МакБрайд проти Сполученого Королівства"*, №14553/89, 26 травня 1993 р.

<sup>97</sup>*"А. та інші проти Сполученого Королівства"* [GC], №3455/05, 19 лютого 2009 р.

<sup>98</sup>Див., наприклад, справу *"Ірландія проти Сполученого Королівства"*, №5310/71, 18 січня 1978 р.

<sup>99</sup>Справа *"Ел-Масрі проти колишньої Югославської Республіки Македонія"* [GC], № 39630/09, 13 грудня 2012 р., пункт 233, і підтвержене у справах *"Аль-Нашїрі проти Польщі"* [GC], №28761/11, 24 липня 2014 р., пункт 529 і *"Хусайн (Абу Забайдах) проти Польщі"* [GC], № 7511/13, 24 липня 2014 р., пункт 523.

<sup>100</sup>Див. *"Лазаровські проти колишньої Югославської Республіки Македонія"*, № 4922/04, 8 жовтня 2009 р., пункт 46.

### *Затримання в межах кримінального процесу*

74. Вже зрозуміло, що причетність до терористичної діяльності представляє собою вчинення одного або декількох кримінальних правопорушень<sup>101</sup>, і арешт, і затримання причетних осіб з метою обвинувачення і переслідування визнаються допустимим обмеженням їх права на свободу і недоторканість відповідно до Статті 5(1)(с) Конвенції.

75. Підставою для арешту і подальшого затримання має бути обґрунтована підозра про вчинення особою певного правопорушення.

76. Вимога щодо обґрунтованої підозри робить необхідним

наявність фактів або інформації, які б могли переконати об'єктивного спостерігача в тому, що відповідна особа могла-таки вчинити злочин<sup>102</sup>,

але їх може бути недостатньо для засудження або навіть висунення обвинувачення<sup>103</sup>.

77. Це вимагає від органів влади бути фактично спроможними продемонструвати суду основу для такої підозри, незважаючи на те, що через характер антитерористичної операції певні подробиці можуть бути приховані. Цього не можна досягти, посилаючись лише на попередні судимості особи<sup>104</sup>, але необхідно надати деякі факти, які пов'язують особу з правопорушенням, навіть якщо не розголошуються конфіденційні джерела інформації, яка їх підтверджує<sup>105</sup>. Інформації від надійних інформаторів може бути достатньо<sup>106</sup>.

78. Необхідність у наявності обґрунтованої підозри триває стільки, скільки особа утримується з метою обвинувачення та переслідування. Оскільки цю вимогу легко виконати на початку період затримання, це стає складнішим, коли затримання триває, тому що здатність здійснювати подальше розслідування може зробити перші уявлення органів, що здійснюють затримання, менш переконливими<sup>107</sup>.

79. Якщо особу не звільнено після первинного арешту, влада має дотримуватися міжнародних гарантій, які зобов'язують негайно поставити особу перед судом

---

<sup>101</sup> Див. "Мюррей проти Сполученого Королівства", 14310/88, 28 жовтня 1994 р., пункт 55.

<sup>102</sup> "Фокс, Кемпбелл і Хартлі проти Сполученого Королівства", №12244/86, 30 серпня 1990 р.

<sup>103</sup> "О'Хара проти Сполученого Королівства", №37555/97, 16 жовтня 2001 р.

<sup>104</sup> Як у справі "Фокс, Кемпбелл і Хартлі проти Сполученого Королівства".

<sup>105</sup> "Мюррей проти Сполученого Королівства", 14310/88, 28 жовтня 1994 р.

<sup>106</sup> «О'Хара проти Сполученого Королівства», №37555/97, 16 жовтня 2001 р.

<sup>107</sup> Див., наприклад, справу "Лабіта проти Італії" [GC], №26772/95, 6 квітня 2000 р.

або судовою посадовою особою, яка здатна або продовжити затримання, або звільнити особу<sup>108</sup>.

80. Нагляд має здійснюватися суддею, а не прокурором, незважаючи на формулювання відповідних положень, оскільки прокурор навряд чи зможе виконати вимогу щодо неупередженості, яка передбачена гарантіями справедливого суду<sup>109</sup>.
81. Часові обмеження поняття "негайно" враховують практичну неможливість доставити затриману особу до суду<sup>110</sup>, але інакше немає достатньо гнучкості.
82. Таким чином, взагалі очікується, що суддівський нагляд відбудеться впродовж перших 1-2 днів з моменту арешту, а у випадку терористичної діяльності затримка від 4 днів 6 годин до 6 днів є необґрунтованою за умови відсутності відступу<sup>111</sup>.
83. Проте триваліші строки були визнані прийнятними у випадках, пов'язаних з терористичною діяльністю, коли було використано право на відступ під час надзвичайного становища. Таким чином, не було жодного заперечення щодо затримки на 7 днів, коли це сталося задля забезпечення незалежності судової влади в невеликій юрисдикції, яка у такий спосіб не була вимушена приймати рішення щодо продовження затримання на підставі неповної інформації і могла очікувати одержати важливі докази впродовж тривалішого часу<sup>112</sup>.
84. Проте триваліший період 15 днів в іншій юрисдикції був визнаний не лише надмірним, незважаючи на надзвичайний стан і відступ, але й не підтвердженим жодним доказом того, що через боротьбу проти тероризму в тому випадку судове втручання фактично стало нездійсненим<sup>113</sup>.
85. Більш того, треба мати на увазі, що для продовження періоду, який було визнано прийнятним у справі *«Бранніган і МакБрайд проти Сполученого Королівства»*, була важлива наявність альтернативного засобу доставити затриманого до суду для розгляду законності затримання. На додаток до ситуації у тій справі були також інші гарантії захисту від можливого

---

<sup>108</sup>Стаття 5(3) Конвенції.

<sup>109</sup> Див. *"Ніколова проти Болгарії"* [GC], №31195/95, 25 березня 1999 р.

<sup>110</sup> Див., наприклад, рішення у справі *"Медведев та інші проти Франції"* [GC], №3394/03, 29 березня 2010 р.

<sup>111</sup> Див. *"Броган та інші проти Сполученого Королівства"*, №11209/84, 29 листопада 1988 р.

<sup>112</sup> *"Бранніган і МакБрайд проти Сполученого Королівства"*, №14553/89, 26 травня 1993 р. Схожого висновку дійшли у справі *"Маршалл проти Сполученого Королівства"* (dec.), №41571/98, 10 липня 2001 р.

<sup>113</sup> *"Аксой проти Туреччини"*, №21987/93, 18 грудня 1996 р. Згодом затримання до судового розгляду, яке тривало 16-23, 11 та 18 днів було визнано необґрунтованим у справах *"Демір проти Туреччини"*, №21380/93, 23 вересня 1998 р., *"Нурай Сен проти Туреччини"*, №41478/98, 17 червня 2003 р. і *"Білен проти Туреччини"*, №34482/97, 21 лютого 2006 р.

зловживання, які суд вважав важливими, а саме право проінформувати родича або друга про затримання і право на доступ до лікаря. Більш того, реалізація права на консультацію з адвокатом була затримана щонайбільш на 48 годин. Відсутність таких гарантій є важливою ознакою, щоб визнати інші строки неприпустимими<sup>114</sup>.

86. Можливе, що проти особи, підозрюваної у причетності до терористичної діяльності, після арешту буде відкритий процес з метою затримання без судового розгляду, а не з метою обвинувачення та переслідування. У таких випадках треба зробити цей вибір до початку первинного судового нагляду – можливо, на підставі його висновків – оскільки інакше виникатиме вимога пов'язати затримання з кримінальним процесом, який порушено через збір розвідувальної інформації, і таким чином затримання буде незаконним.
87. Особа, яка здійснює судовий нагляд, може лише продовжити затримання особи, якщо наявна не тільки обґрунтована підозра у скоєнні правопорушення, але й певні підтверджені ризики – втеча, скоєння подальших злочинів, втручання у правосуддя (таке як змова, залякування свідків або приховування доказів) і громадські заворушення – які не можна відвернути менш обмежувачими заходами, ніж затримання (такими як, фінансові гарантії або вилучення паспорту).
88. Хоча можна очікувати, що особи, причетні до терористичної діяльності, намагатимуться втекти, продовжити свою діяльність і втрутитися у правосуддя, це не може бути припущенням, але має бути чітко продемонстровано задля продовження затримання особи.
89. Якщо затримання продовжено під час первинного суддівського розгляду, виникає зобов'язання регулярного проведення такого судового нагляду протягом часу затримання. Мета такого нагляду залишається тією ж самою, а саме: з'ясувати чи є обґрунтування для затримання особи на зазначених вище підставах.
90. Як ми бачили вище, не тільки сплив часу, робить складнішим виконання вимоги обґрунтованої підозри, але й означає, що доведення ризиків стає менш переконливим. Так, ризик фальсифікації доказів знизиться, якщо взагалі існуватиме, коли розслідування завершиться.
91. Однак, якщо підстави обґрунтовані, затримання може бути продовжено до завершення судового розгляду, за умови, що судовий розгляд має проводитися впродовж розумно необхідного строку.

---

<sup>114</sup>"Аксой проти Туреччини", №21987/93, 18 грудня 1996 р., "Демір проти Туреччини", № 21380/93, 23 вересня 1998 р., "Нурай Сен проти Туреччини", № 41478/98, 17 червня 2003 р. і "Білен проти Туреччини", № 34482/97, 21 лютого 2006 р.



92. Визначення того, що є розумно необхідним, залежить від обставин у кожному випадку, але, оскільки важко обґрунтувати будь-який строк, коли не вистачає старанності для вирішення справи, навіть триваліші строки визнавалися прийнятними, коли справи були особливо складними і вимагали багато часу для збирання і обробки необхідної інформації. Таким чином, враховуючи певні обставини справи пов'язані з міжнародним тероризмом, період 5 років і майже 6 місяців був визнаний обґрунтовано необхідним<sup>115</sup>, але такий строк, безумовно, не можна застосовувати автоматично.
93. Зазначеним вище вимогами щодо судового продовження затримання осіб, що підозрюються у причетності до терористичної діяльності, не може не відповідати продовження строком від 7 до 28 днів максимум – відповідно до Закону Сполученого Королівства про кримінальне судочинство 2003 року – оскільки метою залишається обвинувачення осіб і передбачається відповідний судовий контроль. Проте це питання ще не вирішувалося Судом, і характер контролю на практиці матиме принципове значення для визначення прийнятності такого підходу.
94. Важливо пам'ятати, що надзвичайний стан не зможе зробити законним будь-яку неспроможність дотримання вимог закону, що регулює позбавлення волі, яке б інакше можна було б обґрунтувати за Статтею 5(1)(с)<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup> "Храїді проти Німеччини", № 65655/01, 26 жовтня 2006 р.

<sup>116</sup> "681. Особливо вражає повна відсутність будь-якої документації, яка б фіксувала вимогу санкціонувати затримання заявників або дозвіл чи наказ пану Селчуку затримати заявників. Незважаючи на свідчення пана Гюля про те, що такий факт фіксувався (пункт 323 вище), не було пред'явлено жодного документу, який би вказував ім'я особи, яка поінформувала Прокурора і намагалася отримати його дозвіл на затримання. Не було пред'явлено жодних записів кореспонденції між Прокуратурою і жандармерією стосовно рішення про затримання, чи то у формі запитів, наказів або іншого; єдині письмові повноваження на затримання, зазначені у свідченні, належать саме жандармерії і містяться у двох ордерах, які були направлені факсом у поліцію Джизре та Стамбулу (пункти 386 і 418 вище). Також, не було пред'явлено жодного документу, в якому б були зафіксовані підстави для затримання заявників, при цьому в протоколах затримання не має жодної інформації з цього приводу, незважаючи на свідчення пана Едіджи про те, що підстави мають значитися в таких протоколах (пункт 349 вище). 682. За відсутністю таких матеріалів Суд вважає, не було достатньо продемонстровано, що арешт заявників і їх затримання жандармерією строком від 7 до 25 днів у листопаді і грудні 1993 були належним чином санкціоновані Прокурором відповідно до національного законодавства або "у порядку, встановленому законом" в значенні параграфу першого Статті 5 Конвенції. 683. Суд посилається на використання Урядом свого права на відступ від зобов'язань згідно зі Статтею 15 стосовно прав, що гарантуються Статтею 5 (пункт 589 вище). Параграф перший Статті 15 Конвенції передбачає наступне: "Під час війни або іншої суспільної небезпеки, яка загрожуватиме життю нації, будь-яка Висока Договірна Сторона може вживати заходів, що відступають від її зобов'язань за цією Конвенцією, виключно в тих межах, яких вимагає гострота становища, і за умови, що такі заходи не суперечать іншим її зобов'язанням згідно з міжнародним правом". 684. Але навіть якщо відступ і прийняті на цій підставі Постанови могли б вважатися відповідними фактам цієї справи, Суд не впевнився, що незаконне затримання заявників можна таким чином легітимувати. Уряд не продемонстрував, як затримання заявників без належної санкції вимагалася гостротою становища, як це передбачає параграф перший Статті 15 Конвенції (порівняйте з урахуванням відповідних змін зі справою «Сен проти Туреччини», №41478/98, §§ 22-29, рішення від 17 червня 2003 р.); "Елджи та інші проти Туреччини", №23145/93, 13 листопада 2003 р.

### *Право на доступ до адвоката*

95. Право затриманих осіб на адвокатом доступ до адвоката не є чіткою вимогою права на свободу і особисту недоторканість, але зараз воно широко застосовується в практиці Суду.
96. Таким чином, в контексті утримання осіб в межах кримінального процесу, основа цього права походить скоріше від права на справедливий суд відповідно до Статті 6(1) Конвенції, ніж від права на свободу і особисту недоторканість. Вважається, що без реалізації права на адвокатом доступ до адвоката на початковій стадії, а саме під час першого допиту, право на справедливий суд буде порушене<sup>117</sup>. Внаслідок обвинувачення, що ґрунтуються на доказах, отриманих без надання такого права, вважатимуться протиправними. Проте якщо докази не використовуються, не може бути жодного заперечення щодо відмови у наданні права на доступ до адвоката<sup>118</sup>. Таким чином, така відмова не обов'язково поставитиме під сумнів законність затримання особи, однак за певних обставин таке затримання може вважатися свавільним.
97. З іншого боку, право на адоступ до адвоката з метою оскарження законності затримання особи – чи то в межах кримінального процесу, чи то в якості превентивного затримання або з інших причин – базується на праві такого оскарження згідно зі Статтею 5(4) Конвенції. Втручання в реалізацію права на доступ до адвоката у таких випадках зробить таке право неефективним. В результаті, будь-які обмеження права мають бути не лише менші за затримку, дозволену до такого оскарження, але й мають враховувати практичні аспекти, а саме можливість надати вказівки адвокату з метою оскарження<sup>119</sup>.

### *Право на консультації з посадовими особами консульства*

98. Надання можливості затриманій особі звернутися до посадових осіб консульства, хоча це не є частиною наданих Конвенцією гарантій, вимагається від держав-сторін Віденської Конвенції про консульські зносини<sup>120</sup>. Так, Стаття 36(1)(b) передбачає, що якщо затриманий вимагає:

компетентні органи держави перебування мають негайно повідомити консульську установу держави, яку та представляє, про те, що в межах її консульського округу громадянин цієї держави заарештований, ув'язнений або взятий під варту в очікуванні

<sup>117</sup> Див., наприклад, справу "Салдуз проти Туреччини" [GC], №36391/02, 27 листопада 2008 р.

<sup>118</sup> "Бреннан проти Сполученого Королівства", №39846/98, 16 жовтня 2001 р.

<sup>119</sup> Див. "Окалан проти Туреччини" [GC], №46221/99, 12 травня 2005 р., коли ізоляція заявника на острові унеможливила це.

<sup>120</sup> Україна ратифікувала Конвенцію 23 березня 1989.

судового розгляду, або ж затриманий в якомусь іншому порядку. Всі повідомлення, адресовані цій консульській установі особою, що знаходиться під арештом, у в'язниці, під вартою або була затримана, також невідкладно передаються цими органами консульській установі. Зазначені органи повинні невідкладно повідомити цій особі про права, які вона має згідно з цим підпунктом.

99. Більш того, пункт (1)(с) передбачає, що

консульські посадові особи мають право відвідувати громадянина держави, що акредитує, який знаходиться у в'язниці, під вартою або затриманий, для бесіди з ним, а також мають право листуватися з ним і вживати заходів до забезпечення йому юридичного представництва. Вони також мають право відвідувати будь-якого громадянина держави, що акредитує, який знаходиться у в'язниці, під вартою або затриманий в їх окрузі на виконання судового рішення. Проте консульські посадові особи повинні утримуватися виступати від імені громадянина, який знаходиться у в'язниці, під вартою або затриманий, якщо він виразно заперечує проти цього.

100. Забезпечення виконання цих вимог має велике значення особливо тоді, коли особа, яка була затримана у зв'язку з терористичною діяльністю, є громадянином іншої держави. Цей обов'язок виникає одразу як встановлено, що ця особа є іноземним громадянином, або якщо є підстави вважати, що вона може бути таким громадянином<sup>121</sup>.

101. Дійсно, невиконання цих вимог може підтвердити висновок про те, що затримання в конкретному випадку було свавільним і таким чином суперечило Конвенції.

#### *Судовий контроль*

102. Конвенція передбачає дві форми судового контролю у випадку позбавлення свободи. Перша стосується лише осіб, яких було затримано в межах кримінального процесу, і її ми вже розглянули. Друга форма стосується всіх видів затримання і, таким чином, може застосовуватися до осіб, що підозрюються у причетності до тероризму, незважаючи на те, чи були вони затримані в межах процедур кримінального процесу, чи в якості превентивного заходу.

103. Перша форма пов'язана з обґрунтуванням затримання і торкається лише вузького кола питань<sup>122</sup>, тоді як метою другої є забезпечення законності затримання<sup>123</sup>, і вона охоплює широке коло питань в цій області. Відповідальність за застосування першої форми несуть органи, які здійснюють затримання, а друга форма – це право, яке надається затриманій особі.

---

<sup>121</sup>Справа, що стосувалась Авени та інших громадян Мексики («Мексика проти Сполучених Штатів Америки»), 31 березня 2004 р. (ІСЖ).

<sup>122</sup>Відповідно до Статті 5(3) Конвенції.

<sup>123</sup>Відповідно до Статті 5(4) Конвенції.

104. Вище ми окреслили конкретні вимоги щодо сфери і затримки стосовно першої форми судового контролю<sup>124</sup>.
105. Однак, незважаючи на те, що цей процес є суто судовим, не існує жодної вимоги щодо законного представництва затриманої особи в цих провадженнях, але було б нерозумно і необґрунтовано відсторонити юридичних представників особи від участі у провадженні, якщо вона їх призначила і вони мають змогу долучитися до справи<sup>125</sup>.
106. Можливість оскаржити законність затримання особи має бути реалізована без затримки, що враховує дещо триваліший період, ніж вимога терміновості судового нагляду стосовно осіб, затриманих за підозрою у скоєнні правопорушення. Тим не менш, на початку затримання особи оскарження має здійснюватися на первинному етапі, і вважається, що затримки у 6-7 днів не відповідають цій вимозі<sup>126</sup>.
107. Більш того, прийняття рішення про оскарження не має займати тривалий час, оскільки проміжок часу більше місяця, звичайно, вважався надмірним<sup>127</sup>.
108. Оскарження законності затримання має здійснюватися судом або органом правосуддя, який може прийняти рішення, обов'язкове для виконання виконавчим органом, тому консультативна рада не може відповідати цій меті<sup>128</sup>.
109. Більш того, процедура має успішно використовуватися і не носити теоретичний характер<sup>129</sup>. Таким чином, особливої уваги заслуговує необхідність забезпечити ефективність будь-якої спеціальної процедури, так як поширені заходи, що передбачають доставку затриманого до суду для розгляду законності затримання.
110. Оцінка законності затримання особи вимагає розгляд не тільки дотримання норм, але й конституційних гарантій і міжнародних гарантій прав людини, які застосовуються, у тому числі вимог про те, що затримання не має бути свавільним<sup>130</sup>.
111. Задля забезпечення законності затримання суд не має заміщати своїм дискреційним правом таке право органу, що приймає рішення, але оцінка

---

<sup>124</sup> Див. пункти 79-94.

<sup>125</sup> Див. *"Лебедєв проти Росії"*, №4493/04, 25 жовтня 2007 р.

<sup>126</sup> Див. *"Де Йонг, Балже і Ван ден Брінк проти Нідерландів"*, №8805/79, 22 травня 1984 р.

<sup>127</sup> Див. *"Санчес-Райссе проти Швейцарії"*, №9862/82, 21 жовтня 1986 р. (31 день) і *"Худякова проти Росії"*, №13476/04, 8 січня 2009 р. (54 дні).

<sup>128</sup> Див. *"Шахал проти Сполученого Королівства"* [GC], №22414/93, 15 листопада 1996 р.

<sup>129</sup> Див. *"Сакік та інші проти Туреччини"*, №23878/94, 26 листопада 1997 р.

<sup>130</sup> Див. *"Шахал проти Сполученого Королівства"* [GC], №22414/93, 15 листопада 1996 р. і *"А. та інші проти Сполученого Королівства"* [GC], №3455/05, 19 лютого 2009 р.

повинна бути достатньо широкою, щоб охопити всі аспекти для визнання затримання законним.

112. На відміну від судового контролю, який вимагається для осіб, затриманих в межах кримінального процесу, особам має надаватися ефективне право на доступ до адвоката з метою підготовки і аргументування оскарження законності затримання<sup>131</sup>.
113. Більш того, оцінці законності затримання не має перешкоджати неповідомлення суду про матеріали, які слугували підставою для прийняття рішення про затримання особи; суд повинен мати доступ до всіх таких матеріалів<sup>132</sup>.
114. Проте вважається припустимим застосування до затриманої особи методів, які знімають занепокоєння з приводу безпеки через характер і джерела розвідувальних даних і вирішують питання щодо необхідності процесуального судочинства у значній мірі.
115. Це означає, що застосування процедури, за допомогою якої затриману особу представляє захисник, який пройшов перевірку на безпеку, протягом деяких етапів оскарження, може бути законним заходом, який дозволяє перевірити докази в суді, включаючи перехресний допит свідків, не розголошуючи про це затриманій особі. Проте це припустиме лише якщо матеріали, фактично розкриті затриманому, є основою для прийняття рішення. Але якщо розкриті матеріали носять загальний характер і прийняття рішення про оскарження затримання ґрунтується на нерозкритих матеріалах, вважається, що затриманому не була надана можливість оскаржити обвинувачення, і міжнародні норми будуть порушені<sup>133</sup>.
116. Право оскаржити законність затримання без сумніву вважається абсолютним, незважаючи на відсутність певних положень про нього у міжнародних гарантіях, оскільки воно захищає права, які вважаються абсолютними, такі як право на життя і заборону катування, нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження. Хоча Суд не виносив рішення з цього приводу, це зрозуміло з того значення, що надається судовому контролю позбавлення волі на підставі повноважень, які є відступом від Статті 5(1) Конвенції. Більш того, це питання так само відображене в схожих положеннях Пакту і Американської Конвенції з прав людини<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup> Див. "Істратії та інші проти Молдови", №8721/05, 27 березня 2007 р.

<sup>132</sup> Див. "Шахал проти Сполученого Королівства" [GC], №22414/93, 15 листопада 1996 р.

<sup>133</sup> Див. "А. та інші проти Сполученого Королівства" [GC], №3455/05, 19 лютого 2009 р.

<sup>134</sup> Див. Зауваження загального характеру № 05 Комітету ООН з прав людини: Відступ від прав (Ст.4), 31 липня 1981 р. і Консультативний висновок Міжамериканського суду з прав людини, *Habeas corpus* у надзвичайних ситуаціях, ОС-8/87, 30 січня 1987 р.

117. Наявність судових процедур для оскарження законності використання превентивного затримання в окремих випадках дозволили Суду дійти висновку, що певні відступи були не більше, ніж того вимагала гострота ситуації<sup>135</sup>.

*Доступ до документів, тощо*

118. Доступ до речей і документів, проведення обшуку будинку або іншого володіння особи, а також проведення негласних слідчих (розшукових) дій в межах кримінального процесу – це заходи, які посягають на право на повагу до свого приватного життя, до свого житла і кореспонденції згідно зі Статтею 8 Конвенції. Більш того, у випадку примусу до надання документів існує також ризик порушення права не свідчити проти себе, яке надається Статтею 6(1).

119. Проте такі заходи, якщо вони передбачені законодавством і застосовують відповідні заходи запобігання зловживанню, вважатимуться – за певних обставин – необхідними у демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки і з метою запобігання злочину і захисту інших. Таким чином, такі заходи є виправданими.

120. Законодавча база щодо вжиття таких заходів вважається достатньою, якщо виключається свавільне прийняття рішення шляхом встановлення чітких критеріїв обставин, коли вони можуть застосовуватися<sup>136</sup>.

121. Крім того, заходи запобігання, необхідні для забезпечення дотримання цих критеріїв, загалом вимагають отримання попереднього дозволу суду до того, як вдаватися до будь-якого такого заходу, хоча подальший судовий контроль також припустимий<sup>137</sup>.

122. Деяке послаблення цих вимог можна побачити в судовій практиці, яка стосується нагляду судового контролю, але тільки за наявності альтернативних структурних і наглядових заходів для контролю здійснення відповідних повноважень<sup>138</sup>.

---

<sup>135</sup> "Ірландія проти Сполученого Королівства", №5310/71, 18 січня 1978 р., "Бранніган проти Сполученого Королівства", №14553/89, 26 травня 1993 р. і "Маршалл проти Сполученого Королівства" (dec.), № 41571/98, 10 липня 2001 р.

<sup>136</sup> Див., наприклад, справи «Круслін проти Франції», №11801/85, 24 квітня 1990 р. і «Биков проти Росії» [GC], № 4378/02, 10 березня 2009 р.

<sup>137</sup> Див. "Биков проти Росії" [GC], № 4378/02, 10 березня 2009 р., пункт 80.

<sup>138</sup> Див., наприклад, справу "Класс та інші проти Німеччини", № 5029/71, 6 вересня 1978 р.: "Нагляд може призначатися лише за письмовою заявою із зазначенням підстав, і така заява може подаватися лише головами певних служб або їх заступниками; рішення по заяві приймається федеральним міністром, уповноваженим на це Канцлером або, за необхідності, найвищим органом Землі (див. пункт 18 вище). Відповідно, згідно із законом існує адміністративний порядок, який запобігає призначенню заходів безсистемно, випадково або без належного розгляду. Крім того, хоча це не вимагається Законом,

123. Не було жодного випадку відступу згідно зі Статтею 15 від вимог, що регулюють ці заходи.

#### **D. Проблеми відповідності вимогам Конвенції**

124. Якщо взяти до уваги вищесказане, стає очевидно, що як закони, так і Інструкція можуть викликати запитання щодо їхньої відповідності вимогам Конвенції, тому ми знову послідовно розглянемо ці правові акти.

##### *Закон про превентивне затримання*

125. З положень статті 5(1) Конвенції та відповідної практики Суду випливає, що повноваження, передбачені Законом України «Про боротьбу з тероризмом», не створюватимуть прийнятних підстав для застосування превентивного затримання, якщо не буде заявлено про відступ від зобов'язань за Конвенцією<sup>139</sup>. Як відомо, повідомлення про відступ від зобов'язань на ім'я Генерального секретаря Ради Європи відповідно до вимог статті 15 Конвенції не надсилалося, надзвичайний стан не оголошувався. Та оскільки ці повноваження ще не використовувалися, порушення Конвенції на даний момент відсутні.

126. Але можна навіть не сумніватися, що поточна ситуація в окремих районах України є такою, що Суд не зможе не визнати наявності надзвичайного становища, який загрожує життю нації. Схоже на те, що збройний конфлікт, який триває на території України, становить набагато більшу небезпеку, ніж терористичні акти, що були беззаперечно кваліфіковані як надзвичайний стан у справах щодо Ірландії та Сполученого Королівства, а також Туреччини.<sup>140</sup>

127. Та навіть якщо Україна направить Генеральному секретарю повідомлення про відступ від зобов'язань та оголосить надзвичайний стан, це не обов'язково означатиме, що застосування превентивного затримання не викликатиме питань щодо відповідності цього заходу вимогам Конвенції. Зокрема, проблеми можуть стосуватися деталей самого повідомлення, положень

---

компетентний міністр має, окрім екстрених випадків, звернутися до Комісії G 10 для отримання її попередньої згоди" (пункт 51).

<sup>139</sup> Так, Суд відмовився застосувати статтю 15 у справі *Кіпр проти Туреччини (Cyprus v. Turkey)* (рішення), № 6780/74, 10 липня 1976 р. та справі *Броган проти Сполученого Королівства (Brogan v. United Kingdom)*, № 11209/84, 29 листопада 1988 р.

<sup>140</sup> Наприклад, *Лолес проти Ірландії (Lawless v. Ireland)* (№ 3), № 332/57, 1 липня 1961 р., *Ірландія проти Сполученого Королівства (Ireland v. United Kingdom)*, № 5310/71, 18 січня 1978 р., *Бранніган і МакБрайд проти Сполученого Королівства (Brannigan and McBride v. United Kingdom)*, № 14553/89, 26 травня 1993 р., *Аксой проти Туреччини (Aksoy v. Turkey)*, № 21987/93, 18 грудня 1996 р., *Демір проти Туреччини (Demir v. Turkey)*, № 21380/93, 23 вересня 1998 р., *Нурай Сен проти Туреччини (Nuray Sen v. Turkey)*, № 41478/98, 17 червня 2003 р., *Елчі та інші проти Туреччини (Elçi and Others v. Turkey)*, № 23145/93, 13 листопада 2003 р., *Білен проти Туреччини (Bilen v. Turkey)*, № 34482/97, 21 лютого 2006 р., *А. та інші проти Сполученого Королівства (A and Others v. United Kingdom)* [ВП], № 3455/05, 19 лютого 2009 р.

Закону про превентивне затримання (чи скоріше відсутності в ньому деяких необхідних положень), а також практичного застосування наданих ним повноважень.

128. Повідомлення про відступ не обов'язково надсилати до застосування превентивного затримання, але це необхідно зробити протягом кількох днів. Це зроблено для того, щоби завчасне повідомлення про захід не завадило його проведенню<sup>141</sup>.
129. У повідомленні про відступ від зобов'язань необхідно описати вжиті заходи, включити відповідне законодавство та вказати адміністративні заходи, що проводилися на цій підставі. Хоча Суд прямо не вимагає вказувати ситуації, коли ці заходи можуть застосовуватися, він може вважати їх обов'язковим елементом обґрунтування причин для застосування заходів. Якщо такі ситуації вказуються, то слід пам'ятати, що відступ від зобов'язань має силу виключно щодо цих ситуацій.<sup>142</sup>
130. Разом із тим, належним чином оформлений відступ від зобов'язань – це лише перший етап у процесі доведення відповідності превентивного затримання вимогам Конвенції.
131. Отже, правомірне затримання – це затримання, що застосовується за наявності належних правових підстав як загалом, так і в кожній конкретній ситуації.
132. Остання вимога означає, що превентивне затримання має повністю відповідати вищеописаним умовам його застосування, але дане питання виникає лише в момент реалізації даного заходу.
133. Безперечно, нові положення Закону України «Про боротьбу з тероризмом» створюють формальні підстави для застосування превентивного затримання, але для цілей Конвенції цього може виявитися недостатньо з двох причин.
134. По-перше, може виявитися, що закон про превентивне затримання не відповідає Конституції. Стаття 29 Конституції передбачає, що

У разі нагальної необхідності запобігти злочинів чи його перепинити уповноважені на те законом органи можуть застосувати тримання особи під вартою як тимчасовий запобіжний захід, обґрунтованість якого протягом сімдесяти двох годин

---

<sup>141</sup> Затримання таких повідомлень на 12 та 11 днів була визнана прийнятним у справах *Лолес проти Ірландії (Lawless v. Ireland)* (№ 3), № 332/57, 1 липня 1961 р, та *Ірландія проти Сполученого Королівства (Ireland v. UK)*, № 5310/71, 18 січня 1978 р., відповідно. Пор. із *Грецькою справою (Greek case)*, 12 Yb 1, стор. 41–42, де затримання строком на чотири місяці було визнано неприйнятним.

<sup>142</sup> Див. пункт 68.



має бути перевірена судом. Затримана особа негайно звільняється, якщо протягом сімдесяти двох годин з моменту затримання їй не вручено вмотивованого рішення суду про тримання під вартою.

Стаття 64 Конституції передбачає:

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 статтями 24, 25, 27, 28, 29, 40, 47, 51, 52, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63 цієї Конституції.*<sup>143</sup>

135. Вбачається, що Конституція не допускає позбавлення свободи у формі превентивного затримання. Якщо це так, то закон про превентивне затримання не буде мати юридичної сили і не надаватиме законних підстав для застосування цього заходу, тобто необхідна умова правомірного втручання в право на свободу та особисту недоторканість за статтею 5 Конвенції не виконується. Зрозуміло, що вирішення питань відповідності Закону вимогам Конституції належить до повноважень Конституційного суду України, але слід зауважити, що саме ці міркування стали однією з причин, чому закон про превентивне затримання отримав негативну оцінку Головного науково-експертного управління Верховної Ради України<sup>144</sup>.
136. По-друге, як вже зазначалося, є деякі сумніви щодо конкретної мети застосування цього заходу; не зрозумілими також є випадки його застосування, зважаючи на розбіжності між статтею 15-1 та новим пунктом статті 14 (чи обов'язково антитерористична операція має бути «довготривалою»); нарешті, існують суттєві розбіжності між визначенням «тероризм» і «терористична діяльність», що виникли після затвердження Інструкції. До того ж, не зовсім зрозуміло, яким чином превентивне затримання співвідноситься з процедурами відповідно до звичайного кримінального процесу<sup>145</sup>.
137. Та навіть якщо забути про Інструкцію і взяти до уваги відносну визначеність кола суб'єктів, до яких може застосовуватися превентивне затримання (зокрема, в частині визначення терористичного акту та зони проведення антитерористичної операції), а також вимогу існування розумної підозри щодо фактичної причетності особи до терористичної діяльності, все одно малоймовірно, що Суд визнає повноваження за законом про превентивне затримання достатньо чіткими, щоби відповідати вимогам Конвенції. В усякому разі було б добре, якби між нововведеннями закону про було більше узгодженості, і дуже бажано, щоби в Інструкції не було нових/інших визначень, які не відповідають Кримінальному кодексу.

<sup>143</sup> Наголос (курсив) зроблений автором цього документу.

<sup>144</sup> *Експертний висновок щодо законопроекту про внесення змін до Закону України «Про боротьбу з тероризмом» стосовно введення інституту превентивного затримання у районі проведення антитерористичної операції осіб, причетних до терористичної діяльності, на строк понад 72 години.*

<sup>145</sup> Див. пункти 31 та 32.

138. Таким чином, якщо говорити про відповідність превентивного затримання вимогам Конвенції, то серед усіх питань, що стосуються правових підстав цього заходу, питання його конституційності буде скоріш за все основним.
139. Та навіть якщо захід має належні правові підстави, необхідно довести, що його застосування є суворо необхідним з огляду на гостроту становища.
140. Скоріш за все, немає значення, що закон не обмежує коло суб'єктів, до яких може застосуватися превентивне затримання, виключно тими особами, які фактично перебувають в районі проведення антитерористичної операції. Частково це пояснюється тим, що вимоги «причетності» особи до тероризму та наявності розумної підозри щодо здійснення нею терористичної діяльності можуть бути визнані достатніми підставами для застосування превентивного заходу, але основна причина полягає в тому, що Інструкція регулює дане питання в більш обмежувальний спосіб. Та якщо дане повноваження не обмежується територіально, то потрібно продемонструвати чіткий зв'язок між терористичним актом, до якого затримана особа причетна, та ситуацією в конкретному регіоні, де проходить антитерористична операція<sup>146</sup>.
141. Крім того, безперечним аргументом на користь закону є те, що передбачений ним строк превентивного затримання є досить коротким у порівнянні з двома випадками, коли Суд виправдав застосування цього заходу, строки якого обраховувалися місяцями й роками відповідно.<sup>147</sup>
142. Водночас, попри відповідні положення Інструкції<sup>148</sup>, очевидно, що Закон не передбачає судового контролю над превентивним затриманням. Суд може визнати це порушенням обов'язку забезпечити гарантії від потенційних зловживань: неможливості внутрішнього перегляду підстав продовжувати затримання, відсутності зовнішнього нагляду та обов'язку звільнити особу, якщо затримання буде визнано недоречним чи необґрунтованим.
143. Можна спробувати посперечатися, що у випадку превентивного затримання в порядку статті 15-1 на строк до 30 днів особлива необхідність таких гарантій відсутня. Тут слід зазначити, що випадки, коли Суд особливо

---

<sup>146</sup> Це могло б бути відповіддю на зауваження, висловлене в *Експертному висновку щодо законопроекту про внесення змін до Закону України «Про боротьбу з тероризмом» стосовно введення інституту превентивного затримання у районі проведення антитерористичної операції осіб, причетних до терористичної діяльності, на строк понад 72 години*, що в районах поза межами операцій відсутні обставини, які дають право на застосування такого заходу.

<sup>147</sup> Трохи більше п'яти місяців у справі *Лолес проти Ірландії (Lawless v. Ireland) (№. 3)*, № 332/57, 1 липня 1961 р., та кілька років у справі *Ірландія проти Сполученого Королівства (Ireland v. United Kingdom)*, № 5310/71, 18 січня 1978 р.

<sup>148</sup> Див. пункт 33.

ретельно перевіряв забезпечення цих гарантій, стосувалися набагато більших строків превентивного затримання, ніж це передбачено Законом. До того ж, на початковому етапі застосування даного заходу Суд дещо спокійніше реагує на перепони у забезпеченні цих гарантій<sup>149</sup>.

144. З іншого боку, хоча держави безсумнівно користуються широкою свободою розсуду щодо вибору заходів під час надзвичайних ситуацій, останній випадок, коли Суд визнавав превентивне затримання правомірним, був понад 36 років тому. Пізніше Суд вже не зміг погодитися, що відсутність автоматичного судового контролю над позбавленням свободи на строк лише 11 днів<sup>150</sup> в умовах надзвичайної ситуації відповідає вимогам Конвенції, і лише в одному випадку не заперечував проти превентивного затримання строком на сім днів (при цьому особа мала незалежне право оскаржити правомірність свого затримання).<sup>151</sup> Хоча ці випадки стосувалися не превентивного затримання, а затримання в рамках звичайного кримінального процесу, ситуація в них не особливо відрізнялася від того, що відбувається зараз в Україні. Суд прокоментував пояснення Уряду-відповідача щодо ситуації в країні наступним чином:

Збереження й перевірка доказів на території великого регіону, що протистоїть терористичній організації, яка отримує стратегічну й технічну підтримку сусідніх країн, вимагає дуже багато часу й зусиль. Такі складнощі означають, що забезпечення судового контролю під час перебування підозрюваного під вартою в поліції було неможливим.<sup>152</sup>

Але Суд, взявши до уваги «безперечно серйозну проблему тероризму у Південно-Східній Туреччині» та складнощі, пов'язані з ефективним застосуванням контрзаходів, все одно не погодився,

---

<sup>149</sup> Так, у справі *Ірландія проти Сполученого Королівства (Ireland v. United Kingdom)*, № 5310/71, 18 січня 1978 р., Суд зазначив: «Безперечно, було б бажано від самого початку забезпечити більш прийнятні судові або хоча б адміністративні гарантії, особливо зважаючи на те, що правила 10–12(1) датуються 1956–1957 роками і їх було ухвалено на основі Закону 1922 року, але практичне відмежування першого етапу від наступних не видається можливим. Коли в державі існує надзвичайне становище, що загрожує життю нації, вона залишиться беззахисною, якщо вимагати від неї виконувати всі вимоги одночасно й від самого початку узгоджувати кожен обраний захід з усіма гарантіями, що стосуються пріоритетних вимог належного функціонування органів влади та відновлення громадського спокою. Під час тлумачення статті 15 (ст. 15) слід залишати місце для прогресивних адаптацій. Уряд Північної Ірландії насамперед намагався (щоправда, безуспішно) вирішити найбільш нагальну проблему – зупинити хвилю насильства, що накрила регіон. Після прийняття на себе прямої відповідальності за майбутнє провінції уряд та парламент Британії досить швидко пом'якшили окремі суворі норми законодавства, які застосовувалися раніше. Суд замислився над питанням, чи не слід було б пом'якшити ці закони ще більше, особливо в частині тимчасового тримання під вартою (див. пункт 217 вище по тексту), але вирішив, що не може дати стверджувальної відповіді на це питання. Слід пам'ятати, що на той момент в шістьох графствах існувала надзвичайно серйозна ситуація, яка за своїм характером виправдовувала широкий відступ від зобов'язань за пунктами 2, 3 та 4 статті 5 (статей 5-2, 5-3 та 5-4). Що стосується меж свободи розсуду Договірних Держав, то Суд не вважає доведеним, що в даному випадку Сполучене Королівство вийшло за межі суворо необхідних заходів, «яких вимагає гострота становища» і про які йдеться в пункті 1 статті 15 (статті 15-1) (див. пункт 220).

<sup>150</sup> Див. пункт 113.

<sup>151</sup> Див. пункти 83 та 85.

<sup>152</sup> *Аксой проти Туреччини (Aksoy v. Turkey)*, № 21987/93, 18 грудня 1996 р, пункт 72.

що гострота становища вимагала секретного тримання заявника за підозрою у причетності до тероризму протягом чотирнадцяти днів чи більше без можливості постати перед суддею чи іншим представником судової влади<sup>153</sup>.

145. Крім того, судовий контроль вважається способом попередження секретного затримання особи. Суд вважає таке затримання грубим порушенням Статті 5, а отже, може вимагати наявності контролю навіть в умовах надзвичайної ситуації.

146. Таким чином, безвідносно до того, чи буде передбачене законом 30-денне обмеження доступу до судового контролю визнано таким, що відповідає Конвенції, у випадку повідомлення про відступ від зобов'язань це залежатиме від оцінки ситуації на момент фактичного застосування превентивного затримання. Зокрема, Суд звертатиме увагу на практичні особливості забезпечення доступу до судового контролю у відповідний період. Тому важливо пам'ятати, що Суд не погодився з аргументом про неможливість забезпечити такий контроль на фоні значних протистоянь, що от вже десять років тривають у Південно-Східній Туреччині між службами безпеки та членами РКК (Робочої партії Курдистану) і забрали життя 4 036 мирних жителів та 3 884 правоохоронців.

147. Та зважаючи на те, що Суд став приділяти набагато більше уваги забезпеченню судового контролю у випадках затримання, можна очікувати, що він поставиться до цього питання більш критично, ніж це було у справах щодо превентивного затримання, яке застосовували Ірландія та Сполучене Королівство кілька десятиліть тому.

148. В будь-якому випадку, розгляд прокурором питання щодо особи, до якої може бути застосовано превентивне затримання відповідно до пункту 2.5 Інструкції, за жодних обставин не може вважатися належною заміною судового контролю.<sup>154</sup>

149. Наступним питанням, на яке слід звернути увагу, є те, що заходи, передбачені законом про превентивне затримання, по суті не особливо відрізняються від тимчасового обмеження в доступі до судового контролю, введеного новими положеннями Кримінального процесуального кодексу, оскільки щодо осіб, затриманих в превентивному порядку, після спливу максимального 30-денного строку затримання може здійснюватися звичайне кримінальне провадження. Хоча право застосовувати тимчасове обмеження в доступі до судового контролю насамперед мають старші офіцери Служби

---

<sup>153</sup> Там само, пункт 84. Суд дійшов аналогічного висновку у справах *Демір проти Туреччини* (*Demir v. Turkey*), №21380/93, 23 вересня 1998 р, *Нурай Сен проти Туреччини* (*Nuray Sen v. Turkey*) № 41478/98, 17 червня 2003 р. та *Білен проти Туреччини* (*Bilen v. Turkey*), № 34482/97, 21 лютого 2006 р.

<sup>154</sup> Див. пункт 25.

безпеки та Міністерства внутрішніх справ, а не прокурори, і до того ж немає реальних підстав вважати, що це право буде використано на практиці, схоже на те, що мета цього заходу полягає в тому, щоби зрештою порушити кримінальне провадження щодо затриманої особи, а не ізолювати її до моменту стабілізації ситуації. Подібний підхід до інституту превентивного затримання дуже збільшує ймовірність того, що під час оцінки ситуації Суд піде за логікою своїх рішень у справах щодо Туреччини, а не Ірландії та Сполученого Королівства.

150. До інших можливих недоліків режиму превентивного затримання можна віднести відсутність чітких положень про доступ до правової та консульської допомоги, хоча в Інструкції зроблено спробу виправити ситуацію<sup>155</sup>. Крім того, не зрозуміло, на яких умовах будуть утримуватися особи під час превентивного арешту. В Інструкції зазначено, що до них застосовується режим попереднього ув'язнення, але обставини можливого застосування превентивного затримання аж ніяк не можна вважати «звичайними».<sup>156</sup>

151. Як вже говорилося<sup>157</sup>, доступ до захисника полегшує здійснення судового контролю, але його також можна розглядати як гарантію захисту від можливих зловживань. Крім того, відмова в доступі до консульської допомоги, за якою можуть звертатися причетні до терористичної діяльності іноземці, є потенційною підставою для визнання такого затримання свавільним<sup>158</sup>. Таким чином, обидва обмеження впливатимуть на те, чи визнає Суд окремі випадки превентивного затримання суворо необхідними, зважаючи на гостроту становища. При цьому суттєві обмеження в доступі до відповідних гарантій обов'язково призведуть до негативної оцінки ситуації.

152. За усталеною практикою Суду, якщо особи утримуються у приміщеннях, де немає доступу до належних санітарно-гігієнічних умов, медичного обслуговування чи їжі, якщо приміщення переповнені або якщо є неналежний характер дисциплінарного режиму в таких місцях, то це може бути визнано порушенням положень статті 3 Конвенції.<sup>159</sup> Це не обов'язково впливатиме на правомірність превентивного затримання, але все одно є недопустимим.

153. Разом із тим, задля виправлення цих недоліків зовсім не обов'язково змінювати закон про превентивне затримання. Буде цілком достатньо, якщо особам, до яких застосовується превентивне затримання, буде на практиці

---

<sup>155</sup> Див. пункти 26 і 28.

<sup>156</sup> Див. пункт 36.

<sup>157</sup> Див. пункти 94--97.

<sup>158</sup> Див. пункти 98--101.

<sup>159</sup> Див., наприклад, справи *Kınp проти Туреччини* (*Cyprus v. Turkey*) (ухвала), № 6780/74, 10 липня 1976 р., *Калашніков проти Росії* (*Kalashnikov v. Russia*), № 47095/99, 15 липня 2002 р., *Худойоров проти Росії* (*Khudoyorov v. Russia*), № 6847/02, 8 листопада 2005 р. та *Ван дер Вен проти Нідерландів* (*Van der Ven v. Netherlands*), № 50901/99, 4 лютого 2003 р.

забезпечено належний доступ до правової та консульської допомоги і стандартів утримання у відповідності до конвенційних стандартів.

154. Таким чином, питання щодо конституційності закону про превентивне затримання, а також недостатній рівень судового контролю та інших гарантій його застосування викликають дуже великі сумніви щодо того, чи зможе Суд визнати його таким, що відповідає Конвенції.

#### *Зміни, внесені до Кримінального процесуального кодексу*

155. До того, як змінився порядок використання низки повноважень за Кримінальним процесуальним кодексом, стандарти їхнього використання цілком відповідали Конвенції – як в частині умов, так і в частині необхідності отримати попередню санкцію суду.

156. Нововведення жодним чином не вплинули на умови, що містяться у відповідних положеннях Кримінального процесуального кодексу, але тепер за певних обставин (а саме, в умовах воєнного, надзвичайного стану або в районах проведення антитерористичної операції, коли слідчий суддя не здатний надати дозвіл протягом встановленого строку) затримання може здійснюватися за дозволом прокурора, тоді як зазвичай для цього необхідно мати попередній дозвіл суду.

157. Хоча зміни до Кримінального процесуального кодексу і не вплинули на інші важливі для Суду гарантії використання права на особисту свободу, зокрема, обов'язок повідомити рідних затриманої особи та забезпечити доступ до захисника, але, як вже зазначалося, досі не зрозуміло, яким чином ці гарантії будуть забезпечуватися в умовах, коли замість судді дозвіл на затримання надає прокурор<sup>160</sup>.

158. Крім того, навіть якщо нововведення опосередковано не вплинули на право затриманого звернутися до судді з клопотанням про скасування чи заміну запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою в порядку статті 201 Кримінального процесуального кодексу, то на практиці затриманий навряд чи зможе скористатися цим правом, щоби реалізувати своє право на судовий контроль у відповідності до статті 5(3) Конвенції<sup>161</sup>.

159. В будь-якому випадку, як вже зазначалося<sup>162</sup>, дуже сумнівно, що Суд визнає прийнятним тимчасове обмеження судового контролю на строк понад сім днів, навіть якщо це буде зроблено в умовах правомірного відступу від

---

<sup>160</sup> Див. пункт 53.

<sup>161</sup> Див. пункт 52.

<sup>162</sup> Див. пункти 144--149.

зобов'язань за статтею 15 Конвенції. Відповідного повідомлення на ім'я Генерального секретаря Ради Європи не надходило. Отже, якщо прокурор дозволить затримання навіть на такий короткий строк на фоні досить низької ймовірності того, що затриманий зможе скористатися гарантіями, які Суд вважає важливими, то це становитиме порушення Конвенції.

160. Якщо держава не скористалася правом на відступ від зобов'язань за статтею 15 Конвенції, то слід пам'ятати, що за таких умов затримка щодо судового контролю (стаття 5(3) Конвенції) на строк понад 4 дні була визнана Судом неприйнятною<sup>163</sup>.

161. Отже, є сумніви, що передбачену змінами до Кримінального процесуального кодексу схему (незалежно від того, чи буде здійснено відступ від зобов'язань) вдасться реалізувати без порушення вимог Конвенції, принаймні, в межах строку, передбаченого Кодексом.

162. Що стосується передання прокурору окремих повноважень слідчого судді, то Суд цілком може визнати його таким, що відповідає статі 8 Конвенції, навіть якщо не буде здійснено відступу від зобов'язань. Скоріш за все, при винесенні такого рішення він братиме до уваги серйозну природу злочинів та обмежений перелік обставин, за яких оновлений Кримінальний процесуальний кодекс дозволяє цю заміну<sup>164</sup>. Та скоріш за все це буде можливо лише в тому випадку, якщо затриманий матиме право оскаржити законність дозволу на затримання та прийнятність доказів, отриманих в результаті проведення такої операції, тобто за умови забезпечення прав за статтями 6 та 8 Конвенції<sup>165</sup>.

163. Крім того, варто внести зміни до положень Інструкції, якими визначається прокурор, уповноважений надавати дозвіл на застосування заходів<sup>166</sup>. Слід встановити, що дане право належить іншому прокурору, аніж той, що подає чи ухвалює клопотання про застосування таких заходів, бо інакше, попри відповідні положення Кримінального процесуального кодексу, це створюватиме загрозу свавільного прийняття рішень<sup>167</sup>.

---

<sup>163</sup> Див. *Броган проти Сполученого Королівства (Brogan v. United Kingdom)*, № 11209/84, 29 листопада 1988 р.

<sup>164</sup> Даний висновок не слід сприймати як такий, що ставить під сумнів думку, висловлену в *Експертному висновку щодо законопроекту про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо особливого режиму досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції* стосовно того, що варто запровадити більш комплексний підхід до проведення розслідування в умовах війни, надзвичайного стану або в районі проведення антитерористичної операції.

<sup>165</sup> Див. *Биков проти Росії (Bykov v. Russia)* [ВП], № 4378/02, 10 березня 2009 р., пункт 80, та *Хан проти Сполученого Королівства (Khan v. United Kingdom)*, № 35394/97, 12 травня 2000 р.

<sup>166</sup> Див. пункт 48.

<sup>167</sup> Див. пункт 50.

164. Таким чином, дуже сумнівно, що прокурор зможе призначати запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, не порушуючи при цьому Конвенцію, тоді як інші нововведення Кримінального процесуального кодексу щодо повноважень прокурора (за умови дотримання вимог, що згадуються у двох попередніх пунктах) виглядають цілком прийнятними.

## **Е. Висновки**

165. Сумніви щодо конституційності закону про превентивне затримання є визначальними не лише у зв'язку із прийнятністю превентивного затримання в рамках українського правового поля, але також і щодо відступу від зобов'язань відповідно до статті 15 Конвенції, так як відступ може бути лише щодо тих заходів, які є законними у Договірній Державі. Ці сумніви могли б бути зняті шляхом прийняття рішення Конституційним судом, але читаючи положення статті 64 Конституції України, такий крок видається неймовірним. У цьому випадку єдина основа для застосування превентивного затримання у відповідності з Конвенцією була би лише через внесення відповідних змін до Конституції.

166. Крім того, хоча встановлений законом строк превентивного затримання не такий великий, як це було у попередніх випадках, коли Суд визнав таке затримання прийнятним, відсутність судового контролю та інших гарантій захисту від можливих зловживань може поставити під сумнів відповідність цього заходу вимогам Конвенції. Тому було б доцільним у чіткій та неоднозначній спосіб визначити необхідні гарантії, а також забезпечити, щоби практичні особливості застосування превентивного затримання отримали належну увагу.

167. Дуже сумнівно, що навіть за умови повідомлення про відступ від зобов'язань за Конвенцією, прокурор може надавати дозвіл на тримання особи під вартою на строк, передбачений змінами до Кримінального процесуального кодексу. Тому, можливо, було б доцільніше передати ці повноваження слідчим суддям, що мають можливість виконувати свої обов'язки поза межами районів, де планується застосувати такі заходи, наприклад, через відеоконференцію: це допоможе забезпечити належну безпеку для виконання суддями своєї важливої ролі.

168. З іншого боку, не повинні викликати запитань новели Кримінального процесуального кодексу щодо передання прокурору інших повноважень слідчого судді у рамках досудового розслідування, у тому випадку, якщо це не той самий прокурор, який клопоче про певні заходи, дозвіл на які він повинен надавати, а використання цих повноважень можна буде ефективно оскаржити до суду.