

**ДО ПИТАННЯ БЕЗАЛЬТЕРНАТИВНОСТІ ПОЛОЖЕННЯ
ч. 5 ст. 176 КПК УКРАЇНИ
ТА ЙОГО ВІДПОВІДНОСТІ ВИМОГАМ
ст. 5 КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ
І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД**

В. С. Батиргарєєва, доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, заступник директора Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України

Постановка проблеми. Законом України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо невідворотності покарання за окремі злочини проти основ національної безпеки, громадської безпеки та корупційні злочини» від 7 жовтня 2014 р. № 1689-VII статтю 176 Кримінального процесуального кодексу України доповнено частиною п'ятою такого змісту: «5. Запобіжні заходи у вигляді особистого зобов'язання, особистої поруки, домашнього арешту, застави не можуть бути застосовані до осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні злочинів, передбачених статтями 109–114¹, 258–258⁵, 260, 261 Кримінального кодексу України». Проте чи привела така законодавча новела, як зазначалося в меті Пояснювальної записки до відповідного законопроекту [8], до підвищення ефективності розслідування окремих категорій злочинів, зокрема злочинів проти основ національної безпеки України та громадської безпеки? Чи посприяло це стану у протидії злочинності в цілому та зазначеним видам злочинних проявів зокрема? Як наголошує О. С. Шадрін, окреслена проблема є надзвичайно гострою з огляду на кількість справ даної категорії, вже відкритих,

число яких постійно зростає, а особи можуть бути безальтернативно позбавлені свободи роками [12].

Аналіз наукових досліджень та публікацій. Питанням запобіжних заходів та їх превентивних можливостей традиційно в доктринальній площині та правозастосовній практиці присвячувалася та присвячується пильна увага. Серед вітчизняних (включаючи ще радянський період) та зарубіжних науковців – представників процесуальної науки, які займалися проблематикою заходів запобігання, – слід указати на наукові праці Ю. П. Аленіна, Н. В. Глинської, І. В. Головюк, Ю. М. Грошевого, С. В. Давиденко, З. Д. Єнікеєва, В. С. Зеленецького, О. В. Капліної, О. П. Кучинської, Л. М. Лобойка, В. Т. Маляренка, І. Л. Петрухіна, О. І. Тищенко, О. Г. Шило та ін. Проте роботи вказаних авторів насамперед стосуються визначення поняття, сутності та особливостей застосування цих заходів як важелів забезпечення кримінального провадження. Що стосується аналізу правомірності, доцільності та наслідків їх застосування щодо конкретної категорії злочинів, то в цьому ракурсі проблеми майже не підіймалися.

Метою статті є встановлення відповідності положення ч. 5 ст. 176 КПК України вимогам ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та наведення аргументації щодо суперечності аналізованої норми права букві та духу закону.

Виклад основного матеріалу дослідження. Уявляється, що введення норми, передбаченої ч. 5 ст. 176 КПК України, автоматично призвело до погіршення правового статусу осіб, обвинувачених за вказаними статтями КК України, внаслідок обмеження можливості застосовувати до них інші, крім тримання під вартою, запобіжні заходи порівняно з іншими особами, що вчинили злочини, віднесені у кримінальному праві до аналогічної за тяжкістю суспільної небезпечності групи злочинів.

Наведемо аргументи на користь такого висновку.

По-перше, виходячи зі ст. 12 Кримінального кодексу України («Класифікація злочинів»), залежно від ступеня тяжкості злочини поділяються на злочини невеликої тяжкості, середньої тяжкості, тяжкі та особливо тяжкі (ч. 1). Злочином невеликої тяжкості є злочин, за який передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк

не більше двох років, або інше, більш м'яке покарання за винятком основного покарання у виді штрафу в розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (ч. 2). Злочином середньої тяжкості є злочин, за який передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі не більше десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавлення волі на строк не більше п'яти років (ч. 3). Тяжким злочином є злочин, за який передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі не більше двадцяти п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавлення волі на строк не більше десяти років (ч. 4). Особливо тяжким злочином є злочин, за який передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі понад двадцять п'ять тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, позбавлення волі на строк понад десять років або довічного позбавлення волі (ч. 5).

Якщо здійснити аналіз покарань, які можуть бути призначені судом за вчинення злочинів, наприклад, передбачених ст. 110² КК («Фінансування дій, вчинених з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, зміни меж території або державного кордону України»), ст. 258⁵ КК («Фінансування тероризму») або ст. 260 КК («Створення не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань»), то можна дійти висновку, що за ч. 1 ст. 110² КК відповідний злочин належить до категорії злочинів середньої тяжкості; передбачені частинами 2, 3 та 4 ст. 110² КК – до категорії тяжких злочинів. Стосовно ст. 258⁵ КК слід відмітити, що ч. 1 і ч. 2 містять склад тяжкого злочину, а ч. 3 – особливо тяжкого злочину. У свою чергу, у ч. 1 ст. 260 КК закріплено злочин, що є злочином середньої тяжкості, у частинах 2 та 3 – тяжкий злочин, а у частинах 4 та 5 – особливо тяжке кримінально каране правопорушення.

Як свідчить аналіз нормативного положення, перелік злочинів, наведений у ч. 5 ст. 176 КПК України, має закритий характер. Водночас до нього (якщо йти за логікою законодавця, який нібито намагається виділити найбільш небезпечні для суспільства злочини) не потрапили, наприклад, такі тяжкі та особливо тяжкі злочини, як чимало злочинів проти життя та здоров'я особи (умисні вбивства, у тому числі з обтяжуючими обставинами, тяжкі тілесні ушкоджен-

ня, кваліфіковані склади багатьох інших злочинів із цього розділу КК), проти свободи, честі та гідності особи (захват заручників, торгівля людьми або інша незаконна угода щодо людини та ін.), проти громадської безпеки (створення злочинної організації, бандитизм та ін.), проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян (посягання на життя працівника правоохоронного органу, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовця, захоплення представника влади або працівника правоохоронного органу як заручника, захоплення журналіста як заручника та ін.) тощо [6, с. 29].

Виходячи із законодавчого формулювання відповідних норм, цілком очевидно, що перелічені правопорушення є більш суспільно небезпечними, ніж принаймні деякі форми так званого сепаратизму або створення не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань. Однак навіть за вчинення перелічених злочинів, що не потрапили до переліку, зазначеного в ч. 5 ст. 176 КПК України, за інших рівних умов не встановлюється пряма заборона щодо застосування до осіб, що їх вчинили, інших, крім тримання під вартою, запобіжних заходів. До того ж відповідно до правової позиції Конституційного Суду України, яка викладена в Рішенні від 8 липня 2003 р. (справа про врахування тяжкості злочину при застосуванні запобіжного заходу), *тяжкість вчиненого злочину враховується поряд з іншими обставинами*. Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ) неодноразово звертав увагу на те, що сама по собі тяжкість злочину, у вчиненні якого обвинувачується особа, не може бути безумовною підставою для обрання щодо цієї особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту (рішення ЄСПЛ у справі «Ніколова проти Болгарії») [10]. До того ж, посилаючись на рішення по справі «Неймайстер проти Австрії», відмітимо, що позбавлення волі особи (тримання під вартою) не повинно перетворюватися на своєрідну прелюдію до завчасного відбування можливого в майбутньому вироку про позбавлення волі [7].

Тому при обранні запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою віддавання переваги лише тяжкості вчиненого злочину без урахування всіх інших обставин не дозволяє максимально індиві-

дуалізувати процес застосування щодо того чи іншого підозрюваного, обвинуваченого «адекватного» вчиненому та характеристиці його особистості запобіжного заходу. Проте законодавець із самого початку пішов шляхом погіршення правового становища зазначених осіб. На наш погляд, такий вибірковий підхід до формулювання й закріплення законодавчого положення свідчить про те, що наразі порушується ч. 3 ст. 22 Конституції України, що наголошує: «При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод». Згідно із ч. 2 ст. 64 Основного Закону це положення Конституції може бути обмежено лише у зв'язку з уведенням у країні *воєнного або надзвичайного стану*.

По-друге, запобіжні заходи – це різновид заходів забезпечення кримінального провадження попереджувального характеру, які застосовуються слідчим суддею або судом за наявності підстав і в порядку, встановленому законом, відносно підозрюваного, обвинуваченого з метою забезпечення виконання покладених на нього процесуальних обов'язків, а також запобігання спробам його можливої неправомірної поведінки [3, с. 298]. Однією з основних ознак цих заходів є обмеження конституційних прав людини. Щоб вдатися до застосування таких заходів, мають бути вагомими підстави для його застосування. Відповідно до ч. 2 ст. 177 КПК України підставою застосування запобіжного заходу є, по-перше, *наявність обґрунтованої підозри* у вчиненні особою кримінального правопорушення, по-друге, *наявність ризиків*, які дають достатні підстави слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний, обвинувачений може переховуватися від органів досудового розслідування, суду, перешкоджати здійсненню кримінального провадження, продовжити протиправну діяльність, незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого тощо або знищити, сховати, спотворити будь-яку із речей чи документів, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення.

При цьому, як зазначено в Інформаційному листі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання порядку застосування запобіжних заходів

під час досудового розслідування та судового провадження відповідно до Кримінального процесуального кодексу України» від 4 квітня 2013 р., рішення про застосування одного із видів запобіжних заходів, який обмежує права і свободи підозрюваного, обвинуваченого, має відповідати характеру певного суспільного інтересу (тобто визначеним у КПК конкретним підставам і меті), що, незважаючи на презумпцію невинуватості, превалює над принципом поваги до свободи особистості (п. 1) [9].

Слід ще раз підкреслити, що тримання під вартою є винятковим запобіжним заходом. Його сутність полягає у позбавленні підозрюваного, обвинуваченого волі на певний строк та триманні його у місцях попереднього ув'язнення. Цей запобіжний захід суттєво обмежує конституційне право людини на свободу та особисту недоторканність, яке втілює одне з найбільш значимих соціальних благ, що передбачає недопустимість свавільного втручання у сферу автономії людини, створює необхідні умови як для її всебічного розвитку, так і для демократичного устрою суспільства в цілому [3, с. 318]. Саме з огляду на ці моменти взяття під варту має обиратися *тільки при неможливості забезпечити належну поведінку підозрюваного, обвинуваченого та виконання ним процесуальних обов'язків за допомогою інших, більш м'яких запобіжних заходів*. Такий підхід, зокрема, відповідає п. 3 ст. 9 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, згідно з яким «взяття під варту осіб, котрі чекають судового розгляду, *не повинно бути загальним правилом*» [5]. Разом із тим відповідно до п. 1 Резолюції (65) 11 Комітету міністрів Ради Європи «Взяття під варту» Урядам рекомендується забезпечувати відповідність взяття під варту таким принципам: а) *взяття під варту ніколи не повинно бути обов'язковим*. Судовий орган повинен приймати своє рішення з урахуванням фактів і обставин справи; б) взяття під варту повинно розглядатися як виняткова міра; с) взяття під варту повинно застосовуватися або продовжуватися тільки у випадку суворой необхідності. За жодних обставин воно не повинно застосовуватися для цілей покарання [2]. Цьому питанню приділяється увага й у п. 6.1 Токійських правил, в якому наголошується, що попереднє ув'язнення застосовується в судочинстві у кримі-

нальних справах як крайній захід за умов належного врахування інтересів розслідування передбачуваного правопорушення та захисту суспільства і жертви [4].

Досліджуючи положення ч. 2 ст. 177 КПК України, насамперед слід проаналізувати другу складову підстави застосування запобіжних заходів, а саме: *наявність ризиків, які дають достатні підстави слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний, обвинувачений може переховуватися від органів досудового розслідування, суду, перешкоджати здійсненню кримінального провадження, продовжити протиправну діяльність, незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого тощо або знищити, сховати, спотворити будь-яку із речей чи документів, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення.*

Так, нескладно уявити випадок, коли виявляється, що поведінка підозрюваної, обвинуваченої особи взагалі не містить тих ризиків, про які йдеться у ч. 2 ст. 177 КПК України (наприклад, особа не збирається залишати місце проживання з метою сховатися від компетентних органів, не чинить будь-яких перепон реалізації кримінального провадження, з'являючись на проведення всіх слідчих дій та, навпаки, всіляким чином допомагаючи компетентним органам у встановленні істини у справі, не здійснює жодного впливу на потерпілих, а, навпаки, намагається відшкодувати вже на цьому етапі встановлення істини у справі завдану потерпілому шкоду тощо). У цьому разі таке ставлення до вчиненого та процесу розслідування злочину свідчить про позитивну посткримінальну поведінку особи. Обираючи підозрюваному запобіжний захід, слідчий суддя, суд, безумовно, зобов'язаний врахувати наявність існуючих ризиків чи їх відсутність (як в останньому наведеному гіпотетичному прикладі). Разом із цими ризиками (їх відсутністю) слідчий суддя, суд на підставі наданих сторонами кримінального провадження матеріалів зобов'язаний оцінити в сукупності й такі обставини, про які йдеться у ст. 178 КПК України. До них належать:

1) вагомість наявних доказів про вчинення підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення;

2) тяжкість покарання, що загрожує відповідній особі у разі визнання підозрюваного, обвинуваченого винуватим у кримінальному правопорушенні, у вчиненні якого він підозрюється, обвинувачується;

3) вік та стан здоров'я підозрюваного, обвинуваченого;

4) міцність соціальних зв'язків підозрюваного, обвинуваченого в місці його постійного проживання, у тому числі наявність у нього родини й утриманців;

5) наявність у підозрюваного, обвинуваченого постійного місця роботи або навчання;

б) репутація підозрюваного, обвинуваченого;

7) майновий стан підозрюваного, обвинуваченого;

8) наявність судимостей у підозрюваного, обвинуваченого;

9) дотримання підозрюваним, обвинуваченим умов застосованих запобіжних заходів, якщо вони застосовувалися до нього раніше;

10) наявність повідомлення особі про підозру у вчиненні іншого кримінального правопорушення;

11) розмір майнової шкоди, у завданні якої підозрюється, обвинувачується особа, або розмір доходу, в отриманні якого внаслідок вчинення кримінального правопорушення підозрюється, обвинувачується особа, а також вагомість наявних доказів, якими обґрунтовуються відповідні обставини.

Уявляється, що за інших рівних умов до підозрюваного, обвинуваченого, що вчинив будь-який злочин і в посткримінальній поведінці якого немає наведених ризиків та всі разом або лише частина обставин, перелічених у ст. 178 КПК України, «трактуються» на його користь (наприклад, міцність соціальних зв'язків особи, що відбивається в наявності постійного проживання, родини й утриманців, постійного місця роботи або навчання, відсутність попередньої судимості, добра попередня репутація та ін.), не може бути обрано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою. Протилежний підхід суперечив би букві та духу закону. До того ж із кримінального процесуального закону прямо випливає, що згідно з ч. 2 ст. 183 КПК України тримання під вартою за загальним правилом може бути застосовано до раніше не судимої особи, яка підозрюється або обвинувачується у вчиненні злочину, за який законом

передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк понад п'ять років. Тобто до особи, що вчинила злочин середньої тяжкості, не маючи при цьому судимості, і в теперішній поведінці якої відсутні ризики продовження будь-яких неправомірних дій, апріорі не може застосовуватися запобіжний захід у вигляді тримання під вартою. Із цього випливає і ще один важливий висновок: навіть до осіб, які вчинили більш тяжкі злочини, ніж середньої тяжкості, за певних умов може не застосовуватися запобіжний захід у вигляді тримання під вартою. Тому, підкреслимо ще раз, залишається незрозумілим, чим, крім політичного забарвлення, пояснювалося рішення законодавця про доповнення ст. 176 КПК України частиною 5?

Якщо до ст. 176 КПК України все ж таки законодавцем введено норму, за змістом якої до осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні злочинів, передбачених статтями 109–114¹, 258–258⁵, 260, 261 Кримінального кодексу України, застосовується тільки тримання під вартою, то виникає запитання: а чи не суперечить таке рішення законодавця духу закону бути справедливим і гуманним? Відповідь на це запитання треба шукати насамперед у співвідношенні даної норми із вже цитованою ч. 3 ст. 22 Конституції, що наголошує: «При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод». Як бачимо, у цьому ракурсі ч. 5 ст. 176 КПК України суперечить не лише духу закону, а й навіть букві Основного Закону. Разом із тим положення ч. 5 ст. 176 КПК України суперечать і вимогам низки міжнародних документів, зокрема ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та європейській практиці, що склалася на основі її застосування. *Цю суперечність слід позначити як суперечність духу закону.*

При обмеженні права на свободу і особисту недоторканність, що має фундаментальний характер і закріплюється у ст. 29 Конституції України, особливого значення набувають гарантії захисту, у тому числі судового, що закріплюються міжнародними документами у сфері захисту прав людини загального та регіонального характеру, зокрема у ст. 9 Загальної декларації прав людини, ст. 9 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, положеннях резолюцій та рекомендацій Комітету міністрів Ради Європи

й у вже згадуваній ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та європейській практиці.

У ст. 5 вищезгаданої Конвенції закріплюється низка важливих положень. Так, відповідно до п. 1 ст. 5 Конвенції кожен має право на свободу та особисту недоторканність. Нікого не може бути позбавлено свободи інакше ніж відповідно до процедури, встановленої законом і в таких випадках, як:

а) законне ув'язнення особи після її засудження компетентним судом;

б) законний арешт або затримання особи за невиконання законної вимоги суду або для забезпечення виконання будь-якого обов'язку, передбаченого законом;

в) законний арешт або затримання особи, здійснені з метою припровадження її до встановленого законом компетентного органу на підставі обґрунтованої підозри у вчиненні нею правопорушення або якщо є розумні підстави вважати за необхідне запобігти вчиненню нею правопорушення чи її втечі після його вчинення;

г) затримання неповнолітнього на підставі законного рішення з метою застосування наглядових заходів виховного характеру або законне затримання неповнолітнього з метою припровадження його до встановленого законом компетентного органу;

е) законне затримання осіб для запобігання поширенню інфекційних захворювань, законне затримання психічно хворих, алкоголіків або наркоманів чи бродяг;

ф) законний арешт або затримання особи, здійснені з метою запобігання її незаконному в'їзду в країну, чи особи, щодо якої вживаються заходи з метою депортації або екстрадиції.

У практиці Європейського суду з прав людини щодо дотримання положень п. 1 ст. 5 Конвенції постійно підкреслюється вимога, щоб позбавлення свободи було «законним», зокрема з дотриманням «процедури, встановленої законом». У цьому аспекті Конвенція відсилає до норм національного законодавства та встановлює зобов'язання забезпечувати дотримання матеріально-правових і процесуальних норм законодавства, але вона також вимагає, щоб *при будь-якому позбавленні свободи забезпечувалася мета ст. 5 Конвенції, зокрема захист осіб від свавілля*. Відповідно до практи-

ки ЄСПЛ національні органи, передусім суди, повинні тлумачити і застосовувати національний закон відповідно до ст. 5 Конвенції (рішення ЄСПЛ від 10 червня 1996 р. у справі «Бенхем проти Сполученого Королівства») [1].

Для обґрунтування нашої позиції про суперечність положення ч. 5 ст. 176 КПК України вимогам ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод найважливіше значення для нас має аналіз п. «с» цієї статті, особливо тлумачення поняття «розумні підстави вважати за необхідне запобігти вчиненню особою правопорушення чи її втечі після його вчинення». Із наведених нами прикладів цілком зрозуміло, що є такі випадки, що якраз і свідчать про відсутність «розумних підстав вважати за необхідне запобігти вчиненню нею правопорушення чи її втечі після його вчинення», оскільки таких ризиків у тій чи іншій конкретній ситуації не існує. То в цьому разі, чи не суперечить положення ч. 5 ст. 176 КПК України духу закону? Відповідь є самоочевидною – «так». І такий підхід українського законодавця, якщо його розглядати крізь призму аналізованого міжнародного документа, ще раз підкреслимо, суперечить духу закону як поняттю більш широкому, ніж «буква закону». Сьогодні є чимало прикладів того, що закони, виражені словом і відбиті на папері, лише частково виявляються доцільними. Адже іноді виконання букви закону може не збігатися із духом закону, з тими цілями, досягнення яких очікувалося від його виконання. Дух закону відбивається не лише в законі, а й у міжнародній практиці, етиці, моральних принципах і засадах, а так само в нормах, закріплених у правовій та культурній спадщині. Держава, намагаючись стати правовою, соціальною, демократичною, має забезпечувати відповідність букви закону його духу, підносячи цю вимогу до категорії імперативів, що, у свою чергу, має стати обов'язковим для законодавчих органів держави. Дух закону – це вища соціальна доцільність, що проявляється в існуванні та життєдіяльності самого соціуму. Коли зневажається дух закону, відбувається й зловживання буквою закону, як у цьому разі.

Із точки зору практичного застосування положень ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод доречно відмітити, що судді місцевих судів у своїй практиці використовують

положення Конвенції і рішення ЄСПЛ, застосовуючи прямі посилення на такі джерела права в судових рішеннях. Наведемо лише один приклад.

Криничанський районний суд Дніпропетровської області, обираючи запобіжний захід стосовно Б. С., який обвинувачувався за ч. 4 ст. 190 КК, єдиною підставою для обрання міри запобіжного заходу тримання під вартою визнав те, що особа обвинувачувалася в учиненні особливо тяжкого злочину, за який передбачено покарання у виді позбавлення волі строком до 12 років. У той самий час судом не було враховано стан здоров'я обвинуваченого, його сімейний стан, що на його утриманні знаходилася 3-річна дитина, що він повністю визнав себе винним та повернув викрадені грошові кошти, страждає на низку системних хронічних захворювань, що в матеріалах справи відсутні дані, що останній міг ухилитися від слідства та суду, перешкодити встановленню істини у кримінальній справі, продовжити злочинну діяльність та що обрання такого запобіжного заходу потрібно було для забезпечення процесуальних рішень.

Апеляційний суд ухвалою від 23 листопада 2011 р. скасував постанову районного суду, вказавши, що зазначені в постанові суду першої інстанції мотиви і підстави повинні відповідати вимогам статті 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод і рішенням ЄСПЛ, згідно з якими міра запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою не може бути виправдана очікуваним покаранням у виді позбавлення волі [11].

По-третє, у низці статей КК України, що є предметом нашого аналізу, містяться заохочувальні норми. Так, наприклад, у ч. 5 ст. 110² КК України заохочувальною нормою передбачається, що особа, крім керівника організованої групи, звільняється від кримінальної відповідальності за дії, передбачені цією статтею, якщо вона до повідомлення їй про підозру у вчиненні нею злочину добровільно заявила про те, що сталося, органу, службова особа якого наділена законом правом повідомляти про підозру, про відповідну незаконну діяльність або іншим чином сприяла її припиненню або запобіганню злочину, який вона фінансувала або вчиненню якого сприяла, за умови, що в її діях немає складу іншого злочину.

Аналогічна норма передбачена й у ч. 4 ст. 258⁵ КК України: особа, крім організатора або керівника терористичної групи (організації), звільняється від кримінальної відповідальності за дії, передбачені цією статтею, якщо вона добровільно до притягнення до кримінальної відповідальності повідомила про відповідну терористичну діяльність або іншим чином сприяла її припиненню або запобіганню злочину, який вона фінансувала або вчиненню якого сприяла, за умови, що в її діях немає складу іншого злочину.

Якщо звернутися до ч. 6 ст. 260 КК України, так само можна встановити в ній наявність заохочувальної норми, згідно з якою звільняється від кримінальної відповідальності за цією статтею особа, яка перебувала в складі зазначених у цій статті формувань, за дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вона добровільно вийшла з такого формування і повідомила про його існування органи державної влади чи органи місцевого самоврядування.

Таке ставлення держави до осіб, на яких поширюється дія зазначених заохочувальних норм, свідчить про те, що в ч. 5 ст. 176 КК України міститься норма про обрання заздалегідь «завищеного» запобіжного заходу у випадках вчинення аналізованих злочинів. І такий законодавчий припис виглядає очевидним дисонансом із можливістю за певних умов звільнювати особу від кримінальної відповідальності [6. с. 40].

Висновки. Положення ч. 5 ст. 176 КПК України не відповідають вимогам ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод унаслідок їх суперечності духу закону, який покликана відбивати зазначена Конвенція. Крім того, вони не відповідають і букві закону, а саме ч. 3 ст. 22 Конституції України, у відповідності до якої «при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод».

Перелік літератури

1. Case of Benham v. the United Kingdom (Application no. 19 380/92): judgment, Strasbourg, 10 June 1996. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#> (дата звернення: 01.11.2018).

2. Заключение под стражу: Резолюция (65) 11 Ком. министров Совета Европы от 9 апр. 1965 г. URL: <http://docs.cntd.ru/document/901991990> (дата звернення: 01.11.2018).

3. Кримінальний процес / Ю. М. Грошевий, В. Я. Тацій, А. Р. Туманянц та ін.; за ред. В. Я. Тація, Ю. М. Грошевого, О. В. Капліної, О. Г. Шило. Харків: Право, 2013. 824 с.

4. Минимальные стандартные правила Организации Объединенных Наций в отношении мер, не связанных с тюремным заключением (Токийские правила): утв. Резолюцией № 45/110 Генер. Ассамблеи ООН 14 дек. 1990 г. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/tokyo_rules.shtml (дата звернення: 01.11.2018).

5. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р. *Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи*. Київ: Юрінформ, 1992. С. 36–62.

6. Науково-правовий висновок на запит адвоката Колосар Максима Євгеновича, підготовлений в НДІ ВПЗ імені В. В. Сташиса НАПРН України д. ю. н., ст. наук. співроб. Батиргарєєвою В. С. та к. ю. н. Нетесою Н. В. *Архів НДІ ВПЗ імені В. В. Сташиса НАПРН України*. Харків: НДІ ВПЗ, 2018. 48 с.

7. Неймайстер против Австрии (Neumeister v. Austria): постановление Европ. Суда по правам человека от 27 июня 1968 г. (жалоба № 1936/63). URL: <http://european-court.ru/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/nejmajster-protiv-avstrii-neumeister-v-avstria-postanovlenie-evropejskogo-suda> (дата звернення: 01.11.2018).

8. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо невідворотності покарання за окремі злочини проти основ національної безпеки, громадської безпеки та корупційні злочини». URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/GG3FK68A.html (дата звернення: 31.10.2018).

9. Про деякі питання порядку застосування запобіжних заходів під час досудового розслідування та судового провадження відповідно до Кримінального процесуального кодексу України: лист Вищ. спеціаліз. суду України з розгляду цивіл. і кримін. справ від 4 квіт. 2013 р. № 511-550/0/4-13. URL: <http://document.ua/pro-dejaki-pitannja-porjadku-zastosuvannja-zapobizhnih-zahod-doc138445.html> (дата звернення: 01.11.2018).

10. Рішення у справі «Ніколова проти Болгарії»: Комюніке Секретаря Суду від 25 берез. 1999 г. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO1467.html (дата звернення: 01.11.2018).

11. Узагальнення практики застосування судами загальної юрисдикції першої та апеляційної інстанцій при здійсненні судочинства у кримінальних справах статей 3, 5, 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року за 2011 – перше півріччя 2012 року. *Закон і бізнес*. URL: http://zib.com.ua/ua/print/33771-uzagalnennya_praktiki_zastosuvannya_statey_3_5_6_konvencii_p.html (дата звернення: 31.03.2018).

12. Шадрін О. Зміни до статті про запобіжні заходи: вимога часу чи законодавча помилка? URL: <https://blog.liga.net/user/oshadrin/profile> (дата звернення: 31.10.2018).

Транслітерація переліку літератури

1. Case of Benham v. the United Kingdom (Application no. 19 380/92): judgment, Strasbourg, 10 June 1996. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>

2. Zakljuchenie pod strazhu: Rezoljucija (65) 11 Komiteta ministriv Soveta Evropy ot 9 aprelja 1965 g. URL: <http://docs.cntd.ru/document/901991990> [in Russian].

3. Hroshevyi, Yu. M., Tatsii, V. Ya., Tumaniants, A. R. et al. Kryriminalnyi protses / V.Ya. Tatsii, Yu.M. Hroshevyi, O.V. Kaplina, O. H. Shylo (Eds.). Kharkiv: Pravo. [in Ukrainian].

4. Minimal'nye standartnye pravila Organizacii Ob#edinjonnyh Nacij v otnoshenii mer, ne svjazannyh s tjuremnym zakljucheniem (Tokijskie pravila): utv. Rezoljuciej № 45/110 General'noj Assamblei Organizacii Ob#edinjonnyh Nacij 14 dekabrja 1990 g. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/tokyo_rules.shtml [in Russian].

5. Mizhnarodnyi pakt pro hromadianski i politychni prava vid 16 hrudnia 1966 r. Prava liudyny. Mizhnarodni dohovory Ukrainy, deklaratsii, dokumenty. Kyiv: Yurinform, 1992. 36-62. [in Ukrainian].

6. Bathyhareieva, V. S., Netesa, N. V. (2018). Naukovo-pravovyj vysnovok na zapyt advokata Kolosar Maksyma Yevhenovych, pidhotovleni v NDI VPZ imeni V.V. Stashysa NAPrN Ukrainy. / Arkhiv NDI VPZ imeni V.V. Stashysa. NAPrN Ukrainy. Kharkiv: NDI VPZ. [in Ukrainian].

7. Nejmajster protiv Avstrii (Neumeister v. Avstria): postanovlenie Evropejskogo Suda po pravam cheloveka ot 27 ijunja 1968 g. (zhaloba № 1936/63). URL: <http://european-court.ru/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/nejmajster-protiv-avstrii-neumeister-v-avstria-postanovlenie-evropejskogo-suda> [in Russian].

8. Poiasniuvalna zapyska do proektu Zakonu Ukrainy «Pro vnesennia zmin do Kryminalnoho ta Kryminalnoho protsesualnoho kodeksiv Ukrainy shchodo nevidvorotnosti pokarannia za okremi zlochyny proty osnov natsionalnoi bezpeky, hromadskoi bezpeky ta koruptsiini zlochyny». URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/GG3FK68A.html [in Ukrainian].

9. Pro deiaki pytannia poriadku zastosuvannia zapobizhnykh zakhodiv pid chas dosudovoho rozsliduvannia ta sudovoho provadzhennia vidpovidno do Kryminalnoho protsesualnoho kodeksu Ukrainy: lyst Vyshchoho spetsializovanoho sudu Ukrainy z rozghliadu tsyvilnykh i kryminalnykh sprav vid 4 kvitnia 2013 r. № 511-550/0/4-13. URL: <http://document.ua/pro-dejaki-pitannja-porjadku-zastosuvannja-zapobizhnih-zahod-doc138445.html> [in Ukrainian].

10. Rishennia u spravi «Nikolova proty Bolharii»: Komiiunike Sekretaria Sudu vid 25 bereznia 1999 h. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO1467.html [in Ukrainian].

11. Uzahalnennia praktyky zastosuvannia sudamy zahalnoi yurysdyktsii pershoi ta apeliatsiinoi instantsii pry zdiisnenni sudochnystva u kryminalnykh spravakh statei 3, 5, 6 Konventsii pro zakhyst prav liudyny i osnovopolozhnykh svobod 1950 roku za 2011 – pershe pivrichchia 2012 roku. Zakon i Biznes. URL: http://zib.com.ua/ua/print/33771-uzagalnennya_praktiki_zastosuvannya_statey_3_5_6_konvencii_p.html [in Ukrainian].

12. Shchadrin O. Zminy do statti pro zapobizhni zakhody: vymoha chasu chy zakonodavcha pomyylka? URL: <https://blog.liga.net/user/oshadrin/profile> [in Ukrainian].

Батургарєва В. С. До питання безальтернативності положення ч. 5 ст. 176 КПК України та його відповідності вимогам ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод

Статтю присвячено аналізу змін у кримінальному процесуальному законодавстві України стосовно правової регуляції інституту запобіжних заходів, що відбулися у зв'язку із прийняттям Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо невідворотності покарання за окремі злочини проти основ національної безпеки, громадської безпеки та корупційні злочини» від 7 жовтня 2014 р. № 1689-VII, та з'ясуванню відповідності цих змін не лише положенням національного законодавства, а й положенням міжнародно-правових документів та рішенням Європейського суду з прав людини, зокрема. Інструментом установлення відповідності цих змін приписам згаданих документів стало порівняння доданої до ст. 176 КПК України частини 5 зі ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Стверджується, що введення норми, передбаченої ч. 5 ст. 176 КПК України, автоматично призвело до погіршення правового статусу осіб, обвинувачених за статтями 109–114¹, 258–258⁵, 260, 261 Кримінального кодексу України, через обмеження можливості застосовувати до них інші, крім тримання під вартою, запобіжні заходи порівняно з іншими особами, що вчинили злочини, віднесені у кримінальному праві до аналогічної за тяжкістю суспільної небезпечності групи злочинів. Наголошено, що при обранні запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою віддавання переваги лише тяжкості вчиненого злочину без урахування всіх інших обставин не дозволяє максимально індивідуалізувати процес застосування щодо того чи іншого підозрюваного, обвинуваченого «адекватного» вчиненому та характеристиці його особистості запобіжного заходу. Крім того, закріплення у кримінальному процесуальному законі положення про безальтернативність застосування до особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту виглядає певним дисонансом з огляду на закріплення законодавцем у низці згаданих вище статей Кримінального кодексу України заохочувальних норм.

Після викладення у статті цієї та іншої відповідної аргументації робиться висновок про те, що положення ч. 5 ст. 176 КПК України не відповідають вимогам ст. 5 зазначеної Конвенції внаслідок їх суперечності духу і букві закону.

Ключові слова: Кримінальний процесуальний кодекс, Кримінальний кодекс, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, запобіжні заходи, взяття під варту, європейська практика.

Батыргареєва В. С. К вопросу безальтернативности положения ч. 5 ст. 176 УПК Украины и его соответствия требованиям ст. 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод

Статья посвящена анализу изменений в уголовном процессуальном законодательстве Украины относительно правового регулирования института мер пресечения, которые произошли в связи с принятием Закона Украины «О внесении изменений в Уголовный и Уголовный процессуальный кодексы Украины относительно неотвратимости наказания за отдельные преступления против основ национальной безопасности, общественной безопасности и коррупционные преступления» от 7 октября 2014 г. № 1689-VII, и установлению соответствия этих изменений не только положениям национального законодательства, но и положениям международно-правовых документов и решениям Европейского суда по правам человека в том числе. Инструментом установления соответствия этих изменений предписаниям упомянутых документов стало сравнение дополнения ст. 176 УПК Украины частью 5 со ст. 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Утверждается, что введение нормы, предусмотренной ч. 5 ст. 176 УПК Украины, автоматически привело к ухудшению правового положения лиц, обвиняемых по статьям 109–114¹, 258–258⁵, 260, 261 Уголовного кодекса Украины, вследствие ограничения возможности применять к ним иные, кроме содержания под стражей, меры пресечения по сравнению с другими лицами, которые совершили преступления, отнесенные в уголовном праве к аналогичной по тяжести общественной опасности группе преступлений. Отмечено, что при избрании меры пресечения в виде содержания под стражей отдавать преимуще-

ство только тяжести совершенного преступления без учета всех других обстоятельств означает то, что невозможно будет максимально индивидуализировать процесс применения в отношении того или иного подозреваемого, обвиняемого «адекватной» совершенному деянию и характеристике его личности меры пресечения. Кроме того, закрепление в уголовном процессуальном законе положения о безальтернативности применения к лицу меры пресечения в виде заключения под стражу выглядит неким диссонансом с учетом закрепления законодателем в ряде упомянутых выше статей Уголовного кодекса Украины поощрительных норм.

После изложения в статье данной и иной соответствующей аргументации делается вывод о том, что положения ч. 5 ст. 176 УПК Украины не соответствуют требованиям ст. 5 указанной Конвенции вследствие их противоречия духу и букве закона.

Ключевые слова: Уголовный процессуальный кодекс, Уголовный кодекс, Конвенция о защите прав человека и основных свобод, меры пресечения, заключение под стражу, европейская практика.

Batyhrareeva V. S. On the issue of the lack of alternative provisions of the p. 5, Art. 176 of the Criminal Procedure Code of Ukraine and its compliance with the requirements of Art. 5 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

The article is dedicated to the analysis of the changes in the criminal procedural legislation of Ukraine regarding the legal regulation of the institution of preventive measures that occurred in connection with the adoption of the Law of Ukraine “On Amendments to the Criminal and Criminal Procedure Codes of Ukraine regarding the inevitability of punishment for certain crimes against the foundations of national security, public security and corruption crimes” dated October 7, 2014 No. 1689-VII, and the determination of compliance of these changes not only with the provisions of national legislation, but also with the provisions of international legal instruments and the decisions of the European Court of Human Rights, including. The tool for establishing the compliance of these changes with the requirements of the mentioned documents was the comparison of the supplement of Art. 176 of the Criminal Procedure Code of Ukraine part five with the article 5 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. It is alleged that the introduction of the norm, provided for by Part 5 of Art. 176 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, automatically led to a worsening of the legal position of persons accused under Articles 109–114¹, 258–258⁵, 260, 261 of the Criminal Code of Ukraine due to the restriction of the possibility to apply to them other, in addition to detention, preventive measures, compared to other persons who committed crimes classified in criminal law to a group of crimes similar in severity to the public danger. It is noted that when choosing a preventive measure in the form of detention, to give priority only to the gravity of the crime committed without taking into account all other circumstances means that it will not be possible to individualize the process of applying to a suspect, an accused, a preventive measure, “adequate” to the committed act and characterizing their personality. In addition, the consolidation in the criminal procedural law of the provision that there is no alternative

to the application of a preventive measure to a person in the form of detention seems to be a certain discord, given the legislator's recognition of a number of incentive rules in the aforementioned articles of the Criminal Code of Ukraine.

After the presentation of this and other relevant arguments in the article, it is concluded that the provisions of paragraph 5 of Article 176 of the Criminal Procedure Code of Ukraine do not meet the requirements of Article 5 of the mentioned Convention due to their contradiction to the Spirit and the Letter of the Law.

Key words: *Criminal Procedure Code, Criminal Code, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, preventive measures, detention, European practice.*

Рекомендовано до опублікування на засіданні відділу кримінологічних досліджень НДІ ВПЗ імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України (протокол № 15 від 17.10.2018 р.)