

Конституційний Суд України
01033 м.Київ, вул. Жилянська, 14

Представника Александровської Алли
Олександрівни,
Адвоката Постернака Олександра
Геннадійовича, свідоцтво про право на
заняття адвокатською діяльністю

КОНСТИТУЦІЙНА СКАРГА

Відповідно до ст. 151-1 Конституції України Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність Конституції України (конституційність) закону України за конституційною скаргою особи, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України. Конституційна скарга може бути подана в разі, якщо всі інші національні засоби юридичного захисту вичерпано.

Відповідно до ч. 4 ст. 55 Конституції України кожному гарантується право звернутись із конституційною скаргою до Конституційного Суду України з підстав, установлених цією Конституцією, та у порядку, визначеному законом.

здійснюю захист
провадженні
правопорушення, передбаченого
в області.

у кримінальному
за ознаками кримінального
КК України, яке розслідується
утримується під вартою в

Предметом поданої конституційної скарги є невідповідність Конституції України положень частини шостої статті 175, частини першої статті 183 Кримінального процесуального кодексу України в редакції 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 07.10.2014 № 1689-VII.

Використання національних засобів юридичного захисту, остаточне рішення в справі, в якій застосовано закон України, що суперечить Конституції України.

Ухвалою слідчого судді районного суду
відносно підозрюваної
застосовано запобіжний захід у вигляді
тримання під вартою

на 60 днів – до
без визначення застави. Ухвалою апеляційного суду
ухвала суду першої інстанції залишена без змін.

В зазначеному судовому рішенні суд застосував запобіжний захід у вигляді тримання під вартою із єдиним посиланням – що ч. 5 ст. 176 КПК України забороняє застосовувати інший запобіжний захід особі, яка підозрюється за ст. 110 КК України, окрім тримання під вартою. Посилання захисту на те, що ч. 5 ст. 176 КПК України є не конституційною та суперечить як нормам національного законодавства, так і ст. 5 Конвенції з прав людини та основоположних свобод, судом прийнято не було. Сторона захисту просила звернутися до Верховного Суду України із поданням, в якому просити здійснити звернення до Конституційного Суду України для відкриття провадження про перевірку ч. 5 ст. 176 КПК України на відповідність Конституції України. Дане клопотання судом проігноровано. Оскаржена ухвала суду першої інстанції в апеляційному порядку не дала результатів, оскільки апеляційний суд також застосував неконституційну ч. 5 ст. 176 КПК України. Оскарження в касаційному порядку застосування запобіжного заходу чинним законодавством не передбачено. У зв'язку з цим було вичерпано всі національні можливості для того, щоб судами не застосовувався закон України, який не відповідає Конституції України.

Надалі ухвалою слідчого судді продовжено тримання під вартою ухвалою апеляційного суду ухвала суду першої інстанції залишена без змін. І знову суди застосували неконституційну норму – ч. 5 ст. 176 КПК України, не дивлячись на посилання сторони захисту на її невідповідність і Конституції України, і нормам міжнародного права.

Надалі ухвалою слідчого судді продовжено тримання під вартою ухвалою апеляційного суду ухвалу слідчого судді Київського районного суду було скасовано, строк тримання під вартою було продовжено При цьому суди як і раніше послалися на неможливість застосування альтернативного запобіжного заходу із посиланням на ч. 5 ст. 176 КПК України.

Таким чином були використані всі правові заходи, визначені на національному рівні. Інших заходів, які можна було б застосувати не існує, тому користуючись правом на конституційну скаргу, вимушені звернутися до Конституційного Суду України та просити визнати неконституційною ч. 5 ст. 176 КПК України.

Правове обґрунтування тверджень щодо неконституційності правового акта.

Відповідно до ч. 5 ст. 176 Кримінального процесуального Кодексу України (Далі – КПК) 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 109-114-1, 258-258-5, 260, 261 Кримінального кодексу України.

Відповідно до ч. 1 ст. 183 КПК України 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, крім випадків, передбачених частиною п'ятою статті 176 цього Кодексу.

Так вищезазначені норми з'явилися у Кримінальному процесуальному кодексі України, після ухвалення 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 07.10.2014 № 1689-VII.

Після ухвалених змін у суддів відпала необхідність оцінювати ризики передбачені статтею 177 Кримінального процесуального кодексу України, а також враховувати обставини передбачені статтею 178 Кримінального процесуального кодексу України (ч.1 ст. 183 Кримінально процесуального кодексу України). Вищезазначені норми призвели до обов'язковості позбавлення волі осіб, яким закидають певні категорії злочинів, без розгляду альтернативних запобіжних заходів. На практиці стають випадки, коли за ґратами опиняються особи із тяжкими захворюваннями, жінки, які не створюють жодної загрози суспільству, особи, на отриманні яких перебували малолітні та неповнолітні діти (фактично залишаються без догляду), особи похилого віку, тощо. При цьому є непоодинокі випадки коли правоохоронці зловживаючи своїми правами та використовуючи ч. 5 ст. 176 КПК України, задля впливу на особу підозрюваного, «добавляють» підозру саме за ст. 109-114-1, 258-258-5, 260, 261 Кримінального кодексу України з метою, щоб суд в подальшому не міг обрати іншого альтернативного запобіжного заходу окрім тримання під вартою.

Крім того, ч. 1 ст. 183 КПК України сформульована таким чином, що судам та прокурору взагалі можна навіть не обґрунтовувати наявність ризиків та підозри у випадках передбачених ч. 5 ст. 176 КПК України (щодо осіб, яких підозрюють за ст. 109-114-1, 258-258-5, 260, 261 КПК України). Таким чином в порушення закріпленого конституційного принципу «презумпції невинуватості», тягар доводити винуватість особи, обґрунтованість підозри, наявність ризиків та інших обставин в кримінальному процесі переміщується зі сторони обвинувачення на сторону захисту, що є неконституційним. Національні суди в конкретній справі послалися саме на «не доведення стороною захисту відсутності ризиків», начебто сторона захисту має це доводити, а не навпаки сторона обвинувачення має доводити наявність цих ризиків.

Вважаємо, що вищезазначені норми не відповідають ряду статей Конституції України, що виражається у наступному.

Згідно зі ст. 8 Конституції України, в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Конституція України має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй. Норми Конституції України є нормами прямої дії. Звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується. Відповідно до статті 9 Конституції України, чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України.

У відповідності до статті 29 Конституції України, ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом.

Статтею 21 Конституції України встановлено, що усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах. Права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними.

Згідно до статті 24 Конституції України громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом.

Згідно до статті 22 Конституції України права і свободи людини і громадянина, закріплені цією Конституцією, не є вичерпними. Конституційні права і свободи

гарантуються і не можуть бути скасовані. При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод.

Згідно до статті 62 Конституції України особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду. Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину. Обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь.

Таким чином певна категорія осіб, визначена ч. 5 ст. 176 КПК України, ставиться в нерівні умови порівняно із іншими особами, порушується презумпція невинуватості, яка включає право не доводити свою невинуватість у вчиненні злочину, вводить можливість не мотивувати рішення суду в частині наявності ризиків та обґрунтованості підозри щодо даної категорії осіб.

Необхідно зазначити, що встановлений ч. 5 ст. 176 КПК України принцип «обов'язковості тримання» певної категорії осіб порушує інші вимоги КПК України, а саме:

- статтю 10 КПК України «Рівність перед законом і судом», якою закривлено, що не може бути привілеїв чи обмежень у процесуальних правах, передбачених цим Кодексом, за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних чи інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, громадянства, освіти, роду занять, а також за мовними або іншими ознаками.

- стаття 12 КПК України «Забезпечення права на свободу та особисту недоторканність», якою закріплено, що під час кримінального провадження ніхто не може триматися під вартою, бути затриманим або обмеженим у здійсненні права на вільне пересування в інший спосіб через підозру або обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення інакше як на підставах та в порядку, передбачених цим Кодексом.

- статтю 176 частину 3 КПК України «Загальні положення про запобіжні заходи», якою закріплено, що слідчий суддя, суд відмовляє у застосуванні запобіжного заходу, якщо слідчий, прокурор не доведе, що встановлені під час розгляду клопотання про застосування запобіжних заходів обставини, є достатніми для переконання, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів, передбачених частиною першою цієї статті, не може запобігти доведеним під час розгляду ризику або ризикам. При цьому найбільш м'яким запобіжним заходом є особисте зобов'язання, а найбільш суворим - тримання під вартою.

- статтю 177 КПК України «Мета і підстави застосування запобіжних заходів», якою закріплено, що 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. 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.

- статтю 178 КПК України «Обставини, що враховуються при обранні запобіжного заходу», якою закріплено, що при вирішенні питання про обрання запобіжного заходу, крім наявності ризиків, зазначених у статті 177 цього Кодексу, слідчий суддя, суд на підставі наданих сторонами кримінального провадження матеріалів зобов'язаний оцінити в сукупності всі обставини, у тому числі: 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 в нього родини й утриманців; 5) наявність у підозрюваного, обвинуваченого постійного місця роботи або навчання; 6) репутацію 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.

Оскаржуваний Закон України не відповідає ст. 9 Конституції України, яка закріплює верховенство права, ст. ст. 8, 9 КПК України, ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Відповідно до, статті 8 Кримінально процесуального кодексу України, кримінальне провадження здійснюється з додержанням принципу верховенства права, відповідно до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Принцип верховенства права у кримінальному провадженні застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини.

Частиною 4 статті 9 Кримінального процесуального кодексу України вказує, що в разі наявності протиріччя норм Кримінально процесуального кодексу України міжнародному договору, застосовуються положення відповідного міжнародного договору. Обов'язковість застосування Конвенції з захисту прав людини та основоположних свобод і практики Європейського суду з прав людини встановленої Законом України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 року.

Як звертав свою увагу Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ в «УЗАГАЛЬНЕННЯХ 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» від 01.06.2013 р. про необхідність обов'язкового застосування положень Конвенції та практики застосування ЄСПЛ. Суд звертав увагу, що серед найбільш поширених проблем, що призвели до порушення Конвенції, були, зокрема недоліки законодавства та судової практики, які призводять до тримання особи під вартою без належної законної підстави. Недоліки застосування кримінального процесуального законодавства України щодо порушення прав та основоположних свобод людини за ст. 5 Конвенції призводить також до фінансових втрат Державного бюджету України у зв'язку із виконанням рішень ЄСПЛ щодо відшкодування шкоди, завданої такими діями, в тому числі судів.

Відповідно до ч. 1 ст. 9 Конституції України та ст. 19 Закону України від 29 червня 2004 року № 1906-IV "Про міжнародні договори України" чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України і застосовуються вони у порядку, передбаченому для норм національного законодавства. Міжнародні договори України, які набрали чинності у встановленому законом порядку та встановлюють інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідних актах законодавства України, мають перевагу над внутрішньодержавними законодавчими актами. Однак у ч. 2 ст. 9 Конституції України встановлено, що укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України. Таким чином, з наведеного випливає, що міжнародні договори, які пройшли ратифікацію, за своєю юридичною силою є вищими від національних законів.

Відповідно до п. 1 ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року (Конвенція), ратифікованої Законом України від 17.07.97 № 475/97-ВР, кожен має право на свободу та особисту недоторканність. Нікого не може бути позбавлено свободи, крім певних випадків і відповідно до процедури, встановленої законом. Також згідно з вимогами ст. 6 Конвенції кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення.

За приписами п. 3 ст. 5 Конвенції кожен, кого заарештовано або затримано згідно з положеннями пп. "с" п. 1 ст. 5, має негайно постати перед суддею чи іншою посадовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу, і йому має бути забезпечено розгляд справи судом упродовж розумного строку або звільнення під час провадження. Таке звільнення може бути обумовлене гарантіями з'явитися на судові засідання.

Частина 5 ст. 176 КПК України порушує ст. 5 Конвенції, оскільки незалежно від наявності гарантій з'явлення особи до судового засідання, національний суд все одно не може застосувати альтернативний запобіжний захід.

Із моменту ратифікації Конвенції Україна взяла на себе низку зобов'язань у сфері захисту прав людини. Серед них відповідно до статей 32, 46 Конвенції є визнання Україною юрисдикції Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ), яка поширюється на всі питання глумачення і застосування Конвенції та протоколів до неї, а також виконання остаточних рішень ЄСПЛ у справах проти України. Із метою врегулювання відносин, що виникають у зв'язку з обов'язком держави виконувати рішення ЄСПЛ проти України, усунення причин порушення Україною норм Конвенції, впровадження в українське судочинство та адміністративну практику європейських стандартів прав людини та створення передумов для зменшення кількості заяв до ЄСПЛ Верховною Радою України прийнято Закон України від 23.02.2006 № 3477-IV "Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини", у ст. 17 якого наголошується, що суди при розгляді справ застосовують Конвенцію та практику ЄСПЛ як джерело права.

Щоб позбавлення свободи вважалось несвавільним у розумінні пункту 1 статті 5 Конвенції, самого факту, що цей захід застосовується згідно з національним законодавством, що відповідає вищезазначеним стандартам, ще недостатньо - він також повинен бути необхідним за даних обставин (див. рішення у справах «Нештяк проти Словаччини» (<...>), заява № 65559/01, п. 74, від 27 лютого 2007 року, та «Хайредінов проти України» (Khayredinov v. Ukraine), заява № 38717/04, пп. 27-28, від 14 жовтня 2010 року).

Обґрунтування будь-якого періоду позбавлення свободи - незалежно від того, наскільки коротким він є - повинно бути переконливо доведено державними органами

(див. рішення у справах «Белчев проти Болгарії» (Belchev v. Bulgaria), заява № 39270/98, п. 82, від 8 квітня 2004 року, та «Кастравет проти Молдови» (Castravet v. Moldova), заява № 23393/05, п. 33, від 13 березня 2007 року).

Таким чином, в національному законодавстві мають діяти норми, які будуть узгоджуватися із практикою ЄСПЛ, згідно до яких при вирішенні питання про запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, національні суди мають виходити з переконливості та доведеності державними органами обґрунтування будь-якого періоду позбавлення особи, а норми які вводять принцип обов'язковості тримання мають бути скасовані.

Відповідно до п. 89 Рішення ЄСПЛ у справі «Луценко проти України» Суд зазначає, що у справі, яка розглядається, тримання заявника під вартою підпадає під дію підпункту «с» пункту 1 статті 5 Конвенції. У ситуації, коли розглядається законність тримання під вартою під час досудового та судового провадження, зазвичай вимагається проведення усного слухання. Крім того, судове провадження має бути змагальним і завжди забезпечувати принцип рівності сторін - прокурора та особи, яка тримається під вартою. Це означає, зокрема, що особа, яка тримається під вартою, повинна мати доступ до матеріалів слідства, які є необхідними для оцінки законності тримання цієї особи під вартою. Особа, яка тримається під вартою, повинна мати можливість прокоментувати доводи органів прокуратури (див. рішення від 25 жовтня 2007 року у справі «Лебедев проти Росії» (Lebedev v. Russia), заява № 4493/04, пункт 77. з подальшими посиланнями).

Відповідно до практики Європейського суду з прав людини, доцільність продовження строків тримання під вартою, як упродовж досудового розслідування так і судового розгляду, ґрунтується на презумпції, що з перебігом ефективного розслідування справи та її судового розгляду зменшуються ризики, які стали підставою для взяття особи під варту на початковій стадії розслідування. Відповідно кожне наступне продовження строку тримання під вартою має містити детальне обґрунтування ризиків, що залишаються та їх аналіз, як підстава для подальшого втручання у право особи на свободу (рішення «Слоєв проти України, «Фельдман проти України»). Таким чином, зі спливом певного часу саме тільки існування обґрунтованої підозри перестає бути підставою для позбавлення свободи, і органи досудового розслідування чи прокурор мають навести інші підстави для продовження строку тримання під вартою. До того ж такі підстави мають бути чітко вказані.

Сама лише тяжкість вчиненого злочину не може бути покладена в обґрунтування необхідності продовження тримання під вартою (рішення Мамедов проти Росії).

Відповідно до практики Європейського суду з прав людини в справі «Александр Макаров проти Росії» від 12.03.2009 р. зазначено в пункті 117 – «Існує презумпція на користь звільнення особи. Як неодноразово вказував Європейський суд, друга частина пункту 3 статті 5 Конвенції не дає судовим органам можливості вибору між доставкою обвинуваченого до судді протягом розумного строку або його звільнення до суду. До визнання його винним обвинувачений повинен вважатися невинним, і мета розглянутого положення полягає в тому, щоб забезпечувати його тимчасове звільнення, як тільки його утримання під вартою перестає бути розумним (див. рішення від 12 червня 2008 р. у справі «Власов проти Російської Федерації» (Vlasov v. Russia), скарга № 78146/01, § 104, з додатковими посиланнями)».

Відповідно до практики Європейського суду з прав людини в справі «Бойченко проти Молдови» від 11.07.2006 р. зазначено в пунктах 143, 144 «У цій справі Європейський суд зазначив, що суди першої та апеляційної інстанції, приймаючи рішення про тримання заявника під вартою і про продовження терміну утримання під вартою, послалися на правові норми, не вказавши причини, чому вони вважали

обґрунтованими твердження, що заявник може перешкодити судовому розгляду, сховатися або вчинити інший злочин. Також вони не спробували спростувати доводи, наведені стороною захисту заявника. Таким чином, обставини цієї справи схожі з обставинами згаданих вище справ «Беччів проти Молдови» (див. згадуване рішення суду, § 61-62) і «Сарбан проти Молдови» (див. згадуване вище рішення суду, § 100-101) в яких Європейський суд встановив порушення пункту 3 статті 5 Конвенції внаслідок недостатнього обґрунтування судами причин утримання заявників під вартою. Оскільки влада Молдови не вказала причин, що відрізняють цю справу від згаданих вище справ, Європейський суд визнав, що той же підхід має бути застосований у цій справі. У світлі викладеного Європейський суд визнав, що причини, зазначені Боюканским районним судом та апеляційним судом м. Кишинєва у їх рішеннях щодо попереднього ув'язнення заявника та продовження терміну попереднього ув'язнення, не були «істотними і достатніми».

Відповідно до п. 79 рішення в справі «Харченко проти України» від 10 лютого 2011 року «розумність строку тримання під вартою не може оцінюватися абстрактно. Вона має оцінюватися в кожному окремому випадку залежно від особливостей конкретної справи, причин, про які йдеться у рішеннях національних судів, переконливості аргументів заявника, викладених у його клопотанні про звільнення.»

Порушення вимог п. 1 ст. 5 Конвенції у справі «Клішин проти України» встановлено ЄСПЛ з огляду на те, що взяття заявника під варту 17 березня 2004 року та подальше тримання під вартою до 18 травня 2004 року здійснювалось на основі рішень, які не містили належного обґрунтування для застосування таких заходів. Підставою для обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою була неявка підозрюваного за викликом слідчого. У ході розгляду відповідних клопотань про продовження строку тримання під вартою гр.

районним судом області рішення щодо тримання заявника під вартою містили просте посилання на те, що існували, відповідно, ризик ухилення заявника від слідства або перешкоджання слідству та підозра у вчиненні ним тяжкого злочину за відсутності зізнання, та не містили ані аналізу зазначених підстав, ані посилання на його неявку.

Порушення вимог пп. "с" п. 1 ст. 5 Конвенції у справі "Третьяков проти України" констатовано з огляду на те, що рішення суду якими продовжувалось застосування до заявника запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, не містили належного обґрунтування неможливості застосування до заявника будь-яких альтернативних запобіжних заходів замість тримання під вартою.

Тримання під вартою до вирішення питання про винність особи не має бути "загальним правилом", і слід виходити з презумпції залишення обвинуваченого на свободі (Рішення ЄСПЛ у справі "Калашников проти Росії" від 15 липня 2002 р.).

У вказаному Рішенні ЄСПЛ також зазначено, що кожен, хто є потерпілим від арешту або затримання, здійсненого всупереч положенням ст. 5 Конвенції, має забезпечене правовою санкцією право на відшкодування (п. 2 ст. 5 Конвенції).

Також у Рішенні ЄСПЛ у справі "Калашников проти Росії" від 15 липня 2002 р. судом було сформульовано такі принципи.

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

Суд сформулював таке правило: "Будь-яка система обов'язкового тримання під вартою несумісна зі статтею 5 § 3 Конвенції за визначенням. Якщо закон встановлює презумпцію щодо обставин, які стосуються підстав тримання під вартою, має бути, крім того, переконливо доведена наявність конкретних обставин, які переважають правило

поваги до особистої свободи ".

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

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

З цього правила випливають два природних наслідки:

- тягар доведення обставин, що свідчать на користь утримання під вартою, завжди несе держава.

- будь-які обставини, щодо доведеності яких або значення яких для вирішення питання про тримання під вартою або звільнення, залишається сумнів, мають тлумачитися на користь звільнення.

Ст. 5 Конвенції забороняє переміщати тягар доведення необхідності звільнення на особу, щодо якої вирішується питання про позбавлення її свободи. "Перекладення тягара доведення на затриманого в таких питаннях дорівнює перевертанню правила ст. 5 Конвенції, - положення, що вважає затримання винятковим відступом від права на свободу, яке припустимо тільки у вичерпно перелічених і чітко визначених випадках".

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

Виглядає дуже спірним з погляду ст. 5 Конвенції рішення національного суду, у якому зазначено, що особа залишається під вартою тому, що відсутні підстави для її звільнення.

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

Суддя, вирішуючи питання про взяття під варту, насамперед має вирішити питання, чи існують підстави для "розумної підозри" щодо причетності обвинуваченого або підозрюваного до злочину.

"Розумність підозри, на якій має ґрунтуватися арешт, становить суттєву частину гарантії від безпідставного арешту й затримання, закріпленої у ст. 5 § 1(с) Конвенції"

У п. 175 Рішення ЄСПЛ від 21.04.2011р. у справі «Нечипорук, Йонкало проти України», Суд наголосив, що термін «обґрунтована підозра» означає, що існують факти або інформація, які можуть переконати об'єктивного спостерігача в тому, що особа, про яку йдеться, могла вчинити саме це правопорушення (див. рішення від 30 серпня 1990 р. у справі «Фокс, Кемпбелл і Гартлі проти Сполученого Королівства». п. 32, Begiez A, № 1 82). Вимога, що підозра має ґрунтуватися на обґрунтованих підставах, є значною частиною гарантії недопущення свавільного затримання і тримання під вартою. Крім того, за відсутності обґрунтованої підозри особу за жодних обставин не може бути затримано або взято під варту з метою примушення її зізнатися у злочині, свідчити проти інших осіб або з метою отримання від неї фактів чи інформації, які можуть служити підставою для обґрунтованої підозри (див. рішення від 1 3 листопада 2007 р. у справі «Чеботарі проти Молдови», заява № 3561 5/06, п. 48).

У справі «Белевицький проти Росії» (скарга № 72967/01 1 березня 2007 р.) Європейський Суд зазначає, що єдиною підставою для продовження терміну тримання заявника під вартою було, та обставина, що йому було пред'явлено звинувачення в вчиненні кримінально караного діяння, кваліфікованого як особливо тяжкий злочин. одна

тільки небезпека якого була визнана достатньою підставою для утримання його під вартою в якості запобіжного заходу (див., зокрема, пункти 21 і 23 цієї постанови). Що стосується тієї обставини, що національні органи влади при обранні запобіжного заходу у відношенні заявника виходячи із тяжкості пред'явленого йому звинувачення як єдиного і вирішального чинника, враховуються при обранні запобіжного заходу, Європейський Суд неодноразово ухвалював, що, хоча суворість покарання, передбаченого за скоєний злочин, є важливим елементом при оцінці можливості того, що обвинувачений сховається від правосуддя або повторно вчинить злочин, необхідність продовження терміну позбавлення волі не може бути оцінена суто з абстрактної точки зору, беручи до уваги тільки тяжкість скоєного злочину. Не може продовження терміну утримання обвинуваченого під вартою бути застосовано і з тієї причини, що у справі очікується призначення покарання у вигляді позбавлення свободи (див. згадуване вище постанову Європейського Суду у справі «Панченко проти Росії», § 102; постанову Європейського Суду від 26 липня 2001 р справі «Ілійков проти Болгарії» [Ilijkov v. Bulgaria], скарга № 33977/96, § 81; постанову Європейського Суду від 26 червня 1991 року, за справі «Летілі проти Франції» [Letellier v. France], серія «А», скарга № 207, § 51). Це особливо правильно в російській правовій системі, де правова кваліфікація обставин справи - і тим самим термін покарання, яке може бути призначене заявнику, - визначається державним обвинуваченням без судової перевірки питання про те, обґрунтовують чи зібрані у справі докази розумне припущення, що заявник здійснив інкримінований злочин (див. постанову Європейського Суду від 8 листопада 2005 у справі «Худойоров проти Росії», скарга № 6847/02, § 180). 102. У цій справі російські суди відмовилися взяти до уваги будь-які конкретні обставини, наведені заявником і його адвокатами в клопотаннях про зміну запобіжного заходу, обраного щодо заявника, на іншу, не пов'язану з позбавленням волі. Суди виходили з того, що тяжкість пред'явленого заявнику обвинувачення мала таке переважаюче значення, що заявник не міг бути звільнений з-під варти з огляду на будь-які інші обставини (див., наприклад, визначення Московського міського суду, цитуєме в пункті 23 цієї постанови). Європейський Суд знову підтверджує, що будь-яка система, яка передбачає обов'язковість обрання щодо обвинуваченого запобіжного заходу у вигляді взяття під варту до і під час суду, як така вступає в протиріччя з пунктом 3 статті 5 Конвенції, при тому, що на національній владі лежить обов'язок встановити і продемонструвати наявність конкретних обставин, переважають правило про повагу свободи особистості (див. постанову Європейського Суду від 7 квітня 2005 у справі «Рохліна проти Росії», скарга № 54071/00, § 67, з додатковими посиланнями). У цій справі національна влада не вказала жодних конкретних обставин в обґрунтування постанов про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

ВССУ в Листі від 04.04.2013 р. за № 511-550/0/4-13 «Про деякі питання порядку застосування запобіжних заходів під час досудового розслідування та судового провадження відповідно до Кримінального процесуального кодексу України» роз'яснив, що вирішуючи питання про застосування, продовження, зміну або скасування запобіжного заходу при розгляді відповідних клопотань, слідчий суддя, суд щоразу зобов'язаний:

- здійснювати повноваження із судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні під час досудового розслідування і судового розгляду, діяти відповідно до вимог кримінального процесуального закону;

- пам'ятати, що критерії для обрання того чи іншого запобіжного заходу передбачені у ч. 1 ст. 194 КПК, а тому слідчий суддя, суд вирішує питання про застосування запобіжного заходу, якщо за результатами розгляду клопотання встановить:

1) наявність обґрунтованої підозри у вчиненні підозрюваним, обвинуваченим

кримінального правопорушення;

2) наявність достатніх підстав вважати, що існує хоча б один із ризиків, передбачених ст. 177 КПК, і на які вказує слідчий, прокурор;

3) недостатність застосування більш м'яких запобіжних заходів для запобігання ризику або ризикам, зазначеним у клопотанні;

- перевіряти наявність підстав і мети застосування запобіжного заходу у кримінальному провадженні, встановлювати обґрунтованість таких підстав з огляду на фактичні дані, установлені конкретні обставини кримінального провадження;

- враховувати, що запобіжні заходи у кримінальному провадженні обмежують права особи на свободу та особисту недоторканність, гарантовані ст. 5 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року (Конвенція), а тому можуть бути застосовані тільки за наявності законної мети та підстав, визначених КПК, з урахуванням відповідної практики Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ);

- зважати, що тримання під вартою є винятковим видом запобіжного заходу та застосовується лише у разі, якщо прокурор доведе, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів не зможе відвернути ризики, зазначені у ст. 177 КПК. При розгляді клопотання про обрання або ж продовження застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою обов'язково має бути розглянуто можливість застосування інших (альтернативних) запобіжних заходів (правова позиція, викладена у п. 80 рішення ЄСПЛ від 10 лютого 2011 року у справі "Харченко проти України").

В Листі Урядового Уповноваженого у справах Європейського Суду з прав людини від 03.04.2015 р. № 12.0.1-9/2194 «Подання щодо вжиття заходів загального характеру, необхідних для виконання рішень Європейського суду з прав людини, що набули статусу остаточного у I кварталі 2015 року» наголошується наступне:

«Порушення ст. 5 Конвенції констатовано у рішеннях Європейського суду від 09.10.14 р. у справі «*Чанєв проти України*» (заява № 46193/13), від 11.12.14 р. у справі «*Кушнір проти України*» (заява № 42184/09), від 11.12.14 р. у справі «*Панкратьєв проти України*» (заява № 49900/11), від 12.02.15 р. у справі «*Подвезько проти України*» (заява № 74297/11), від 26.02.15 р. у справі «*Баришевський проти України*» (заява № 71660/11), від 27.11.14 р. у справі «*Хомулло проти України*» (заява № 47593/10) у зв'язку з тим, що зокрема досудове тримання заявника під вартою не ґрунтувалось на належних і достатніх підставах, а національні суди не обґрунтували належним чином необхідність тримання заявника під вартою (справа *Подвезько*); національні суди не розглядали будь-які інші запобіжні заходи в якості альтернативи триманню під вартою і мотивували свої рішення одними і тими ж підставами (справа *Баришевський*).

Передумовами порушення Конвенції є неналежна адміністративна та судова практика обрання особі запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строку тримання особи під вартою, а також відсутність в національному законодавстві ефективних превентивних та компенсаційних засобів захисту особи від неправомірного позбавлення свободи. Неодноразово Європейський суд встановлював порушення ст. 5 Конвенції і у випадках, коли національні суди продовжували тримання заявника під вартою, посиляючись в основному на тяжкість обвинувачень та використовуючи стереотипні формулювання, навіть не розглядаючи конкретних фактів або можливості застосування альтернативних запобіжних заходів.

Що стосується вжиття заходів загального характеру на виконання рішення Європейського суду у справі *Чанєв*, то сам Європейський суд у цьому рішенні, не обмежившись лише встановленням порушення, звернув увагу Уряду України на недосконале процесуальне законодавство і зазначив, що для вирішення встановленої проблеми необхідно внести зміни до КПК України з метою забезпечення його

відповідності вимогам статті 5 Конвенції.

Проте до внесення вказаних змін до КПК України необхідно унеможливити аналогічні порушення у схожих ситуаціях. Зважаючи на комплексний характер проблеми, урядовим уповноваженим було запропоновано Вищому спеціалізованому суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі — ВССУ) — надати судам нижчого рівня рекомендаційні роз'яснення з питань застосування до особи запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, продовження строку тримання під вартою, заміни цього запобіжного заходу на інші тощо з урахуванням вимог Конвенції та практики Європейського суду щодо цих питань».

Таким чином вважаємо, що положення частини шостої статті 175, частини першої статті 183 Кримінального процесуального кодексу України в редакції Закону України № 1689-VII від 07.10.2014 не відповідають Конституції України (є неконституційними), які призводять до суттєвого порушення прав та свобод людини, що в подальшому стає безумовним предметом розгляду в Європейському суді з прав людини та додатковим витратам з Державного бюджету України після ухвалення не на користь держави рішень включаючи обов'язок відшкодування сатисфакції. Вважаємо, що на національному рівні мають бути визнані окремі положення КПК України неконституційними задля унеможливлення порушення прав людей в подальшому.

На підставі викладеного, керуючись ст.ст. 55, 151-1 Конституції України, -

ПРОШУ:

1. Відкрити провадження у справі у Конституційному Суді України за мою конституційної скаргию.
2. Визнати такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними) положення частини шостої статті 175, частини першої статті 183 Кримінального процесуального кодексу України в редакції 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 07.10.2014 № 1689-VII.

Додатки:

1. Копія договору про надання правової допомоги;
2. Копія ордеру;
3. Копія свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю;
4. Копія ухвали районного суду
5. Копія ухвали апеляційного суду області
6. Копія ухвали районного суду
7. Копія ухвали апеляційного суду області
8. Копія ухвали районного суду
9. Копія ухвали апеляційного суду області
10. Копія клопотання про звернення до КСУ;
11. Конституційна скарги з додатками в 3-х примірниках.

« 10 » 10 2016 р.

Адвокат

. Постернак