

# **Забезпечення права на свободу та особисту недоторканість з врахуванням практики Європейського суду з прав людини**

**Кульчак Леся Степанівна**

*старший викладач кафедри судочинства*

Недоторканність і безпека людини визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю, а поєднання понять «свобода» й «особиста недоторканність» не випадкове. Вони мають свою історію. Ще Ш.Л. Монтеск'є, визначаючи свободу, наголошував на тому, що це право людини робити все, дозволене законом. Лише за таких умов людина може мати повну свободу, бути вільною у виборі певного варіанта поведінки в межах існуючих у державі законів. Якщо в суспільстві не забезпечена реалізація прав і свобод людини, таке суспільство не може вважатися демократичним<sup>115</sup>. Отже, право на свободу й особисту недоторканність склалося історично і бере свій початок ще з XIII століття.

Перша спроба закріпити на конституційному рівні право на свободу та особисту недоторканність отримала об'єктивне відображення в проекті Конституції Української Народної Республіки 1918 року. Стаття 13 цього проекту проголошувала, що «громадянин Української Народної Республіки, і ніхто інший не може бути затриманий на території її без судового наказу інакше, як на гарячій вчинку. Але і в такому разі він має бути випущений не пізніше, як за 24 години, коли суд не встановить якогось способу його затримання»<sup>116</sup>. Через складну політичну ситуацію тих років, втрату нашою державою суверенітету й незалежності зазначений конституційний проект так і не було прийнято.

Конституційне закріплення цього права вперше було здійснено майже 20 років потому, під час перебування України у складі Радянського Союзу. Так, стаття 126 Конституції Української Радянської Соціалістичної Республіки передбачала, що громадянам забезпечується недоторканність

---

<sup>115</sup> Монтеск'є Ш.Л. О духе законов // Избранные произведения. М., 1955. С. 289.

<sup>116</sup> Конституція Української Народної Республіки (Статут про державний устрій, права і вільності УНР) від 29.квітня 1918р.[Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу:<http://zakon.rada.gov.ua>.

особи і ніхто не може бути арештований інакше, як за постановою суду або з санкції прокурора<sup>117</sup>.

У незмінному вигляді це положення увійшло до статті 52 Конституції Української Радянської Соціалістичної Республіки 1978 року<sup>118</sup>.

Конституційне право на свободу та особисту недоторканність людини закріплено в ст. 29 Конституції України<sup>119</sup>. Водночас пункт 13 Перехідних положень Конституції України ще на 5 років зберігав позасудовий, за санкцією прокурора, порядок арешту, затримання та тримання під вартою осіб, підозрюваних у вчиненні злочину, огляду та обшуку їх житла. Тому відповідне застереження з терміном дії не більше ніж 4 роки було передбачено при ратифікації українським парламентом у 1997 році Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року.

Ратифікувавши в 1997 році Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод, Україна взяла на себе обов'язок слідувати правилам цього міжнародного договору, який самим своїм існуванням покликаний утверджувати демократичні принципи діяльності держави й гарантувати фундаментальні права людини, у тому числі й право на свободу та особисту недоторканність, якому присвячено статтю 5 Конвенції.

У 2001 році застереження, що містилися в Перехідних положеннях Конституції України втратили актуальність, оскільки, повноваження приймати рішення про затримання, арешт, тримання під вартою правопорушника, про огляд або обшук його володіння було віднесено до виключної компетенції суду.

Прийняття у 2006 році Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»<sup>120</sup> слугувало створенню достатньо ефективного механізму реалізації правових позицій цього суду стосовно як безпосередніх заявників, так й інших осіб, які перебувають у подібній ситуації. Перманентне інформування суддів і посадових осіб органів виконавчої влади України про прийняті Європейським судом з прав людини (далі - ЄСПЛ) проти нашої держави рішення,

---

<sup>117</sup> Конституція (Основний Закон) УРСР від 30 січня 1937р. [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: [http:// zakon. rada.gov.ua](http://zakon.rada.gov.ua).

<sup>118</sup> Конституція (Основний Закон) УРСР від 20 квітня 1978р. [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: <http:// zakon. rada.gov.ua>.

<sup>119</sup> Конституція України від 28 червня 1996р. [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: <http:// zakon. rada.gov.ua>.

<sup>120</sup> Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» №3477-IV від 23 лютого 2006р. [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: <http:// zakon. rada.gov.ua>.

здійснюване відповідно до зазначеного закону, дозволяє досить оперативно адаптувати судову та адміністративну практику до правових стандартів Ради Європи, що знаходять відображення у правових позиціях ЄСПЛ. Більше того, згідно зі статтею 17 цього закону українські суди зобов'язані застосовувати при розгляді справ практику як джерело права.

21 травня 2015 року постановою Верховної Ради України було схвалено Заяву про відступ України від окремих зобов'язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод<sup>121</sup>.

Генеральний секретар ООН та Генеральний секретар Ради Європи на підставі статті 4 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права та статті 15 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод були поінформовані про те, що Україна не несе відповідальності за додержання прав людини на території Автономної Республіки Крим та міста Севастополь, частини Донецької та Луганської областей. Також у цій Заяві зазначено, що у зв'язку з тривалою антитерористичною операцією в Донецькій та Луганській областях парламентом було прийнято закони, які фактично допускають обмеження на цих територіях прав людини, передбачених статтями 9, 12, 14, 17 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, статтями 5, 6, 8, 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та статтею 2 Протоколу № 4 до неї.

Зокрема, як зазначено у Заяві, стосовно права на свободу та особисту недоторканність новими законами передбачено такі обмеження:

— превентивне затримання осіб, причетних до терористичної діяльності, на

строк понад 72 години, але не більше ніж на 30 діб, за згодою прокурора та без

ухвали суду;

— обмеження щодо перебування у певний період доби на вулицях та в інших

громадських місцях без визначених документів;

— тимчасове обмеження або заборона руху транспортних засобів і пішоходів

на вулицях, дорогах та ділянках місцевості;

---

<sup>121</sup> Постанова Верховної Ради України «Про Заяву Верховної Ради України «Про відступ України від окремих зобов'язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод» від 21 травня 2015 р. [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.

— перевірка документів, що посвідчують особу, у фізичних осіб, а в разі потреби огляд речей, транспортних засобів, багажу та вантажів, службових приміщень і житла громадян, крім обмежень, встановлених Конституцією України.

У практиці Європейського Суду з прав людини поняття «свобода та особиста недоторканність» декларується, у першу чергу, в рішеннях щодо порушень статті 5 Конвенції, яка закріплює головне право людини, зокрема, захист кожного від свавільного втручання держави в його право на свободу. Однак це право – не абсолютне й може бути обмежене державою.

Стаття 5 Конвенції – ключовий елемент захисту прав особи. Її основна мета – запобігання свавільному або необґрунтованому позбавленню волі (рішення в справі «МакКей проти Сполученого Королівства»). Як зазначив ЄСПЛ, наприклад, у рішеннях у справах «Де Вілде, Оомс і Версип проти Бельгії», «Медведев та інші проти Франції», «Ладент проти Польщі», право на свободу та особисту недоторканність – найважливіше в демократичному суспільстві в розумінні Конвенції. Особиста свобода є фундаментальною умовою. Цією свободою кожен повинен користуватися, а позбавлення її, дуже ймовірно, матиме прямий і негативний вплив на користування багатьма іншими правами. Але тут важливим є не сам факт такої можливості, а мета обмеження права й умови, додержання яких є обов'язковим для того, щоб обмеження вважалось сумісним з гарантіями захисту права за статтею 5 Конвенції. Будь-яке позбавлення волі, як зазначає ЄСПЛ, повинно здійснюватися не тільки відповідно до основних процесуальних норм національного права, а також відповідати меті статті 5, тобто захищати людину від свавілля влади<sup>122</sup>.

Юридична доктрина виділяє кілька поглядів на недоторканність особи. І.Є. Фабер під недоторканістю особи розуміє суб'єктивне право громадянина, яке складається з багатьох правомочностей, що забезпечують фізичну (тілесну) та моральну недоторканність людини, свободу її самовизначення.

Л.А. Григорян вважає, що недоторканність особи полягає в захисті людини не тільки від незаконних та необґрунтованих арештів і затримань, але й взагалі від усіляких неправомірних посягань на її свободу, життя, здоров'я, майно, честь та гідність. Недоторканність особи – це забезпечення всіх виявів свободи за умови її правомірної поведінки.

Ю.А. Олійник визначає конституційне право на особисту недоторканність як особисте суб'єктивне право українських громадян, яке

---

<sup>122</sup> Кучинська О.П., Фулей Т.І., Бараннік Р.В. Принципи кримінального провадження у світлі практики Європейського суду з прав людини. Монографія. – Ніжин, 2013. – С. 82

гарантує їх свободу від протиправних посягань на життя, здоров'я, індивідуальну безпеку з боку кого б то не було, не допускає незаконних і безпідставних дій посадових осіб державних органів та громадських організацій щодо особистої недоторканості при виконанні ними своїх обов'язків і надає можливість відновлення порушеного права<sup>123</sup>.

У своїй статті «Конституційне право на свободу та особисту недоторканість: поняття та характерні риси» автор зазначає такі основні риси права на недоторканість особистого життя громадян: а) право індивідуальних суб'єктів; б) основне конституційне право; в) право, що гарантує особисту недоторканість; г) характерне для кожної людини і громадянина; д) належить їм від народження; е) не допускає протиправних арештів і затримань та інших примусових заходів у кримінальному та адміністративному порядку, пов'язаних з обмеженням особистої свободи; є) забезпечується державними органами і органами місцевого самоврядування; ж) створює можливість відшкодування збитків і відтворення порушеного права<sup>124</sup>.

У вузькому тлумаченні недоторканність особи пов'язується із свободою від свавільних арештів. У такому значенні це право вживається у тексті Міжнародного пакту про громадянські політичні права 1966 р., Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р, Конституції України, КПК; зазначену позицію підтримують більшість українських вчених: В.Т.Маляренко, М.М.Михеєнко, В.П.Шибіко, А.Я.Дубинський, Є.Г. Коваленко, Л.Д. Удалова, В.В. Рожнова, В.В.Назаров, М.М. Руденко та ін.

На думку дослідниці Є.Г Васильєвої у структуру принципу особистої недоторканності можна включити наступні поняття:

- фізична недоторканність – припускає захист від насильства, небезпечного для життя і здоров'я, насильства, що не є небезпечним для життя і здоров'я, охорону статевої свободи;
- моральна недоторканність – захист честі і гідності особистості;
- психічна недоторканність – захист нормального перебігу психічних процесів ,
- індивідуальна свобода – захист права на свій розсуд визначати місце перебування, свободу пересування, право на відсутність спостереження або охорони;

---

<sup>123</sup> Олійник А.Ю. Деякі питання забезпечення органами внутрішніх справ недоторканості особи / Проблеми правознавства. – К., 1991. – С. 12-15.

<sup>124</sup> Олійник А.Ю. Конституційне право на свободу та особисту недоторканість: поняття та характерні риси / Право України. – 2000. - №12. – С.8

- загальна свобода дій – захист дій, не охоплених формалізованим правом;
- особиста безпека – забезпечення відсутності загрози заподіяння шкоди. Васильєва Є.Г. вважає, що принцип недоторканності особи може розглядатися як неприпустимість (заборона) будь-якого протиправного посягання на фізичну, моральну і психічну цілісність, індивідуальну свободу, спільну свободу дій і особисту безпеку при здійсненні кримінального судочинства.

Варто підтримати позицію вчених Ю.П. Аленіна, В.Т. Маляренко, В.Т. Шибіко, які вважають, що засада недоторканності особи означає, що ніхто не може бути позбавлений свободи, арештований, затриманий за підозрою у вчиненні злочину, піддаватися особистому огляду, судовій експертизі чи приводу не інакше, як на вимогах і в порядку, передбаченому законом

За змістом статті 5 Конвенції право на свободу та особисту недоторканність включає в себе такі елементи:

- свобода від свавільного арешту та затримання;
- позбавлення волі тільки на підставі «закону»;
- право бути повідомленим про причини арешту;
- право на судовий контроль за арештом та затриманням;
- право та можливість оспорити законність арешту та затримання;
- право на компенсацію за незаконність арешту та затримання.

Проголошуючи «право на свободу», стаття 5 Конвенції визначає особисту свободу в її класичному розумінні, тобто фізичну свободу особи. Мета її – гарантувати, щоб ніхто не міг бути позбавлений цієї свободи свавільно, так зазначив Європейський суд з прав людини у своєму рішенні у справі «Енгель та інші проти Нідерландів». В Конвенції забороняються не всі види позбавлення свободи і спеціально зазначаються шість вичерпних випадків, на підставі яких держава може посягнути на свободу і особисту недоторканність особи.

Право на свободу і особисту недоторканність повинно сприйматись в цілому як захист від будь-якого процесуального чи матеріально-правового посягання на особисту свободу з боку державних органів. Іншими словами, під «особистою недоторканістю» мається на увазі фізична недоторканність, тобто гарантія від арешту чи затримання.

Кожен із передбачених в пункті 1 статті 5 випадків передбачає положення про те, що арешт або тримання під вартою повинні бути законними. Для забезпечення цієї законності національні органи зобов'язані дотримуватись внутрішнього права і в діях держави не повинно бути ні зловживання владою, ні недобросовісності. Так, у рішенні у справі

«Вінтерверп проти Нідерландів» Суд підкреслив, що поняття «законний» охоплює як процесуальні, так і матеріально-правові норми. Воно певним чином співпадає з загальним поняттям статті 5 пункту 1, це дотримання «процедури, встановленої законом»<sup>125</sup>.

Дотримання внутрішнього права безпосередньо входить в обов'язки держави, а Конвенція дозволяє ЄСПЛ вирішувати, чи було дотримане внутрішнє право. Свавільне позбавлення свободи, проведене не відповідно до закону та без дотримання процедур та гарантій, передбачених національним законодавством, може призвести до порушення статті 5 Конвенції.

В рішенні Європейського Суду з прав людини Микеле де Сальвіа зазначено: «Стаття 5 написана таким чином, що вислів «свобода і особиста недоторканність» необхідно читати як єдине ціле і так, що словосполучення «особиста недоторканність» повинно розумітися в контексті «свободи»; захист «особистої недоторканності», у цьому контексті, стосується будь-якого свавільного втручання з боку державної влади в особисту «свободу» індивіда». Ця стаття Європейської конвенції доповнює систему правового захисту недоторканності особи, куди входять також положення статей 2-3 й 4 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, і становить основну ідею, яка лежить в основі всіх політичних систем, що дотримуються принципу верховенства права<sup>126</sup>.

Неодноразово ЄСПЛ у своїх рішеннях вказує на особисту недоторканність як мету Конвенції: у рішенні «Tytler v. The United Kingdom» від 25 квітня 1978 року Суд зазначив, що покарання заявника, у процесі якого з ним поводитися за правилами, визначення яких віднесено до відання державних органів, було зазіханням саме на те, що є однією з головних цілей ст. 3, а саме: на гідність та особисту недоторканність людини»<sup>127</sup>.

Кримінальний процесуальний кодекс України, дотримуючись вимог Конституції України, Конвенції та практики Європейського суду з прав людини встановив у кримінальному провадженні такі обмеження права на свободу та особисту недоторканність:

---

<sup>125</sup> Див. рішення у праві «Вінтерверп проти Нідерландів» від 24 жовтня 1979р. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.

<sup>126</sup> Шевчук С. Судовий захист прав людини : Практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції / С. Шевчук. – Вид. 2-е, випр., доп. – К. : Реферат, 2007. – 848 с.

<sup>127</sup> Рабінович П. М. Страсбурзьке правосуддя: філософсько-антропологічні та гносеологічні засади / П. М. Рабінович // Проблеми філософії права. – 2008-2009. – Том VI-VII. – С. 94-101.

- затримання особи за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення як тимчасовий запобіжний захід;
- затримання підозрюваного, обвинуваченого з метою приводу для участі в розгляді клопотання про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою;
- затримання в Україні особи, яка розшукується іноземною державою у зв'язку із вчиненням нею кримінального правопорушення, та застосування до неї тимчасового арешту;
- застосування до підозрюваного, обвинуваченого таких запобіжних заходів, як домашній арешт та тримання під вартою;
- покладення на підозрюваного чи обвинуваченого у разі застосування до нього запобіжного заходу – особистого зобов'язання обов'язків, передбачених п.п. 2, 5, 8 ч.5 ст.194 КПК;
- примусове поміщення особи до лікувального закладу для проведення стаціонарної медичної чи психіатричної експертизи;
- поміщення дитини, яка вчинила суспільно-небезпечне діяння у віці від 11-ти років до досягнення віку, з якого може неставати кримінальна відповідальність, до приймального-розподільника на строк до 30-ти днів та його продовження ще до 30-ти днів; – тримання особи під вартою в Україні, коли є рішення компетентного органу іноземної держави про взяття її під варту або призначення їй покарання у вигляді позбавлення волі, якщо ця особа транзитно перевозиться територією України або тимчасово видана в Україну;
- застосування екстрадиційного арешту до особи, яка вчинила злочин за межами України, але була затримана в Україні і до якої був застосований тимчасовий арешт, після надходження запиту органу іноземної держави про її видачу.

Стаття 12 КПК України передбачає, що ніхто не може бути обмежений у праві на свободу та особисту недоторканність<sup>128</sup>. Виходячи із цього, при застосуванні даної норми слід мати на увазі, що її дія поширюється як на підозрюваного, обвинуваченого, так і на інших суб'єктів кримінального провадження.

Європейський суд з прав людини у справі «Гарькавий проти України» від 18 лютого 2010 р. зазначив, що особа не може бути позбавлена або не може позбавлятися свободи, крім випадків, встановлених у п. 1 ст. 5 Конвенції з прав людини. Цей перелік винятків є вичерпним, і лише вузьке тлумачення цих винятків відповідає цілям цього положення, а саме – гарантувати, що

---

<sup>128</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України № 4651-VI від 13 квітня 2012р [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.



нікого не буде свавільно позбавлено свободи<sup>129</sup>. Отже, право на свободу та особисту недоторканність не є абсолютним і може бути обмежене, але тільки на підставах та в порядку, які чітко визначені в законі.

Суд неодноразово звертав увагу на недосконалість чинного законодавства України і необхідність дотримуватися принципу правової визначеності, про що зазначив у Рішеннях у справах «Соловей і Зозуля проти України» від 27.11.2008 року, «Доронін проти України» від 19.02.2009 р. та «Єлоєв проти України» від 6.11. 2008 року і в останній справі (п.1), підкреслив, що, хоча «законність», з точки зору національного закону, тримання під вартою є першорядним чинником, він не завжди є вирішальним. На додаток до цього, Суду належить переконатися, що тримання під вартою протягом періоду, який розглядається, відповідає меті пункту 1 статті 5 Конвенції, яка полягає в недопущенні безпідставного позбавлення свободи. Суд також має з'ясувати, чи відповідає Конвенції сам національний закон і, зокрема, чи відповідають їй загальні принципи, які сформульовані в ньому чи впливають з нього.

Частина 2 статті 12 КПК України у світлі вимог ст.5 Конвенції встановлює гарантії недопущення свавільного обмеження свободи особи та її недоторканості під час кримінального провадження: обмеження свободи особи та її недоторканості можливе лише у встановлених КПК випадках, з дозволу і під контролем суду; негайне доставлення затриманої особи до слідчого судді для з'ясування законності та обґрунтованості її затримання, а також підстав для подальшого тримання під вартою; встановлення строку – 3 доби (72 годин) з моменту затримання, протягом якого слідчий суддя чи суд має перевірити обґрунтованість затримання (у разі якщо воно відбулось без їх ухвали) та ухвалити рішення про звільнення затриманого чи тримання його під вартою.

Затримання особи є заходом забезпечення кримінального провадження (п. 9 ч. 2 ст. 131 КПК України). Згідно з правовою позицією Конституційного Суду України, яку він висловив у рішенні від 26 червня 2003 р. № 12-рп/2003 (справа про гарантії депутатської недоторканності), затримання слід розуміти і як тимчасовий запобіжний кримінально-процесуальний захід, застосування якого обмежує право на свободу та особисту недоторканність індивіда (абз. 5 п. 6 мотивувальної частини Рішення КСУ).

Відповідно до ст. 209 КПК України особа є затриманою з моменту, коли вона силою або через підкорення наказу змушена залишатися поряд із

---

<sup>129</sup> Рішення у справі «Гарькавий проти України» від 18 лютого 2010р. (Заява N 25978/07) [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: [http:// zakon. rada.gov.ua](http://zakon.rada.gov.ua).

уповноваженою службовою особою чи в приміщенні, визначеному уповноваженою службовою особою.

У кримінальному процесуальному законодавстві виділяють такі види затримання особи:

- затримання уповноваженою службовою особою за ухвалою слідчого судді;
- затримання уповноваженою службовою особою без ухвали слідчого судді (ст. 208 КПК);
- законне затримання (ст. 207 КПК).

За загальним правилом, встановленим ст. 207 КПК України, ніхто не може бути затриманий без ухвали слідчого судді, суду, крім випадків, передбачених цим Кодексом (ч. 1), а в ст. 204 КПК України зазначено, що забороняється затримання особи без дозволу слідчого судді, суду у зв'язку з підозрою або обвинуваченням, якщо до підозрюваного, обвинуваченого застосовано запобіжний захід, не пов'язаний із триманням під вартою.

Право на свободу пересування, а також право на свободу вибору місця проживання та право залишати будь-яку країну, включаючи свою власну, визначається Протоколом № 4 до Конвенції (повна назва цього документа – Протокол № 4 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, який гарантує деякі права і свободи, що не включені до Конвенції та першого Протоколу до неї (відкритий для підписання 16 вересня 1963 р.)).

В статті 3 Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні»<sup>130</sup> передбачено, що свобода пересування – це право громадянина України, а також іноземця та особи без громадянства, які на законних підставах перебувають в Україні, вільно та безперешкодно за своїм бажанням переміщатися по території України у будь-якому напрямку, у будь-який спосіб, у будь-який час, за винятком обмежень, які встановлюються законом.

Обмеження у здійсненні права на вільне пересування в інший спосіб може відбуватися під час проведення слідчих (розшукових) дій (наприклад, за ч. 2 ст. 236 та ч. 6 ст. 237 КПК слідчий, прокурор має право заборонити будь-якій особі залишити місце обшуку або огляду до їх закінчення); при застосуванні окремих заходів забезпечення кримінального провадження (наприклад, домашній арешт (ст. 181 КПК)) або якщо слідчим суддею, судом на підозрюваного або обвинуваченого покладено виконувати такі обов'язки:

---

<sup>130</sup> Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: [http:// zakon.rada.gov.ua](http://zakon.rada.gov.ua).

не відлучатися із населеного пункту, в якому він зареєстрований, проживає чи перебуває, без дозволу слідчого, прокурора або суду; не відвідувати місця, визначені слідчим суддею або судом (пп.2,5 ст. 194 КПК)) та у ході міжнародного співробітництва під час кримінального провадження (тимчасовий арешт (ст. 583 КПК)). Обмеження права на свободу та особисту недоторканність у кримінальному провадженні інакше як на підставах та в порядку, передбачених цим Кодексом, забороняється. В рішенні Європейського суду з прав людини «Нечипорук та Йонкало проти України» вказується на те, що слово «законний» та словосполучення «відповідно до процедури, встановленої законом» у п. 1 ст. 5 Конвенції за своєю суттю відсилають до національного законодавства та встановлюють зобов'язання забезпечувати дотримання матеріально-правових і процесуальних норм законодавства<sup>131</sup>. Хоча саме національні органи, передовсім суди, повинні тлумачити і застосовувати національний закон, відповідно до п. 1 ст. 5 Конвенції недотримання національного закону призводить до порушення Конвенції і Європейський суд може та повинен перевірити, чи було дотримано цей національний закон. Згідно із законодавством України позбавлення свободи без вмотивованого рішення суду можливе лише в обмеженій кількості досить чітко визначених випадків. Процедура обрання запобіжного заходу, або затримання особи, права та обов'язки уповноважених на то осіб, строки затримання, та тримання під вартою, порядок їх визначення та продовження, тощо передбачені ст. 29 Конституції та КПК. Порушення вимог закону тягнуть за собою визнання порушення права особи на свободу та особисту недоторканність.

Положення статті 5 Конвенції, зокрема, пункт 3, вимагає, щоб кожна особа, яку було затримано з метою забезпечення її присутності перед компетентним судовим органом на підставі обґрунтованої підозри у вчиненні злочину або якщо визнається за необхідне запобігти вчинення нею злочину або її втечі після її вчинення, негайно постала перед суддею чи іншою службовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу. Суддя або інша службова особа має вислухати особу, якій пред'явлене обвинувачення, для цього особа має постати особисто перед судовим органом, який повинен ухвалювати свої рішення неупереджено, незалежно, відповідно до процедури та норм, що визначені законом.

---

<sup>131</sup> Рішення у справі «Нечипорук та Йонкало проти України» від 21 квітня 2011р. (Заява N 42310/04) [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: [http:// zakon.rada.gov.ua](http://zakon.rada.gov.ua).

Варто зазначити, що ще у 2008 році у рішенні «Свершов проти України» ЄСПЛ зазначив, що очікування попереднього розгляду справи судом не є юридичною підставою для позбавлення свободи, тим більше, що відповідні положення національного законодавства не передбачають таких підстав. Суд підкреслив, що він уже розглядав у низці справ практику тримання підсудних під вартою виключно на підставі одержання судом першої інстанції обвинувального висновку і встановив, що така практика становить порушення пункту 1 статті 5 Конвенції, і що практика тримання підсудних під вартою без конкретного юридичного підґрунтя або за відсутності чітких положень, які регулюють такі питання, несумісна з принципами юридичної визначеності та гарантіями захисту від свавілля, які спільною ідеєю об'єднують Конвенцію і принцип верховенства права.

Тримання під вартою є винятковим запобіжним заходом, який застосовується лише у разі, якщо прокурор доведе, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів не зможе запобігти ризикам, передбаченим ст. 177 КПК України (ч. 1 ст. 183 КПК). Підстави для застосування тримання під вартою викладені у ч. 2 ст. 183 КПК.

Цей запобіжний захід застосовується слідчим суддею на підставі поданого слідчим, прокурором клопотання, яке розглядається ним 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 (ст. 186 КПК). Отже, у будь-якому випадку підозрюваний, обвинувачений повинен у найкоротший строк предстати перед слідчим суддею для вирішення питання про законність та обґрунтованість його затримання, іншого позбавлення свободи та подальшого тримання.

З метою недопущення незаконного тримання особи під вартою або позбавлення її свободи в інший спосіб ст. 206 КПК встановлено правило, згідно якого у випадку отримання слідчим суддею з будь-яких джерел відомостей, які створюють обґрунтовану підозру, що в межах територіальної юрисдикції суду перебуває особа, позбавлена свободи за відсутності судового рішення, яке набрало законної сили, або не звільнена з-під варти після внесення застави в установленому КПК порядку, він зобов'язаний постановити ухвалу, якою має зобов'язати будь-який орган державної влади чи службову особу, під вартою яких тримається особа, негайно доставити цю особу до слідчого судді для з'ясування підстав позбавлення свободи. Слідчий суддя зобов'язаний також звільнити позбавлену свободи особу, якщо орган державної влади чи службова особа, під вартою яких тримається ця особа, не

надасть судові рішення, яке набрало законної сили, або не доведе наявності інших правових підстав для позбавлення особи свободи.

Законність тримання під вартою полягає у дотриманні встановленої законом процедури застосування даного запобіжного заходу, а його обґрунтованість – у вимозі взяття особи під варту лише за наявності передбачених в законі підстав. Безпідставне тримання під вартою – серйозне порушення прав людини. В Загальній декларації прав людини (1948р.) говориться: «Ніхто не може зазнавати безпідставного арешту, затримання або вигнання» (ст. 9). Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (1966 р.) містить наступне положення: «Нікого не може бути піддано свавільному арешту чи тримання під вартою. Нікого не може бути позбавлено волі інакше, як на підставах і відповідно до такої процедури, які встановлено законом» (ст. 9). Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод (1950 р.) у статті про право (кожного) на свободу та особисту недоторканність (ст. 5) прямо застерігає про те, що «нікого не може бути позбавлено свободи інакше ніж відповідно до процедури, встановленої законом», і лише у перелічених в ній шести випадках, одним з яких є – законний арешт особи «з метою припровадження її до встановленого законом компетентного органу на підставі обґрунтованої підозри у вчиненні нею кримінального правопорушення або якщо є розумні підстави вважати за необхідне запобігти вчиненню нею правопорушення чи її втечі після його вчинення».

Суд неодноразово звертав увагу на недосконалість чинного законодавства України і необхідність дотримуватися принципу правової визначеності. Так, у Рішенні від 6 листопада 2008 року у справі «Слоєв проти України» Суд вважає, що «відсутність чітко сформульованих положень, які б визначали, чи можливо належним чином продовжити (якщо так, то за яких умов) застосування на стадії судового слідства запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, обраного на визначений період на стадії досудового слідства, не відповідає критерію «передбачуваності закону» для цілей пункту 1 статті 5 Конвенції. Практика, яка виникла у зв'язку із законодавчою прогалиною і яка зумовлює тримання особи під вартою протягом необмеженого і непередбачуваного строку за обставин, коли таке тримання не передбачається ні конкретним положенням законодавства, ні будь-яким судовим рішенням, сама по собі суперечить принципу юридичної визначеності, який імплікований Конвенцією і який становить один із основних елементів верховенства права» (пункт 53).

Аналогічну позицію щодо «непорушності» права на свободу та особисту недоторканність, зокрема, практики утримання особи під вартою без конкретної правової підстави, а лише за відсутності чітких правил, внаслідок

чого особа може бути позбавлена свободи на невизначений строк, Суд займає не тільки щодо України, але й у 2000 році щодо Польщі, Литви у справах «Барановський проти Польщі» п.п.54-57 і «Йечиус проти Литви» п.п.62-63.

У справах «Доронін проти України» та «Микола Кучеренко проти України» від 19 лютого 2009 року, Суд, встановлюючи порушення ст. 5 Конвенції, звертає увагу української сторони на те, що «після пред'явлення матеріалів справи для ознайомлення і до проведення попереднього розгляду справи судом, не існувало жодного судового рішення, яке б узаконювало тримання заявника під вартою», як про це зазначалося вище.

Відповідно до ч.1 ст. 197 КПК України при обранні запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою слідчий суддя, суд в ухвалі зобов'язаний вказати дату закінчення її дії в межах строку, передбаченого законом. Коментована стаття КПК встановлює, що за загальним правилом строк дії ухвали слідчого судді, суду про тримання під вартою або продовження тримання під вартою не може перевищувати шістдесяті днів.

Європейський суд з прав людини неодноразово звертав увагу на те, що провадження щодо тримання особи під вартою має бути змагальним і завжди забезпечувати рівність сторін. Оскільки у цьому випадку йдеться про обмеження конституційного права особи на свободу й особисту недоторканність, присутність обвинуваченого, підсудного при вирішенні зазначеного питання забезпечила б можливість отримання суддею його пояснень і здійснення в такий спосіб свого захисту.

Кримінальним процесуальним законом передбачено, що під час досудового розслідування клопотання слідчого, погоджене з прокурором, клопотання прокурора про застосування запобіжного заходу розглядається слідчим суддею, а під час судового провадження клопотання прокурора розглядається судом 158 місцевого суду, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться орган досудового розслідування, 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, з обов'язковою участю сторін – прокурора, з однієї сторони, підозрюваного, обвинуваченого, його захисника, з іншої.

За відсутності підозрюваного, обвинуваченого слідчий суддя, суд може розглянути клопотання про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою та обрати такий запобіжний захід лише у разі, якщо прокурор доведе і наявність підстав для обрання даного запобіжного заходу, передбачених ст. 177 КПК, і те, що підозрюваний, обвинувачений оголошений у міжнародний розшук. Але у такому разі після затримання особи і не пізніш

як через сорок вісім годин з часу її доставки до місця кримінального провадження слідчий суддя, суд зобов'язаний в режимі змагальності сторін за участю підозрюваного, обвинуваченого переглянути питання про застосування обраного запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою або його заміну на більш м'який запобіжний захід та постановити з цього питання ухвалу.

Законним затримання чи обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою є тільки в тих випадках, якщо вони здійснені відповідно до статей 183-213 КПК. Недотримання вказаних вимог закону, затримання особи, взяття її під варту або обмеження в праві на вільне пересування в інший спосіб під час кримінального провадження, здійснене за відсутності підстав або з порушенням порядку, передбаченого цим Кодексом, тягне за собою встановлену законом відповідальність.

9 жовтня 2014 року ЄСПЛ ухвалив рішення в справі «Чанєв проти України»<sup>132</sup>, у якому чи не вперше констатував порушення статті 5 Конвенції в результаті застосування чинного КПК 2012 року. Крім того, кілька місяців тому, 15 грудня 2016 року, ЄСПЛ ухвалив рішення в справі «Ігнатов проти України»<sup>133</sup>, у якому знову ж таки констатував порушення Україною статті 5 Конвенції при тому, що національний суд, вирішуючи питання про тримання заявника Ігнатова під вартою та продовження строку попереднього ув'язнення, застосував уже норми КПК 2012 року.

За результатами розгляду цієї справи ЄСПЛ зауважив, що процедура досудового тримання під вартою в Україні досі несумісна з Конвенцією. Суд зазначив, що виявлені ним порушення в цій справі постійно відображаються в судовій практиці щодо України.

Європейський Суд у справі «Харченко проти України» від 10 лютого 2011 р. констатував порушення п. 4 ст. 5 Конвенції, оскільки суд не забезпечив швидкий розгляд скарг заявника про звільнення з-під варти та не надав належного обґрунтування відхилення його вимог. Так, у цій справі ЄСПЛ розглядав три періоди досудового ув'язнення заявника, і щодо двох з них констатував порушення пункту 1 статті 5. Хоча завдяки внесенню змін до чинного законодавства окремі проблеми, виявлені у цій справі (взяття під варту та продовження строку тримання під вартою за санкцією прокурора, а також неврахування періоду ознайомлення з матеріалами справи у строк досудового ув'язнення), вже не виникали, проте інші проблеми на момент

---

<sup>132</sup> Рішення у праві «Чанєв проти України» від 09 жовтня 2014р. (Заява № 46193/13) [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.

<sup>133</sup> Рішення у праві «Ігнатов проти України» від 15 грудня 2016р. (Заява № 40583/15) [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/>

постановлення цього «пілотного» рішення були все ще актуальними<sup>134</sup>. Таким чином, в рішенні «Харченко проти України» ЄСПЛ дійшов висновку, що існуюча в Україні практика тримання особи під вартою лише на тій підставі, що до суду першої інстанції надійшов обвинувальний висновок, не ґрунтується на чітких і передбачуваних юридичних нормах, і як наслідок – висновку про наявність порушення пункту 1 статті 5 Конвенції.

Однак, розглянувши обставини справи Ігнатова, ЄСПЛ дійшов висновку, що він не впевнений у тому, що чинне законодавство, зокрема КПК 2012 року, є належним, оскільки відповідні вимоги щодо попереднього ув'язнення викликають занепокоєння.

Таким чином, ЄСПЛ вважає, що найкращим способом вирішення зазначеного питання буде реформування законодавства і/або практики з метою забезпечити відповідність національного кримінального процесу вимогам статті 5 Конвенції.

На сучасному етапі судової реформи в Україні готується комплексне оновлення та вдосконалення кримінального процесуального законодавства. Тож зараз якраз слушний час для висловлення пропозицій законодавчих змін, зокрема тих, що мають поліпшити стан речей у сфері забезпечення дотримання прав громадян на свободу та особисту недоторканність.

Загальновідомо, що єдність судової практики є реалізацією принципу правової визначеності, який забезпечує прогнозованість судових рішень і стабільність правового регулювання. На сьогодні забезпечення єдності судової практики законом віднесено до основного обов'язку Верховного Суду України, а після утворення нового Верховного Суду з повноваженням суду касаційної інстанції забезпечувати однакове застосування норм права судами різних спеціалізацій у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом, буде цей Суд.

Проте, частина судової практики, яка стосується вирішення слідчими судьями клопотань про застосування запобіжних заходів, наразі повністю перебуває поза межами контролю з боку касаційного суду та Верховного Суду України, оскільки судові рішення такого виду можуть бути оскаржені лише в апеляційному порядку, а їх касаційне оскарження не допускається.

Обмеження оскарження цих рішень апеляційною інстанцією видається виправданим з точки зору оперативності вирішення питання про застосування запобіжного заходу. Це – позитивний момент.

---

<sup>134</sup> Рішення у праві «Харченко проти України» від 10 лютого 2011р. (Заява N 40107/02) [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.



Вважаю, що з метою правильного й однакового застосування національного законодавства, статті 5 Конвенції та практики ЄСПЛ доцільно, щоб у процесі підготовки змін до КПК України було запропоновано механізм дієвого забезпечення єдності судової практики. Принаймні в найважливіших питаннях, які прямо стосуються гарантій дотримання права людини на свободу та особисту недоторканність.

Крім того, за результатами розгляду заяв про порушення статті 5 Конвенції ЄСПЛ доходить висновку, що перед застосуванням тримання особи під вартою (найтяжчого заходу втручання в право на свободу) національний суд обов'язково повинен розглянути можливість застосування менш суворих запобіжних заходів, зокрема й застави, якщо її передбачено національним законом.

Чинний кримінальний процесуальний закон України визначає заставу одним з видів запобіжних заходів. До того ж, за загальним правилом частини третьої статті 183 КПК України слідчий суддя, суд, постановляючи ухвалу про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, зобов'язаний визначити розмір застави, достатньої для забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим обов'язків, передбачених цим Кодексом.

На сьогодні застава в Україні можлива виключно у грошовій формі та в грошовій одиниці України, а її конкретний розмір визначає слідчий суддя чи суд, як правило, у межах, визначених частиною п'ятою статті 182 КПК. При цьому з огляду на положення частини четвертої статті 182 КПК України розмір застави, з одного боку, повинен достатньо гарантувати виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього обов'язків, тобто бути суттєвим і значущим для особи, а з другого – не може бути завідомо непомірним для нього.

Віднайти розумний баланс між цими двома категоріями досить непросто. Водночас це ускладнюється ще й тим, що заставу може бути внесено виключно в грошовій формі. Визнаймо, що переважна більшість українців не має значних коштів, хоча багато хто є власником рухомого й нерухомого майна.

З огляду на зазначене було б доцільно розглянути питання про розширення переліку об'єктів, які можуть визнаватися заставою в розумінні запобіжного заходу, у тому числі й альтернативного тримання під вартою. Наприклад, у Польщі такий запобіжний захід, як майнова порука, виражається у внесенні як грошових коштів, так і цінних паперів, а також у заставі рухомого майна чи іпотеці нерухомого майна.

Існує також важливий процедурний момент, що стосується запобіжного заходу у вигляді тримання особи під вартою та який варто чітко врегулювати на рівні процесуального закону. Ідеться про визначення компетентного суду, повноважного вирішувати питання про обрання запобіжного заходу для обвинуваченого в разі, коли суд касаційної інстанції чи Верховний Суд скасовує обвинувальний вирок, що набрав законної сили, і направляє справу на новий розгляд.

На практиці часто виникає така ситуація, коли на час скасування обвинувального вироку строк тримання обвинувачуваного під вартою, визначений ухвалою слідчого судді чи суду першої інстанції, давно сплинув. При цьому суд касаційної інстанції чи Верховний Суд України позбавлений процесуальних повноважень обирати запобіжний захід або продовжувати строк його дії. Цим створюється процесуальна неузгодженість щодо наявності достатніх підстав тримати обвинуваченого під вартою з моменту скасування обвинувального вироку суду й до того моменту, коли справа надійде на новий розгляд до відповідного суду, який вирішить питання про запобіжний захід для обвинуваченого.

Пізнавальним і змістовним є виступ Голови Верховного Суду України Ярослава Романюка на міжнародній конференції «Право на свободу та особисту недоторканність в Україні: перехід до верховенства права», яка відбулася 24 березня 2017р. у Верховному Суді України, в якому він зазначив, що широка сфера застосування статті 5 Конвенції формує особливості практики ЄСПЛ не лише в кримінальному, але й у цивільному аспекті, який потребує не менше уваги.

Проте, для сучасної України значущим викликом залишається все ж таки питання дотримання й допустимого обмеження права людини на свободу та особисту недоторканність у сфері дії кримінального судочинства. Особливо в тій частині, що стосується застосування запобіжних заходів, пов'язаних із позбавленням чи обмеженням свободи, до особи, яка лише підозрюється чи обвинувачується у вчиненні злочину, але ще не засуджена вироком суду й користується презумпцією невинуватості. Чи не найвідоміший із таких заходів – тримання особи, що підозрюється у вчиненні злочину, під вартою до ухвалення судом вироку по суті.

Так, за даними судової статистики, у 2016 році слідчі судді розглянули 50,5 тис. клопотань про застосування запобіжних заходів, із них 32,3 тис. – це клопотання про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. Ще 5,9 тис. клопотань стосувалися продовження строків тримання під вартою. У 2015 році із 54,6 тис. розглянутих клопотань 31,7 тис. стосувалися тримання під вартою, а 6,8 тис. – продовження строків тримання під вартою.

Як бачимо, у структурі застосування запобіжних заходів «пальма першості» й дотепер належить найбільш суворому з них – триманню під вартою. До слова, більшість таких клопотань слідчі судді задовольняють. Так, у 2016 році було задоволено 53,8 %, у 2015 році – 58,8 % від загальної кількості розглянутих клопотань. Стосовно продовження строків тримання під вартою статистика ще більш показова: і в 2015 році, і в 2016 році задоволено 94,5 % таких клопотань<sup>135</sup>.

З огляду на вказані цифри можна спрогнозувати значну кількість відповідних клопотань і в майбутньому. Варто докласти максимум зусиль для виявлення причин, що призводять до порушення статті 5 Конвенції на національному рівні, з метою виправлення недоліків у правозастосуванні, адже це питання продовжує залишатися актуальним у сучасних умовах.

Підводячи підсумки, слід сказати, що особиста недоторканність нерозривно пов'язана із встановленими законом межами втручання в особисте життя громадянина, залученого в кримінальне провадження. Засада особистої недоторканності не може бути реалізована без засади законності. Розкрити правопорушення, викрити винного, призначити йому справедливую міру покарання, не допустити притягнення до кримінальної відповідальності і засудження невинуватого, захистити права й свободи людини у сфері судочинства можна лише на основі суворого додержання закону.

Таким чином, реалізація засади забезпечення права на свободу та особисту недоторканість в кримінальному провадженні ще потребує ґрунтовного вивчення, дослідження і вдосконалення як науковцями так і практиками.

---

<sup>135</sup> Романюк Я. Право на свободу та особисту недоторканність в Україні: перехід до верховенства права» [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/>