

## ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ УКРАЇНОЮ ПРАВА НА ВІДСТУП ВІД ПОЗИТИВНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ПІД ЧАС ЗДІЙСНЕННЯ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

### PECULIARITIES OF UKRAINE'S EXERCISE OF THE RIGHT TO DEROGATE FROM POSITIVE OBLIGATIONS DURING PRE-TRIAL INVESTIGATION UNDER MARTIAL LAW

Малюта О.С., студент III курсу факультету приватного права та підприємництва  
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Овчаренко П.В., студент III курсу факультету приватного права та підприємництва  
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Статтю присвячено дослідженню проблематики реалізації права на відступ від позитивних зобов'язань під час здійснення досудового розслідування в умовах воєнного стану. Авторами проведено системний аналіз співвідношення положень ст.15 Конвенція про захист прав людини (далі – Конвенція) і основоположних свобод та норм Розділу IX-1 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), їх застосування під час здійснення досудового розслідування з урахуванням позицій практиків та науковців.

Стаття 15 Конвенції визначає, за яких обставин можливий відступ від зобов'язань в умовах надзвичайного стану. При здійсненні відступу від позитивних зобов'язань уповноваженим органам слід виробити динамічний підхід, тобто вплив на суб'єкта має здійснюватися з конкретно визначеною метою, з урахуванням фактичних обставин, що склалися.

Окрім цього автори звернули увагу, що при визначенні доцільності обмеження прав та свобод людини Європейським судом з прав людини (далі – ЄСПЛ) було запропоновано тест, даючи відповіді на який, можна визначити, чи дійсно неможливо виконати завдання досудового розслідування не вдаючись до обмеження прав та свобод громадян.

З початком агресії Російської Федерації проти України, реалізація загального порядку досудового розслідування у зв'язку з наявністю об'єктивних причин зіткнулася з системними труднощами, тому законодавцем, задля забезпечення досудового розслідування, було запроваджено особливий режим кримінального провадження, передбачений Розділом IX-1 КПК.

Застосування окремих пунктів ст. 615 КПК зумовлене юридичними та фактичними підставами. До юридичних підстав слід відносити введення правового режиму воєнного стану, а саме його дія в межах юрисдикції органу досудового розслідування, де було вчинено кримінальне правопорушення. Фактичні підстави – об'єктивна неможливість правоохоронців діяти за приписами загальних правил кримінального провадження.

Таким чином, застосування процесуальних дій прокурором, слідчим та дізнавачем має бути виваженим та ґрунтуватися на об'єктивних підставах, оскільки їхні рішення можуть бути перевірені на наявність «об'єктивної неможливості» та в іншому випадку оскаржені.

**Ключові слова:** досудове розслідування, воєнний стан, позитивні зобов'язання держави, спеціальні процесуальні норми, права людини, право на справедливий суд.

The article is devoted to the study of the issues related to the exercise of the right to derogate from positive obligations during pre-trial investigation under martial law. The authors conduct a systematic analysis of the correlation between the provisions of Article 15 of the Convention for the Protection of Human Rights (hereinafter – the Convention) and the fundamental freedoms and provisions of Section IX-1 of the Criminal Procedure Code of Ukraine (hereinafter – the CPC), and their application during the pre-trial investigation, taking into account the positions of practitioners and scholars.

Article 15 of the Convention defines the circumstances under which derogation from obligations in a state of emergency is possible. When derogating from positive obligations, the authorised bodies should develop a dynamic approach, i.e. the impact on the subject should be carried out for a specifically defined purpose, taking into account the actual circumstances.

In addition, the authors pointed out that in determining the expediency of restricting human rights and freedoms, the European Court of Human Rights (hereinafter – the ECHR) proposed a test, the answers to which can determine whether it is really impossible to fulfil the tasks of the pre-trial investigation without resorting to restriction of the rights and freedoms of citizens.

With the beginning of the Russian Federation's aggression against Ukraine, the implementation of the general pre-trial investigation procedure faced systemic difficulties due to the existence of objective reasons, so the legislator introduced a special regime of criminal proceedings provided for in Section IX-1 of the CPC to ensure pre-trial investigation.

The application of certain paragraphs of Article 615 of the CPC is based on legal and factual grounds. The legal grounds include the introduction of the legal regime of martial law, namely its effect within the jurisdiction of the pre-trial investigation body where the criminal offence was committed. The factual basis is the objective inability of law enforcement officers to act in accordance with the general rules of criminal proceedings.

Thus, the application of procedural actions by the prosecutor, investigator and detective must be balanced and based on objective grounds, as their decisions can be checked for „objective impossibility“ and otherwise appealed.

**Key words:** pre-trial investigation, martial law, positive obligations of the state, special procedural rules, human rights, right to a fair trial.

**Постановка проблеми.** Незалежно від подій та суспільно-політичної ситуації, держава як гарант взятих на себе зобов'язань, має сприяти законності та несе обов'язок захищати основоположні людські права та свободи. Проте в умовах збройного конфлікту виникає об'єктивна неможливість повністю дотримуватися загальних приписів процесуального порядку досудового розслідування. У зв'язку з цим законодавець ввів у дію спеціальний правовий механізм, передбачений Розділом IX-1 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), який «розширює», зокрема, повноваження прокурора при здійсненні досудового розслідування. Проте застосування нормативних положень розділу IX-1 КПК не є абсолютним, навіть

в умовах воєнного стану, та вимагає наявності певних конкретизованих обставин, які, у разі їх недотримання, можуть призвести до неправомірності результатів кримінального провадження.

**Метою статті** є визначення особливостей та специфіки застосування норм Розділу IX-1 КПК та реалізації права на відступ від позитивних зобов'язань в ході досудового розслідування в умовах воєнного стану на підставі ст. 15 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – КЗПЛ або Конвенція).

**Аналіз останніх досліджень.** Питаннями правової природи ведення досудового розслідування в умовах воєнного стану неодноразово викликало інтерес науковців

та практиків, дану проблематику досліджували І. В. Глобук, О. М. Дроздов, В. А. Завтур, О. В. Капліна, О. В. Лазукова, В. В. Рогальська, Г. К. Тетерятник, Т. Г. Фоміна, С. Б. Фомін, З. М. Чуприна, О. Г. Яновська та інші.

**Викладення основного матеріалу.** Під час здійснення досудового розслідування в умовах воєнного стану можуть виникати ситуації, коли права та свободи громадян обмежуються. Такі обмеження можуть вплинути на застосування загальних принципів, визначених у Конвенція, а також на приписи національного законодавства.

Положеннями ст. 15 Конвенції визначають умови, за яких можливий відступ від зобов'язань в умовах воєнного чи надзвичайного стану. Під час війни або іншої суспільної небезпеки, яка загрожує життю нації, будь-яка Висока Договірна Сторона (держава) може вживати заходів, що відступають від її зобов'язань за цією Конвенцією, виключно в тих межах, яких вимагає гострота становища, і за умови, що такі заходи не суперечать іншим її зобов'язанням згідно з міжнародним правом. Наведене вище положення не може бути підставою для відступу від статті 2 (право на життя), крім випадків смерті внаслідок правомірних воєнних дій, і від статей 3 (заборона катування та інших форм жорстокого поводження), статті 4 (заборона рабства і примусової праці) та статті 7 (ніякого покарання без закону) [1]. Дана норма допускає можливість відступити від позитивних зобов'язань з боку держави. При цьому, під позитивними зобов'язаннями держави розуміється вимога до національних органів влади запровадити й застосувати необхідні засоби для гарантування прав людини, а точніше – вжити прийнятних (розумних) і належних заходів для забезпечення та захисту основоположних прав у кожному конкретному випадку [2].

У міжнародній доктрині вищезазначені норми формують зміст інституту *дерогації*, який, як справедливо вважають дослідники Е. Хафнер-Бартно, Л. Хелфер і К. Фарісса «є досить розумною відповіддю на політичну нестабільність в державі» [3, с. 72].

Хочемо звернути увагу на те, що правозастосовний характер ст. 15 КЗПЛ полягає у пропорційному застосуванні засобів примусу у відповідності до реальної ситуації, тобто права і свободи громадян не можуть бути обмежені автоматично лише із юридичною наявністю воєнного стану. Уповноважені органи повинні виробити динамічний підхід, тобто вплив на суб'єкта має здійснюватися з конкретно визначеною метою, враховуючи дійсні обставини. Попри це варто пам'ятати, що подібні заходи можуть застосовуватися не лише з метою ліквідації небезпечних наслідків або їх стабілізації на благо суспільства, але й задля лобювання політичних інтересів або інших корисливих мотивів, тому при визначенні доцільності обмеження прав та свобод людини Європейським судом з прав людини (далі – ЄСПЛ) було запропоновано тест, даючи відповіді на який, можна визначити, чи дійсно неможливо виконати завдання досудового розслідування не вдаючись до обмеження прав та свобод громадян:

1) чи було б звичайне законодавство достатнім, щоб впоратися із загрозою, що спричинена суспільною небезпекою (рішення по справі Лоулес проти Ірландії (№ 3) від 01.07.1961, § 36; Ірландія проти Сполученого Королівства від 18.01.1978, § 212);

2) чи є заходи дійсною реакцією на надзвичайну ситуацію (рішення по справі Браніган та Макбрайд проти Сполученого Королівства від 25.05.1993, § 51);

3) чи були заходи використані з тією метою, для якої вони були санкціоновані (рішення по справі Лоулес проти Ірландії (№ 3) від 01.07.1961, § 38);

4) чи є відступ від зобов'язань обмеженим за сферою охоплення і причинами, наведеними в його обґрунтування (рішення по справі Браніган та Макбрайд проти Сполученого Королівства від 25.05.1993, § 66);

5) чи потреба у відступі від зобов'язань постійно переглядається (рішення по справі Браніган та Макбрайд проти Сполученого Королівства від 25.05.1993, § 54);

6) будь-яке послаблення запроваджених заходів (рішення по справі Ірландія проти Сполученого Королівства від 18.01.1978, § 220);

7) чи були передбачені гарантії проти зловживань (рішення по справі Ірландія проти Сполученого Королівства від 18.01.1978, §§ 216–219; Лоулес проти Ірландії (№ 3) від 01.07.1961, § 37; Браніган та Макбрайд проти Сполученого Королівства від 25.05.1993, §§ 61–65; Аксой проти Туреччини від 18.12.1996, §§ 79–84);

8) важливість права, яке опинилося під загрозою, і більш широка мета судового контролю над втручанням у таке право (рішення по справі Аксой проти Туреччини від 18.12.1996, § 76);

9) чи був судовий контроль заходів практично можливим (рішення по справі Аксой проти Туреччини від 18.12.1996, § 78; Браніган та Макбрайд проти Сполученого Королівства від 25.05.1993, § 59);

10) пропорційність заходів, та чи передбачали вони будь-яку невинуватну дискримінацію (рішення по справі А. та інші проти Сполученого Королівства від 19.02.2009, § 190);

11) точки зору будь-яких національних судів, які розглядали питання: якщо найвищий національний суд Договірної Держави дійшов висновку, що заходи не були суворо необхідними, Суд може виправдано дійти протилежного висновку лише якщо він упевниться в тому, що національний суд неправильно розтлумачив або неправильно застосував статтю 15 або практику Суду за цією статтею, або дійшов явно необґрунтованого висновку (рішення по справі А. та інші проти Сполученого Королівства від 19.02.2009, § 174) [4].

Збереження життя людини – це позитивне зобов'язання держави, як вже було вищезазначено, від якого неможливо відступити у рамках застосування ст. 15 Конвенції. ЄСПЛ своєю постановою по справі «Громадської організації “Центр правових ресурсів” в інтересах Валентина Кампеану проти Румунії» від 17.07.2014 визнавав, що держава має приймати належних заходів для збереження життя людей [5]. На практиці під час “воєнного стану”, тобто в умовах реальної загрози життю та здоров'ю осіб, широко мають місце випадки, коли неможливо дотримуватися процесуального порядку за загальними приписами КПК. Саме з цією метою були розроблені спеціальні механізми, котрі обумовили здійснення досудового розслідування в умовах воєнного стану.

У цьому контексті, О. В. Лазукова пропонує до факторів, які зумовили нездатність чинного законодавства забезпечити реалізацію завдань кримінального провадження віднести: (а) втрату контролю над окремими територіями України; (б) неможливість виконання функціональних обов'язків органами правопорядку й судами, дезорганізацію суспільних зв'язків; (в) відсутність легітимних органів правопорядку на невідконтрольних територіях; (г) наявність небезпеки для життя і здоров'я осіб, які повинні здійснювати кримінальне провадження або брати в ньому участь, що унеможливило як проведення окремих процесуальних дій, так і здійснення досудового розслідування в цілому; (д) міграційні процеси та неможливість притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які переховуються від органів досудового розслідування й суду на невідконтрольній Україні території; (е) знищення адміністративних будівель і кримінальних процесуальних документів; (є) зростання злочинності; (ж) відсутність досвіду роботи в умовах дії особливих правових режимів [3, с. 1–2].

Початок досудового розслідування кримінального правопорушення під час мирного стану регулювався положенням ст. 214 КПК. Водночас, з початком агресії

Російської Федерації проти України, реалізація загального порядку досудового розслідування у зв'язку з наявністю об'єктивних причин зіткнулася з системними труднощами. Тому законодавцем, задля забезпечення досудового розслідування, було запроваджено особливий режим кримінального провадження, передбачений Розділом IX-1 КПК. Положення даного розділу торкнулися низки процесуальних інститутів, таких як делегування повноважень керівнику прокуратури за об'єктивної неможливості їх виконання слідчим суддею, особливості застосування окремих заходів забезпечення кримінального провадження, регулювання процесуальних строків та їх поновлення, особливості закінчення досудового розслідування тощо.

У рамках даного дослідження прагнемо звернути увагу на особливості застосування деяких пунктів ч. 1 ст. 615 Розділу IX-1 КПК, а саме: внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань, проведення слідчих (розшукових) дій, делегування повноважень слідчого судді керівнику органу прокуратури та зупинення строків досудового розслідування.

Застосування наведених положень передбачає наявність юридичних та фактичних підстав. До юридичних підстав слід відносити введення правового режиму воєнного стану, а саме його дія в межах юрисдикції органу досудового розслідування, де було вчинено кримінальне правопорушення. Фактичної підстави – об'єктивна неможливість правоохоронців діяти за приписами загальних правил кримінального провадження.

Схожий підхід до тлумачення застосування ст. 615 КПК висловлює суддя Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду С. Б. Фомін, який вказує, що загалом норми, впроваджені у ст. 615 можна поділити на дві групи: а) ті, що застосовуються при введенні воєнного стану та б) ті, якими можна керуватися при наявності ще певних додаткових умов. Зокрема, до другої групи можна віднести положення ч.1 ст. 615 КПК України [7].

Водночас, постає питання вмотивованості та виправданості дій слідчого, дізнавача, прокурора. Якщо наявність воєнного стану об'єктивно відома, то наявність особливих умов важко проконтролювати. На наш погляд, слушно є думка судді Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду О. Г. Яновської, яка розглядаючи питання про корективи внесені війною в здійснення кримінального провадження, звернула увагу на обов'язок прокурора, слідчого при застосуванні положень ст. 615 КПК зазначати у відповідних процесуальних документах причину відсутності об'єктивної можливості користуватися положення, що застосовуються безумовно при введенні воєнного стану: «У кожному конкретному випадку предметом доказування в суді та оцінки судом має бути те, чи справді не було об'єктивної можливості, наприклад, звернутися до слідчого судді за ухвалою про застосування запобіжного заходу, проведення обшуку. Під час застосування положень ст. 615 КПК України слідчий, прокурор обов'язково мають зазначати у відповідних документах (постановах, клопотаннях), чому немає об'єктивної можливості дотриматися стандартного порядку проведення процесуальних дій» [8].

Окрім цього, ми вважаємо, що перед проведенням процесуальних дій за спеціальним порядком, прокурор, слідчий, дізнавач мають враховувати положення вищезазначеного тесту ЄСПЛ. Тим самим вони з'ясують, чи можливо здійснювати певну процесуальну дію без обмеження прав

та свобод осіб. У разі, якщо такої необхідності не має, усі обставини чітко описуються та зазначаються у постанові.

Таким чином застосування процесуальних дій прокурором, слідчим, дізнавачем має бути зваженим і обумовленим об'єктивними причинами, оскільки їх рішення можуть бути досліджені на предмет наявності «об'єктивної неможливості» і у противному разі бути оскаржені.

На проблематику оскарження рішень прокурора, прийнятих в рамках застосування ст. 615 КПК, звернула увагу І. В. Головиук. Так, вчена зауважує, що у КПК відсутні механізми перевірки на законність цих рішень від прокурора вищого рівня чи суду, що «не сприяє праву на захист в частині оскарження» [9]. Слід погодитись з думкою З. М. Чуприни, яка вказує, що законодавець не приділив достатньо уваги до питання забезпечення конфіденційного зв'язку між адвокатом та підозрюваним обвинуваченим під час дистанційного залучення першого та неможливості фактично перевірити ступінь як фізичного так і психологічного впливу на свого клієнта [10]. Таким чином, ми бачимо конкретні випадки, коли законодавець звертається до застосування ст. 15 Конвенції, при цьому звужуючи свої зобов'язання у частині забезпечення права на справедливий суд визначеного ст. 6 цієї Конвенції.

О. В. Капліна стосовно просторової межі застосування положень ст. 615 КПК зазначає, що «між нормами кримінально-процесуального законодавства нашої держави не можуть виникати просторові колізії» [3, с. 30]. На наш погляд, застосування єдиного порядку досудового розслідування по всій території країни під час воєнного часу буде суперечити положенням ст. 15 Конвенції, оскільки відступ від зобов'язань прийнятих державою має відбуватися в тих рамках, яких вимагає об'єктивна обстановка. Крім того, доцільно використовувати першу групи норм ст. 615 КПК, згідно класифікації С. Б. Фоміна, тобто ті, що використовуються без додаткових умов, на територіях, де немає об'єктивних перешкод для застосування таких, задля того, щоб забезпечити справедливе правосуддя, де це можливо.

**Висновок.** Таким чином, наведені підходи ілюструють, що при здійсненні досудового розслідування в умовах воєнного стану та реалізуючи повноваження визначені у окремих пунктах ч. 1 ст. 615 КПК, уповноважені особи мають керуватися принципом пропорційності між державним, суспільним інтересом та обмеженням прав, свобод і законних інтересів громадян.

Окремо важливо є наявність достатніх підстав – юридичних, тобто наявність правового режиму воєнного стану, та фактичних – об'єктивна, мотивована неможливість з урахуванням гостроти становища реалізувати процесуальні повноваження досудового розслідування.

Дійсно, на сьогодні в умовах воєнного стану, є проблематика забезпечення фундаментальних людських прав визначених Конвенцією, оскільки система не була повністю готова до випробувань сьогодення. Попри це, держава через уповноважених осіб зобов'язана прагнути до підтримання верховенства права, особливо у сфері кримінальної юстиції. Отже, на нашу думку, приймаючи рішення та складаючи процесуальний документ, прокурор та слідчий повинні враховувати тест ЄСПЛ з метою визначення, чи можливо здійснити певну процесуальну дію, не вдаючись до обмеження прав та свобод осіб. Саме такий підхід значно підвищить рівень законності досудового розслідування та права на справедливий суд в умовах воєнного стану.

#### ЛІТЕРАТУРА

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : Конвенція Ради Європи від 04.11.1950 р. : станом на 1 серп. 2021 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text) (дата звернення: 05.04.2023).
2. Positive obligations under the European Convention on Human Rights. *Council of Europe*. URL: <https://rm.coe.int/168007f4d>
3. Лазукова О. В. Особливий режим досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції : Дисертація. Харків, 2018. 276 с.

4. Посібник зі статті 15 Європейської конвенції з прав людини. *European Court of Human Rights*. Рада Європи/Європейський суд з прав людини, 2016. С. 8–9. ( дата звернення: 05.04.2023).
5. Центр правових ресурсів від імені Валентина Кампеану проти Румунії [ВПП], №.47848/08, § 156, ЄКПЛ 2014 рік. URL: <https://precedent.in.ua/2015/12/16/tsentr-pravovyh-resursov-ot-ymeny-vale/>
6. Кримінальний процесуальний кодекс України : Кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI : станом на 5 лют. 2023 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text> (дата звернення: 05.04.2023).
7. Процесуальні аспекти: проблемні питання досудового розслідування та судового провадження в умовах воєнного стану. : веб-сайт URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1295799/> (дата звернення 06.04 2022).
8. Докази та доказування в кримінальному провадженні в умовах воєнного стану: практика Верховного Суду. : веб-сайт URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1326181/> (дата звернення 06.04 2022).
9. Романова Н. Нові реалії досудового розслідування: чи стали «воєнні» норми ст. 615 КПК більш ліберальними? *Закон і Бізнес*. 2022 URL: <https://zib.com.ua/ua/154230.html> (дата звернення 06.04 2022).
10. Чуприна З. М. Особливості кримінального процесу в умовах воєнного стану : веб-сайт. URL: [https://jurliga.ligazakon.net/analytics/212017\\_osoblivost-kriminalnogo-protsesu-v-umovakh-vonnogo-stanu](https://jurliga.ligazakon.net/analytics/212017_osoblivost-kriminalnogo-protsesu-v-umovakh-vonnogo-stanu) (дата звернення: 06.04 2022).