

ТЕНДЕНЦІ ЗМІН КРИМІНАЛЬНОЇ ЮСТИЦІЇ В УМОВАХ ВІЙНИ ТА ПРАВА ЛЮДИНИ

Гловюк І. В., Завтур В. А.

Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. Війна, розв'язана рф як державою агресором, переорієнтувала державну політику України в усіх напрямках, і зрозуміло, що кримінальна юстиція не залишилась осторонь. Для кримінальної юстиції з'явився комплекс викликів: від потреби кримінально-правового реагування на діяння, які завдають або можуть завдати шкоди інтересам народу України та держави у аспекті національної безпеки та оборони, до потреби уточнення порядку провадження у мовах активних воєнних дій та удосконалення розслідування міжнародних злочинів, у тому числі для співпраці із міжнародними судовими та іншими інституціями. Відповідно, було внесено та вносяться зміни та доповнення до КК України та КПК України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор. Деякі питання кримінальної юстиції в умовах війни досліджувалися як у матеріально-правовому аспекті (М. Бондаренко, О. Броневицька, П. Демчук, Р. Мовчан, О. Кравчук, Д. Михайленко, Ю. Пономаренко, Ю. Усманов, М. Хавронюк), так і щодо питань кримінального провадження (Ю. Белоусов, М. Бондаренко, Д. Губницький, П. Демчук, О. Кравчук, В. Михайленко, А. Орлеан, Г. Тетерятник). Ряд питань стосовно кримінального провадження розглянуті у коментарі до Розділу IX-1 КПК України І. Гловюк, Г. Тетерятник, В. Рогальською, В. Завтуром¹.

Здійснювалися і аналітичні огляди змін та доповнень до КК України та КПК України².

Виділення невирішених раніше частин загальної проблеми. Разом з тим, комплексне дослідження змін та доповнень до чинного законодавства в умовах воєнного стану після 24 лютого 2022 року ще не проводилося, що ускладнює ідентифікацію магистральних тенденцій розвитку матеріального та процесуального законодавства, а це, у свою чергу, впливає на оцінку його ефективності.

Формулювання цілей (постановка завдання). Метою цього дослідження є виокремлення основних напрямків, спрямованих на удосконалення функціонування кримінальної юстиції, які реалізовані законодавцем та впроваджені на практиці; оцінка юридичної визначеності наявних змін та доповнень; виокремлення інших викликів, реагування на які є необхідними в умовах воєнного стану, у кореляції із дотриманням прав людини в умовах воєнного стану.

Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів. Сфера кримінального права. КК України характеризується внесенням доповнень щодо криміналізації діянь, які є небезпечними для оборони та відсічі агресора. Частина цих діянь були доволі неочікуваними, хоча відповідне реагування на них є, без сумніву, співмірним. Зокрема, йдеться про такі:

– колабораційна діяльність (ст. 111-1 КК України) (Закон України (далі – ЗУ) від 3 березня 2022 року № 2108-IX);

¹ Гловюк І., Тетерятник Г., Рогальська В., Завтур В. Особливий режим досудового розслідування, судового розгляду в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції чи заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації та/або інших держав проти України: науково-практичний коментар Розділу IX-1 Кримінального процесуального кодексу України. Електронне видання. Львів-Одеса, 2022. Станом на 25 березня 2022. 31 с. URL: https://www.academia.edu/75087747/%D0%93%D0%BB%D0%BE%D0%B2%D1%8E%D0%BA_%D0%86_%D0%A2%D0%B5%D1%82%D0%B5%D1%80%D1%8F%D1%82%D0%BD%D0%B8%D0%BA_%D0%93_%D0%A0%D0%BE%D0%B3%D0%B0%D0%BB%D1%8C%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%B0_%D0%92_%D0%97%D0%B0%D0%B2%D1%82%D1%83%D1%80_%D0%92?fbclid=IwAR0vXfFH39dPkhDLtzWoXhJy6DdrL4f-G2-BlynrZCyPXC058sXfA1XGNeY (дата звернення: 26.04.2022)

² Гловюк І., Завтур В. Новели здійснення кримінального провадження в умовах воєнного стану: зміни до КПК України від 03 березня 2022 та роз'яснення Верховного Суду. URL: [https://www.hsa.org.ua/blog/novely-zdiysnennya-kryminalnogo-provadhennya-v-umovah-voennogo-stanu-zminy-do-kpk-ukrayiny-vid-03-bereznya-2022-ta-roz-yasneniya-verhovnogo-sudu/](https://www.hsa.org.ua/blog/novely-zdiysnennya-kryminalnogo-provadhennya-v-umovah-voennogo-stanu-zminy-do-kpk-ukrayiny-vid-03-bereznya-2022-ta-roz-yasneniya-verhovnogo-sudu) (дата звернення: 26.04.2022) Гловюк І., Завтур В. Закон України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України та Закону України «Про електронні комунікації» щодо підвищення ефективності досудового розслідування «за гарячими слідами» та протидії кібератакам» № 2137-IX: аналіз новел кримінального провадження. URL: <https://www.hsa.org.ua/blog/zakon-ukrayiny-pro-vnesennya-zmin-do-kryminalnogo-protsesualnogo-kodeksu-ukrayiny-ta-zakonu-ukrayiny-pro-elektronni-komunikatsiyi-shhodo-pidvyshhennya-efektyvnostidosudovogo-rozsliduvannya-za-garyach/> (дата звернення: 26.04.2022)

– образа честі і гідності військовослужбовця, погроза військовослужбовцю (ст. 435-1 КК України) (ЗУ від 3 березня 2022 року № 2110-IX);

– виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії Російської Федерації проти України, глорифікація її учасників (ст. 436-2 КК України) (ЗУ від 3 березня 2022 року № 2110-IX);

– несанкціоноване поширення інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану (ст. 114-2 КК України) (ЗУ від 24 березня 2022 року № 2160-IX, уточнено ЗУ від 1 квітня 2022 року № 2178-IX);

– незаконне використання з метою отримання прибутку гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної допомоги (ст. 201-2 КК України) (ЗУ від 24.03.2022 № 2155-IX);

– пособництво державі-агресору (ст. 111-2 КК України) (ЗУ від 14 квітня 2022 року № 2198-IX).

Крім того, уточнено диспозиції ряду статей КК України. Зокрема, йдеться про:

– порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної, регіональної належності, релігійних переконань, інвалідності та за іншими ознаками (ст. 161 КК України) (ЗУ від 3 березня 2022 року № 2110-IX), де додано регіональну належність та визначено її як належність особи за народженням чи проживанням до регіону – частини території України або території компактного розселення українців за межами території України, – що відрізняється від інших територій за низкою історичних, географічних, мовних та інших ознак;

– державну зраду (ст. 111 КК України) (ЗУ від 3 березня 2022 року № 2113-IX), у межах диспозиції статті додано ч. 2 із ознакою «вчинення в умовах воєнного стану»;

– диверсію (ст. 113 КК України) (ЗУ від 3 березня 2022 року № 2113-IX), у межах диспозиції статті додано ч. 2 із ознакою вчинення в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту;

– несанкціоноване втручання в роботу інформаційних (автоматизованих), електронних комунікаційних, інформаційно-комунікаційних систем, електронних комунікаційних мереж (ст. 361 КК України) (ЗУ від 24.03.2022 № 2149-IX);

– створення з метою протиправного використання, розповсюдження або збуту шкідливих програмних чи технічних засобів, а також їх розповсюдження або збут (ст. 361-1 КК України) (ЗУ від 24.03.2022 № 2149-IX) – уточнено диспозицію та викладено у формулюванні «створення з метою протиправного використання, розповсюдження або збуту, а також розповсюдження або збут шкідливих

програмних чи технічних засобів, призначених для несанкціонованого втручання в роботу інформаційних (автоматизованих), електронних комунікаційних, інформаційно-комунікаційних систем, електронних комунікаційних мереж»).

Примітним є і посилення покарань за злочини, передбачені ст.ст. 185, 186, 187, 189, 191, 432 КК України Законом України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за мародерство» від 3 березня 2022 року № 2117-IX, хоча перелічені склади злочинів, крім передбаченого ст. 432 КК України, мародерством у його точному тлумаченні не є.

Разом з тим, КК України був доповнений і заохочувальними нормами. Частина з них стосується збройної відсічі агресії проти України. Зважаючи на положення Закону України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України» (№ 2114-IX від 03 березня 2022), яким було окреслено межі реалізації конституційного обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України: у період дії воєнного стану громадяни України, а також іноземці та особи без громадянства, які на законних підставах перебувають на території України (далі – цивільні особи), можуть брати участь у відсічі та стримуванні збройної агресії Російської Федерації та/або інших держав, у тому числі отримати вогнепальну зброю і боеприпаси до неї відповідно до порядку та вимог, встановлених Міністерством внутрішніх справ України (ст. 1); застосування цивільними особами вогнепальної зброї, отриманої відповідно до цього Закону, здійснюється аналогічно до застосування зброї військовослужбовцями під час виконання ними завдань щодо відсічі збройної агресії проти України в порядку, затвердженому Кабінетом Міністрів України; цивільні особи не несуть відповідальності за застосування вогнепальної зброї проти осіб, які здійснюють збройну агресію проти України, якщо така зброя застосована на підставі та в порядку, визначених статтею 1 та статтею 4 цього Закону, відповідно, до КК України були додані положення, що цивільні особи не несуть кримінальної відповідальності за застосування вогнепальної зброї проти осіб, які здійснюють збройну агресію проти України, якщо така зброя застосована відповідно до вимог Закону України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України». (Розділ II «Прикінцеві та перехідні положення», п. 22) (ЗУ від 3 березня 2022 року № 2114-IX). Слід зазначити, що, на думку М. Хавронюка, слід виходити з того, що Закон від 15 березня 2022 р. № 2124-IX регулює ті самі правові відносини, що і Закон «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України» від 3 березня 2022 р. № 2114-IX. Але оскільки

перший з названих законів прийнятий та став чинним пізніше і регламентує відповідні питання більш широко і детально, то ним фактично скасовано положення другого з названих законів, які з 21 березня 2022 р. не підлягають застосуванню³.

Відмітимо також, що норми стосовно участі цивільних осіб у захисті України зазнали критики у аспекті їх змістовного та юридико-технічного оформлення, у тому числі у аспекті статусу комбатантів. Зокрема, Ю. Усманов зазначає, що у закон слід внести норми щодо народного ополчення, які є у міжнародному гуманітарному праві; у прийнятому законі згадується лише право цивільних осіб для протистояння агресії РФ та/або інших держав брати вогнепальну зброю. А як бути з іншими предметами, якими також потенційно можуть бути вбиті ворожі військові? Чи має право народне ополчення використовувати коктейлі Молотова, а іншу холодну зброю (ножі, катани тощо)? В самому законі також нічого не сказано що буде з тими, хто використовував невогнепальну зброю або інші предмети для вбивства до набрання чинності законом сили⁴. Відмітимо, що питання щодо застосування інших видів зброї та інших засобів вже вирішені подальшими змінами до КК України.

Адже ЗУ від 15 березня 2022 року № 2124-IX було додано ст. 43-1 КК України як обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння: виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України як обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння. Натепер не є кримінальним правопорушенням діяння (дія або бездіяльність), вчинене в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту та спрямоване на відсіч та стримування збройної агресії Російської Федерації або агресії іншої країни, якщо це заподіяло шкоду життю або здоров'ю особи, яка здійснює таку агресію, або заподіяло шкоду правоохоронюваним інтересам, за відсутності ознак катування чи застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України). Особа не підлягає кримінальній відповідальності за застосування зброї (озброєння), бойових припасів або вибухових речовин проти осіб, які здійснюють збройну агресію проти України, та за пошкодження чи знищення у зв'язку з цим майна.

³ Хавронюк М. Обов'язок захищати Вітчизну і нові статті Кримінального кодексу. URL: <https://racurs.ua/ua/b221-obov-yazok-zahischaty-vitchiznu-i-novi-statti-kriminalnogo-kodeksu.html> (дата звернення: 26.04.2022)

⁴ Усманов Юрій. Чому закон, який дозволяє цивільним особам отримувати зброю і вбивати ворога потребує доопрацювання? URL: <https://www.facebook.com/yuryusmanov8/posts/5031049116974126> (дата звернення: 26.04.2022)

Разом з тим, застосування сили не є безмежним, зважаючи на позитивні зобов'язання держави під час збройного конфлікту. Тому ч. 4 нової статті КК України передбачає, що не вважається виконанням обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України діяння (дія або бездіяльність), спрямоване на відсіч та стримування збройної агресії Російської Федерації або агресії іншої країни, яке явно не відповідає небезпечності агресії або обставинці відсічі та стримування, не було необхідним для досягнення значної суспільно корисної мети у конкретній ситуації та створило загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи настання інших надзвичайних подій більшого масштабу.

Отже, умовами застосування цієї статті КК України є:

– обстановка воєнного стану або період збройного конфлікту, спрямування на відсіч та стримування збройної агресії Російської Федерації або агресії іншої країни;

– відсутності ознак катування чи застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України;

– відповідність небезпечності агресії або обставинці відсічі та стримування, необхідність для досягнення значної суспільно корисної мети у конкретній ситуації та нестворення загрози для життя інших людей або загрози екологічної катастрофи чи настання інших надзвичайних подій більшого масштабу.

Крім того, заохочувальною нормою є ч. 3 ст. 263 КК України, що не підлягає кримінальній відповідальності за вчинення дій, передбачених частиною першою або другою цієї статті, особа, яка добровільно здала органам влади зброю, бойові припаси, вибухові речовини або вибухові пристрої (ст. 263 КК України). Відмітимо, що таке формулювання для КК є доволі своєрідним, хоча є не єдиним прикладом, що породжує питання стосовно процедурного забезпечення. Зважаючи на те, що мова про звільнення від кримінальної відповідальності йти не може, то, як видається, за наявності цієї обставини відомості до ЄРДР взагалі внесені бути не можуть.

По амністії зміни торкнулися того, що особи, визнані винними у вчиненні державної зради, диверсії, вироки стосовно яких не набрали законної сили, не можуть бути звільнені від відбування покарання, а особи, вироки стосовно яких набрали законної сили, – не можуть бути повністю звільнені законом про амністію від відбування покарання. Зазначені особи можуть бути звільнені від відбування покарання після фактичного відбуття ними строків, встановлених частиною третьою статті 81 КК України.

Тобто очевидними тенденції криміналізації та пеналізації діянь, які є особливо небезпечними в умовах воєнного стану і можуть знизити можливості національного супротиву або тим чи іншим чином сприяють агресії. І хоча деякі техніко-юридичні формулювання піддавалися критиці, відмітимо, що ефективність цих норм у повному обсязі можна буде оцінити лише після Перемоги.

Сфера кримінального процесу вже загалом піддавалася оцінці у аспекті новітніх змін і доповнень⁵, у тому числі на рівні науково-практичного коментаря до Розділу IX-1 КПК України⁶. Відмітимо, що основна частина цих змін (за ЗУ № 2111-IX від 03.03.2022, № 2125-IX від 15.03.2022, № 2137-IX від 15.03.2022) торкається саме розділу IX-1 КПК України «ОСОБЛИВИЙ РЕЖИМ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ, СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ В УМОВАХ ВОЄННОГО, НАДЗВИЧАЙНОГО СТАНУ АБО У РАЙОНІ ПРОВЕДЕННЯ АНТИТЕРОРИСТИЧНОЇ ОПЕРАЦІЇ ЧИ ЗАХОДІВ ІЗ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ І ОБОРОНИ, ВІДСІЧІ І СТРИМУВАННЯ ЗБРОЙНОЇ АГРЕСІЇ РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ ТА/АБО ІНШИХ ДЕРЖАВ ПРОТИ УКРАЇНИ» і стосується: «делегування» ряду повноважень слідчого судді керівнику органу прокуратури; особливого режиму строків досудового розслідування; внесення відомостей до ЄРДР та фіксування кримінального провадження; повідомлення про підозру; особливостей обрання та продовження строків тримання під вартою. Крім того, з'явилася спеціальна процедура скасування запобіжного заходу для проходження військової служби за призовом під час мобілізації, на особливий період або зміна запобіжного заходу з інших підстав. Відмітимо, що до «делегованих» повноважень у разі, якщо відсутня об'єктивна можливість виконання у встановлені законом строки слідчим суддею повноважень, наразі віднесено: привід, тимчасовий доступ до речей і документів, арешт майна, дозвіл на затримання з метою приводу, розгляд клопотання про проведення обшуку у порядку ч. 3 ст. 233 КПК України, розгляд клопотання про обшук у порядку ст. 234 КПК України, отримання зразків для експертизи, проведення негласних слідчих (розшукових) дій, продовження строку досудового розслідування, обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою на строк до 30 діб до осіб, які підозрюються у вчиненні злочинів, передбачених 109-115, 121, 127, 146, 146-1, 147, 152, 153, 185, 186, 187, 189-191, 201, 258-258-5, 260-263-1, 294, 348, 349, 365, 377-379, 402-444 Кримінального кодексу України, а у виняткових випадках також у вчиненні інших тяжких та

особливо тяжких злочинів, якщо затримка в обранні запобіжного заходу може привести до втрати слідів кримінального правопорушення або втечі особи, яка підозрюється у вчиненні таких злочинів.

Проте, по криміналізованих діяннях до КПК України вносилися доповнення щодо підслідності та провадження *in absentia*.

Відмітимо і те, що Розділ IX «Перехідні положення» доповнено пунктом 20-7: «під час дії надзвичайного або воєнного стану на території України тимчасовий доступ до речей і документів, визначених у пунктах 2, 5, 7, 8 частини першої статті 162 цього Кодексу, здійснюється на підставі постанови прокурора, погодженої з керівником прокуратури», тобто йдеться про особливий порядок тимчасового доступу до речей і документів, які містять: 2) відомості, які можуть становити лікарську таємницю; 5) відомості, які можуть становити банківську таємницю; 7) інформація, яка знаходиться в операторів та провайдерів телекомунікацій, про зв'язок, абонента, надання телекомунікаційних послуг, у тому числі отримання послуг, їх тривалості, змісту, маршрутів передавання тощо; 8) персональні дані особи, що знаходяться у її особистому володінні або в базі персональних даних, яка знаходиться у володільця персональних даних.

Разом з тим, законодавець істотно змінив й загальні норми стосовно заходів забезпечення кримінального провадження, слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій Законом України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України та Закону України «Про електронні комунікації» щодо підвищення ефективності досудового розслідування «за гарячими слідами» та протидії кібератакам» № 2137-IX⁷, які теж застосовні в умовах воєнного часу.

Таке системне оновлення нормативної регламентації кримінального провадження в умовах воєнного стану надало імпульс для наукових досліджень у цій царині. Тому пропонуємо детальніше розглянути окремі теоретичні та практичні аспекти порядку його здійснення.

У кримінальній процесуальній доктрині висловлювалися різні позиції стосовно місця особливого режиму досудового розслідування, визначеного Розділом IX-1 КПК України у системі кримінального провадження. На думку О.В. Лазукової, загальний порядок кримінального провадження та особливий режим досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення АТО співвідносяться між собою як загальне та спеціальне. Як вказує авторка, «екстраординарний порядок не дезавує загальний; вони співіснують одночасно, генетично пов'язані; таке правове регулювання кримінальних процесуальних відносин

⁵ Гловюк І.В., Завтур В.А. Новели здійснення кримінального ...; Кравчук О. «ОБШУК» мобільних телефонів і комп'ютерів та інші зміни до КПК. URL: <https://first.vaks.gov.ua/publications/37254/> (дата звернення: 26.04.2022)

⁶ Гловюк І., Тетерятник Г., Рогальська В., Завтур В. Особливий режим досудового розслідування ...

⁷ Гловюк І., Завтур В. Закон України ...

створює лише винятки з ординарного, проте не заміщує останній (тобто загальний порядок кримінального провадження змінюється тільки в тій мірі, в якій цього об'єктивно потребує ситуація); «надзвичайні» норми права вписуються в загальну форму кримінального провадження як гранично допустимі обмеження, містять хронодискретні умови застосування (часові та просторові), використовуються лише у виняткових ситуаціях»⁸.

В.М. Трофименко в межах авторської концепції диференціації кримінальної процесуальної форми, виокремлює особливим режим досудового розслідування на підставі т.зв. кримінологічного критерію⁹.

Дотримуючись більш традиційного підходу до диференціації кримінальної процесуальної форми, переконані, що особливий режим досудового розслідування та судового розгляду, передбачений Розділом IX-1 КПК України слід розглядати як спрощений порядок здійснення кримінального провадження, який зумовлений об'єктивною неможливістю реалізації ординарних кримінальних процесуальних процедур в умовах збройного конфлікту. Відповідне спрощення супроводжується звуженням гарантій прав особи в сфері кримінального провадження, що продиктовано превалюванням публічного інтересу у здійсненні повного, швидкого та неупередженого досудового розслідування та судового розгляду в особливий період.

Початок досудового розслідування. Задля унормування питання щодо визначення формалізованого початку кримінального провадження у кримінальному провадженні в умовах воєнного стану, законодавцем було доповнено КПК України п. 1 ч. 1 ст. 615 КПК України, яка встановлює наступне: у разі відсутності технічної можливості доступу до Єдиного реєстру досудових розслідувань – рішення про початок досудового розслідування приймає слідчий, прокурор, про що виноситься відповідна постанова; відомості, що підлягають внесенню до Єдиного реєстру досудових розслідувань, вносяться до нього за першої можливості. Таким чином, ключовою умовою реалізації указанного порядку законодавець вважає відсутність саме технічного доступу до ЄРДР, яка на думку Г.К. Тетерятник може бути пов'язана із наступними обставинами: вихід комп'ютерного, мережевого обладнання зі строю, перебої з електроенергією та зв'язком, Інтернетом, відсутність доступу до них, проблеми з транспортом, блокування та захоплення адміністративних будівель, відсутність доступу до території тощо можуть призвести до неможли-

вості протягом тривалого часу внести відомості до ЄРДР¹⁰. Цей аспект має важливе значення для дотримання належної правової процедури кримінального провадження, а отже, і для вирішення питання про допустимість доказів, які будуть отримані після початку досудового розслідування в екстраординарному порядку. В цьому контексті можна спрогнозувати досить суттєві труднощі для сторони захисту, адже довести виправданість застосування слідчим, дізнавачем, прокурором положень п. 1 ч. 1 ст. 615 КПК України, виявити чи була у них можливість внести відомості в ЄРДР або коли вона у них з'явилася в умовах збройного конфлікту може бути вкрай складно, а в деяких випадках і зовсім неможливо.

Судовий контроль. Делегування повноважень слідчого судді керівнику органу прокуратури. Тлумачення норми п.2 ч.1 ст. 615 КПК України дає змогу виділити наступні умови делегування повноважень слідчого судді керівнику органу досудового розслідування: 1) відсутність об'єктивної можливості виконання у встановлені законом строки слідчим суддею повноважень, передбачених статтями 140, 163, 164, 170, 173, 189, 233, 234, 235, 245, 247, 248 та 294 КПК України, а також повноважень щодо обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою на строк до 30 діб; 2) матеріально-правова умова: застосовується виключно до осіб, які підозрюються у вчиненні злочинів, передбачених статтями 109-115, 121, 127, 146, 146-1, 147, 152, 153, 185, 186, 187, 189-191, 201, 258-258-5, 260-263-1, 294, 348, 349, 365, 377-379, 402-444 Кримінального кодексу України, а у виняткових випадках – до осіб, які підозрюються також у вчиненні інших тяжких чи особливо тяжких злочинів, якщо затримка в обранні запобіжного заходу може призвести до втрати слідів кримінального правопорушення чи втечі особи, яка підозрюється у вчиненні таких злочинів.

Крім того, у п. 2 ч. 1 ст. 615 КПК України міститься норма, відповідно до якої керівник органу прокуратури реалізує відповідні повноваження з урахуванням положень Глави 37 КПК України, яка встановлює порядок здійснення кримінального провадження щодо окремої категорії осіб. Така регламентація породжує низку запитань практичного характеру, зокрема, щодо належного процесуального порядку обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою щодо народного депутата України. Відповідно до ч. 2 ст. 482² КПК України, відповідне питання має бути розглянуте слідчим суддею за клопотанням, погодженим із Генеральним прокурором (особою, що виконує обов'язки Генерального прокурора). За приписом п. 2 ч. 1 ст. 615 КПК України, повноваження щодо обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою

⁸ Лазукова О.В. Особливий режим досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Харків, 2018. 263 с. С. 71.

⁹ Трофименко В.М. Теоретичні та правові основи диференціації кримінального процесу України: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.09. Харків, 2017. 437 с. С. 217-218.

¹⁰ Гловюк І., Тетерятник Г., Рогальська В., Завтур В. Особливий режим досудового розслідування ...

на строк до 30 діб може бути делеговано керівнику органу прокуратури. Враховуючи, що Генеральний прокурор є найвищою посадовою особою в системі органів прокуратури, йому не має з ким погоджувати клопотання, то відповідно у кримінальному провадженні під час воєнного стану запобіжний захід у вигляді тримання під вартою до народного депутата може бути застосований на підставі постанови Генерального прокурора України. Або все ж таки це питання принципово має вирішувати слідчий суддя. Яка саме норма матиме пріоритет в умовах воєнного стану – ч. 2 ст. 482² або п. 2 ч. 1 ст. 615 КПК України визначити складно, адже не зрозуміло яка з цих норм має спеціальний характер.

Стаття 615 КПК України в редакції, передбаченої Законом України № 2111-IX від 03.03.2022 встановлює значно ширший перелік повноважень, що можуть бути делеговані від слідчого судді керівнику органу прокуратури. Натепер до них відносяться: 1) привід; 2) тимчасовий доступ до речей і документів; 3) арешт майна; 4) дозвіл на затримання з метою приводу; 5) розгляд клопотання про проведення обшуку у порядку ч. 3 ст. 233 КПК України; 6) розгляд клопотання про обшук у порядку ст. 234 КПК України; 7) отримання зразків для експертизи; 8) проведення негласних слідчих (розшукових) дій; 9) продовження строку досудового розслідування. Закріпивши саме такий перелік, законодавець усунув деякі недоліки, на які раніше вказувалось у доктрині (наприклад, доповнивши цей перелік обшуком у невідкладних випадках (ст. 233 КПК України))¹¹.

Водночас, сам техніко-юридичний стиль викладення норми п. 2 ч. 1 ст. 615 КПК України, який передбачає вказівку на окремі статті КПК України, що встановлюють відповідні повноваження слідчого судді не є вдалим для забезпечення системності кримінальної процесуальної діяльності. Так, зокрема, у ній міститься вказівка на ст. 233-235 КПК України, які регламентують повноваження слідчого судді щодо надання дозволу на проведення обшуку в житлі чи іншому володінні особи, а також затвердження результатів обшуку, проведеного у невідкладних випадках, але відсутнє посилання на ст. 237 КПК України, ч. 2 якої встановлює порядок здійснення огляду житла чи іншого володіння особи з правилами КПК України, передбаченими для обшуку житла чи іншого володіння особи. Відповідно, повноваження слідчого судді щодо надання дозволу на проведення огляду в житлі чи іншому володінні особи не можуть бути делеговані керівнику органу прокуратури. Крім того, що такий підхід виглядає не зовсім логічним, він ще й створює ризик зловживання стороною обвинувачення своїми

процесуальними повноваженнями шляхом підміни відповідних слідчих (розшукових) дій.

Розгляд клопотань слідчим суддею. Новели законодавства, пов'язані зі здійсненням кримінального провадження в умовах воєнного стану та супутні роз'яснення Верховного Суду торкнулися питань процесуального порядку та особливостей доказування при розгляді слідчим суддею клопотань, в тому числі при обранні запобіжних заходів.

У Листі Верховного Суду «Щодо окремих питань здійснення кримінального провадження в умовах воєнного стану» від 03.03.2022 року № 1/0/2-22 зазначається, що у разі якщо через об'єктивні обставини учасник кримінального провадження не може брати участь у засіданні в режимі відеоконференцз'язку за допомогою технічних засобів, визначених КПК України, як виняток можна допускати участь такого учасника в режимі відеоконференцз'язку за допомогою інших засобів, при цьому треба звернути увагу на роз'яснення такому учаснику його процесуальних прав та обов'язків. Ураховуючи об'єктивні обставини, як виняток, можна допускати розгляд клопотань щодо запобіжних заходів без участі підозрюваного, з належною мотивацією такої процедури розгляду.

Що стосується останнього аспекту, слід зазначити, що підстави здійснення слідчим суддею розгляду клопотання про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою без участі підозрюваного визначені лише у ч.6 ст. 193 КПК України: наявність достатніх підстав вважати, що підозрюваний, обвинувачений виїхав та/або перебуває на тимчасово окупованій території України, території держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресором, та/або оголошений у міжнародний розшук. Будь-які зміни та доповнення до ч. 6 ст. 193 КПК України та Розділу IX-1 КПК України не вносилися, а відтак це положення існує наразі лише на рівні роз'яснення Верховного Суду. В принципі, можна погодитись із тим, що в умовах воєнного стану така практика може бути обґрунтованою за умови чіткого зазначення у судовому рішенні підстав здійснення розгляду клопотання про обрання запобіжного заходу без участі підозрюваного. Втім, переконані, що такий винятковий порядок повинен знайти нормативне закріплення на рівні КПК України.

Воєнні зміни стосується і питань доказування при розгляді слідчим суддею клопотань про застосування запобіжних заходів. У Листі Верховного Суду від 03.03.2022 року № 1/0/2-22 встановлено, що у разі, коли територіальну підслідність кримінальних правопорушень на стадії досудового розслідування змінено, а матеріали кримінальних проваджень через воєнні дії не було передано або передано не в повному обсязі, оцінюючи ризики, які обґрунтовують доцільність застосування запобіжних заходів загалом та тримання під вартою зокрема, слідчий суддя (суд) керується всіма наявними матеріалами

¹¹ Завтур В.А. Оцінка допустимості доказів, отриманих у порядку ст. 615 КПК України. *Правове життя сучасної України*: у 3 т. Т. 3. матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 15 трав. 2020 р). Одеса : Видавничий дім «Гельветика». С. 269-274.

клопотання про застосування (продовження) запобіжного заходу.

Нагадаємо, що в межах ординарного порядку здійснення кримінального провадження, слідчий суддя наділений повноваженнями щодо заслуховування будь-якого свідка та дослідження будь-яких матеріалів за власною ініціативою під час розгляду клопотання про обрання запобіжного заходу. В умовах воєнного стану, Верховний Суд фактично спрямовує слідчих суддів до обмеження своєї процесуальної активності, зважаючи на публічний інтерес у забезпеченні невідворотності кримінальної відповідальності та якнайшвидшого розгляду таких клопотань.

Крім того, у Листі Верховного Суду від 03.03.2022 року № 1/0/2-22 зазначено, про те, що суди мають ураховувати як відповідний ризик запровадження воєнного стану та збройну агресію в Україні. Таке положення теж є вельми дискусійним. По-перше, ризик завжди повинен мати персоналізований характер, на чому наголошував ЄСПЛ у справі «Мамедова проти Росії», а по-друге, сам концепт ризику як підстави застосування запобіжного заходу передбачає існування фактичних обставин, які свідчать про можливість вчинення підозрюваним, обвинуваченим певних дій, що спрямовані на перешкоджання здійсненню кримінального провадження. В цьому контексті впровадження в Україні воєнного стану скоріше можна визначати як обставину, яка повинна бути врахована при обранні запобіжного заходу.

Висновки

Без сумніву, деякі з новітніх норм КПК України обмежують права людини порівняно із попередніми нормами, але легітимна мета захисту суверенітету, територіальної цілісності України, здійснення національного супротиву агресії в умовах воєнного стану, який сам по собі є надзвичайним правовим режимом, виправдовує такі тимчасові обмеження. Разом з тим, зокрема, коли йдеться про «делегування» повноважень слідчого судді керівнику органу прокуратури, який за своєю функціональною спрямованістю відноситься до сторони обвинувачення, таке «делегування» вимагає від цих осіб надзвичайно добросовісного підходу при реалізації цих повноважень при тому, що оперативного судового контролю за ними не існує, а наступний судовий контроль натепер дещо суперечливо виписаний у ст. 615 КПК України.

Основною тенденцією удосконалення порядку здійснення кримінального провадження стало обмеження кримінальних процесуальних гарантій прав особи та спрощення багатьох формалізованих кримінальних процесуальних процедур з огляду на ті умови, що можуть потенційно виникнути в умовах збройного конфлікту. Водночас, враховуючи доволі всеосяжний характер новацій, натепер можна стверджувати, що Україна стала на шлях формування та нормативного забезпечення системи воєнної кримінальної юстиції.

Інформація про авторів:

Гловюк Ірина Василівна,

доктор юридичних наук, професор, Заслужений юрист України,
професор кафедри кримінально-правових дисциплін
Інститут права Львівського державного університету внутрішніх справ
9, вул. Замарстинівська, м. Львів, 79000, Україна

Завтур Віктор Андрійович,

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального процесу, детективної та оперативно-розшукової діяльності
Національний університет «Одеська юридична академія»
23, Фонтанська дорога, м. Одеса, 65000, Україна

Information about the authors:

Hloviuk Iryna Vasylivna,

Doctor of Law, Professor, Honored Lawyer of Ukraine,
Professor at the Department of Criminal Law Disciplines
Institute of Law of Lviv State University of Internal Affairs
9, Zamarstynivska str., Lviv, 79000, Ukraine

Zavtur Viktor Andriiovych,

PhD in Law,
Associate Professor at the Department of Criminal Procedure,
Detective and Operational-Search Activity
National University "Odesa Law Academy"
23, Fontanska road, Odesa, 65000, Ukraine