

УДК 343.13

DOI <https://doi.org/10.32837/chern.v0i3.115>**А. В. Панова**

кандидат юридичних наук,
асистент кафедри кримінального процесу
та оперативно-розшукової діяльності
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
orcid.org/0000-0001-5833-7229

Н. В. Скідан

студентка II курсу магістратури
Слідчо-криміналістичного інституту
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
orcid.org/0000-0003-4009-4796

НОВИЙ ПОГЛЯД НА ПИТАННЯ ОБҐРУНТУВАННЯ ДОВЕДЕНОСТІ НАЯВНОСТІ РИЗИКІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ В УКРАЇНІ

У цій статті аналізуються окремі спірні питання щодо доведеності наявності ризиків у кримінальному провадженні під час вибору запобіжних заходів. На основі аналізу чинного кримінального процесуального законодавства, національної судової практики та рішень Європейського суду з прав людини з'ясовано, що є чимало проблем у досліджуваній площині. Наприклад, у судових рішеннях відсутні посилання на обставини провадження, продовження строків тримання під вартою мало вигляд «автоматичного», неналежне мотивування та інші недоліки. У зв'язку з тим, що складність доказування необхідності застосування запобіжного заходу зумовлена його прогностичним характером, автори дійшли висновку, що чинний Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК) повинен містити критерії, що обґрунтовуватимуть ймовірність наявності ризиків, передбачених у ч. 1 ст. 177 цього Кодексу. У статті наведено орієнтовний перелік по деяких з них, а саме щодо: ризику переховування від органів досудового розслідування та/або суду; ризику незаконного впливу на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого, експерта, спеціаліста у цьому ж кримінальному провадженні; ризику вчинення іншого кримінального правопорушення чи продовження кримінального правопорушення, у якому підозрюється, обвинувачується особа. Тому головним фактором обґрунтування ймовірності наявності ризиків має бути аналіз поведінки особи, проведений на основі об'єктивних даних. На думку авторів, такі факти повинні встановлювати реальний намір та реальну можливість підозрюваного вчинити дії, що відповідають ознакам наведених у КПК України ризиків. Також запропоновано використовувати підхід, відповідно до якого лише у виключних випадках може бути досить доведення наявності хоча б одного ризику, за загальним правилом – потребується їх сукупність.

Ключові слова: запобіжні заходи, ризики у кримінальному провадженні.

Panova A. V., Skidan N. V. NEW PERSPECTIVE ON PROVING THE EXISTENCE OF RISKS IN CRIMINAL PROCEEDINGS IN UKRAINE

This article analyses some of the contentious issues concerning the proof of risks in criminal proceedings at the time of the adoption of preventive measures. On the basis of an analysis of the current criminal procedure legislation, national jurisprudence and the decisions of the European Court of Human Rights, it is clear that there are many problems in this regard. For example, in court decisions, the absence of references to the circumstances of criminal proceedings, the continuation of detention periods had the form of "automatic", improper motives and other defects. In view of the fact that the difficulty of proving the necessity of a preventive measure is due to its predictive nature, the authors have concluded that the current Criminal Procedure Code of Ukraine should contain criteria, which will justify the probability of the existence of the risks provided for in s. 177 (1) of the Code. The article contains an indicative list of some of them, namely: the risk of concealment from the pre-trial investigation authorities and/or the court; the risk of unlawful influence on the victim, witness, other suspect, accused person, expert, a specialist in the same criminal proceeding; a person is charged with the risk of committing another criminal offence or the continuation of a criminal offence of which a person is suspected. Therefore, an analysis of the individual's behavior based on objective data should be the main factor justifying the likelihood of the risks. In the authors' view, such facts should establish the real intention and real possibility of the suspect to take actions that correspond to the risk indicators set out in the Ukrainian Criminal Procedure Code. It is also proposed to adopt an approach whereby only in exceptional cases can proof of at least one risk be sufficient and, as a general rule, a cumulative one is required.

Key words: advanced measures, risks in criminal proceedings.

Вступ. Питання вибору запобіжних заходів під час кримінального провадження є одним з ключових, оскільки одночасно стосується обмеження низки конституційних прав і свобод особи, а особливо гарантованого ст. 12 КПК права на свободу та особисту недоторканість [1]. Актуальність проблеми, що розглядається, підтвер-

джується також і аналізом судової практики за 2019 рік, відповідно до якого слідчими суддями під час досудового розслідування (без урахування повернутих) було розглянуто 929 тис. клопотань слідчих, прокурорів щодо застосування заходів забезпечення кримінального провадження, із яких задоволено 765 тис. клопотань, що стано-

вить 88,2% від кількості розглянутих [2]. Тому метою цієї статті є аналіз чинного кримінального процесуального законодавства України, зокрема, в частині питань, пов'язаних із встановленням підстав та доведенням наявності певних ризиків, для запобігання яким до підозрюваного, обвинуваченого й застосовуються запобіжні заходи.

Зауважимо, що визначені у ч. 2 ст. 177 КПК України підстави вибору запобіжних заходів мають комплексний характер і тому встановлення їх сукупності є необхідним для того, щоб слідчий, прокурор могли ініціювати вирішення такого питання слідчим суддею або судом. Отже, у такому разі йдеться про єдність двох складників: наявності обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення та наявності ризиків, які дають достатні підстави слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний, обвинувачений, засуджений може здійснити дії, передбачені частиною першою цієї статті [1].

З проведеного нами аналізу національної судової практики випливає висновок про те, що у цій площині є дуже багато проблем, на які також вказують і суди апеляційної, касаційної інстанцій, а також Європейський суд з прав людини.

Так, Івано-Франківський апеляційний суд у своїй ухвалі від 08.07.2020 р. (справа № 344/538/19) вказує на такі помилки, допущені судом першої інстанції, які є непоодинокими у правозастосовній практиці. По-перше, рішення про продовження строку тримання під вартою не обґрунтоване посиланнями на обставини провадження. Формальна тяжкість злочинів, серйозність можливого покарання, ризику переховування від суду, незаконного впливу на свідків, перешкоджання провадженню іншим чином, вчинення іншого кримінального правопорушення у незмінному вигляді переносяться судом з ухвали в ухвалу без посилань на факти. Таке необґрунтоване продовження строків тримання під вартою має вигляд «автоматичного». По-друге, Суд констатував, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів не зможе запобігти ризикам, але не вказав чому. Хоча у справі є дані, які вказують на можливість і необхідність застосування більш м'якого запобіжного заходу [3].

Своєю чергою колегія суддів Вінницького апеляційного суду в ухвалі від 14.01.2020 р. (справа № 127/19840/19) зазначила, що судом першої інстанції було допущено такі помилки: 1) суд першої інстанції з власної ініціативи продовжив строк тримання під вартою, всупереч порядку, передбаченому главою 18 КПК України, а саме за відсутності письмового клопотання прокурора; 2) ухвала суду була неналежно вмотивованою, оскільки вона містить посилання лише на те, що доказів зникнення раніше наявних ризиків не надано [4].

Наукою кримінального процесу доведено, що складність доказування необхідності застосування запобіжного заходу зумовлена його прогностичним характером, адже йдеться про доведення необхідності перешкоджання можливій негативній поведінці підозрюваного, обвинуваченого. Саме обґрунтована імовірність, яка засновується на представлених суду доказах, забезпечує той стандарт доказування, який може бути визнано достатнім для застосування запобіжного заходу і обмеження у зв'язку з цим конституційного права людини [5, с. 271]. У зв'язку з чим вважаємо, що чинний КПК повинен містити хоча б орієнтовний перелік критеріїв встановлення ризиків, передбачених у ч. 1 ст. 177 цього Кодексу, що полегшить правозастосування та забезпечить єдність судової практики.

Аналізуючи положення КПК України щодо вирішення питання достатньої кількості наявних ризиків у діях та поведінці особи для правомірного вибору щодо неї запобіжного заходу, автори дійшли висновку, що чинне кримінальне процесуальне законодавство містить змістову колізію норм, які регулюють таке питання. Оскільки загальне положення, що міститься у ч. 3 ст. 176 КПК України, вказує на необхідність доведення ризику або ризиків. Своєю чергою деякі інші положення § 1 Глави 18 цього Кодексу, які є спеціальними стосовно вже зазначеної норми, визначають як аналогічні з нею положення (зокрема, п. п. 4–6 ч. 1 ст. 184, п. 3 ч. 1 ст. 194 Кодексу), так і ті, що не узгоджуються з нею повною мірою, а саме йдеться про необхідність доведеності ризиків (зокрема, ч. 2 ст. 177, ч. 1 ст. 178, ч. 4 ст. 182, ч. 1 ст. 183, п. п. 2, 3 ч. 1 ст. 196, а також ч. 2 ст. 492, абз. 2 ч. 4 ст. 499 Кодексу) або хоча б одного з них (п. 2 ч. 1 ст. 194 Кодексу) [1].

Так, якщо має місце змістова колізія між загальною та спеціальною нормами, що містяться в актах одного або різного рівня, то застосовується спеціальна норма (спеціальна (виняткова) норма скасовує дію норми загальної) [6, с. 205]. Проте, як бачимо, у кримінальному процесуальному законодавстві немає єдиного підходу і до формування його спеціальних норм. Тому, на нашу думку, з огляду на те, що п.п. 2 та 3 ч. 1 ст. 196 КПК України, які висувають вимоги до ухвали про застосування запобіжних заходів, містять формулювання лише «ризиків», то і виходити потрібно саме з того, що не досить доводити імовірність одного ризику.

Такий висновок також обґрунтовується і тим, що деякими з ознак кримінально-процесуального судового контролю за дотриманням прав людини під час досудового розслідування є те, що: по-перше, його метою є захист конституційних прав, свобод і законних інтересів громадян; по-друге, судовий контроль виступає для громадян гаран-

тією законності діяльності органів і осіб, які здійснюють досудове розслідування; по-третє, його результатом є внесення загальнообов'язкового, забезпеченого примусовою силою держави судового акта (ухвали) [7, с. 35]. Таким чином, ухвала про застосування запобіжних заходів є загальнообов'язковим правозастосовчим документом, який є гарантією забезпечення прав особи та безпосередньо вирішує питання про обмеження деяких її прав. *Отже, у разі вирішення колізії щодо достатньої кількості наявних ризиків треба керуватися вимогами, які висуваються до ухвали слідчого судді, суду.*

Однак також варто зауважити, що у виключних та виняткових випадках може бути досить хоча б одного ризику. Така ситуація вважатиметься правомірною лише тоді, коли такий ризик буде обґрунтовано тільки сукупністю вагомих підстав, отриманих та зафіксованих у передбаченому КПК України порядку, що доводитимуть імовірність його наявності у діях та поведінці особи поза розумним сумнівом.

З огляду на вищенаведене, пропонуємо розглянути предмет та межі доказування окремих ризиків, передбачених ст. 177 КПК України.

1. Ризик переховування від органів досудового розслідування та/або суду (п. 1 ч. 1 ст. 177 КПК України) можуть обґрунтовувати такі критерії, як:

- наявність інших злочинів на момент розслідування;
- наявність попередніх обвинувачень (як за злочини, так і за проступки);
- наявність попередніх ухилень від слідства (мінімум за останні два роки) [8, с. 427];
- оголошення особи у розшук (однак треба пам'ятати про те, що сам факт «оголошення у розшук» не означає, що особа переховується. Важливим фактором у оцінці ризику ухилення від слідства є реальна поведінка підозрюваного, а не його формальний статус «особи, оголошеної у розшук») [9, п. 63];
- тяжкість обвинувачень і суворість покарання, які загрожують особі (проте варто зазначити, що хоча ці фактори є важливими для оцінки такого ризику, але вони не можуть самі собою слугувати виправданням тривалих періодів тримання під вартою) [10, п. 200];
- наявність численних ділових зв'язків за кордоном;
- моральні якості особи, її кошти, зв'язки з державою, в якій його переслідували за законом [11, с. 128];
- наявність інформації про те, що особа терміново збуває житло, в якому вона тривалий час мешкала, придбала валюту, звільняється з роботи [11, с. 129];
- неявка за викликами до органів досудового розслідування та суду;

– підбурювання співучасників до втечі [12, с. 154].

При цьому зазначимо, що непостійне місце проживання, в контексті практики ЄСПЛ, не створює небезпеки переховування від правосуддя [11, с. 129]. Також погоджуємось з тим, що лише поведінка співобвинуваченого не може бути вирішальним фактором для оцінки ризику переховування від правосуддя іншого співучасника; така оцінка має базуватися на особистих обставинах особи, щодо якої застосовується запобіжний захід. Окрім цього, слід враховувати те, чи була можливість у обвинуваченого у зв'язку із здійсненням щодо нього процесуальних дій (зі змісту яких він міг зрозуміти, що стосовно нього було розпочате кримінальне переслідування) втекти раніше. Якщо така можливість була, а обвинувачений нею не скористався, то ризик втечі на момент розгляду питання про тримання під вартою (чи застосування іншого запобіжного заходу) істотно зменшується [12, с. 155].

2. Ризик незаконного впливу на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого, експерта, спеціаліста у цьому ж кримінальному провадженні (п. 3 ч. 1 ст. 177 КПК України) можуть обґрунтовувати такі критерії, як:

- тяжкість обвинувачень і суворість покарання, які загрожують особі (проте варто зазначити, що хоча ці фактори є важливими для оцінки такого ризику, але вони не можуть самі собою слугувати виправданням тривалих періодів тримання під вартою) [10, п. 200];
 - конкретні факти таких спроб: залякування, шантаж, можливість використати своє соціальне становище для впливу на зазначених суб'єктів, кримінальні та соціальні зв'язки підозрюваного (водночас суб'єктивне сприйняття вказаними особами такої можливості не може бути сприйняте як доказ) [13, с. 34];
 - спроби знищувати предмети, документи, які можуть бути речовими доказами, або фальсифікування доказів іншим чином;
 - затягування досудового розслідування чи судового розгляду справи [14, с. 74–75].
- 3. Ризик вчинення іншого кримінального правопорушення чи продовження кримінального правопорушення, у якому підозрюється, обвинувачується особа (п. 5 ч. 1 ст. 177 КПК України), можуть обґрунтовувати такі критерії, як:**
- вік, коли особу було заарештовано;
 - наявність інших злочинів на момент розслідування;
 - наявність попередніх обвинувачень (як за злочини, так і за проступки);
 - наявність попередніх ухилень від слідства (мінімум за останні два роки);
 - наявність попередніх ув'язнень [8, с. 427];
 - тісні зв'язки з антигромадськими елементами;

– заяви, повідомлення про те, що особа задумала або готує нове кримінальне правопорушення [14, с. 75].

Водночас у рішеннях ЄСПЛ «Стогмюллер проти Австрії», «Мюллер проти Франції» та «Олександр Макаров проти Росії» та ін. наголошено, що злочинні дії у минулому особи не можуть бути достатніми для обґрунтування відмови у її звільненні. Таким чином, на спростування зазначеного ризику захисник може вимагати докази підтвердження зв'язку між кримінальним правопорушенням, щодо якого здійснюється провадження, та кримінальним правопорушенням, яке вчинено особою під час досудового розслідування або до нього, обставинами, які характеризують особу підозрюваного, його поведінку [13, с. 34–35].

На нашу думку, визначальним фактором для обґрунтування ймовірності наявності ризиків є проведення аналізу поведінки особи (як дій, так і бездіяльності) виключно на основі об'єктивних даних, які підтверджуються доказами, належність і допустимість яких повинні доводитися стороною обвинувачення. Такі факти повинні встановлювати реальний намір та реальну можливість підозрюваного вчинити такі дії.

Висновок. Правова проблема щодо обґрунтування доведеності наявності ризиків у кожному з кримінальних проваджень потребує і подальшого дослідження, а також змін у її законодавчому врегулюванні. Вважаємо, що запропоновані нами зміни нормативної основи у цій площині будуть сприяти не тільки суб'єктам доказування (сторонам обвинувачення та захисту) у відстоюванні власних позицій, слідчим суддям та суду у прийнятті вмотивованих та правомірних рішень, а також стане додатковою гарантією додержання державою прав людини та громадянина.

Література

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.
2. Аналіз стану здійснення правосуддя у кримінальних провадженнях та справах про адміністративні правопорушення у 2019 році. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Analiz_Krumin_sudu_pravopor_2019.pdf.
3. Ухвала Івано-Франківського апеляційного суду від 08.07.2020 р. у справі № 344/538/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/90333976>.
4. Ухвала Вінницького апеляційного суду від 14.01.2020 р. у справі № 127/19840/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87017952>.
5. Шило О.Г. Особливості обґрунтування обрання запобіжних заходів у кримінальному провадженні. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Сер.: Право.* 2014. № 25. С. 269–273.
6. Капліна О.В. Колізії норм кримінально-процесуального права і шляхи їх подолання. *Університетські наукові записки.* 2007. № 1 (21) С. 200–207.
7. Роль слідчого судді у кримінальному провадженні: аналітичний звіт за результатами дослідження 2019–2020 рр. / Белоусов Ю., Венгер В., Орлеан А., Крапивін Є., Шапутько С., Яворська В. ; за заг. ред. Белоусова Ю. Київ, 2020. 252 с. URL: https://www.irf.ua/wp-content/uploads/2020/05/rol_slsuddya_web-2.pdf?fbclid=IwAR3R1_t9Pi_8mumQKuMoraWBVapCrMYihvFu3XRNNmoXfitTz4ooYV7eIf.
8. Торбас О.О. Застосування інструментів для оцінки ризиків (ІОР) для обґрунтування необхідності обрання до особи запобіжних заходів: міжнародний досвід і перспективи запровадження в Україні. *Юридичний бюлетень.* 2018. № 8. С. 422–429.
9. Справа «Сінькова проти України» (заява № 39496/11) : Рішення Європейського суду з прав людини від 02.07.2018. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_c77/conv#Text.
10. Справа «Развозжаєв проти Росії та України та Удальцов проти Росії» (заява № 75734/12 та 2 інші) : Рішення Європейського суду з прав людини від 19.02.2020. URL: <https://minjust.gov.ua/files/genera/2020/03/12/20200312170152-12.docx>.
11. Фоміна Т.Г. Обґрунтування ризику переховування від органів досудового розслідування та/або суду під час застосування запобіжних заходів крізь призму практики Європейського Суду з прав людини. *Науковий журнал «Судова та слідча практика в Україні».* 2018. № 6. С. 126–130.
12. Рибалко В.О. Наявність ризику переховування від органів досудового розслідування та/або суду як одна з підстав застосування запобіжного заходу. *Форум права.* 2015. № 2. С. 152–158.
13. Гунченко О.В. Спростування захисником ризиків у вирішенні питання про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. *Процесуальне та криміналістичне забезпечення досудового розслідування.* Збірник тез науково-практичного семінару (30 листопада 2018 року, м. Львів). Львівський державний університет внутрішніх справ, 2018. С. 32–35.
14. Мироненко О.В. Мета і підстави застосування запобіжних заходів за новим КПК України. *Часопис Академії адвокатури України.* 2014. № 1. С. 70–76.