

ОКРЕМА ДУМКА

судді Конституційного Суду України Первомайського О.О. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними скаргами Ковтун Марини Анатоліївни, Савченко Надії Вікторівни, Костоглодова Ігоря Дмитровича, Чорнобука Валерія Івановича щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення частини п'ятої статті 176 Кримінального процесуального кодексу України

Конституційний Суд України (далі – Конституційний Суд) 25 червня 2019 року ухвалив Рішення № 7-р/2019 (далі – Рішення) у справі № 3-68/2018 за конституційними скаргами Ковтун Марини Анатоліївни, Савченко Надії Вікторівни, Костоглодова Ігоря Дмитровича, Чорнобука Валерія Івановича щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення частини п'ятої статті 176 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) у якому визнав його таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним).

У Рішенні визнано неконституційним наступне положення КПК України:

„запобіжні заходи у вигляді особистого зобов'язання, особистої поруки, домашнього арешту, застави не можуть бути застосовані до осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні злочинів, передбачених статтями 109-114¹, 258-258⁵, 260, 261 Кримінального Кодексу України“
(далі – КК України).

На підставі статті 93 Закону України „Про Конституційний Суд України“ (далі – Закон) та § 74 Регламенту Конституційного Суду України викладаю щодо Рішення окрему думку.

Вважаю Рішення помилковим на підтвердження чого зазначаю таке.

1. *Свобода та право на свободу*, безперечно, є тими цінностями, що заслуговують на правову охорону та захист, а тому посилення в Рішенні на

приписи статей 1, 3, 29 Конституції України є слушним та доречним, оскільки застосування щодо підозрюваних та обвинувачених осіб такого передбаченого КПК України запобіжного заходу, як тримання під вартою, має враховуватися у приписі Основного Закону України «кожна людини має право на свободу та особисту недоторканність» (частина перша статті 29)

Однак у Рішенні не вказано та системно не враховано того, що право на свободу *не є абсолютним*, тобто таким, що не може бути обмежене, в той час як згадані в Рішенні вимоги щодо *домірності (пропорційності)* та *суспільної необхідності* застосування обмежень конституційних прав є наслідком того, що останні не є абсолютними.

Слід нагадати, що Конституційний Суд у Рішенні від 19 жовтня 2009 року № 26-рп/2009 висловив позицію, відповідно до якої конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України (частина перша статті 64 Основного Закону України), встановлення обмежень прав і свобод людини і громадянина є допустимим виключно за умови, що таке обмеження є *домірним (пропорційним)* та *суспільно необхідним* (абзац шостий підпункту 3.3 пункту 3 мотивувальної частини).

Абсолютність права на свободу не передбачена ні Конституцією України, ні іншими джерелами права, зокрема Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, з урахуванням чого Конституційний Суд мав виважено та послідовно перевірити згадані умови (критерії) для встановленого в частині п'ятій статті 176 КПК України обмеження права на свободу, а саме *домірності (пропорційності)* та *суспільної необхідності*.

З огляду на наведене вважаю, що Конституційний Суд в Рішенні мав чітко та однозначно вказати, по-перше, на *легітимну мету* внесення змін до статті 176 КПК України (її доповнення частиною п'ятою), внаслідок чого до підозрюваних та обвинувачених у вчиненні злочинів, передбачених статтями 109–114¹, 258–258⁵, 260, 261 КК України, може бути застосований лише такий запобіжний захід, як тримання під вартою, та, по-друге, на

легітимні засоби, що були для цього обрані. При дотриманні такої методології перевірки на конституційність Конституційний Суд мав змогу уникнути помилки у своєму кінцевому висновку.

Однак такої перевірки Конституційний Суд не здійснив.

Вказуючи на подібні недоліки перевірки положення частини п'ятої статті 176 КПК України на конституційність, зазначаю таке.

Легітимною метою внесення змін до статті 176 КПК України (її доповнення частиною п'ятою) у даному випадку та в цей історичний період, на мою думку, є суспільна необхідність у захисті суверенітету і територіальної цілісності України (частина перша статті 17 Конституції України) та забезпеченні державної (національної) безпеки (частина друга статті 17 Конституції України).

В свою чергу, *легітимними засобами* для досягнення вказаної мети мали бути б визначені, зокрема, кримінально-процесуальні інститути, у тому числі запобіжні заходи, що можуть бути використанні під час розслідування злочинів, об'єкт посягання яких пов'язаний із захистом суверенітету й територіальної цілісності України та забезпеченням державної (національної) безпеки.

Натомість у Рішенні є невдала спроба визначити іншу легітимну мету обмеження права на свободу – *„необхідність підвищення ефективності розслідування окремих злочинів проти основ національної безпеки України та громадської безпеки“*.

Вважаю, якщо Конституційний Суд планував визначити як легітимну мету внесення змін до статті 176 КПК України (її доповнення частиною п'ятою) певне допоміжне явище – *ефективність розслідування*, – то слід було щиро визнати, що нормами статті 177 КПК України передбачено більш ширший перелік явищ, які гідно „конкурують“ з тим, на що вказує Конституційний Суд у Рішенні. Зокрема, прагматичною метою внесення змін до статті 176 КПК України (її доповнення частиною п'ятою) було *запобігання переховуванню підозрюваних та обвинувачених від органів*

досудового слідства та (або) суду, оскільки саме останнє, тобто переховування від органів досудового слідства та (або) суду, й мало місце у тих випадках, коли суд до внесення змін до статті 176 КПК України застосовував до осіб, які підозрювались у вчиненні злочинів, передбачених статтями 109–114¹, 258–258⁵, 260, 261 КК України, інші запобіжні заходи, наприклад заставу, домашній арешт.

Помилка у визначенні легітимної мети обмеження права на свободу під час застосування такого запобіжного заходу, як тримання під вартою, та відсутність дослідження обраного легітимного засобу для досягнення такої мети мали своїм наслідком помилковість Рішення в цілому.

На мою думку, положення частини п'ятої статті 176 КПК України щодо обрання безальтернативного виду запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою щодо осіб, підозрюваних у вчиненні злочинів, передбачених статтями 109–114¹, 258–258⁵, 260, 261 КК України, у цілому¹ можна вважати домірними (пропорційними) та суспільно необхідними з урахуванням наявної загрози суверенітету, територіальній цілісності України та державній (національній) безпеці.

2. Обґрунтовуючи неконституційність положення частини п'ятої статті 176 КПК України, Конституційний Суд з огляду на вимогу вмотивованості рішення суду про тримання під вартою (частина друга статті 28 Конституції України) у Рішенні послався на існування „формального судового рішення“ або „формально ухваленого судом рішення“ у тих випадках, коли суддя ухвалює рішення про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою стосовно осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні злочинів, передбачених статтями 109–114¹, 258–258⁵, 260, 261 КК України.

Чому Конституційний Суд дійшов висновку, що при збереженні чинного юридичного регулювання відповідних процесуальних відносин суд буде

¹ Див. наступні міркування в п. 3 цієї Окремої думки.

„формально“ ухвалювати „формальне рішення“, з тексту Рішення залишається незрозумілим та не поясненим.

Оцінюючи цю частину Рішення, можна дійти висновку про певне припущення Конституційного Суду в аспекті того, що суддя, який розглядає питання про застосування запобіжного заходу, не зобов'язаний ухвалювати вмотивовані рішення, коли його дискреція значно обмежена² частиною п'ятою статті 176 КПК України. Зрозуміло, що подібне припущення не могло бути використане як мотивація для визнання оспорюваної норми КПК України неконституційною.

3. На мою думку, забезпечення конституційного права на свободу при застосуванні запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою стосовно осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні злочинів, передбачених статтями 109–114¹, 258–258⁵, 260, 261 КК України, могло бути проведене шляхом *диференціації* злочинів, передбачених наведеними статтями КК України, на які вказується в частині п'ятій статті 176 КПК України.

Тобто, Конституційній Суд мав можливість спочатку дослідити, а за результатами такого дослідження визнати *конституційним* обмеження права на свободу³ при застосуванні запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою для осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні таких злочинів, як, наприклад, *державна зрада* (стаття 111 КК України), *диверсія* (стаття 113 КК України), *терористичний акт* (стаття 258 КК України), та *неконституційним* обмеження права на свободу⁴ при застосуванні запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою для осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні таких злочинів, як, наприклад, *публічні*

² Важливо, що суддя не позбавлений КПК України можливості відмовити у застосуванні запобіжного заходу.

³ Під обмеженням в даному випадку розуміється безальтернативність у застосуванні такого заходу забезпечення, як тримання під вартою

⁴ Зміст обмеження права на свободу такий самий: безальтернативність у застосуванні такого заходу забезпечення, як тримання під вартою

заклики до вчинення терористичного акту (стаття 258² КК України), створення не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань (стаття 260 КК України).

4. Не менш важливе міркування, пов'язане з тим, що внаслідок виявлення дійсно, можливо, існуючих певних недоліків тексту КПК України та КК України (в один ряд поставлені пов'язані між собою, але різні за ступенем тяжкості злочини), Конституційний Суд, усуваючи недоліки нормативного регулювання, припустився помилки.

Йдеться про те, що, визнаючи неконституційним положення частини п'ятої статті 176 КПК України у цілому, Конституційний Суд фактично створив ситуацію, коли стосовно особи, яка, наприклад, вчинила диверсію (стаття 113 КК України) або *терористичний акт* (стаття 258 КК України), хай і гіпотетично, суд може застосувати не такий запобіжний захід, як тримання під вартою, а інший – домашній арешт, заставу та інші.

По-перше, алогічно та нерозумно застосовувати до терориста чи диверсанта щось на зразок домашнього арешту з нібито „щирим“ наміром того, що це не створить подальших проблем для досудового розслідування та можливого притягнення цих осіб до кримінальної відповідальності. *Подібні дії є нічим іншим, як ілюзією правосуддя та удаваною спробою досягнення зазначеної легітимної мети щодо захисту суверенітету, територіальної цілісності та національної безпеки.*

По-друге, попередня подібна судова практика застосування відмінних від тримання під вартою запобіжних заходів до осіб, які звинувачувались у державній зраді, диверсії, вчиненні терористичного акту та інших злочинах, мала наслідком те, що такі підозрювані та обвинувачені порушували вимоги КПК України й рішень судів та переховувались від органів досудового слідства та судів, в першу чергу на території країни агресора – РФ.

Зазначені та інші міркування не дозволили мені підтримати Рішення незважаючи на те, що право на свободу, на мою думку, заслуговує на охорону та захист, у тому числі в контексті захисту цього права для осіб, щодо яких може застосовуватись такий запобіжний захід, передбачений Кодексом, як тримання під вартою.



Суддя
Конституційного Суду України

О. ПЕРВОМАЙСЬКИЙ