

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/96-107>

УДК 343.13

ПРЕВЕНТИВНЕ ЗАТРИМАННЯ: ПИТАННЯ НОРМАТИВНОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ

Анотація. Доводиться, що превентивне затримання є одним із специфічних заходів забезпечення кримінального провадження, який було введено у зв'язку із початком АТО в Україні. Констатується, що існуючі прогалини та невідповідності у законодавстві щодо превентивного затримання створюють суттєві ризики порушення прав людини, а також знижують ефективність забезпечення прав осіб щодо яких воно може бути застосовано, створюють передумови для визнання доказів недопустимими.

Метою статті є отримання наукових результатів у вигляді теоретичних положень щодо превентивного затримання та формулювання пропозицій із вдосконалення чинного законодавства.

У статті аналізуються норми законодавства, що регулює питання превентивного затримання, звертається увага на невідповідності норм різних правових актів, існуючих прогалинах щодо регулювання підстав, строків та порядку превентивного затримання.

Доведено, що нормативно мають бути чітко визначені: поняття, підстави та умови превентивного затримання, його порядок. На підставі проведеного дослідження авторкою запропоновано внесення змін до чинного КПК з метою вдосконалення нормативної регламентації інституту превентивного затримання. Констатується, що термін «превентивне затримання» не є релевантним змісту запобіжного заходу, який під ним розуміється. Запропоновано авторську дефініцію «виняткове затримання в районі проведення АТО / ООС». Пропонується внесення до параграфу 2 глави 18 КПК України статті «Виняткове затримання в районі проведення АТО / ООС» із визначенням поняття, підстав та умов превентивного затримання, порядку отримання дозволу на проведення превентивного затримання, визначення кола обставин, які враховуються при прийнятті рішення про застосування цього заходу; визначення прав та гарантій їх реалізації затриманою особою; порядок здійснення судового контролю, визначення статусу майна, вилученого під час особистого обшуку та строків для його арешту.

Ключові слова: превентивне затримання, запобіжний захід, антитерористична операція, права і свободи людини, кримінальне провадження.

Постановка проблеми. З початком АТО / ООС на Сході України відбулися зміни у вітчизняному законодавстві. Зокрема, Закон України (далі – ЗУ) «Про внесення змін до Закону України «Про боротьбу з тероризмом» щодо превентивного затримання у районі проведення антите-

рористичної операції осіб, причетних до терористичної діяльності, на строк понад 72 години» від 12.08.2014 № 1630-VII ст. 14 було доповнено нормою про превентивне затримання, а також додано ст. 15–1 «Особливості превентивного затримання у районі проведення антитерористичної операції осіб, при-

четних до терористичної діяльності», у якій визначаються мета, підстави, умови, строки і порядок превентивного затримання¹. Для врегулювання питань, у випадках, пов'язаних із неможливістю виконання слідчими суддями окремих повноважень у районі АТО ЗУ «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо особливого режиму досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції» КПК України було доповнено ст. 615–1, у якій визначено: «На місцевості (адміністративній території), на якій діє правовий режим воєнного, надзвичайного стану, проведення антитерористичної операції, у разі неможливості виконання у встановлені законом строки слідчим суддею повноважень, передбачених статтями 163, 164, 234, 235, 247 та 248 цього Кодексу, а також повноважень щодо обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою на строк до 30 діб до осіб, які підозрюються у вчиненні злочинів, передбачених статтями 109–114⁻¹, 258–258⁻⁵, 260–263⁻¹, 294, 348, 349, 377–379, 437–444 Кримінального кодексу України, ці повноваження виконує відповідний прокурор»².

У той же час, невідповідність зазначені норми містять низку неузгодженостей на невизначеностей у частині поняття, підстав, строків, процесуального порядку превентивного затримання, його відповідності міжнародним стандартам забезпечення прав людини.

Аналіз останніх наукових досліджень та публікацій. Окремим аспектам превентивного затримання присвячені публікації О.В. Каплі-

ної, С.А. Комісарова, С.С. Кудінова, О.В. Лазукової, В.В. Мокляка, М.А. Погорельського, І.В. Рогатюка, Є. Ромінського, І. Усенко, Т.Г. Фоміної, та ін.

Метою статті є отримання наукових результатів у вигляді теоретичних положень щодо превентивного затримання та формулювання пропозицій із вдосконалення чинного законодавства.

Виклад матеріалу дослідження та його основні результати. У Заяві Верховної Ради України (далі – ВРУ) «Про відступ України від окремих зобов'язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод» з посиленням на вищенаведений ЗУ «Про внесення змін до Закону України «Про боротьбу з тероризмом» щодо превентивного затримання у районі проведення антитерористичної операції осіб, причетних до терористичної діяльності, на строк понад 72 години» була вказана необхідність певного відступу України від зобов'язань, визначених п. 3 ст. 2, ст.ст. 9 та 14 Міжнародним пактом про громадянські і політичні права (далі – МППГП), ст. ст. 6 та 13 Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод (далі – КЗПЛ). При цьому підкреслювалося: «Водночас застосування таких норм виключно під час проведення антитерористичної операції у виняткових випадках з метою запобігання тяжким злочинам є тими межами, яких вимагає гострота небезпеки, спричинена збройною агресією Російської Федерації та діями терористичних угруповань, підтримуваних Російською Федерацією»³.

¹ Про внесення змін до Закону України «Про боротьбу з тероризмом» щодо превентивного затримання у районі проведення антитерористичної операції осіб, причетних до терористичної діяльності, на строк понад 72 години»: Закон України від 12.08.2014 р. № 1630 – VII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1630-18#Text>> дата звернення 12.03.2023.

² Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо особливого режиму досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції»: Закон України від 12.08. 2014 р. № 1631-VII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1631-18#Text>> дата звернення 12.03.2023.

³ 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»: постанова Верховної Ради України від 21 травня 2015 р. № 462- VIII (2015) 29 *Відомості Верховної Ради України* 267.

У своєму зауваженні загального порядку № 29 Комітет з прав людини підкреслив, що заходи відступу від положень МППП мають носити виключний та тимчасовий характер... і будь-які заходи повинні бути обмежені тією мірою, яку суворо вимагає гострота ситуації (тривалість, географія, суттєвість надзвичайного положення)¹.

Відповідно до постанови Вищого адміністративного суду України від 18 жовтня 2016 р. у справі № 800/232/16, згідно з аналізом рішень ЄСПЛ у справах «Лоулесс проти Ірландії» 1961 р., «Бранніган та МакБрайд проти Великобританії» 1993 р. та «А та інші проти Великобританії» 2009 р. у справах за ст. 15 КЗПЛ ЄСПЛ «були прийняті не однакові за змістом рішення», і «що тільки ЄСПЛ, розглядаючи конкретні скарги до держави-відповідача – України може надати оцінку та певні висновки щодо дотримання державою ст. 15 ЄКПЛ, а також необхідності вжиття тих чи інших заходів в умовах, що існують на тимчасово окупованих територіях України та в районах проведення АТО»².

У кожному випадку ЄСПЛ приймає рішення, виходячи із конкретних обставин справи. Однак, при оцінці наявності порушень за п. 3 ст. 5 КЗПЛ навіть у разі відступу від зобов'язань за ст. 15 КЗПЛ у будь-якому разі оцінюється можливість доступу до habeas corpus як важливої гарантії дотримання права на свободу та особисту недоторканість. Крім того, оцінюється пропорційність застосовуваних заходів фактичній небезпеці та відповідній «надзвичайній» ситуації, якою обумовлені такі обмеження, ефективність діяльності уряду щодо створення додаткових гарантій дотримання прав, передбачених КЗПЛ, прийнятих у таких умовах.

Слід зауважити, що КПК України не передбачає такого виду затримання,

як превентивне. Більш того, у ч. 1 ст. 12 КПК України визначено, що під час кримінального провадження ніхто не може триматися під вартою, бути затриманим або обмеженим у здійсненні права на вільне пересування в інший спосіб через підозру або обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення інакше як на підставах та в порядку, передбачених КПК України, що відповідає п. 1 (с) ст. 5 КЗПЛ: «Нікого не може бути позбавлено свободи, крім таких випадків і відповідно до процедури, встановленої законом: ... законний арешт або затримання особи, здійснене з метою допровадження її до компетентного судового органу за наявності обґрунтованої підозри у вчиненні нею правопорушення або якщо обґрунтовано вважається необхідним запобігти вчиненню нею правопорушення чи її втечі після його вчинення»³.

Мета превентивного затримання, яка визначена у ст. 14 наведеного нормативного акту як *захист* громадян, держави і суспільства від *терористичних загроз* у районі проведення довготривалої антитерористичної операції, у ст. 15–1 визначається, що такий захід застосовується «для *відвернення терористичних загроз* у районі проведення антитерористичної операції» (курсив наш – Г.Т.). У ст. 10 цього ж закону зазначається, що «Антитерористична операція проводиться лише за наявності *реальної загрози* життю і безпеці громадян, інтересам суспільства або держави у разі, якщо усунення цієї загрози іншими способами є неможливим». Таким чином, відповідно до ст. 10 загроза повинна мати характер реальної, що не визначено у ст.ст. 14, 15. Крім того, якщо у ч. 14 зазначається про можливість превентивного затримання в районі проведення довготривалої АТО, то ст. 15–1 не містить жодного посилення на тривалість АТО, так само і чинне

¹ General Comment No. 29, "Derogation during a state of emergency", in "International human rights instruments: Compilation of general comments and general recommendations adopted by human rights treaty bodies", UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), 184 ff.

² Постанова від 18 жовтня 2016 р. у справі № 800/232/16. Вищий адміністративний суд України. <https://court.gov.ua/log_documents/1127736/9991/> дата звернення 12.03.2023.

³ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: від 04.11.1950 <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_004> дата звернення 12.03.2023.

законодавство не роз'яснює, що означає «довготривала АТО».

Як було зазначено вище, превентивне затримання за підозрою у вчиненні терористичної діяльності не може вважатися позапроцесуальним заходом. Відтак, необхідно виходити з тих положень КПК України, які визначають мету застосування заходів забезпечення кримінального провадження, враховуючи, що затримання відноситься до їх різновиду, та відповідно до мети застосування запобіжних заходів. Відповідно до ч. 1 ст. 131 КПК України метою застосування заходів забезпечення кримінального провадження є забезпечення його дієвості, а згідно із ч. 1 ст. 177 КПК України метою застосування запобіжного заходу є забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього процесуальних обов'язків, а також запобігання спробам: 1) переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду; 2) знищити, сховати або спотворити будь-яку із речей чи документів, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення; 3) незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого, експерта, спеціаліста у цьому ж кримінальному провадженні; 4) перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином; 5) вчинити інше кримінальне правопорушення чи продовжити кримінальне правопорушення, у якому підозрюється, обвинувачується. На нашу думку, намагання законодавця якимось чином уточнити мету превентивного затримання через вживані формулювання «захист громадян, держави і суспільства від терористичних загроз», «відвернення терористичних загроз» створює зайве перевантаження нормативних конструкцій. Саме поняття терористичної загрози у вказаному законі не містить-

ся, воно наведене у Концепції боротьби з тероризмом в Україні, затвердженій Указом Президента України від 5 березня 2019 року № 53/2019, відповідно до якої терористична загроза визначається як існуючі та потенційно можливі чинники, що створюють небезпеку вчинення терористичного акту щодо об'єкта можливих терористичних посягань та настання негативних наслідків від нього. У зазначеному документі також використовується поняття терористичний ризик – критерій, за яким визначається ступінь загрози вчинення терористичного акту щодо об'єкта можливих терористичних посягань, ступінь уразливості такого об'єкта до можливих терористичних посягань та можливі негативні наслідки від терористичного акту щодо такого об'єкта¹. У п. 7 Положення про єдину державну систему запобігання, реагування і припинення терористичних актів та мінімізації їх наслідків, затверджене Постановою КМУ № 82 від 18 лютого 2016 року, визначені рівні терористичних загроз, в залежності від наявної інформації про загрозу вчинення або вчинення терористичного акту: «сірий (можлива загроза)» – за наявності факторів (умов), що сприяють вчиненню терористичного акту; «синій (потенційна загроза)» – за наявності інформації, що потребує підтвердження, про підготовку до вчинення терористичного акту; «жовтий (імовірна загроза)» – за наявності достовірної (підтвердженої) інформації про підготовку до вчинення терористичного акту; «червоний (реальна загроза)» – у разі вчинення терористичного акту². Водночас, якщо слідувати логікою законодавця, превентивне затримання може бути застосоване не тільки у разі вчинення терористичних актів, а й при наявності обґрунтованої підозри у вчиненні інших злочинів, які підвищують саме терорис-

¹ Про Концепцію боротьби з тероризмом в Україні: Указ Президента України від 05.03.2019 р. № 53/2019. <https://ips.ligazakon.net/document/u053_19?an=122> дата звернення 12.03.2023.

² Положення про Єдину державну систему запобігання, реагування і припинення терористичних актів та мінімізації їх наслідків: Постанова КМУ від 18.02.2016 р. № 82. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/92-2016-%D0%BF#Text>> дата звернення 12.03.2023.

тичні ризики. У цьому контексті постає питання обґрунтованості підстав затримання¹.

Відповідно до ч. 3 ст. 15–1 Закону України «Про боротьбу з тероризмом» підставою для превентивного затримання є наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою терористичної діяльності. При цьому, у вчиненні яких саме злочинів має підозрюватися така особа у зазначеному законі не вказано. У ст. 615–1 КПК України, якою розширено повноваження прокурора у правових режимах воєнного, надзвичайного стану, проведення антитерористичної операції вказується про можливість вирішення ним питання про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою на строк до 30 діб до осіб, які підозрюються у вчиненні злочинів, передбачених ст.ст. 109–114¹, 258–258⁵, 260–263¹, 294, 348, 349, 377–379, 437–444 КК України. В Інструкції про порядок превентивного затримання у районі проведення антитерористичної операції осіб, причетних до терористичної діяльності, та особливого режиму досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції (далі – Інструкція про порядок превентивного затримання), затвердженої спільним наказом МВС України, Генеральної прокуратури України та СБУ від 26.08.2014 № 872/88/537 у п. 2.1. зазначено, що підставою для здійснення превентивного затримання є наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою терористичної діяльності, *у тому числі вчинення кримінального правопорушення, передбаченого статтями 109–114¹, 258–258⁵, 260–263¹, 294, 348, 349, 377–379, 437–444 КК України* (курсив наш – Г.Т.). При цьому під терористичною діяльністю у зазначеному нормативному акті розуміється діяльність, яка охоплює: планування, організацію, підготовку

та реалізацію терористичних актів; підбурювання до вчинення терористичних актів, насильства над фізичними особами або організаціями, знищення матеріальних об'єктів у терористичних цілях; організацію незаконних збройних формувань, злочинних угруповань (злочинних організацій), організованих злочинних груп для вчинення терористичних актів, так само як і участь у таких актах; вербування, озброєння, підготовку та використання терористів; пропаганду і поширення ідеології тероризму; фінансування та інше сприяння тероризму. Учені логічно звертають увагу на той факт, що у Конвенції Ради Європи «Про запобігання тероризму», що була ратифікована Україною 31 липня 2006 р., вживається термін «терористичні злочини», які включають публічне підбурювання до вчинення терористичного злочину (ст. 5), залучення до тероризму (ст. 6), навчання тероризму (ст. 7), а також надається перелік супутніх злочинів, до яких віднесено: а) участь як співучасник в учиненні одного із злочинів, викладених у статтях 5–7 цієї Конвенції; б) організацію інших осіб або надання їм інструкцій для вчинення одного із злочинів, викладених у ст. 5–7 цієї Конвенції; в) сприяння вчиненню одного чи більш ніж одного зі злочинів, викладених у статтях 5–7 цієї Конвенції, групою осіб, які діють зі спільною метою (ст. 9 Конвенції)². В.В. Мокляк справедливо зауважує, що «вказаними видами протиправної поведінки терористична діяльність не обмежується» і виходячи з її ознак (спеціальної мети, об'єктивної сторони злочинів), до числа злочинів, що підпадають під ознаки терористичної діяльності можуть бути віднесені 1) злочини, що мають характер терористичних актів (ст. ст. 112, 443, 444, ч. 2 ст. 147, 261, 349, 113, 266, 277, 194–1, ч. 3 ст. 360, ч. 2 ст. 279, ч. 3 ст. 278, 292, ч. 3 ст. 270–1 КК України); 2) злочини, спрямовані

¹ М А Погорецький, Затримання підозрюваного: проблеми обґрунтування рішення (2007) 6 (20) *Юрид. радник* 92–97.

² В І Бердюк, М А Погорецький, Міжнародне співробітництво у сфері протидії тероризму (2009) 21 *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)* 23–32; В В Мокляк, Протидія терористичній діяльності в Україні (дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2020) 70–71.

на підготування терористичних актів (ст. 260, 263–1, ч. 2 ст. 265–1, 447, 332–1, 359 КК України); 3) злочини, спрямовані на забезпечення терористичної діяльності (ст.ст. 259, 300, 359 КК України)¹. Зрозуміло, що не усі із зазначених норм становлять терористичну загрозу, проте окремі склади злочинів, обґрунтована підозра у вчиненні яких все-таки могла стати підставою для застосування превентивного затримання, законодавцем проігнорована. Зокрема, до таких, на нашу думку, слід віднести злочини, передбачені ч. 3 ст. 146, 146–1, 147, 255, ч. 2 ст. 256, 257 КК України. Особливої актуальності питання розширення переліку злочинів, на яких поширюється дія ст. 615–1 КПК України та норми щодо превентивного затримання набуває актуальності у контексті досліджуваного у попередньому розділі питання про конкуренцію норм при кваліфікації діянь представників так званих «ДНР» та «ЛНР» та їх структурних утворень.

Звернемо увагу на те, що підставою застосування превентивного затримання є обґрунтована підозра у вчиненні особою терористичної діяльності. Стандарти обґрунтованої підозри визначені у низці рішень ЄСПЛ. У рішенні ЄСПЛ «Фокс, Кемпбелл і Гартлі проти Сполученого Королівства» від 30.10.1990 зазначено, що «обґрунтована підозра» обумовлюється існуванням фактів або інформації, які можуть переконати об'єктивного спостерігача в тому, що особа, про яку йдеться, могла вчинити правопорушення². Крім того, відповідно до рішень ЄСПЛ існування «обґрунтованої підозри» у значенні п. 1 (с) ст. 5 КЗПЛ вимагає, щоб факти, на які посилаються, можна було вважати такими, що підпадають під один із розділів, що описують

злочинну поведінку у Кримінальному кодексі. Таким чином, явно не могло бути «обґрунтованої підозри», якби діяння чи факти, які висунуто проти затриманої особи, не були злочином на момент їх вчинення³. Також «обґрунтованість» означає ступінь, який підозра повинна подолати, щоб задовольнити об'єктивного спостерігача щодо ймовірності звинувачень. Як правило, проблеми в цій галузі виникають на рівні фактів. Тоді питання полягає в тому, чи арешт та затримання ґрунтувалися на достатньо об'єктивних елементах, щоб повідомити про «обґрунтовану підозру» засновану на фактах справи справді відбулися⁴.

У ст.ст. 14, 15 ЗУ «Про боротьбу з тероризмом» не вказують безпосередньо на підставу превентивного затримання як обґрунтовану підозру у вчиненні особою злочинів, законодавець послуговується формулюваннями «причетність особи до тероризму», «наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою «терористичної діяльності», хоча як видно із наведеної практики ЄСПЛ, тільки обґрунтована підозра вчиненні конкретного злочину може бути підставою затримання у контексті п. 1 (с) ст. 5 КЗПЛ.

Наступне питання, яке виникає при аналізі нормативних вимог до превентивного затримання – це строки такого затримання, які можуть складати з понад 72 годин до 30 діб без рішення слідчого судді, суду. Відповідно до ч. 2 КУ «У разі нагальної необхідності запобігти злочині чи його перепинити уповноважені на те законом органи можуть застосувати тримання особи під вартою як тимчасовий запобіжний захід, обґрунтованість якого протягом сімдесяти двох годин має бути перевірена судом. Затримана особа негайно звільняється, якщо протягом

¹ В В Мокляк, Протидія терористичній діяльності в Україні (дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2020) 71–74.

² Фокс, Кемпбел і Гартлі проти Сполученого Королівства: рішення Європейського суду з прав людини від 1 квіт. 1989 р. <<http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf.pdf>> дата звернення 12.03.2023.

³ Case of Kavala v. Turkey (application no. 28749/18) <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-199515%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-199515%22]})> дата звернення 12.03.2023.

⁴ Case of Wloch v. Poland (application no. № 27785/95) <<https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/2042-14-wloch-v-polska-decyzja-europejskiego-trybunalu-521769777>> дата звернення 12.03.2023.

сімдесяти двох годин з моменту затримання їй не вручено вмотивованого рішення суду про тримання під вартою»¹. Відповідно до п. 3 ст. 5 КЗПЛ «Кожен, кого заарештовано або затримано згідно з положеннями підпункту «с» пункту 1 цієї статті, має негайно постати перед суддею чи іншою посадовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу, і йому має бути забезпечено розгляд справи судом упродовж розумного строку або звільнення під час провадження»². У ЗУ «Про боротьбу з тероризмом» такого стандарту не визначено, більш того, у ч. 4 ст. 15–1 зазначено, що особою, уповноваженою на прийняття рішення про превентивне затримання є начальник Головного управління (управління) СБУ або начальник територіального органу НП за згодою прокурора та без ухвали слідчого судді, суду, у п. 2.4 Інструкції про порядок превентивного затримання при цьому зазначається, що такими повноваженнями наділені прокурори обласного рівня, їх заступники, що відповідає ст. 615–1 КПК України. У джерелах справедливо зазначається, що відсутня практична потреба у подібному режимі обмеження прав людини, навіть якщо суди у зоні АТО не функціонують належним чином, то у правоохоронців завжди є можливість за 72 години вивести затриману особу до суду, що знаходиться у сусідніх областях, районах та тим самим забезпечити дотримання гарантій, встановлених для неї КУ та КПК України³. Крім того, у самому ЗУ «Про боротьбу з тероризмом» визначено, що копія рішення про превентивне затримання особи, причетної до терористичної діяльності, на строк понад 72 години негайно направляється до слідчого судді, суду відповідної юрисдикції разом із клопотанням про обрання належного запобіжного заходу стосовно відповідної

особи. Відтак стає не зрозумілим необхідність превентивного затримання строком до 30 діб.

Не містить ЗУ «Про боротьбу з тероризмом» вимог і щодо складання протоколу про превентивне затримання, натомість п. 2.2 Інструкції про порядок превентивного затримання передбачає складання уповноваженою службовою особою протоколу у порядку ст. 208 КПК України, залучення понятих відповідно до КПК України для проведення обшуку. Не зрозуміло, яким чином можна забезпечити участь не менш як двох не зацікавлених осіб для проведення при затриманні особистого обшуку, якщо превентивне затримання проводиться, наприклад, в обстановці, що створює небезпеку для учасників, з урахуванням того, що такі ситуації цілком ймовірні з урахуванням обстановки на території проведення АТО. Крім того, не зрозумілим є і статус вилученого під час превентивного затримання у ході особистого обшуку майна. Тимчасово вилучити майно відповідно до ч. 1 ст. 168 КПК України має право кожен, хто законно затримав особу у порядку, передбаченому ст.ст. 207 (законне затримання), 208 (затримання уповноваженою службовою особою), 298–2 (затримання уповноваженою службовою особою особи, яка вчинила кримінальний проступок) КПК України. Відповідно до ч. 5 ст. 171 КПК України клопотання про арешт тимчасово вилученого майна повинно бути подано слідчим, прокурором *не пізніше наступного робочого дня після вилучення майна* (курсив наш – Г.Т.), інакше майно має бути повернуто особі, у якої його було вилучено. Таким чином, попри визначені в Інструкції про порядок превентивного затримання вимоги щодо наявності не менш двох понятих для проведення особистого обшуку, навіть

¹ Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР (1996) 30 *Відомості Верховної Ради України* 141.

² Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: від 04.11.1950 <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_004> дата звернення 12.03.2023.

³ Б Малишев, О Банчук, Про «диктаторські» закони демократичної держави. Сайт Центру політико-правових реформ. 17.09.2014 <<http://pravo.org.ua/2011-07-05-15-26-55/2011-07-22-11-18-16/1749-prodyktorski-zakony-demokratychnoi-derzhavy.html>> дата звернення 12.03.2023.

у разі виявлення речей та документів, які можуть мати значення для кримінального провадження, з урахуванням чинної регламентації порядку превентивного затримання, набути статусу тимчасово вилученого майна вони не можуть, що унеможлиблює і подальший арешт такого майна.

О.В. Капліна справедливо зауважує, що відповідно до чинного законодавства не тільки запобігання злочинності та боротьба з нею, але й боротьба з тероризмом, зокрема в зоні АТО, повинна ґрунтуватися на принципах законності та неухильного додержання прав і свобод людини і громадянина, пріоритетності захисту життя і прав осіб, які наражаються на небезпеку внаслідок терористичної діяльності¹. Подібної думки дотримується й О.В. Лазукова, яка зазначає, що «... навіть той безсумнівний факт, що превентивне затримання особи, причетної до терористичної діяльності, здійснене із законною метою захисту всього суспільства від тероризму, сам по собі не є беззаперечною підставою для твердження про те, що дотримані вимоги пункту 3 ст. 5 Конвенції з приводу рамок суворих обмежень стосовно часу та що процесуальних засобів, передбачених КПК, у таких випадках не достатньо»². Крім того, виходячи із аналізу практики ЄСПЛ щодо застосування превентивного затримання у випадках проваджень щодо терористичної діяльності вчена справедливо зауважує, що «...суд виходить з фактологічних обставин справи, проте на національному рівні повинні бути встановлені особливі

гарантії, які доповнювали б тимчасову відсутність судового контролю і, зокрема, забезпечували: 1) право на захист; 2) право на повідомлення родичам або друзям про своє затримання; 3) право на доступ до лікаря тощо»³.

Втім, слід відзначити і певні позитивні аспекти превентивного затримання. Зокрема, правозахисники відзначають, що після прийняття ст. 615–1 КПК України певним чином полегшало роботу правоохоронців. Наприклад, у серпні 2014 року через кілька діб прокурором Донецької області в районі проведення АТО здійснено затримання російських військовослужбовців Александро́ва та Єрофеє́ва⁴.

На наш погляд, необхідним є визначення превентивного затримання в районі проведення АТО як виключного запобіжного заходу, що унеможлиблює уніфікацію підстав та умов застосування затримання за підозрою у терористичній діяльності у звичайних умовах та надзвичайних. Сам термін «превентивне затримання» не відповідає сутності цього заходу, адже превенція означає попередження. У нашому ж випадку, має існувати обґрунтована підозра у вчиненні особою терористичної діяльності. Юристи логічно звертають увагу, що превентивне затримання (preventive detention) розглядається у зарубіжних джерелах здебільшого, як призначений судом процесуальний запобіжний захід (альтернативу залогу), який застосовується на час кримінального провадження⁵. У зарубіжних нормативних та наукових джерелах послуговуються також

¹ О Капліна, Проблеми застосування норм кримінального процесуального законодавства в умовах проведення АТО. *Досудове розслідування: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення*: матеріали пост. діючого наук. – практ. семінару (17 жовт. 2014 р.) (Харків, 2014) 49.

² О Лазукова, Особливий режим досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції (дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. Харків, 2018) 99.

³ О Лазукова, Особливий режим досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції (дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. Харків, 2018) 100.

⁴ І Рогатюк, Рішення прокурора під час закінчення досудового слідства у звичайних та особливих умовах. *Особливості процесуального доказування у кримінальних провадженнях про злочини, вчинені на тимчасово окупованих територіях*: матеріали круглого столу (26 липня 2016 року) (Київ, 2016) 96.

⁵ І Усенко, Є Ромінський, Превентивне затримання v 2.0. Недомислення чи рецидив репресивної ментальності? *Закон і Бізнес*. 06.05.2014. <https://zib.com.ua/ua/83968preventivne_zatrimannya_v20_nedomislennya_

терміном «безстрокове затримання» (indefinite detention), що означає позбавлення волі заарештованого урядом або правоохоронними органами без суду¹. Зазначений термін, на нашу думку, також не є релевантним для відображення суті досліджуваного заходу. Найбільш точним, на наше переконання, було б використання терміну «виняткове затримання в районі проведення АТО», що вказує на особливість такого заходу, порівняно із іншими видами затримання, у зв'язку із проведенням АТО.

Висновки. Пропонуємо наступне визначення, виняткове затримання в районі проведення АТО / ООС – це особливий вид затримання особи за обґрунтованою підозрою у вчиненні терористичної діяльності у районі проведення АТО / ООС, який може бути застосований на строк понад 72 години, виключно у випадках, пов'язаних із відсутністю реальної можливості внаслідок обстановки в районі проведення АТО / ООС та / або інших обставин кримінального провадження вирішити питання щодо обрання запобіжного заходу до затриманої особи впродовж 72 годин, з метою забезпечення дієвості кримінального провадження, а також запобігання спробам особи вчинити одну із дій, передбачених ч. 1 ст. 177 КПК України.

На нашу думку, абсолютна відмова від превентивного затримання попри усі складнощі та ризики застосування цього заходу на практиці все-таки не відповідає тим надзвичайним потребам, які виникають, у зв'язку зі складнощами в районі проведення АТО / ООС. До таких слід віднести: 1) неможливість функціонування судів та забезпечення діяльності слідчих суддів, у зв'язку із бойовими діями, окупацією окремих територій, небезпекою для їх незалежної діяльності, ризиком впливу на суддів, у зв'язку із виконанням професійних обов'язків; 2) небезпекою терористичної діяльності задля відвернення якої все-таки можуть засто-

совуватися заходи виключного характеру; 3) необхідністю вжиття заходів щодо забезпечення безпеки потерпілих та свідків і ускладненням їх застосування в умовах АТО (засекречування відомостей про таких осіб, створення спеціального механізму забезпечення безпеки тощо); 4) складності у конвоюванні затриманих осіб до слідчого судді; 5) збирання доказів і передання до суду матеріалів та клопотання про застосування запобіжних заходів; 6) використання інформації, отриманої під час контррозвідувальної діяльності, оперативно-розшукових заходів, НС(Р)Д як доказів у таких кримінальних провадженнях та забезпечення режиму секретності; 7) забезпечення участі сторін при розгляді клопотання про застосування запобіжного заходу та ін.

Водночас, існуючі прогалини та невідповідності у законодавстві щодо превентивного затримання створюють суттєві ризики порушення прав людини, а також знижують ефективність забезпечення прав осіб щодо яких воно може бути застосовано, створюють передумови для визнання доказів недопустимими. У першу чергу, нормативно мають бути чітко визначені: поняття, підстави та умови превентивного затримання, його порядок (який повинен бути визначений не на рівні інструкції, а відповідно до ЗУ «Про боротьбу з тероризмом»). Необхідним є внесення до параграфу 2 глави 18 КПК України статті «Виняткове затримання в районі проведення АТО / ООС» із визначенням поняття, підстав та умов превентивного затримання, його порядку, отримання дозволу на проведення превентивного затримання, визначення кола обставин, які враховуються при прийнятті рішення про застосування цього заходу; визначення прав та гарантій їх реалізації затриманою особою; порядок здійснення судового контролю, визначення статусу майна, вилученого під час особистого обшуку та строків його арешту.

chi_recidiv_repres.html> дата звернення 12.03.2023.

¹ Alfred de Zayas. Human rights and indefinite detention (2005)87 (857) *International Review of the Red Cross* 15–38.

REFERENCES

LIST OF LEGAL DOCUMENTS

LEGISLATION

1. General Comment No. 29, “Derogation during a state of emergency”, in “International human rights instruments: Compilation of general comments and general recommendations adopted by human rights treaty bodies” [General Comment No. 29, “Derogation during a state of emergency”, in “International human rights instruments: Compilation of general comments and general recommendations adopted by human rights treaty bodies”] UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), 184 ff.
2. Konstitutsiya Ukrainy: Zakon Ukrainy [Constitution of Ukraine: Law of Ukraine] vid 28.06.1996 r. № 254k/96-VR (1996) 30 *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrainy* 141 [in Ukrainian].
3. Konventsiya pro zakhyst prav lyudyny i osnovopolozhnykh svobod [Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms]: vid 04.11.1950 r. <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_004> data zvernennya 12.03.2023 [in Ukrainian].
4. Polozhennya pro Yedynu derzhavnu systemu zapobihannya, reahuvannya i prypynennya terorystychnykh aktiv ta minimizatsiyi yikh naslidkiv: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy [Regulations on the Unified State System for Prevention, Response and Cessation of Terrorist Acts and Minimization of Their Consequences: Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 18.02.2016 roku № 82. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/92-2016-%D0%BF#Text>> data zvernennya 12.03.2023 [in Ukrainian].
5. Postanova vid 18 zhovtnya 2016 r. u spravi № 800/232/16. Vyschchy administratyvnyy sud Ukrainy [Resolution of October 18, 2016 in the case № 800/232/16. Supreme Administrative Court of Ukraine]. <https://court.gov.ua/log_documents/1127736/9991/> data zvernennya 12.03.2023 [in Ukrainian].
6. Pro Kontseptsiyu borot'by z teroryzmozom v Ukraini: Ukaz Prezydenta Ukrainy [On the Concept of Combating Terrorism in Ukraine: Decree of the President of Ukraine] vid 05.03.2019 r. № 53/2019. <https://ips.ligazakon.net/document/u053_19?an=122> data zvernennya 12.03.2023 [in Ukrainian].
7. Pro vnesennya zmin do Kryminal'noho protsesual'noho kodeksu Ukrainy shchodo osoblyvoho rezhymu dosudovoho rozsliduvannya v umovakh voyennoho, nadzvychaynoho stanu abo u rayoni provedennya antyterorystychnoyi operatsiyi: Zakon Ukrainy [About modification of the Criminal procedural code of Ukraine concerning the special mode of pre-judicial investigation in the conditions of a martial law, a state of emergency or in the area of carrying out anti-terrorist operation »: the Law of Ukraine] vid 12.08. 2014 r. № 1631-VII. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1631-18#Text>> data zvernennya 12.03.2023 [in Ukrainian].
8. Pro vnesennya zmin do Zakonu Ukrainy «Pro borot'bu z teroryzmozom» shchodo preventyvnoho zatrymannya u rayoni provedennya antyterorystychnoyi operatsiyi osib, prychetnykh do terorystychnoy diyal'nosti, na strok ponad 72 hodyny» [On Amendments to the Law of Ukraine “On Combating Terrorism” Concerning Preventive Detention in the Area of an Anti-Terrorist Operation of Persons Involved in Terrorist Activities for a Period of More Than 72 Hours” the Law of Ukraine] Zakon Ukrainy vid 12.08.2014 r. № 1630 – VII. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1630-18#Text>> data zvernennya 12.03.2023 [in Ukrainian].
9. Pro Zayavu Verkhovnoyi Rady Ukrainy «Pro vidstup Ukrainy vid okremykh zobov'yazan', vyznachenykh Mizhnarodnym paktom pro hromadyans'ki i politychni prava ta Konventsiyeyu pro zakhyst prav lyudyny i osnovopolozhnykh svobod» [On the Statement of the Verkhovna Rada of Ukraine “On Ukraine’s Derogation from Certain Obligations Defined by the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”: Resolution of the Verkhovna Rada of Ukraine]: postanova Verkhovnoyi Rady Ukrainy vid 21 travnya 2015 r. № 462- VIII (2015) 29 *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrainy* 267 [in Ukrainian].
10. Instruktsiya pro poriyadok preventyvnoho zatrymannya preventyvnoho zatrymannya u rayoni provedennya antyterorystychnoyi operatsiyi osib, prychetnykh do terorystychnoy diyal'nosti, ta osoblyvoho rezhymu dosudovoho rozsliduvannya v umovakh voyennoho, nadzvychaynoho stanu abo u rayoni provedennya antyterorystychnoyi operatsiyi [Instruction on the procedure of preventive detention of preventive detention in the area of anti-terrorist operation of persons involved in terrorist activities, and special regime of pre-trial investigation in martial law, state of emergency or in the area of anti-terrorist operation: approved. by a joint order of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine, the Prosecutor General’s Office of Ukraine and the Security Service of Ukraine]: zatv. spil'nym nakazom MVS Ukrainy, Heneral'noyi prokuratury Ukrainy ta SBU vid 26.08.2014 № 872/88/537. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1038-14#Text>> data zvernennya 12.03.2023 [in Ukrainian].

CASES

11. Case of Kavala v. Turkey [Case of Kavala v. Turkey] (application no. 28749/18) <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-199515%22%5D%7D%3E>> data zvernennya 12.03.2023.
12. Case of Wloch v. Poland (application no. № 27785/95) [Case of Wloch v. Poland (application no. № 27785/95)] <<https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/2042-14-wloch-v-polska-decyzja-europejskiego-trybunalu-521769777>> data zvernennya 12.03.2023.
13. Foks, Kempbel i Hartli proty Spoluchenohto Korolivstva: rishennya Yevropeys'koho sudu z prav lyudyny [Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom: judgment of the European Court of Human Rights] vid 1 kvit. 1989 r. <<http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf.pdf>> data zvernennya 12.03.2023 [in Ukrainian].

BIBLIOGRAPHY

JOURNAL ARTICLES

14. Alfred de Zayas, Human rights and indefinite detention [Human rights and indefinite detention] (2005) 87 (857) *International Review of the Red Cross* 15–38.
15. Berdiuk V I, Pohoretskyi M A, Mizhnarodne spivrobitnytstvo u sferi protydyi teroryzmu [International cooperation in countering terrorism] (2009) 21 *Borotba z orhanizovanoiu zlochyinnistiu i koruptsiieiu (teoriia i praktyka)* 23–32 [in Ukrainian].
16. Malyshev B., Banchuk O. Pro «dyktators'ki» zakony demokratychnoyi derzhavy [On the “dictatorial” laws of a democratic state] *Sayt Tsentru polityko-pravovykh reform*. 17.09.2014. <<http://pravo.org.ua/2011-07-05-15-26-55/2011-07-22-11-18-16/1749-pro-dyktatorski-zakony-demokratychnoi-derzhavy.html>> data zvernennya 12.03.2023 [in Ukrainian].
17. Pohoretskyi M A, Zatrymannia pidozriuvanohto: problemy obgruntuvannia rishennia [Detention of the suspect: problems of justifying the decision] (2007) 6 (20) *Yuryd. radnyk* 92–97 [in Ukrainian].
18. Usenko I, Romins'kyi YE, Preventyvne zatrymannya v 2.0. Nedomyslennya chy retsydyv represyvnoyi mental'nosti? [Preventive detention v 2.0. Misconception or recurrence of the repressive mentality?] *Zakon i Biznes* 06.05.2014 <https://zib.com.ua/ua/83968preventivne_zatrimannya_v20_nedomislennya_chi_recidiv_repres.html> data zvernennya 12.03.2023 [in Ukrainian].

DISSERTATIONS

19. Lazukova O, Osoblyvyi rezhym dosudovoho rozsliduvannia v umovakh voyennoho, nadzvychaynoho stanu abo u rayoni provedennia antyterorystychnoyi operatsiyi [Special regime of pre-trial investigation within the conditions of martial law, emergency or in the area of anti-terrorist operation] (dys kand yuryd nauk 12.00.09 Natsional'nyy yurydychnyy universytet imeni Yaroslava Mudroho. Kharkiv, 2018) [in Ukrainian].
20. Moklyak V, Prottydiya terorystychniy diyal'nosti v Ukraini [Countering terrorist activity in Ukraine] (dys kand yuryd Nauk 12.00.08. Kharkiv, 2020) [in Ukrainian].

CONFERENCE PAPERS

21. Kaplina O V, Problemy zastosuvannia norm kryminal'noho protsesual'noho zakonodavstva v umovakh provedennia ATO [Problems of application of the norms of criminal procedural legislation in the conditions of ATO] *Dosudove rozsliduvannia: aktualni problemy ta shliakhy yikh vyrishennia*: materialy post. diiuchoho nauk. – prakt. seminaru (17 zhovt. 2014 r.) (Kharkiv, 2014) 46–51 [in Ukrainian].
22. Rohatyuk I, Rishennya prokurora pid chas zakinchennia dosudovoho slidstva u zvychaynykh ta osoblyvykh umovakh [The prosecutor's decision at the end of the pre-trial investigation in ordinary and special conditions] *Osoblyvosti protsesual'noho dokazuvannia u kryminal'nykh provadzhennyakh pro zlochyyny, vchyneni na tymchasovo okupovanykh terytoriyakh*: materialy kruhloho stolu (26 lypnya 2016 roku Kyiv) [in Ukrainian].

Teteriatnyk H.K.,
Candidate of legal science,
Associate professor,
Head of the department of criminal process
Odesa State University of Internal Affairs
ORCID ID: 0000-0002-8321-7912

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.1-2/96-107>

PREVENTIVE DETENTION: LEGAL REGULATION ISSUES

Abstract. *It is proved that preventive detention is one of the specific measures to ensure criminal proceedings, which was introduced in connection with the beginning of the anti-terrorist operation in Ukraine. It is stated that the existing gaps and inconsistencies in the legislation on preventive detention create significant risks of human rights violations, as well as reduce the effectiveness of ensuring the rights of persons to whom it can be applied, create preconditions for declaring evidence inadmissible.*

The purpose of the article is to obtain scientific results in the form of theoretical provisions for preventive detention and the formulation of proposals to improve existing legislation.

The article analyzes the norms of the legislation governing the issue of preventive detention, draws attention to the inconsistencies of the norms of various legal acts, the existing gaps in the regulation of the grounds, terms and procedure of preventive detention.

It is proved that the normative should be clearly defined: the concepts, grounds and conditions of preventive detention, its procedure. Based on the study, the author proposed amendments to the current CPC in order to improve the regulations of the institution of preventive detention. It is stated that the term "preventive detention" is not relevant to the meaning of the precautionary measure, which is understood by it. The author's definition of "exceptional detention in the area of anti-terrorist operation / environmental protection" is offered. It is proposed to include in paragraph 2 of Chapter 18 of the CPC of Ukraine the article "Exceptional detention in the area of anti-terrorist operation / environmental protection" defining the concept, grounds and conditions of preventive detention, the procedure for obtaining permission for preventive detention, west; determination of the rights and guarantees of their realization by the detained person; the procedure for judicial control, determination of the status of property seized during a personal search and terms for its arrest.

Key words: *preventive detention, precautionary measure, anti-terrorist operation, human rights and freedoms, criminal proceedings.*