



UAExperts

**МАТЕРІАЛИ
ІV ЯЦЕНКІВСЬКИХ
ЧИТАНЬ
(2023 РІК)**

КИЇВ - 2024

**Трансформація свободи:
конституційний та кримінальний правовий аспекти**

З запровадженням воєнного стану в різні часи зіткнулася 81 країна – в тому числі Китай, Канада, Японія, Лівія, Сирія, Туреччина, Польща (1981-1983), Квебек, Панама, Югославія, Ізраїль, Тайланд, Йорданія (1965, 1967), Пакістан (1971-1977), Філіппіни (1972-1978), Грузія (2008). У Сирії воєнний стан тривав 48 років, надзвичайний стан був введений у зв'язку з військовим переворотом тривав в Туреччині (2016-2018). Ізраїль після нападу на ізраїльські міста бойовиків ХАМАСу з Сектора Гази в жовтні 2023 року офіційно оголосив стан війни, але кордони країни були відкритими та заборон стосовно їх перетину у цивільного населення – не було.

Міжнародна спільнота приділяє недостатньо уваги формуванню мінімальних міжнародних вимог-орієнтирів до належної правової процедури кримінального провадження й захисту прав людини під час надзвичайних ситуацій. На даний час найбільш розробленими слід вважати міжнародно-правові норми і принципи, що впорядковують захист жертв війни, а також обмежуючі методи і способи її ведення. Як наслідок – при виникненні надзвичайних ситуацій у багатьох державах світу (Великобританія, Малайзія, Іспанія, Польща, Перу, рф, Республіка Казахстан, Турецька Республіка, Франція та ін.) спостерігається ситуативна зміна кримінальної процесуальної політики шляхом внесення змін до законодавства, які найчастіше мають екстенсивний і неузгоджений характер, а також призводять до домінування гіпертрофованого публічного інтересу [1].

Воєнний стан в Україні введений Указом Президента України від 24.02.2022 № 64/2022, який затверджено Законом № 2102-ІХ від 24.02.2022. Воєнний стан був введений в Україні з 05 години 30 хв. 24.02.2022 на 30 діб. Строк дії воєнного стану в Україні було продовжено Указами Президента № 133/2022 від 14.03.2022; № 259/2022 від 18.04.2022; № 341/2022 від 17.05.2022; № 573/2022 від 12.08.2022; № 757/2022 від 07.11.2022; № 58/2023 від 06.02.2023; № 451/2023 від 26.07.2023; № 734/2023 від 06.11.2023.

Указом Президента України від 24.02.2022 № 64/2022, передбачено, що у зв'язку із введенням в Україні воєнного стану тимчасово, на період дії правового режиму воєнного стану, можуть обмежуватися конституційні права і свободи людини і громадянина, передбачені ст. ст. 30-34, 38, 39, 41-44, 53 Конституції України, а також вводяться тимчасові обмеження прав і законних інтересів юридичних осіб в межах та обсязі, що необхідні для забезпечення можливості запровадження та здійснення заходів правового режиму воєнного стану, які передбачені ч. 1 ст. 8 Закону України «Про правовий режим воєнного стану». Указ не встановлює (не констатує) обмежень конституційних прав та свобод людини і громадянина, а лише допускає таку можливість на період дії воєнного стану. При цьому варто враховувати, що окремі права і свободи не можуть бути обмежені в тому

числі в умовах воєнного або надзвичайного стану (ст. 64 Конституції України).

Відступ від зобов'язань під час надзвичайної ситуації (війни або іншої суспільної небезпеки) передбачений як Міжнародним пактом про громадянські і політичні права (ст. 4), так і Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод (ст. 15). Разом із тим, для цих винятків також установлені свої правила. Статтею 15 Конвенції про захист прав людини визначено, що під час війни або іншої суспільної небезпеки, яка загрожує життю нації, будь-яка Висока Договірна Сторона може вживати заходів, що відступають від її зобов'язань за цією Конвенцією, виключно в тих межах, яких вимагає гострота становища, і за умови, що такі заходи не суперечать іншим її зобов'язанням згідно з міжнародним правом. Суд має право виносити рішення щодо того, чи вийшли Держави за «межі, яких вимагає гострота» кризи. Визначаючи, чи вийшла Держава за такі межі, Суд приділяє належну увагу таким факторам, як характер прав, що постраждали у зв'язку з відступом від зобов'язань, обставини, що призводять до виникнення надзвичайної ситуації, та її тривалість (*Brannigan та McBride проти Сполученого Королівства*, § 43; *А. та інші проти Сполученого Королівства*, § 173). Це включає в себе розгляд Судом наступних питань: 1) чи було б звичайне законодавство достатнім, щоб впоратися із загрозою, що спричинена суспільною небезпекою (*Lawless проти Ірландії*, §36; *Ірландія проти Сполученого Королівства*, § 212); 2) чи є заходи дійсною реакцією на надзвичайну ситуацію (*Brannigan та McBride проти Сполученого Королівства*, § 51); 3) чи були заходи використані з тією метою, для якої вони були санкціоновані (*Lawless проти Ірландії (№ 3)*, § 38); чи є відступ від зобов'язань обмеженим за сферою охоплення і причинами, наведеними в його обґрунтування (*Brannigan та McBride проти Сполученого Королівства*, § 66); 4) чи потреба у відступі від зобов'язань постійно переглядається (там само, § 54); будь-яке послаблення запроваджених заходів (*Ірландія проти Сполученого Королівства*, § 220); 5) чи були передбачені гарантії проти зловживань (там само, §§ 216-219; *Lawless проти Ірландії (№ 3)*, § 37; *Brannigan та McBride проти Сполученого Королівства*, §§ 61-65; *Aksoy проти Туреччини*, §§ 79-84); 6) важливість права, яке опинилося під загрозою, і більш широка мета судового контролю над втручанням у таке право (там само, § 76); 7) чи був судовий контроль заходів практично можливим (там само, § 78; *Brannigan та McBride проти Сполученого Королівства*, § 59); 8) пропорційність заходів, та чи передбачали вони будь-яку невинуватну дискримінацію (*А. та інші проти Сполученого Королівства*, § 190); 9) точки зору будь-яких національних судів, які розглядали питання: якщо найвищий національний суд Договірної Держави дійшов висновку, що заходи не були суворо необхідними, Суд може виправдано дійти протилежного висновку лише якщо він упевниться в тому, що національний суд неправильно розтлумачив або неправильно застосував статтю 15 або практику Суду за цією статтею, або дійшов явно необґрунтованого висновку (там само, § 174).

Надзвичайні закони характеризуються бівалентним характером, який виявляється в наступному: 1) за відсутності надзвичайної ситуації в процесі

функціонування суспільства та держави надзвичайні закони будуть співвідноситися із звичайними (поточними) законами як рівноцінні категорії, що мають юридичну силу, приймаються суб'єктами правотворчості в чітко регламентованому процесуальному порядку, характеризуються часовими рамками і межами дії тощо; 2) за наявності надзвичайної ситуації (стану) звичайні (поточні) закони та надзвичайні закони будуть співвідноситися як загальне та спеціальне, оскільки надзвичайні закони будуть мати спеціальний статус, що передбачатиме тимчасову відміну або призупинення тих чи інших положень звичайних (поточних) законів [2, С. 112].

У Рішенні Конституційного Суду України від 28.08.2020 у справі № 1-14/2020 (230/20) вказано, що обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина є можливим у випадках, визначених Конституцією України. Таке обмеження може встановлюватися виключно законом – актом, ухваленим Верховною Радою України як єдиним органом законодавчої влади в Україні. Встановлення такого обмеження підзаконним актом суперечить статтям 1, 3, 6, 8, 19, 64 Конституції України [3].

ЄСПЛ окреслив окремі критерії правомірності обмеження права на свободу пересування та зазначив, що обмеження права на свободу пересування має відповідати одразу трьом критеріям: по-перше, має ґрунтуватися на законі, по-друге, переслідувати одну з легітимних цілей, передбачених у ч. 3 ст. 2 Протоколу № 4 до Конвенції, і по-третє, знаходитися в справедливому балансі між правами людини та публічним інтересом тобто бути пропорційним меті його застосування (справа «Гочев проти Болгарії» рішення від 26.11.2009 р., заява № 34383/03).

Крім того, будь-який припис права має бути доступним і передбачуваним (рішення ЄСПЛ у справах «Achour v. France», заява № 67335/01, п. 42; «Kononov v. Latvia» [ВП], заява № 36376/04, п. 185), а «якість закону» - охоплює таких два складових елементи: передбачуваність актів права і сталість і послідовність приписів права [4].

Обмеження права на виїзд за межі України не були передбачені в: Указі Президента України від 24.02.2022 № 69/2022 «Про загальну мобілізацію», затвердженому Законом України від 03.03.2022 № 2105-ІХ «Про затвердження Указу Президента України «Про загальну мобілізацію», Законі України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію», Законі України «Про правовий режим воєнного стану», Законі України «Про свободу пересування та вільний вибір проживання» ні в жодному іншому законі України. Однак ситуація з введенням заборони виїзду за межі території України для більшості категорій громадян змінюється і сьогодні існує чимало законопроектів в цій сфері, які, по-перше, передбачають таку заборону в законі і, по-друге, поглиблюють межі та обсяги обмежень конституційних прав: проект Закону про внесення змін до Закону України "Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію" та Закону України "Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України" № 7484 від 22.06.2022, Проект Закону про внесення змін до Закону України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію» та Закону України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України» № 7484-1 від 30.06.2022, Проект Закону про внесення змін до Закону України "Про

мобілізаційну підготовку та мобілізацію" та Закону України "Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України" № 7484-2 від 06.07.2022 та інші.

За незаконне перетинання державного кордону або спробу незаконного перетинання державного кордону України встановлена адміністративна (стаття 204-1 КпАП України) та кримінальна відповідальність (ст. 332-2 КК України). Залежно від обставин та способів незаконного перетину державного кордону, кримінальна відповідальність може додатково наставати за такими статтями: «Незаконне переправлення осіб через державний кордон України» (ст. 332 КК України), «Ухилення від призову на військову службу під час мобілізації, на особливий період, на військову службу за призовом осіб із числа резервістів в особливий період» (ст. 336 КК України), «Підроблення документів, печаток, штампів та бланків, збут чи використання підроблених документів, печаток, штампів» (ст. 358 КК України). За певних умов кваліфікація здійснюється і за статтями, які передбачають відповідальність за вчинення службових злочинів (ст. 366, 369 КК тощо).

Також чимало проектів, мета яких посилити відповідальність за незаконне перетинання кордону України під час військового стану (див: проект Закону про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо відповідальності за незаконне перетинання державного кордону України під час дії воєнного стану № 7268 від 08.04.2022 яким пропонується доповнити КК України спеціальною статтею 332-3, яка буде передбачати кримінальну відповідальність за «Незаконне перетинання державного кордону України під час дії воєнного стану». Розглядався також і законопроект № 7265 від 08.04.2022 р., у комплексі з попереднім, пропонував встановити кримінальну відповідальність за неповернення в Україну після введення воєнного стану (ч. 1 ст. 337-1 КК України у редакції проекту), але останній був знятий з розгляду.

Одночасно слід врахувати, що якщо міра, що обмежує свободу пересування особи є початково обґрунтованою, вона може стати неспіврозмірною й порушити права особи, якщо автоматично продовжується протягом тривалого часу (див. рішення Європейського Суду за справою «Луордо проти Італії» (Luordo v. Italy), скарга № 32190/96, § 96, ECHR 2003-IX), рішення Європейського Суду за справою «Фельдеш та Фельдешне Хайлік проти Угорщини» (Foldes and Foldesne Hajlik v. Hungary), скарга № 41463/02, § 35, ECHR 2006, рішення Європейського Суду за справою «Рінер проти Болгарії», § 121). Влада не може продовжувати на довготривалі строки заходи, що обмежують свободу пересування особи без регулярної перевірки їх обґрунтованості (див. рішення Європейського Суду у справі «Рінер проти Болгарії», § 124 і рішення Європейського Суду "Фельдеш и Фельдешне Хайлик проти Угорщини", § 35).

Враховуючи викладене можна зробити декілька висновків:

- нормативно-правового регулювання обмеження свободи пересування громадян України в умовах воєнного стану характеризується відсутністю юридичної визначеності та «якості законів» в цій сфері;

- відсутність чітко визначених меж та обсягів обмежень конституційних прав і свобод людини і громадянина, які можуть бути застосовані під час воєнного стану, створює ситуацію, в якій домінування публічних інтересів над приватними має динамічний та екстенсивний характер, а межі та обсяги такого домінування - не конкретизовані;
- трансформація законодавства в тому числі кримінального під час надзвичайного/військового стану має бути достатньою для реагування на надзвичайний стан, але й такою, яка максимально гарантує конституційні права особи, звужує/мінімізує в тому числі за часом обсяг та межі будь-яких обмежень;
- при криміналізації діянь під час воєнного стану слід враховувати, що завданням Кримінального кодексу України є, перш за все, правове забезпечення охорона прав і свобод людини і громадянина.

Список літератури:

1. Лазукова О.В. Особливий режим досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції. автор. дис. канд. юрид. наук. Харків. 2018. URL:https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/15377/1/Lazukova_2018.pdf.
2. Барчук А.О. Надзвичайні закони в системі законодавства : теоретико-правові аспекти. Дис. канд. юрид.наук. Київ. 2019. 250 с., URL: <https://elar.naiu.kiev.ua/server/api/core/bitstreams/6f4c57e2-8a52-413e-acd3-26345467841a/content>
3. Рішення Конституційного Суду України від 28.08.2020 у справі № 1-14/2020 (230/20) у справі за конституційним поданням Верховного Суду щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень постанови Кабінету Міністрів України „Про встановлення карантину з метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2, та етапів послаблення протиепідемічних заходів“, положень частин першої, третьої статті 29 Закону України „Про Державний бюджет України на 2020 рік“, абзацу дев'ятого пункту 2 розділу II „Прикінцеві положення“ Закону України «Про внесення змін до Закону України „Про Державний бюджет України на 2020 рік“, URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v010p710-20#Text>
4. Ян Берназюк. Категорія «якість закону» як складова принципу верховенства права та гарантія застосування судом найбільш сприятливого для особи тлумачення закону, URL: https://sud.ua/ru/news/blog/182593-kategoriya-yakist-zakonu-yak-skladova-printsipu-verkhovenstva-prava-ta-garantiya-zastosuvannya-sudom-naybilsh-spriyatlivogo-dlya-osobi-tlumachennya-zakonu?fbclid=IwAR3dvDKqG_ggxGSi5BBTHuBHM0eNwAM2xJlBy4L4ZsCBpyaU_RlVfI4_77I